



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse for inngåelse av rammeavtale som omfattet til dels samme produkter som en rammeavtale innklagede allerede var part i. Klagenemnda gjennomgikk ulike uttalelser i juridisk teori, og antok at problemstillingen måtte vurderes i relasjon til forbudet mot misbruk og konkurranseskadelig anvendelse av rammeavtaler. Ut fra de konkrete forhold i saken representerte innklagedes etablering av rammeavtale som delvis dekket produkter omfattet av en annen rammeavtale klart ikke et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Særbemerkning fra et nemndsmedlem.

Klagenemndas avgjørelse 17. desember 2012 i sak 2011/237

Klager: Brødrene Dahl AS

Innklaget: Kommunene Engerdal, Stor-Elvdal, Trysil og Åmot

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Rammeavtale

Bakgrunn:

- (1) På vegne av kommunene Alvdal, Folldal, Os, Rendalen, Tolga, Tynset, Engerdal, Stor-Elvdal, Trysil og Åmot kunngjorde Abakus AS 18. desember 2009 en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale med en leverandør for kjøp av veimerkingsutstyr. Når det gjelder anskaffelsens verdi fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 2.1.5 at stipulert anskaffelsesverdi var 300 000 kr pr år, og av konkurransegrunnlaget punkt 2.1.8 fremgikk at avtalens varighet var to år, med opsjon for forlengelse i ytterligere 1+1 år.

- (2) Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 2.16 "*Forbehold og presiseringer*".

"2.1.6 Forbehold og presiseringer

Det tas forbehold om det oppgitte kvantum, og at endringer i budsjetter, andre vedtak og rutiner kan påvirke uttaket i avtaleperioden.

En avtale skal ikke være til hinder for at mindre suppleringskjøp kan foretas hos andre leverandører. Behovet for varer kan i avtaleperioden endre seg, vi ber derfor om pris på varer utover det forespurte innenfor samme varespekter.

- (3) Når det gjaldt leveringssted fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 2.1.4 at "*[l]everanser skal skje direkte til de enkelte virksomhetene i kommunene nevnt under pkt. 1.1.*"

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (4) I prisskjemaet som var vedlagt konkurransegrunnlaget var de etterspurte produktene oppgitt i et skjema som tilbyderne skulle fylles ut. Det var også oppstilt en kolonne hvor historisk volum fremgikk. Blant de etterspurte produktene var "Skilt nr. 729 Type 1, 15x80 cm tosidig", "Skilt nr. 729 Type 1, 15x70 cm tosidig f topph.", "Stolpe, 60mm/3,0m" og "Klammer rett, 60mm". Historisk innkjøpsvolum for forrige år var angitt å være henholdsvis 3, 3, 38, og 70 for samtlige ti kommuner.
- (5) Brødrene Dahl AS (heretter kalt klager) deltok i konkurransen, og inngikk kontrakt med kommunene 1. april 2010.
- (6) På vegne av kommunene Engerdal, Stor-Elvdal, Trysil og Åmot (heretter kalt innklagede) kunngjorde Abakus AS 5. juli 2011 en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale for anskaffelse og oppsett av veinavneskilt. Av kunngjøringen fremgikk det at kontrakten ikke ville bestå av delarbeid eller delleveranser, og at det gjaldt en rammeavtale med flere leverandører, med to leverandører som det maksimale antallet forestilt til rammeavtalen.
- (7) Av kravspesifikasjonen fremgikk det at avtalen omfattet to "[a]rbeidsoppgaver som inngår i avtalen", og at leverandørene kunne gi tilbud på en eller begge arbeidsoppgavene. Arbeidsoppgavene var "[l]evering av skiltssystem inkl. stolper, skilt, festeanordning og fundament" og "[o]ppsetting av skilt ihht. Skiltplan." Når det gjaldt valg av tilbud fremgikk det følgende i konkurransegrunnlaget punkt 3.4:
- "Tilbudene blir evaluert skiltproduksjon- og oppsetting hver for, slik at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet per arbeidsoppgave vil bli foretrukket.*
- Dette prinsippet blir ikke fraveket selv om samme tilbyder har beste tilbud på begge arbeidsoppgavene."*
- (8) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.8 fremgikk at avtalens varighet var to år, med opsjon for forlengelse i ytterligere 1+1 år.
- (9) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.2 "Omfang" fremgikk følgende:

3.2 Omfang

Avtalen omfatter levering og oppsetting av skilt i Engerdal, Stor-Elvdal, Trysil og Åmot kommuner.

For Engerdal og Stor-Elvdal kommuner fremkommer estimatet på mengden skilt i vedlagte skiltplan. Tilsvarende oversikt for Trysil og Åmot er ennå ikke klar og vil i hovedsak gjelde en supplerings av allerede oppsatte skilt.

Noen skilt skal settes opp på eksisterende stolper. Oversikten er et estimat og kan endres i kontraktsperioden.

Området rundt stolpene skal settes tilbake i den stand det var før montering av stolpene.

Antall:

- Engerdal kommune: Eksisterende stolper: 69, nye stolper: 124
- Stor-Elvdal kommune: Eksisterende stolper: 45, nye stolper: 114

- Trysil kommune: X
- Åmot kommune: X

Kommunene skal få lese gjennom navn på skiltene før de blir trykt. Dette for å unngå skrivefeil. Dersom det likevel oppstår feil i produksjonen så er dette leverandørens ansvar og rette opp.

For Engerdal kommune er det ønskelig med oppstart allerede høsten 2011.

Alle kommunene ønsker å være ferdig i løpet av tre til fire år.

Nærmere beskrivelse er gitt i kravspesifikasjonen.

- (10) Videre fremgikk det av kravspesifikasjonen punkt 3.3 at "[l]everansene skal utføres direkte på angitt sted i vedlagte skiltplaner."
- (11) Når det gjaldt det nærmere innholdet i oppdraget var dette beskrevet nærmere i kravspesifikasjonen:

"1. Generelt

Forespørselen gjelder gatenavnskilting, dvs skilttype 729 i håndbok 050 fra Statens vegvesen.

Oppdraget omfatter utførelse av oppgaver knyttet til levering og oppsetting av disse skiltene. Skiltene skal settes opp på riksvei, fylkesvei og mindre veier i kommunene.

Arbeidsoppgaver som inngår i avtalen:

- *Levering av skiltsystem inkl. stolper, skilt, festeanordning og fundament.*
- *Oppsetting av skilt ihht. Skiltplan*

Leverandørene kan gi tilbud på begge arbeidsoppgavene eller på bare en av dem.

2. Oppdragsbeskrivelse

Krav til utforming:

- *Det skal levers stolper på 60 og 89 mm i diameter*
- *Skiltplaten skal være 4 mm tykk*
- *Skiltplaten skal være i aluminium kvalitet 5052/ 5754 el tilsvarende. Må være godkjent av vegdirektoratet.*
- *Skiltplaten skal dekkes med tekstfolie på en eller to sider.*

Begge alternativene skal prises.

Festeanordningen for å feste skilt til stolpe søkes utført på en funksjonell og estetisk måte

- (12) Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser i e-post av 26. august 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede kunngjorde en rammeavtale om produkter som innklagede allerede har anledning til å kjøpe gjennom eksisterende rammeavtale med klager. Innklagede hevder imidlertid at det dreier seg om forskjellige produkter, og at den nye kontrakten ikke er i strid med eksisterende avtale. Innklagede har også hevdet at kjøp av disse produktene i medhold av den eksisterende rammeavtalen vil representere en ulovlig direkte anskaffelse. Dette bestrides.

Innklagedes anførsler:

- (14) Innklagede har vurdert det slik at kjøp av disse produktene i medhold av rammeavtalen med klager ville representere en ulovlig direkte anskaffelse. Det er riktig som klager fremholder at den nye rammeavtalen til dels gjelder de samme produkter som rammeavtalen med klager. Rammeavtalen med klager gjelder imidlertid kommunenes generelle forbruk av veimerkingsutstyr, den nye rammeavtalen gjelder et konkret prosjekt på bakgrunn av et vedtak om at alle veiene i kommunene skal gis navn og veiene skal skiltes. Antallet veinavneskilt som skal anskaffes har et langt høyere omfang, og omfatter i motsetning til rammeavtalen med klager også oppsetting av etterspurte skilter. Estimert omfang av den gamle rammeavtalen er 300 000 kroner for samtlige 10 kommuner som er med i denne rammeavtalen, anskaffelse og oppsett av veinavnskilt i den nye rammeavtalen vil utgjøre et langt høyere beløp for de fire kommunene denne avtalen omfatter.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager, som er part i en rammeavtale med innklagede, anfører at innklagede har brutt regelverket ved å kunngjøre en rammeavtale som omfatter til dels samme produkter som er omfattet av rammeavtalen med klager. Klager må anses å ha saklig klageinteresse i å få vurdert denne anførselen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder levering og oppsett av veinavneskilt og er kunngjort som en vareanskaffelse. Anskaffelsen er kunngjort i Doffin-databasen på kunngjøringsskjemaet som gjelder kunngjøringer over nasjonal terskelverdi. Klagenemnda legger derfor til grunn at anskaffelsen etter sin verdi følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (16) Innledningsvis nevnes at den nye rammeavtalen er angitt som en rammeavtale med flere leverandører, hvor det ikke var anledning til å inngi deltilbud. I kravspesifikasjonen punkt 1 var det likevel åpnet for å inngi tilbud på den ene eller begge arbeidsoppgavene. Av konkurransegrunnlaget punkt 3.4 fremgikk at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet innenfor hver arbeidsoppgave ville velges. Videre fremgikk det at "*[d]ette prinsippet blir ikke fraveket selv om samme tilbyder har beste tilbud på begge arbeidsoppgavene.*" Innklagede har opplyst at dette skal forstås på den måten at rammeavtalen ville bli inngått med to leverandører, selv om en tilbyder var best på begge arbeidsoppgavene.
- (17) Resultatet av den måten innklagede har lagt opp konkurransen på er det samme som om innklagede hadde kunngjort en rammeavtale med en leverandør, men hvor det kunne inngis tilbud på deler av oppdraget, samtidig som kontrakten for hver del av oppdraget skulle bli inngått med forskjellige leverandører. For foreliggende sak reiser den måten

innklagede har lagt opp rammeavtalen på samme problemstillinger som om innklagede hadde kunngjort en rammeavtale med en leverandør.

- (18) Den nye rammeavtalen omfatter til dels samme produkter som rammeavtalen med klager. Dette gjelder i hvert fall to skilt av skilttype 729, samt stolper. Det nevnes her at klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 6 kun har kompetanse til å behandle klager på *"unntakelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne."* Klagenemnda har derfor ikke kompetanse til å behandle eventuelle kontraktsrettslige konsekvenser i relasjon til avtalen mellom klager og innklagede, som følge av innklagedes etablering av den nye rammeavtalen.
- (19) Spørsmålet i saken er derfor om innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å kunngjøre en rammeavtale som til dels omfatter de samme produktene som rammeavtalen inngått mellom klager og innklagede (i tillegg til seks andre kommuner).
- (20) Av forordningen § 6-1 (5) fremgår at *"[o]ppdragsgiver må ikke misbruke rammeavtaler eller anvende dem på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen."*
- (21) Det nevnes her at forordningen skiller mellom rammeavtaler med en eller flere leverandører. For rammeavtaler med en leverandør tildeles kontrakt på grunnlag av vilkårene fastsatt i rammeavtalen, jf. forordningen § 6-2. For rammeavtaler med flere leverandører tildeles kontrakt enten ut fra vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen, dersom det er fastsatt slike, eller etter at det er iverksatt ny konkurranse mellom leverandørene.
- (22) Etablering av flere rammeavtaler som omfatter de samme ytelsene, skaper en mulighet for oppdragsgivere til å tildele kontrakter uten å måtte følge reglene om tildeling av rammeavtaler med flere leverandører. Av denne grunn er det antatt i juridisk teori at det er anskaffelsesrettslige begrensninger for denne adgangen. Når det gjelder de tilsvarende bestemmelsene i direktiv 2004/18 skriver Sue Arrowsmith i *The Law of Public and Utilities Procurement* (2. utg. 2005) på side 702:
- "The new directive, like the current rules, does not deal expressly with the position when a procuring entity is party to more than one framework covering the same product, service or type of work. As at present, it is arguable that an entity must show objective commercial grounds for choosing to use one particular framework rather than another – a conclusion that is arguably supported under the new directive by the explicit prohibition on using frameworks improperly."*
- (23) Problemstillingen er også behandlet i Steinicke/Grosmeier i EU's Udbudsdirektiv på side 908 til 910. Det nevnes at Steinicke/Grosmeier her bruker begrepet parallelle rammeavtaler for den situasjonen at rammeavtalene *ikke* er etablert som en rammeavtale med flere leverandører i relasjon til forordningen § 6-2:

"Udbudsretlig er det imidlertid ikke i overensstemmelse med art 32 og de modeller, som bestemmelsen oppstiller for valget mellom flere økonomiske aktører under samme rammeavtale, hvis en ordregiver ubundet kan velge mellom flere aktører i følge forskjellige rammeavtaler. Envidere kan hensynet til forsyningssikkerheten normalt heller ikke lenger være en saglig begrunnelse, idet ordregiveren har rigelig mulighet

for at varetage dette hensyn ved at indgå sin egen rammeaftale med flere aktører efter art. 32.

Det må derfor normalt være udelukket, at en ordregiver kan vælge mellem flere parallelle rammeaftaler, da et sådant valg må antages at være i strid med det forbud, som art 32, stk. 2, sidste afsnit, fastsætter mod, at rammeaftaler anvendes på en sådan måde, at konkurransen hindres, begrænses eller fordrejes.

I praksis vil forholdet hyppigst være således, at en ordregiver, der har adgang til at benytte en indkøbscentral – ofte brede – rammeaftaler, også ønsker at udbyde sin egen rammeaftale vedrørende visse af de varer eller ydelser, som er omfattet af indkøbscentralens rammeaftaler, for eksempel med henblik på at sikre sig andre og muligens også bedre kontraktvilkår ved udbuddet af en mer målrettet rammeaftale. Ordregiverens tilslutning til en indkøbscentral bør ikke kunne stå i vejen for, at ordregiveren udbyder sin egen rammeaftale, som er (delvist) sammenfaldende med indkøbscentralens. Tværtimod vil ordregiverens udbud af egen rammeaftale som regel være konkurrencemæssig positivt, idet nogle af de anskaffelser, som ellers ville være gjort gennem indkøbscentralens lukkede rammeaftaler, så udbydes på et mer specifikt grundlag. Derefter må ordregiveren dog så normalt antages at have avskåret fra fremover at benytte en anden rammeaftale – for eksempel en rammeaftale udbudt af en indkøbscentral – med henblik på at foretage de samme anskaffelser.

(...)

Retstilstanden vedrørende parallelle rammeaftaler, herunder i forhold til indkøbscentralers rammeaftaler, er dog ikke afklaret."

- (24) De rettslige rammer for etablering av rammeavtaler som dekker samme ytelser er ikke avklart. Eksistensen av forbudet mot misbruk og konkurranseskadelig anvendelse av rammeavtaler i forskriften § 6-1 (5) og 15-1 (5), gjør det imidlertid nærliggende å knytte problemstillingen opp mot dette forbudet. Disse bestemmelsene gir anvisning på en viss terskel for at forbudet er overtrådt. Som illustreres av drøftelsen i Steinecke/Grossmeyer kan etablering av rammeavtaler som delvis dekker de samme ytelser oppstå i mange ulike situasjoner, og en rekke andre eksempler kan tenkes. Til dels kan endatil etablering av rammeavtaler som dekker samme produkter oppstå som en konsekvens av valg med sikte på å overholde andre bestemmelser i anskaffelsesregelverket. For eksempel vil en oppdragsgivers valg om å utforme en behovsspesifikasjon i tråd med § 17-3 (1) kunne føre til at samme produkt blir omfattet av flere rammeavtaler. Som i foreliggende sak kan problemstillingen også oppstå dersom oppdragsgiver vurderer det slik at planlagte kjøp vesentlig vil overstige omfanget av en inngått rammeavtale.
- (25) Den reelle faren for misbruk eller konkurranseskadelig anvendelse ved etablering av rammeavtaler som dekker samme ytelser fremstår ikke å være særlig høy. For øvrig er det i henhold til direktiv 2004/18 adgang til å unnlate kunngjøring av delkontrakter i et bygge- og anleggsarbeid, samt for vare- og tjenestekontrakter som inngås samtidig når den samlede verdi av delkontraktene ikke overstiger 20 % av samlede delkontrakters verdi, forutsatt at de aktuelle delkontrakters verdi er under 80 000 Euro. Det er noe usikkert hvordan reglen skal forstås i relasjon til kontrakter som inngås utenfor kunngjorte rammeavtaler, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/86. Men bestemmelsen kan ses på som uttrykk for at det kan være grunn til å gi oppdragsgivere,

som faktisk har fulgt kunngjøringsreglene, en viss frihet til å foreta kjøp utenfor de kunngjorte kontraktene. Muligheten for å foreta slike kjøp kan for øvrig være et instrument for å unngå taktisk prising. På bakgrunn av rammeavtalers ulike karakter, og de ulike rettslige og faktiske problemstillinger rammeavtaleinstituttet gir opphav til, kan adgangen til å etablere flere rammeavtaler som delvis dekker samme ytelse derfor neppe anses å være så snever som uttalelsene i juridisk teori gir uttrykk for.

- (26) I foreliggende sak vurderte innklagede det som at kjøp av disse produktene fra valgte leverandør ville representert en ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak fremstår denne risikoen reell, hvilket klart taler for at innklagedes etablering av en rammeavtale ikke rammes av § 6-1 (5).
- (27) Eksempelet i Steinicke/Grosmeier om en oppdragsgivers kunngjøring av en rammeavtale, selv om oppdragsgiveren har adgang til å benytte en innkjøpssentrals rammeavtale, har også overføringsverdi til foreliggende sak. Slik klagenemnda forstår det er samtlige ti kommuner deltakere i et innkjøpssamarbeid. Mens rammeavtalen med klager omfattet alle kommunene, omfattet den nye rammeavtalen kun fire av dem. På de produktene som ble etterspurt var det også et langt høyere volum sammenlignet med rammeavtalen fra 2010, og rammeavtalen hadde sin bakgrunn i et konkret prosjekt, levering og oppsetting av skilt på bakgrunn av et vedtak om at alle veiene i de fire kommunene skulle gis navn. En slik mer spesifikk anskaffelse, med et høyere volum enn det som opprinnelig var stipulert, må antas å kunne gi bedre vilkår enn det den første rammeavtalen gir. Utlysingen av den nye rammeavtalen må altså antas å være konkurransemessig positivt. Det er for øvrig overhodet ikke holdepunkter for at innklagedes etablering av den nye rammeavtalen er gjort med henblikk på å omgå reglene om rammeavtaler. På denne bakgrunn er det klart ikke grunnlag for å anse innklagedes utlysing av den nye rammeavtalen som et brudd på forskriften § 6-1 (5). Klagers anførsel fører ikke frem.
- (28) Nemndsmedlem *Krüger* slutter seg til konklusjonen, men har et annet syn på hvordan saken skal vurderes. Klagers eneste anførsel (ovenfor (13)) er at det utgjør regelbrudd å kunngjøre en rammeavtale som delvis overlapper den eksisterende avtale der avrop på veimerkingsutstyr kan gjøres hos klager – det fremholdes at det vil utgjøre et brudd på klagers rammeavtale. Det kan etter omstendighetene utgjøre brudd på en inngått rammeavtale at en leverandør må konkurrere med leverandører i en senere tildelt rammeavtale. Men som nevnt ovenfor befatter nemnda seg ikke med kontraktsbrudd under løpende tildelte avtaler. Slike spørsmål avgjøres av domstolene og faller utenom det regelverk klagenemnda skal håndheve.
- (29) Forskriften § 6-1 (3) fastslår at:
- "Kontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, og uten at det gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige vilkårene."*
- (30) Bestemmelsen hindrer innlemmelse av nye leverandører i en eksisterende rammeavtale og inntak av vesentlig avvikende avtalevilkår, men kan ikke leses som et forbud mot opprettelse og tildeling av en ny rammeavtale med ny konkurranse om oppdragene.
- (31) For å anse den kunngjorte rammeavtale som et anskaffelsesrettslig regelbrudd må det dreie seg om misbruk eller anvendelse som hindrer eller begrenser konkurranse, forskriften § 6-1 (5) (jf. Dir 2004/18/EF artikkel 32 nr 2). Innklagede har ovenfor (14)

oppgitt sine grunner for å særbehandle levering av veinavneskilt, og det fremkommer intet som tilsier at dette utgjør misbruk eller undergraver konkurransen om slike oppdrag. Om kunngjøring av ny avtale bryter med den eksisterende avtale med klager skal nemnda som nevnt ikke vurdere.

Konklusjon:

Kommune Engerdal, Stor-Elvdal, Trysil og Åmot har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 17. desember 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver