



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

*Innklagede hadde inngått rammeavtaler med åtte leverandører om leie av maskiner, lastebiler og mannskap til ulike prosjekter i kommunen. Klager anførte at innklagedes bruk av rammeavtalen utgjorde ulovlige direkte anskaffelser på flere grunnlag. Klagenemnda kom til at innklagedes kjøp av materiell ikke var hjemlet i avtalen, og utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et overtredelsesgebyr på 487 000 kroner, som utgjorde ti prosent av verdien av materiellkjøpene. Klagers øvrige anførsler om ulovlige direkte anskaffelser førte ikke frem.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 25. november 2023 i sak 2022/1126**

**Klager:** Kjetil Bakken

**Innklaget:** Rælingen kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Christina Paludan Melson og Sverre Nyhus

**Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og ileggelse av overtredelsesgebyr

### **Innledning:**

- (1) Det vises til klage fra Kjetil Bakken (heretter *klager*) mottatt 29. august 2022. Saken gjelder Rælingen kommunes rammeavtaler om leie av maskiner, lastebiler og mannskap til ulike anleggsprosjekt i kommunen.
- (2) Klagenemnda for offentlige anskaffelser er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 487 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (3) Rælingen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 2. juli 2018 en åpen anbudskonkurranse for leie av maskiner, lastebiler og mannskap til ulike anleggsprosjekt i kommunen. Avtalen omfattet arbeid innenfor fagområdene vei, VA, idrettsanlegg og friluftslivsområder. Anskaffelsens totalverdi ble i kunngjøringen estimert til 80 millioner kroner. Avtalens varighet ble oppgitt å være to år med opsjon på forlengelse 1+1 år. Tilbudsfristen var 3. september 2018.
- (4) Konkurransen ble kunngjort med hoved-CPV-kode «43310000 Maskiner til bygge- og anleggsvirksomhet». Følgende tilleggs-CPV-koder ble benyttet:

*«43310000 Maskiner til bygge- og anleggsvirksomhet  
43320000 Anleggsutstyr til bygge- og anleggsarbeid*

**Postadresse:**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00    post@knse.no

45000000 Bygge- og anleggsarbeid  
45212200 Bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med idrettsanlegg  
45233120 Anlegg av vei»

- (5) Det fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 5.6 at «Oppdragsgiver ønsker ved denne anskaffelsen å inngå en likelydende avtale med flere leverandører, begrenset oppad til totalt 12 leverandører.»
- (6) Om anskaffelsens «Formål/omfang» fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 at:

*«Rælingen kommune har høy anleggsaktivitet. Årlig skiftets det ut 1,5-2 % av ledningsnettet og ca 2% av veinettet oppgraderes årlig. Totalt ca 25 millioner kroner i året. Det investeres også stort innen idrett og bygg. I tillegg er det vedlikeholdsarbeider knyttet til både VA, vei, veilys, park og idrett.*

*En majoritet av investeringene innen VA og vei gjøres som «egenregi» prosjekter. Det vil si at kommunen leier inn maskiner og mannskap og kommunen selv står for materialkjøp, innmåling og eventuelt andre ressurser som lastebil eller rørlegger.*

*Denne rammeavtalen skal gjelde for oppdrag inntil 8 ukers varighet. For oppdrag med varighet utover 8 uker vil det bli gjennomført en begrenset konkurranse mellom leverandørene med rammeavtale. Rammeavtalen vil ikke gjelde for prosjekter hvor kommunen inngår en avtale om total- eller general-entreprise.*

*Oppdragsgiver vil ved tildeling av avrop gjøre en vurdering av det enkelte oppdragets behov. Oppdragene vil variere i omfang, kompleksitet og behov for kompetanse. På denne bakgrunn vil Oppdragsgiver gjøre en vurdering av den best egnede leverandøren, basert på følgende kriterier:*

*- Kvalifikasjoner*

*- Pris*

*- Kapasitet*

*Oppdragsgiver forplikter seg ikke til noe bestemt volum, da endringer i budsjett, behov og rutiner kan påvirke totalvolumene.»*

- (7) I kravspesifikasjonen var deler av dette avsnittet gjengitt på nytt, men med den forskjellen at det sto at rammeavtalen gjaldt for oppdrag med inntil fire ukers varighet, og at det for oppdrag utover fire uker ville bli gjennomført en begrenset konkurranse mellom leverandørene med rammeavtale.
- (8) Av de generelle avtalevilkårene punkt 3 «Avrop» fulgte det at:

*«Oppdragsgiver vil ved tildeling av avrop gjøre en vurdering av det enkelte oppdragets behov. Oppdragene vil variere i omfang, kompleksitet og behov for*

*kompetanse. På denne bakgrunn vil Oppdragsgiver gjøre en vurdering av den best egnede leverandøren, basert på følgende kriterier:*

- *Kvalifikasjoner*
- *Pris*
- *Kapasitet*

*Avrop skal alltid skje skriftlig. Kun avrop der rekvirenten er bemyndiget og rekvirentens avdeling og navn tydelig fremkommer, er gyldig og bindende for Kunden.»*

- (9) Ved tilbudsfristens utløp forelå det tilbud fra ti leverandører. To leverandører ble avvist og innklagede inngikk parallelle rammeavtaler (heretter også *maskinleieavtalene*) med åtte valgte leverandører (heretter *rammeavtaleleverandørene*). De valgte leverandørene var Bent Aasli AS, Bråthen landskapsentreprenører AS, Brede Stensrud AS, Fet og Rælingen graveservice AS, Haavig & Ellingsen Entreprenør AS, Løvold AS, Rælingen Graveservice AS og Stole AS.
- (10) Innklagede har opplyst at disse rammeavtalene ble inngått i oktober og november 2018.
- (11) Klagen gjelder avrop foretatt under flere ulike prosjekt. Prosjektene gjelder blant annet etablering av infrastruktur, rehabilitering av vann- og avløpsledninger og veiarbeid. Oppdragene omfatter leie av mannskap og materiell. Prosjektene har pågått siden 2018, og enkelte av avropene i tilknytning til disse prosjektene er foretatt på en tidligere rammeavtale.
- (12) Innklagede har opplyst at det i forbindelse med disse prosjektene også er kjøpt materiell direkte fra rammeavtaleleverandørene. Innklagede har også opplyst at rammeavtaleleverandørene i enkelte tilfeller har fått beskjed fra innklagede om å kjøpe materiell på kommunens egne innkjøpsavtaler.
- (13) Innklagede utløste rammeavtalens første opsjon 20. august 2021.
- (14) Innkjøpsavdelingen i Rælingen kommune mottok 20. august 2021 spørsmål fra revisor knyttet til bruken av maskinleieavtalene. På bakgrunn av disse spørsmålene foretok innkjøpsenheten interne undersøkelser som resulterte i en rapport datert november 2021. Rapporten ble fremlagt for kommunestyret og gjort offentlig tilgjengelig. Innkjøpsavdelingen konkluderte her med at kommunen hadde brutt anskaffelsesregelverket på flere ulike grunnlag.
- (15) Innklagede sendte brev til avtaleleverandørene 24. november 2021 med informasjon om at avtalen var brukt opp. Leverandørene ble samtidig bedt om å forlenge avtalen på like vilkår for nødvendige prosjekter som skulle gjennomføres før ny avtale kom på plass. Fem av de åtte leverandørene valgte å forlenge avtalen.

- (16) I mars 2022 oppsto det rørbrudd og lekkasje i en gammel AF-ledning, som resulterte i at enkelte innbyggere sto uten vann. I forbindelse med dette gjennomførte innklagede minikonkurransen med de fem leverandørene om tre prosjekt som gjaldt diverse vann- og avløpsarbeid. Prosjektene hadde en verdi på henholdsvis 700 000 kroner, 970 000 kroner og 1,1 millioner kroner.
- (17) I mars 2022 ble også de fem leverandørene invitert til å delta i minikonkurransen for etablering av «Kiss & Ride» i Tangerudveien. I mengdeoppsettet ble det opplyst om mengdene for slitelag og bindlag, men presisert at dette ikke skulle prises fordi kommunens rammeavtale med NCC på asfalt skulle benyttes. Rammeavtaleentreprenøren skulle ha ansvar for koordinering med NCC. Det var samme sted oppgitt mengder for poster som bærelag, forsterkningslag, fiberduk, kantstein og lysmast, som skulle prises av leverandørene.
- (18) Tilbudsfrist var 17. mars 2022, og Brede Stensrud AS ble tildelt avropet. Tilbudt totalpris var 1 697 879 kroner inkludert opsjon på forlengelse av fortau. Av tilbudet fremgikk det følgende:
- «Asfaltering utføres av NCC, og faktureres direkte Rælingen Kommune*
- Innkjøp av lysmaster, fundamenter og kabel for veilys, kjøpes inn og faktureres Rælingen Kommune.»*
- (19) Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. august 2022. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 31. august 2022.
- (20) Den 22. desember 2022 sendte innklagede et varsel til rammeavtaleleverandørene om at rammeavtalen ville bringes til opphør.
- (21) Innklagede har opplyst at en del av de påklagete avropene for arbeid utført i 2018 og 2019, knytter seg til en rammeavtale fra 2017.
- (22) Nemndsmøte om utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 21. august 2023.
- (23) Etter nemndsmøtet mottok klagenemnda ytterligere prosesskriv fra partene, datert henholdsvis 10. september 2023, 13. september 2023 og 19. september 2023.
- (24) Varsel om overtredelsesgebyr ble sendt 21. september 2023.
- (25) Klager oversendte kommentarer til forhåndsvarselet 16. oktober 2023. Innklagede sendte inn merknader 20. oktober 2023.
- (26) Klagenemnda ba innklagede om ytterligere forklaringer 7. november 2023. Innklagede svarte på henvendelsen 9. november 2023.
- (27) Klager innga deretter ytterligere merknader 22. november 2023.

## **Anførsler:**

### *Klagers anførsler:*

- (28) Alle prosjekt med varighet på over fire uker skulle ha vært konkurranseutsatt mellom rammeavtaleleverandørene gjennom minikonkurranser, slik rammeavtalens avropsmekanisme legger opp til. Manglende bruk av minikonkurranse medfører at avropene utgjør ulovlige direkte anskaffelser.
- (29) Rammeavtalene åpner ikke for kjøp av materiell. Innklagede har dermed benyttet rammeavtalene til å dekke behov som ikke fremgår av utlysningen og konkurransegrunnlaget. Dersom potensielle leverandører hadde forstått at de også kunne gi tilbud på materiell, ville flere leverandører vært interessert i å delta i konkurransen. Det innebærer at avtalene har blitt vesentlig endret. Bruk av en vesentlig endret kontrakt uten ny konkurranse, er å betrakte som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (30) Rammeavtalene har en årlig maksimal verdi på 25 millioner kroner. Ettersom innklagede ikke har utløst den siste opsjonen, må rammeavtalenes verdi beregnes over tre år, slik at totalverdien anses å være 75 millioner kroner. Ifølge konkurransegrunnlaget kan det likevel ikke gjøres innkjøp for mer enn 25 millioner kroner per år. Alle innkjøp over dette beløpet utgjør dermed ulovlige direkte anskaffelser.
- (31) Rammeavtalen kan kun benyttes av kommunalteknisk enhet hos innklagede. Avropene skal være skriftlige og kan kun foretas av bemyndiget rekvirent; i dette tilfellet en navngitt person i innklagedes enhet for kommunalteknikk. Alle andre enheter hos innklagede som har benyttet rammeavtalen, har dermed foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (32) Det foreligger ingen formildende omstendigheter og gebyret bør settes høyt.

### *Innklagedes anførsler:*

- (33) Klagefristen for påstander om ulovlig direkte anskaffelser er to år. Adgangen til å ilegge gebyr for avrop foretatt før 30. august 2020 er dermed bortfalt.
- (34) Det at innklagede ikke har benyttet minikonkurranse ved tildelinger av kontrakter under rammeavtalen, kan medføre at feil leverandør har blitt tildelt avropene. Dette utgjør imidlertid ikke ulovlige direkte anskaffelser.
- (35) Kjøp av materiell er ikke omfattet av rammeavtalene, men er selvstendige innkjøp leverandørene på rammeavtalen har gjort på vegne av kommunen ved bruk av sine underleverandører. Dette understøttes av at det ikke ble etterspurt priser på materiell ved inngivelse av tilbud i konkurransen om maskinleieavtalene. Når materiell likevel er kjøpt, så har dette dermed ikke vært en del av rammeavtalene. Innklagede mener derfor at materiellkjøpene utgjør selvstendige kontrakter og at hvert avrop/faktura

må ses på som en enkelt anskaffelse. Ettersom alle disse kjøpene ligger under terskelverdi, utgjør ikke materialkjøpene ulovlige direkte anskaffelser.

- (36) Subsidiært, dersom klagenemnda anser materialkjøpene som avrop på rammeavtalene, kan ikke andelen materiell som er viderefakturert på kommunens egne innkjøpsavtaler medregnes.
- (37) Innklagede bestrider at alle kjøp over rammeavtalenes verdi utgjør ulovlige direkte anskaffelser. Ifølge kunngjøringen er anskaffelsens verdi estimert til 80 millioner kroner, og innenfor dette beløpet foreligger det ingen begrensning i hvilket årlig beløp som benyttes på rammeavtalene. Klagers verdiberegning er dermed uriktig. Innklagede erkjenner imidlertid at rammeavtalene er overskredet, men overskridelsen er ikke vesentlig, og utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (38) Subsidiært, dersom nemnda kommer til at rammeavtalenes verdi er overskredet vesentlig, har ikke innklagede handlet uaktsomt, grovt uaktsomt eller forsettlig. Dersom nemnda kommer til at skyldkravet er oppfylt, må gebyret likevel settes lavt fordi det foreligger formildende omstendigheter.
- (39) Avrop foretatt på rammeavtalen etter at verdien var overskredet, ble gjennomført som minikonkurranser og utgjør ikke ulovlige direkte anskaffelser. Dette gjelder avropene for etablering av Kiss&Ride i Tangerudvegen i mars 2022, samt avrop knyttet til vannledningsbruddet på samme tid. Alternativet hadde vært å gjennomføre enkeltstående anskaffelser etter forskriften del I. Disse avropene kan derfor ikke inngå i den totale beregningen av hva innklagede har anskaffet for.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (40) Klagen gjelder parallelle rammeavtaler innklagede har inngått med åtte ulike leverandører. Rammeavtalene var kunngjort som tjenestekontrakter.
- (41) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Den delen av klagen som gjelder forhold fra mindre enn to år tilbake fra datoen klagen ble sendt til klagenemnda, er således rettidig. I den grad klager har ment å anføre øvrige brudd på regelverket, vil ikke klager ha saklig klageinteresse i å få avgjort dette.
- (42) Klagenemndas adgang til å ilegge overtredelsesgebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått. Toårsfristen avbrytes ved at det sendes et fristavbrytende brev til oppdragsgiveren, jf. anskaffelsesloven § 12 fjerde ledd andre og tredje punktum. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 29. august 2022. Klagen og fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 31. august 2022, og klagenemndas gebyrmyndighet i denne saken gjelder derfor fra 31. august 2020.

*Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse - manglende minikonkurranser*

- (43) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å tildele kontrakter på rammeavtalene uten bruk av minikonkurranse.
- (44) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (45) Forskriften § 26-3 fastsetter fremgangsmåten for tildeling av avrop ved rammeavtaler med flere leverandører. Bestemmelsen oppstiller to alternativer, der oppdragsgiver enten kan gjøre en direkte tildeling til en av leverandørene etter en forutberegnelig fordelingsnøkkel, eller ved gjennomføring av en fornyet konkurranse.
- (46) Fremgangsmåten for tildeling av avrop under rammeavtalen fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 2.1. Her fremgikk det at for oppdrag utover åtte uker ville det bli gjennomført en begrenset konkurranse mellom leverandørene. Innklagede har erkjent at denne delen av konkurransegrunnlaget inneholder en feil, og at innklagede hadde til hensikt å skille mellom oppdrag med varighet på under og over fire uker. At det var fire og ikke åtte uker som var det tiltenkte skjæringstidspunktet, fulgte også av kravspesifikasjonen som inngikk i de kunngjorte anskaffelsesdokumentene, og av rammeavtalene som senere ble signert med de ulike rammeavtaleleverandørene.
- (47) Det er uklart om fremgangsmåten for avrop skissert i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 og i de generelle avtalevilkårene punkt 3 «*Avrop*» gjelder gjenåpning av konkurransen, eller direkte tildeling. Klagenemnda legger til grunn at dette er ment å gjelde ved gjenåpning av konkurransen. Rammeavtalen inneholder ikke noen andre bestemmelser om fordelingsnøkkel eller lignende for avrop som skal foretas direkte.
- (48) Avropene klagen gjelder har en varighet på over fire uker, og skulle vært tildelt gjennom bruk av minikonkurranse. Innklagede har imidlertid erkjent at det ikke ble gjennomført konkurranse, og at avropene isteden ble tildelt ved at innklagede tok kontakt med den enkelte leverandør. Dette utgjør et brudd på regelverket som medfører at feil leverandør kan ha blitt tildelt kontrakt. Denne feilen utgjør imidlertid ikke et brudd på kunngjøringsplikten, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/615 avsnitt 40. Det vises også til lov om offentlige anskaffelser § 13 første ledd bokstav b, som viser at tildeling under en rammeavtale med flere leverandører i strid med regler om gjenåpning av konkurransen, er en annen type brudd enn en ulovlig direkte anskaffelse, jf. bestemmelsens bokstav a. En slik feil vil dermed ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, og må avbøtes ved plikten til å omgjøre tildelingen, eventuelt gjennom søksmål om at de enkelte kontraktene kjennes uten virkning, jf. lovens § 13 første ledd bokstav b.
- (49) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlaget, fører dermed ikke frem.

*Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved at andre enn kommunalteknisk enhet har foretatt avrop*

- (50) Klager har videre anført at det utgjør en ulovlig direkte anskaffelse at andre personer enn bemyndiget rekvirent har foretatt avrop på rammeavtalen. Nemnda forstår dette som en anførsel om brudd på bestemmelsen i forskriften § 26-1 (3) der det følger at det kun er oppdragsgivere som er klart identifisert i kunngjøringen som kan tildele kontrakter under rammeavtalen.
- (51) Oppdragsgiver er i henhold til kunngjøringen kommunalteknisk enhet hos innklagede. Slik saken er opplyst, er det ingen holdepunkter for at de avropene klagen omfatter er foretatt av andre enn denne enheten. At avropene foretas av andre personer enn det som følger av vilkårene i rammeavtalen, kan for øvrig ikke anses som en vesentlig endring av rammeavtalen.
- (52) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlaget, fører dermed ikke frem.

*Hvorvidt kjøp av materiell utgjør en ulovlig direkte anskaffelse*

- (53) Klager anfører videre at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe materiell på rammeavtalene som gjelder leie av maskiner og mannskap.
- (54) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at det også kan foreligge en ulovlig direkte anskaffelse i tilfeller hvor oppdragsgiver gjør avrop på en kunngjort rammeavtale som ikke hjemler avropet. I slike tilfeller har oppdragsgiver i realiteten foretatt en ny anskaffelse uten forutgående kunngjøring, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/193 avsnitt 22 med videre henvisninger.
- (55) Rammeavtalene i vår sak gjaldt leie av maskiner, lastebiler og mannskap, og avgrenset eksplisitt mot materialkjøp innen VA og vei, se konkurransegrunnlaget punkt 2.1. Det var i tråd med dette ikke lagt opp til prising av materialer og eventuelle påslag, og heller ikke konkurrert om dette. Innklagede har i samme periode hatt egen innkjøpsavtale med andre leverandører for levering av materiell.
- (56) Innklagede har forklart at det i forbindelse med de påklagede prosjektene likevel har blitt kjøpt materiell på maskinleieavtalene. Dette har skjedd både ved at leverandørene har kjøpt materiell fra sine underleverandører på innklagedes vegne, og gjennom kjøp som leverandørene har gjort via innklagedes egne innkjøpsavtaler. Sistnevnte måte å gjøre det på, omfatter, slik nemnda forstår det, omtrent ti prosent av det totale materialkjøpet etter 31. august 2020.
- (57) Når det gjelder kjøpene leverandørene har gjort hos egne underleverandører, har innklagede forklart at dette ble gjort av praktiske årsaker der leverandørene hadde behov for materiell som innklagede ikke klarte å levere. Rapporten fra innkjøpsavdelingen viser at rammeavtaleleverandørene på maskinleieavtalene da har tatt påslag på materialene ved fakturering til kommunen. Klagenemnda legger derfor til grunn at det dreier seg om kjøp av varer, og ikke en ren innkjøpstjeneste.



- (58) Klagenemnda finner det klart at innklagede ved dette har foretatt kjøp som ikke er hjemlet i rammeavtalene, og som dermed ikke har vært kunngjort. Innklagede har imidlertid gjort gjeldende at disse kjøpene må sees uavhengig av rammeavtalene, som selvstendige innkjøp av varer. Ifølge innklagede kan disse kjøpene heller ikke anses som én anskaffelse, ettersom de forskjellige kjøpene ikke dekker det samme tekniske og økonomiske behovet, jf. EU-domstolens dom i sak C-16/98 Sydev.
- (59) Klagenemnda er ikke enig med innklagede i at kjøpene må sees uavhengig av rammeavtalene. Materialkjøpene er gjort av rammeavtaleleverandørene for å skaffe de nødvendige materialene til å gjennomføre prosjektene de er tildelt i henhold til maskinleieavtalene. Dette har skjedd etter avtale med innklagede, fordi innklagede ikke har klart å kjøpe det nødvendige materiellet på sine egne innkjøpsavtaler. For enkelte av avropene fremgår det også av tilbudsinvitasjonen at det skulle gis priser på materialer som var nødvendige, og som ikke kunne kjøpes på innklagedes egne innkjøpsavtaler.
- (60) Slik saken er opplyst for nemnda, kan kjøpene dermed ikke anses som selvstendige innkjøp av materiell. Materialkjøpene fremstår som tilhørende og til dels integrert i avropene på maskinleieavtalene, ved at leverandørene kjøper varene av sine underleverandører og deretter fakturerer innklagede for varene med påslag.
- (61) Etter det opplyste har innklagede fra 31. august 2020 kjøpt materialer på maskinleieavtalene for totalt 5 422 131 kroner, hvorav omtrent ti prosent av det totale materialkjøpet er gjort på innklagedes egne innkjøpsavtaler.
- (62) Klagenemnda er enig i at det ikke utgjør en ulovlig direkte anskaffelse at leverandørene på maskinleieavtalene har vært bestillere på kommunens avtaler om kjøp av materiell, uten at leverandørene på maskinleieavtalene har påtatt seg noe ansvar for leveringen av slikt materiell. Med fratrukk for disse kjøpene, er det kjøpt materialer for 4 879 918 kroner som ikke er hjemlet i maskinleieavtalene. Dette ligger i beløp over terskelverdien for når kunngjøringsplikten inntreffer, jf. forskriften § 5-1.
- (63) Innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å kjøpe materiell på rammeavtalene.

*Hvorvidt overskridelsen av rammeavtalens estimerte verdi utgjør en ulovlig direkte anskaffelse*

- (64) Det neste spørsmålet for klagenemnda er om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å benytte rammeavtalene etter at den estimerte verdien var overskredet.
- (65) Klagenemnda bemerker innledningsvis at det er rammeavtalenes estimerte totalverdi, inklusive opsjoner, som danner grunnlaget for vurderingen av om overskridelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Klager kan dermed ikke høres med at man skal ta utgangspunkt i estimert årlig verdi, eller en varighet på tre år fordi innklagede formelt sett ikke utløste den siste opsjonen.

- (66) Rammeavtalene hadde ifølge kunngjøringen en estimert verdi på 80 millioner kroner over fire år, fordelt på inntil tolv mulige leverandører. Innklagede har erkjent at avtalens estimerte verdi er overskredet, ved at det er kjøpt tjenester for totalt 98 349 261 kroner på rammeavtalene. Slik saken er opplyst, er de omstridte avropene gjort innenfor rammeavtalenes tidsmessige og saklige virkeområde.
- (67) I EU-domstolens avgjørelse i sak C-23/20 (*Simonsen & Weel*), uttalte domstolen under henvisning til C-216/17 (*ASST*), at oppdragsgiver skal oppgi både avtalens estimerte verdi, og dens maksimale verdi. Når avtalens maksimale verdi er nådd, har avtalen uttømt sin virkning, jf. avsnitt 68. Det ble videre presisert i avsnitt 69 at dette ikke er til hinder for at det gjøres endringer som ikke er vesentlige, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 72.
- (68) For tilfeller hvor oppdragsgiver ikke har oppgitt en maksimal verdi, må endringsvurderingen ta utgangspunkt i den estimerte verdien, som er avtalens opplyste omfang. Om det i vesentlighetsvurderingen kan legges til grunn at maksimal verdi ligger noe høyere enn estimert verdi, er ikke avklart av EU-domstolen. Det er imidlertid klagenemndas vurdering at formålet med rammeavtaler – å gi oppdragsgiver fleksibilitet til å tilpasse anskaffelsene til det faktiske behov – tilsier at estimert verdi ikke umiddelbart skal anses som maksimal verdi, slik at ikke enhver overskridelse av estimert verdi skal anses som en endring av rammeavtalen. Det vil imidlertid uansett gå en grense et sted, slik at også overskridelser av estimert verdi av en viss størrelse vil utgjøre en endring.
- (69) Bruk av rammeavtaler utover både dens maksimale verdi og utover den estimerte verdi, når det ikke er angitt en maksimal verdi, må dermed vurderes etter forskriften kapittel 28. Kapittel 28 gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 72, som kodifiserte EU-domstolens lære om vesentlige endringer. Læren utvidet anskaffelsesdirektivenes virkeområde til kontraktsfasen, som i utgangspunktet ikke er omfattet av anskaffelsesreglene. Bakgrunnen for dette er at anskaffelsesreglene ikke kan fungere etter sitt formål dersom forutsetningene som ligger til grunn for en anskaffelsesprosess, fritt kan endres i ettertid. Dersom endringer rokker ved forutsetningene for konkurransen, vil det ikke ha vært reell konkurranse om det man ender opp med å anskaffe. At slike endringer ikke er tillatt, følger dermed av de grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling.
- (70) Når det ikke er fastsatt en maksimal verdi, forutsetter endringslæren derfor at det gjøres helt konkrete vurderinger når det skal avgjøres om det foreligger en endring, og i så fall om endringen er vesentlig. Denne vurderingen er uløselig knyttet til den kunngjorte konkurransen. Alle konkurranseforutsetningene kan dermed få betydning for vurderingen av om man etter utvidelsen står overfor en kontrakt som ikke er dekket av den opprinnelige kunngjøringen. Herunder vil det kunne være av betydning hvilken kontraktstype man står overfor, og hvordan den kunngjorte avtalen er lagt opp.
- (71) I tråd med formålet bak reglene, følger det av forskriften § 28-1 (1) bokstav f at det alltid er tillatt å gjøre endringer, uavhengig av verdi, som ikke er vesentlige. En

endring vil imidlertid være vesentlig dersom den «utvider kontraktens omfang betydelig», slik at man realiteten står overfor en ny kontrakt som skulle vært kunngjort, jf. forskriften § 28-2 bokstav c.

- (72) Hva som anses som en betydelig utvidelse av kontraktens omfang, vil avhenge av den konkrete kontrakten. I vurderingen må det ses hen til den kunngjorte estimerte kontraktsverdien og verdien av utvidelsen, men bestemmelsen oppstiller ingen absolutt grense for hvor stor endringen kan være. Selv om endringsreglene for øvrig åpner for endringer som medfører store verdiøkninger, er det verdt å merke seg at selv der endringer har blitt nødvendige for eksempel som følge av omstendigheter en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, tillates likevel ikke endringer som overstiger 50 prosent av opprinnelig kontraktsverdi, jf. § 28-1 (1) bokstav d nr. 2.
- (73) Dersom kontrakten utvides til å omfatte andre ytelser enn det som opprinnelig var avtalt, vil imidlertid endringen lett kunne anses som vesentlig, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (*Pressetext*) avsnitt 36 og sak C-160/08 (*Kommisjonen/Tyskland*) avsnitt 99.
- (74) I denne saken var rammeavtalenes omfang angitt gjennom en estimert verdi på 80 millioner kroner i kunngjøringen. Det var ikke satt noen maksimal verdi, eller angitt maksimale mengder. Spørsmålet for klagenemnda blir dermed om den verdimessige overskridelsen av rammeavtalens estimerte verdi utgjør en endring som betydelig utvider kontraktens omfang.
- (75) Innklagede har gjort avrop på rammeavtalen som medfører en overskridelse på ca. 18,3 millioner kroner, eller ca. 23 prosent, sammenlignet med avtalens estimerte verdi. Innenfor dette beløpet er det ikke kjøpt andre ytelser enn det avtalte, slik at anskaffelsens art fremdeles er den samme.
- (76) Verdien av overskridelsen overstiger begge de kumulative beløpene i de minimis-regelen i forskriften § 28-1 (1) bokstav b), slik at overskridelsen både overstiger EØS-terskelverdien for kunngjøringsplikt, og 10 prosent av anskaffelsens verdi.
- (77) Avtalen er kunngjort som en rammeavtale med inntil tolv leverandører, og avropene skulle tildeles den enkelte leverandør ved gjennomføring av minikonkurransen. Det var dermed lagt opp til en fleksibel rammeavtaleløsning, der mange mindre leverandører skulle konkurrere om små og til dels mellomstore oppdrag. Både antallet leverandører og den valgte avropsmekanismen medfører dermed at ingen av leverandørene kunne forvente, eller trenge å ha kapasitet til, å levere hele avtalens omfang. Etter nemndas syn, må dette danne utgangspunktet for vurderingen av om verdioverskridelsene i denne saken medfører at avtalens omfang er betydelig utvidet.
- (78) Slik klagenemnda ser det, er den beløpsmessige overskridelsen isolert sett betydelig, både i prosent og i absolutte tall. Samtidig består utvidelsen av at det er tildelt et begrenset antall avrop, i en rammeavtale med åtte leverandører. Utvidelsen av omfanget, både i beløp og antall avrop fremstår dermed ikke betydelig i lys av antallet leverandører. Slik saken er opplyst for klagenemnda, er det heller ikke

holdepunkter for at disse avropene var av et betydelig større omfang enn det leverandørene kunne forvente, sett hen til at dette var en estimert verdi. Avropene var av varierende kompleksitet og størrelse, slik rammeavtalen i utgangspunktet la opp til.

- (79) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at overskridelsen i alle tilfeller ikke medfører en betydelig utvidelse av rammeavtalenes omfang, uten at nemnda trenger å ta stilling til om, eller i så fall når, utvidelsen anses som en endring av rammeavtalene. Klagenemnda bemerker i den forbindelse at det heller ikke er holdepunkter for at utvidelsen av avtalenes omfang fra 80 til nærmere 100 millioner ville ha påvirket hvem som deltok i konkurransen, eller ble tildelt rammeavtaler, jf. § 28-2 første ledd bokstav a.
- (80) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å overskride rammeavtalens estimerte verdi, fører dermed ikke frem.

#### *Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (81) Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum, at klagenemnda «skal» ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelses verdi dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse». Av andre punktum følger det at klagenemnda «kan» ilegge gebyr dersom «oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.»
- (82) Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen, se merknadene til § 7 b i den tidligere anskaffelsesloven i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26. Tilsvarende må gjelde etter dagens lov. For det nærmere innholdet av bestemmelsen i loven § 12 viser klagenemnda til klagenemndas avgjørelse i sak 2017/147 avsnitt 55 og utover.
- (83) Offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Når det gjelder kjøp av materiell, var det klart angitt i konkurransegrunnlaget at rammeavtalene ikke omfattet materiell. I samme tidsrom hadde innklagede også egne innkjøpsavtaler med andre leverandører for materialkjøp. Det var dermed klart at rammeavtalen ikke hjemlet slike kjøp.
- (84) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes kjøp av materiell må karakteriseres som «grovt uaktsomt». Nemnda «skal» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

#### *Gebyrets størrelse*

- (85) I tråd med tidligere praksis legger klagenemnda til grunn at gebyret skal fastsettes basert på det beløp som faktisk er og eventuelt vil bli betalt for ytelsen, jf. eksempelvis klagenemndas gebyrvedtak i sak 2018/7, avsnitt 76. Det fremgår av anskaffelsesloven § 12 tredje ledd at det ved utmålingen av gebyret særlig skal legges vekt på «bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen», jf.

anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første setning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelses verdi, jf. § 12 tredje ledd andre setning.

- (86) Innklagede har opplyst at det etter 31. august 2020 er kjøpt materialer for 5 422 131 kroner. Med fratrekk for kjøp på innklagedes avtaler om materiell, er det kjøpt materialer for 4 879 918 kroner på maskinleieavtalene.
- (87) Etablert praksis viser at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelses verdi i saker hvor det ikke er særlig formildende eller skjerpene omstendigheter, se LB-2021-36870.
- (88) I dette tilfellet har innkjøpsavdelingen hos innklagede foretatt en gjennomgang av innkjøpsrutinene og bruken av maskinleieavtalene, og på bakgrunn av funnene endret sine rutiner for bruk av avtalene. Dette ble gjort før saken ble klaget inn til klagenemnda, og nemnda vurderer dette som en formildende omstendighet.
- (89) Nemnda finner det samtidig skjerpene at innklagede har manglet kontroll over bruken av maskinleieavtalene, og samtidig benyttet denne til å kjøpe noe kvalitativt annet enn det maskinleieavtalene omfatter, uten at verken omfang eller vilkår er nærmere spesifisert.
- (90) Klagenemnda finner etter en samlet vurdering at gebyret passende kan settes til 487 000 kroner. Dette utgjør ca. ti prosent av anskaffelses verdi.

**Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*Rælingen kommune ilegges et overtredelsesgebyr på firehundreogåttisv tusen.  
- 487 000 - kroner.*

*Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtakets dato.*

\*\*\*

Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov om tvangsfullbyrdelse § 1-2.

Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten til overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12 sjettede ledd. Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*