



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkteanskaffelse

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale om leie av blant annet anleggsmaskiner, mannskap og utstyr. Klager anførte at det ved avrop på rammeavtalen var foretatt vesentlige endringer fra hva som fulgte av anskaffelsesdokumentene, og at avrop om sprengningsarbeid ulovlig var tildelt valgte leverandør. Anførslele førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. juli 2024 i sak 2024/0192

Klager: Åsmund Pettersen og Sønn AS

Innklaget: Gran kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Kjersti Holum Karlstrøm og Christina Paludan Melson

Bakgrunn:

- (1) Gran kommune (heretter innklagede) kunngjorde 8. oktober 2022 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale med flere leverandører for leie av anleggsmaskiner, mannskap, lastebiler, rigg og utstyr. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget estimert til 100 millioner kroner. Rammeavtalen hadde en varighet på to år med ensidig opsjon på ytterligere to år (1 + 1). Tilbudsfristen var 1. november 2022.
- (2) Det ville bli inngått kontrakt med tre leverandører basert på laveste pris. De tre leverandørene ville rangeres ut fra laveste pris, og ved avrop ville prioritering mellom leverandørene skje ved at kontrakten gikk til den best rangerte leverandøren, som hadde kapasitet til å utføre oppdraget (fossefallsmetoden).
- (3) Leverandørene skulle prise 24 linjer i prisskjemaet, herunder anleggsmaskiner, mannskap, tilleggsutstyr til anleggsmaskiner og annet utstyr. Enhetsprisene for anleggsmaskiner og lastebiler skulle inkludere fører. Leverandørene skulle blant annet prise fire gravemaskiner: «Gravemaskin 12-17 tonn», «Gravemaskin 12-17 tonn (hjulgraver)», «Gravemaskin 20-25 tonn» og «Gravemaskin 6-8 tonn».
- (4) Prisingen av disse 24 postene inngikk i tilbudsevalueringen.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 3 «Behovsbeskrivelse», sto det følgende om gravemaskiner:

«Gravemaskiner på 12 tonn og mer skal ha følgende utstyr som skal være med i enhetsprisene: Oilquick (eller tilsvarende system) og GPS.»
- (6) I tillegg fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 4.3 «Maskin- og utstyrsliste med priser (Svar er påkrevd)»:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«I tillegg til oppgitte produkter i Mercell skal tilbyder levere komplett liste på alt av anleggsmaskiner, lastebiler og utstyr som bedriften måtte ha. Listen skal være med enhetspriser for de ulike produktene eksl. mva.

Denne listen vil ikke være en del av evalueringen i konkurransen.»

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 2 «Oppdragsgivers forbehold» sto det følgende om valg av anleggsmaskiner:

«Vi forbeholder oss retten til å bestemme hvilke anleggsmaskiner, lastebiler, mannskap m.m. som skal benyttes i forbindelse med jobber på rammeavtale.»

- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 4.10 var det fastsatt følgende om bruk av underleverandører ved kontraktsoppfyllelsen:

«Dersom leverandør støtter seg på underleverandører for kontraktsoppfyllelse skal det vedlegges en forpliktende erklæring om at tilbyder har den nødvendige råderett over underleverandørens kapasitet.

Dersom underleverandørs utførelse forventes å overstige kr 100 000 eks mva av omsetningen skal det også vedlegges attester for betalt skatt og mva på aktuell(e) underleverandør(er).

Leverandør kan bare benytte seg av underleverandør for oppfyllelse av sine plikter under rammeavtalen der slik benyttelse ikke forringer eller truer med å forringe oppfyllelsen.

Dersom Leverandøren ønsker å benytte underleverandør, krever dette skriftlig forhåndssamtykke fra Oppdragsgiveren. Samtykke kan ikke nektes uten saklig grunn.

(...)»

- (9) I spørsmål av 25. oktober 2022 spurte Åsmund Pettersen & Sønn AS (heretter *klager*) om det var et krav at alle maskiner over 12 tonn måtte ha OilQuick eller tilsvarende system, om dette gjaldt før oppstart av avrop under rammeavtalen eller ved levering av tilbud. Innklagede svarte at «*Alle maskiner over 12 tonn, som skal brukes på rammeavtalejobber, må inneha Oilquick eller tilsvarende system ved oppstart på anlegg.*»
- (10) Innklagede mottok åtte tilbud innen tilbudsfristen. Av tildelingsbrevet fremgikk det at Brødrene Eidsand AS ble innstilt som nummer én, med en tilbudspris på 10 499 500 kroner. Klager ble innstilt som nummer to med en tilbudspris på 10 602 500 kroner.
- (11) Tildelingen ble klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. desember 2022. Klager anførte at Brødrene Eidsand AS sitt tilbud skulle avvises, og at klager skulle innstilles som nummer én i konkurransen. Klager anførte at valgte leverandør ikke hadde egne ressurser for boring og sprenging, og at det ikke var vedlagt forpliktelseserklæring fra underleverandør i tilbudet til leverandøren, slik de må for å innfri kravene i konkurransegrunnlaget. Dette representerte ifølge klager et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Klagenemnda behandlet klagen som en prioritert sak. I avgjørelse med saksnummer 2022/1795 kom nemnda til at kravet om ressurser til bore- og sprengningsarbeider var et kontraktskrav som skulle oppfylles på oppfyllestidspunktet, og at det ikke var grunnlag for å konkludere med at valgte leverandør ikke ville oppfylle et sådant krav ved fremtidige avrop. Klagen førte ikke frem.

- (12) Rammeavtale ble inngått med de tre best rangerte leverandørene.
- (13) Den 28. mars 2023 sendte innklagede en forespørsel til Brødrene Eidsand AS om et avrop på rammeavtalen. Avropet omfattet sprengningsarbeider. Innklagede ba om bekreftelse på om leverandøren aksepterte oppdraget, og ba samtidig om forpliktelseserklæring og skatteattest fra underleverandør hvis man skulle bruke dette. Brødrene Eidsand AS takket ja til oppdraget, og la ved forpliktelseserklæring og skatteattest fra underleverandør. Kontrakt ble inngått 30. mars 2023.
- (14) Den 11. januar 2024 begjærte klager innsyn i avrop som var foretatt på rammeavtalen fra mai 2023 til januar 2024. Oversikten viste at Brødrene Eidsand AS hadde utført arbeider for omkring 20 millioner kroner. Klagers oppdrag på rammeavtalen utgjør frem til mars 2024 omkring 12 500 000 kroner.
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 1. februar 2024.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. juni 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Klager anfører at innklagede ved avrop på rammeavtalen har frafalt kravet om at gravemaskiner over 12 tonn skulle ha OilQuick-system eller tilsvarende system. Dette kravet var sentralt ved prisingen av tilbudene, og hadde klager visst at kravet ikke ville bli fulgt opp kunne de gitt en vesentlig lavere pris. Bruk av gravemaskiner uten OilQuick-system utgjør en vesentlig endring av rammeavtalen, og avropene innebærer ulovlige direkteanskaffelser.
- (18) Innklagede har akseptert at Brødrene Eidsand AS har benyttet underleverandører til å utføre bore- og sprengningsarbeider selv om leverandøren i tilbudet opplyste at man ikke ville benytte underleverandører. Dette utgjør et brudd på anskaffelsesforskriften. Oppdragene med sprengningsarbeid skulle heller vært gitt til klager, som har denne kompetansen.
- (19) Klager ber klagenemnda vurdere hvilke opplysninger innklagede skal ha anledning til å sladde i forbindelse med klagers innsynsbegjæring.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede anfører at man ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (21) Innklagede har brukt gravemaskiner i tråd med føringene i konkurransegrunnlaget, der leverandørene skulle levere priser på ulike anleggsmaskiner utover de som ble evaluert, og innklagede forbeholdt seg retten til å bestemme hvilke maskiner som skulle benyttes ved avrop på rammeavtalen.
- (22) Avrop under rammeavtalen er gjort i tråd med konkurransegrunnlagets føringer og innklagedes behov. Bruk av maskiner uten OilQuick-system skyldes en konkret vurdering av om det var behov for løsningen. Det er gjort avrop på gravemaskiner over 12 tonn med OilQuick-system, der det har vært behov for dette.

- (23) Dersom bruk av maskiner uten OilQuick-system ikke omfattes av rammeavtalen, vil bruken av dem uansett være en endring som er tillatt etter forskriften § 28-1 bokstav b. Arbeidet med maskiner uten OilQuick eller tilsvarende system er på 1 374 761 kroner, og utgjør 7 prosent av det fakturerte beløpet til graving mm.
- (24) Leverandørens bruk av underleverandører er i tråd med kontraktskravet som ble stilt i konkurransen, og utgjør ingen vesentlig endring. Sprengningsarbeidet er kun på ca. 200 000 kroner, og utgjør under 1 prosent av omsetningen på avtalen. Avropene der det er brukt underleverandører er i sin helhet knyttet til kontrakt inngått 30. mars 2023, og er derfor utenfor klagefristen på seks måneder.
- (25) Spørsmålet om innsyn må avvises fra behandling i klagenemnda.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Konkurransen gjelder leie av anleggsmaskiner, mannskap, lastebiler, rigg og utstyr, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 100 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Bruk av underleverandører

- (27) Klager anfører at Brødrene Eidsand AS' bruk av underleverandører til sprengningsarbeider er i strid med tilbudet, der leverandøren opplyste at man ikke ville benytte underleverandører. Klager anfører at avropet skulle vært gitt til dem.
- (28) Innklagede anfører at anførselen om bruk av underleverandører er fremsatt mer enn seks måneder etter inngåelsen av kontrakten for avropet der underleverandører ble benyttet, og at klagen derfor er for sent fremsatt.
- (29) Etter klagenemndas syn er anførselen rettet mot avrop under rammeavtalen generelt, og ikke mot dette avropet spesielt. Det vises her til at klager i klagen ikke har spesifisert det aktuelle avropet, og eksplisitt har påpekt at man ikke kjenner omfanget av arbeidet. Siden nemnda forstår det som en anførsel knyttet til forståelsen av en pågående rammeavtale, anser nemnda klagen som rettidig.
- (30) Det neste spørsmålet er om Brødrene Eidsand AS' bruk av underleverandører til sprengningsarbeider var i strid med regelverket.
- (31) Klagenemnda bemerker at utgangspunktet i anskaffelsesretten er at leverandører har rett til å benytte underleverandører til oppfyllelse av kontrakten. I foreliggende sak har innklagede bedt leverandørene oppgi om de skal benytte underleverandører til arbeidet.
- (32) Det følger av forskriften § 19-2 (1) at oppdragsgiver kan be om opplysninger om leverandøren planlegger å benytte underleverandører. Ordlyden «*planlegger*» tilsier at leverandøren ikke er bundet av opplysningene. Brødrene Eidsand AS' opplysning om at man ikke ville benytte underleverandører stenger dermed ikke for at underleverandører blir brukt under kontraktgjennomføringen. Dette samsvarer også godt med reguleringen i konkurransegrunnlaget punkt 4.10 om at bruk av underleverandører krever forhåndssamtykke fra oppdragsgiver.

- (33) Konkurranses grunnlaget punkt 4.10 om oversendelse av forpliktende erklæring og skatteattest stenger heller ikke for bruk av underleverandører ved kontraktsgjennomføringen. Punktet må forstås slik at det først kreves oversendelse av forpliktende erklæringer når leverandørene vil benytte underleverandører, typisk ved aksept av avrop. Da Brødrene Eidsand AS aksepterte avropet under rammeavtalen som inkluderte sprengningsarbeid, opplyste leverandøren om bruk av underleverandør ved gjennomføringen, og leverte samtidig forpliktelseserklæring og skatteattest i tråd med føringene i konkurranses grunnlaget. Bruken av underleverandør ble akseptert av innklagede.
- (34) Klagenemnda bemerker at Brødrene Eidsand AS' opplysninger i tilbudet om bruk eller ikke-bruk av underleverandører ikke har hatt betydning for kvalifiseringen av valgte leverandør, se forskriften § 24-2 (1) bokstav a, og ikke har påvirket rangeringen av tilbudene.
- (35) Bruken av underleverandør er etter dette ikke i strid med regelverket.

Bruk av gravemaskiner ved avrop

- (36) Klager anfører at innklagede ved avrop på rammeavtalen har akseptert bruk av gravemaskiner over 12 tonn uten OilQuick-system, og at dette utgjør en vesentlig endring av anskaffelsesdokumentene.
- (37) Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at innholdet i kontrakten blir «*vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten*», jf. forsyningsforskriften § 24-2. Dersom oppdragsgiver endrer kontrakten vesentlig, skal dette anses som en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/658, avsnitt 71, og EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 Presstext. I disse tilfellene vil den vesentlig endrede kontrakten utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (38) Det fulgte av konkurranses grunnlaget punkt 3 at gravemaskiner over 12 tonn skulle ha OilQuick-system eller lignende. Det sto videre i konkurranses grunnlaget punkt 4.3 at leverandørene, i tillegg til utstyret som skulle føres opp i prisskjemaet, skulle opplyse om «*alt av anleggsmaskiner, lastebiler og utstyr som bedriften måtte ha*», og at oversikten skulle inkludere enhetspriser for produktene. I konkurranses grunnlaget punkt 2 sto det at innklagede tok forbehold om å bestemme hvilke anleggsmaskiner, lastebiler og mannskap som skulle benyttes ved avrop på rammeavtalen.
- (39) Etter klagenemndas syn er det sentrale i konkurranses grunnlaget punkt 3 at innklagede forpliktet leverandørene til å kunne levere gravemaskiner over 12 tonn med OilQuick-system eller lignende. Det fremgår imidlertid tydelig av de nevnte punktene i konkurranses grunnlaget at innklagede ønsket fleksibilitet ved valg av maskiner og utstyr, og at innklagede ønsket å velge maskiner og utstyr utfra de konkrete behovene i et avrop. Sett i sammenheng med resten av konkurranses grunnlaget kan derfor punkt 3 ikke forstås som en begrensning i muligheten for innklagede til i et konkret avrop å akseptere bruk av maskiner over 12 tonn uten OilQuick-system.

- (40) Oppstillingen av andre maskiner enn de som inngikk i prisevalueringen skulle inkludere pris, og Brødrene Eidsand AS har dermed levert bindende pristilbud på maskiner både med og uten OilQuick-system.
- (41) Klagenemnda vil videre bemerke at det fremstår som at bruken av gravemaskiner over 12 tonn uten OilQuick-system har vært begrenset til oppdrag der innklagede etter en konkret vurdering har ment det ikke var behov for denne løsningen. Innklagede har gjort avrop av gravemaskiner med OilQuick-system der det har vært behov for systemet. Det fremstår ikke som innklagede gjennom avropene har ment å omgå føringene i rammeavtalen på noen måte.
- (42) Klagenemnda konkluderer etter dette med at bruk av gravemaskiner over 12 tonn uten OilQuick-system ikke utgjorde en endring av anskaffelsesdokumentene

Innsyn

- (43) Klager ber klagenemnda vurdere hvilke opplysninger innklagede skal ha anledning til å sladde i forbindelse med klagers innsynsbegjæring.
- (44) Klagenemnda er etablert for å overvåke anskaffelsesregelverket, jf. loven § 11 første ledd og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1. Nemnda kan derfor ikke ta stilling til spørsmålet om manglende innsyn.

Konklusjon:

Gran kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur