



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.

Vår ref.  
2024/0848-21

Saksbehandler  
Mildrid Sulen Henden

Dato  
06.01.2025

### Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 14. juni 2024 på offentlig anskaffelse av vintervedlikehold. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

#### Bakgrunn:

- (1) Troms og Finnmark fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 6. mars 2021 en åpen anbudskonkurranse for kontrakt om drifts- og vedlikeholdsoppgaver på vegnettet Porsanger – Nordkyn. Kontraktens varighet var fra 1. september 2021 til 31. august 2026, med opsjon for forlengelse i 12 måneder, totalt 5 år. Tilbudsfrist var 14. april 2021.
- (2) Oppdraget omfattet en rekke drifts- og vedlikeholdsoppgaver, med funksjonsansvar for noen av oppgavene, på fylkesveger og fylkesgang- og sykkelveger med tilhørende sideanlegg, sideområder, utstyr og installasjoner i Porsanger, Lebesby, Tana og Gamvik kommune. Kontrakten omfattet også vinterdrift i perioden 15. september til 15. mai. Av kravspesifikasjonen fremgikk det at oppgavene blant annet omfattet beredskap ved ulykker, rensk av grøfter, midlertidig reparasjoner av faste dekker, bygningsrenhold, vurdering og overvåkning av skred- og flomfare, drift og vedlikehold av grøntarealer, og vinterdrift herunder brøyting, strøing, fjerning av snø i leskur, bord, benker og stoler på sideanlegg, fjerning av snø og is på skilt og gjennomføring av kolonnekjøring.
- (3) Det var opplyst at vegnettet som var omfattet av kontrakten, inkludert armer og ramper bestod av 411 013 kilometer vei totalt, hvorav 407 735,61 kilometer var fylkesvei, 1 442 var fylkesgang- og sykkelvei, og 1 836 kilometer var kommunal vei. For sistnevnte omfattet kontrakten kun vinterdrift, og hadde oppstart 1. april 2024.
- (4) Av kravspesifikasjonen var vinterdrift angitt som prosess nr. 96. Det var blant annet stilt krav om at fylkesveiene og de kommunale veiene skulle brøytes «mellom 05:00 og 23:00»,

og at gang- og sykkelvei og fortau skulle være «*farbart og attraktivt for gående og syklende slik at de foretrekker å ferdes der fremfor i kjørebane*» mellom klokken 06.00 og 23.00. Brøyting av gang- og sykkelvei og fortau skulle være utført «*innen klokken 0600*».

- (5) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen, fra Presis Vegdrift AS og Mesta AS. Kontrakt ble tildelt Mesta AS (heretter *valgte leverandør*), og kontrakt ble signert 10. juni 2021. Valgte leverandørs tilbudssum var på 218 435 431,35 kroner ekskl. mva.

- (6) I kontrakten var det inntatt en endringsklausul som lød:

*«Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer.*

*En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelige avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art, eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå.*

*En endring må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og kan ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid. Er ikke annet avtalt, kan ikke byggherren pålegge entreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg av kontraktssummen.»*

- (7) Den 23. september 2022 utarbeidet innklagede følgende endringsordre til kontrakten:

|                            |                                                                           |
|----------------------------|---------------------------------------------------------------------------|
| <b>Endringsordre</b>       | 01                                                                        |
| <b>Oppdragsbeskrivelse</b> | Endring nattbrøyting                                                      |
| <b>Bestillingsdato</b>     | 23.09.22                                                                  |
| <b>Sted/strekning</b>      | Nordkyn                                                                   |
| <b>Vegreferanse</b>        | FV888 (fra Bekkarfjord), FV8074, FV8072, FV894                            |
| <b>Beskrivelse</b><br>Hva  | Opprettelse av tilleggsarbeid som rundsum prosess med tilhørende mengder. |
| <b>Krav</b>                | Gjeldende beskrivelser i kontrakt og prosess 96.                          |
| <b>Type/Kvalitet/</b>      | Brøyting, rydding, strøing og høvling. Kvalitet etter kontraktskrav.      |
| <b>Prosess/E4 pris</b>     | Prosessnr: 96.311                                                         |
| <b>Forarbeid</b>           | Risikovurdering/SJA                                                       |

|                                |                                                                                                                                                                                                                                                       |
|--------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Prosjektnr.</b>             |                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>Ressursnr.</b>              | 20611                                                                                                                                                                                                                                                 |
| <b>Varighet</b>                | 1. oktober – 30. april hvert år i kontraktsperiode.                                                                                                                                                                                                   |
| <b>Bestiller</b>               | TFFK                                                                                                                                                                                                                                                  |
| <b>Dokumentasjon</b>           | Faktureringsgrunnlag i hht. Avtale og mengdefaktura.                                                                                                                                                                                                  |
| Fast pris/<br>kostnadsoverslag | Fastgodtgjørelse på 4 brøytebiler med i henhold til krav i kontrakt på --- per enhet.<br>Fastgodtgjørelse på totalt ---<br>I tillegg påkommer mengder i henhold til prosess 96.31.<br>Faktura etter prosesskode.<br>Faktureringsplan oversendes TFFK. |
| Fakturering                    | Fastgodtgjørelse + mengdefaktura.                                                                                                                                                                                                                     |

- (8) Med virkning fra 1. januar 2024 ble innklagede delt i Troms fylkeskommune og Finnmark fylkeskommune, hvor sistnevnte overtok kontrakten med valgte leverandør.
- (9) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 14. juni 2024.

#### Sekretariatets vurdering:

- (10) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav til saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Konkurransen gjelder drift- og vedlikeholdsoppgaver på vegnett, som er en tjenesteanskaffelse. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (11) Det følger av klagenemndsforskriften § 13a andre ledd at en klage på ulovlig direkte anskaffelse «*kan fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått*». Videre følger det av anskaffelsesloven § 12 (4) at «*[a]dgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått*».
- (12) Kontrakten med valgte leverandør ble inngått for mer enn to år siden. Klager anfører imidlertid at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å utvide kontrakten til å omfatte nattbrøyting. Klager viser blant annet til endringsordren datert 23. september 2022. Ifølge innklagede utgjør dette en lovlig endring av kontrakt.
- (13) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).

- (14) Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette utgangspunktet er dersom avtalen endres på en slik måte at innholdet i kontrakten blir *«vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten»*, jf. forskriften § 28-2. 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 *Pressetext*. I disse tilfellene vil den vesentlig endrede kontrakten utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (15) Klager har anført at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse av brøyting på nattetid. Klager har i den forbindelse vist til endringsordren som er utstedt av innklagede den 23. september 2022, samt dokumentasjon for at det gjennomføres brøyting på nattetid på Skjånes. Innklagede har anført at endringen er lovlig, da det i kontrakten med valgte leverandør er inntatt en endringsklausul, og endringen er gjennomført i tråd med denne klausulen.
- (16) Det følger av forskriften § 28-1 (1) bokstav a at oppdragsgiver kan foreta endringer i en kontrakt uten å gjennomføre ny konkurranse etter forskriften, dersom endringen *«foretas etter en endringsklausul som nevnt i § 19-1 annet ledd»*.
- (17) Forskriften § 19-1 (2) stiller krav til at endringsklausuler må være angitt i anskaffelsesdokumentene, og at det skal *«fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår»*. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 72 nr. 1 bokstav a i direktiv 2014/24/EU, som angir at revisjonsklausuler skal være *«klare, tydelige og utvetydige»*.
- (18) Endringsklausulen i kontrakten er svært generell, og spesifiserer ikke på hvilke vilkår endringer kan pålegges. Sekretariatet finner det klart at endringsklausulen i kontrakten, som innklagede har vist til, ikke oppfyller kravene i § 19-1 (2).
- (19) Forskriften § 28-1 (1) bokstav f åpner videre for at det kan gjøres endringer i kontrakter *«uavhengig av verdi, som ikke er vesentlige, jf. § 28-2»*. Av § 28-2 følger det at en endring ikke er tillatt dersom den *«fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten»*.
- (20) Spørsmålet er derfor om endringsordren medfører at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.
- (21) Kontrakten innklagede har inngått med valgte leverandør, gjelder drifts- og vedlikeholdsoppgaver på vegnettet Porsanger – Nordkyn. Valgte leverandør er ansvarlig for en rekke oppgaver langs vegnettet, herunder beredskap ved ulykker, rensk av grøfter, midlertidig reparasjoner av faste dekker, bygningsrenhold, vurdering og overvåkning av skred- og flomfare, drift og vedlikehold av grøntarealer, og vinterdrift med mer. Av vinterdrift omfattes blant annet brøyting, strøing, fjerning av snø i leskur, bord, benker og stoler på sideanlegg, fjerning av snø og is på skilt og gjennomføring av kolonnekjøring.
- (22) Endringsordren innebærer at tidspunktene for brøyting endres til å gjelde hele døgnet, i stedet for kun mellom klokken 05.00 og klokken 23.00. Videre er endringen begrenset til å gjelde mellom 1. oktober og 30. april hvert år i kontraktsperioden. Det avtalte vederlaget for endringsordren er etter det opplyste 2 240 000 kroner per år. Med fire år igjen av avtaletiden når endringsordren ble utstedt, utgjør dette en vederlagsøkning på 8 960 000 kroner.

Kontraktssummen var på 218 435 431,35 kroner ekskl. mva. En økning på i underkant av 9 millioner kroner utgjør omtrent fire prosent av kontraktsverdien.

- (23) Endringen i tidspunktene for når det skal brøytes, innebærer en utvidelse på omtrent 33 prosent for denne oppgaven. Sekretariatet ser ikke bort fra at utførelse av disse tjenestene på nattestid ikke nødvendigvis kan likestilles med gjennomføring på dagtid, med tanke på blant annet arbeidstidsbestemmelser og lysforhold. Endringen i kontrakten utgjør likevel en svært liten del av en stor og omfattende kontrakt, både sett hen til alle de forskjellige oppgavene som skal utføres under kontrakten, og kontraktssummen. Sekretariatet kan heller ikke se at endringsordren utgjør en endring i hvilke geografiske områder kontrakten omfatter. Det er angitt i endringsordren at endringen gjelder veiene FV888 (fra Bekkarfjord), FV8074, FV8072 og FV894. Slik saken er opplyst for sekretariatet, var disse veiene omfattet av kontrakten. Kontrakten som er inngått med valgte leverandør omfatter ikke, verken før eller etter endringen, brøyting av kommunal vei på Skjånes.
- (24) Sekretariatet finner det etter dette klart at endringsordren ikke fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. Endringen er derfor lovlig, jf. § 28-1 (1) bokstav f. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (25) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

#### **Klageadgang:**

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Med hilsen

Mildrid Sulen Henden  
Juridisk rådgiver

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*

Mottakere:  
LEIF-GUNNAR K PETTERSEN  
FINNMARK FYLKESKOMMUNE