



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Advokatfirmaet Truber AS
Østre Kullerød 5
3241 SANDEFJORD
Norge
Thomas Bjanger

Deres ref.:
Thomas
Bjanger

Vår ref.: 2015/0034-7

Saksbehandler: Elin Økland

Dato: 09.06.2015

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 31. mars 2015 på offentlig anskaffelse av rammeavtale vedrørende håndverker-, rørlegger-/VVS-tjenester med tilhørende materiell. 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 fram. Dette fordi innklagedes opsjonsutløsning ikke kan anses som en ny kontraktsinngåelse med et vesentlig annet innhold eller omfang enn det som opprinnelig ble kunngjort. Dermed foreligger det heller ikke noen ulovlig direkte anskaffelse slik som dere har anført i deres klage.

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

Bakgrunn:

- (1) Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet (heretter innklagede) kunngjorde den 21. januar 2013 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for anskaffelse av håndverker-, rørlegger-/VVS-tjenester med tilhørende materiell til Skien, Porsgrunn, Bamble, Kragerø, Siljan og Drangedal kommuner. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til å være kroner 19 400 000. Tilbudsfrist var 4. mars 2013.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1.1 fremgikk følgende beskrivelse av anskaffelsen:

"Konkurransen gjelder rammeavtale for anskaffelse av Håndverktjenester – Rørlegger/VVS med tilhørende materiell til kommunene Bamble, Drangedal, Kragerø, Porsgrunn, Siljan og Skien. (...) Tilbyder velger selv hvilke kommuner hun/han ønsker å gi tilbud i". I konkurransegrunnlaget var det også opplyst at tilbyderne står fritt til å levere tilbud til en eller flere kommune(r).

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1.2. "Innkjøpsvolum for rørlegger VVS år 2011" fremkom følgende:

"Beskrivelse av produktene som skal anskaffes fremgår under:

Nedenfor vises forbruket for kommunene/tall i millioner NOK 2011 og kan inneholde en del prosjektkjøp. Volumet på tjenesten vil variere fra år til år. (...).

Tallene gir et anslag på omfanget av rammeavtalene, men nevnte beløp medfører ingen forpliktelse med hensyn til uttak innenfor det enkelte fagområdet. Det er kommunenes reelle behov til enhver tid som bestemmer hva som utgjør uttaket i avtaleperiode.

Bamble kommune kr. 1 000 000

Drangedal kommune kr. 150 000

Kragerø kommune kr. 400 000

Porsgrunn kommune kr. 1 500 000

Siljan kommune kr. 100 000

Skien kommune kr. 1 700 000.

Tilbyder står fritt til å levere tilbud til en eller flere kommune(r)."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 fremgikk det at tildelingskriteriet var laveste pris. I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 og 4.1.1 var dette angitt på følgende måte:

"Det forutsettes at alle elementer som må til for å levere varen/tjenesten er inkludert i tilbudet, selv om det ikke er spesifisert.

Påslagsprosenten skal angis i prisskjemaet. Påslagsprosenten skal gjelde for produktene i prisskjema og øvrig sortiment.

Det er sluttsummen i prisskjema som utgjør tildelingskriteriet pris.

4.1.1. Pris 100 %

Tilbyder skal anvende prisskjema i vedlegg 1. Prisskjema-rørlegger/VVS.

Her legges prisene for de kommuner som er relevante for tilbyder. Hver kommune har sin egen fane i vedlagte prisskjema".

- (5) Prisskjemaet som var vedlagt konkurransegrunnlaget bestod av en rekke poster under enhetspriser, i tillegg til timepriser og produktpakkepriser som tilbyderne skulle fylle ut. I prisskjemaet fremgikk at med "produktpakker" menes "arbeid, materiell, tilkoblinger av nytt utstyr, samt demontering og bortkjøring av gammelt". Det var oppgitt et estimert antall produktpakker. Antall estimerte produktpakker varierte fra 35 til 225, avhengig av behovet i den enkelte kommune. I prisskjemaet var det videre presisert at "sammensetningen er et tenkt tilfelle og volumet på de enkelte elementer er fiktive og ikke nødvendigvis realistiske".

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1.6 "*Rammeavtale*" andre ledd fremgikk det at: "*Eventuelt angitte mengder, volumer, fordeling, størrelser, omfang, prognoser, mv., skal kun være å forstå som anslag, og ikke som forpliktende anslag.*"
- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 5.21 "*Varighet*" fremgikk det at avtalen ville løpe i to år, og at innklagede hadde rett til å kreve to ettårige forlengelser.
- (8) Innen tilbudsfristen var det kommet inn tilbud fra seks tilbydere, herunder Telerør AS (heretter kalt klager) og Rørleggeren AS.
- (9) Kontraktstildeling ble meddelt fra innklagede den 10. april 2013. Klager hadde levert tilbud til alle kommunene, og ble tildelt kontrakt for kommunene Siljan og Drangedal. Rørleggeren AS vant for kommunene Porsgrunn, Kragerø, Bamble og Skien. Det er opplyst at klager tidligere har hatt rammeavtale med innklagede for levering av håndverktjenester innenfor fagområdet rørlegger/VVS med tilhørende materiell. Videre er det opplyst at Rørleggeren AS tidligere har hatt rammeavtale med Skien kommune.
- (10) Anskaffelsen ble klaget inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 30. april 2013 og behandlet som sak 2013/50 den 17. juni 2013.
- (11) Kontrakt ble inngått 1. juli 2013.
- (12) Den 11. november 2014 sendte innklagede ut følgende melding til samtlige leverandører med rammeavtale- Rørlegger/VVS:

"GKI vil gjerne ha en tilbakemelding på hvordan leverandøren mener rammeavtalene fungerer, dette med tanke på å innkalle til Statusmøter med kommunene.

Rørleggeren AS; *Vi føler nå at det fungerer mye bedre enn i starten. Det er litt forskjell i aktivitetsnivå hos de forskjellige kommunene, men det fikk vi jo en forklaring på under forrige møte. Tror både vi som mottakere og bestillerne i Skien Kommune har blitt flinkere til å gå for produktpakker så fremt dette er mulig. De andre kommunene fungerer også fint, men med stor variasjon i type oppdrag.*

Telerør AS; *Telerørs erfaring er at intensjonen mht rammeavtalene ikke fungerer. Grunnen til at vi hevder det er at det pt. ikke har vært gjennomført noen mini konkurranser, og som er intensjonen med denne type avtaler. Viser videre til møte hos dere den 28.04.14 og hvor alle kommunene var representert. Hvor tema var hvordan mini konkurranser skulle gjennomføres. Etter møtet hadde vi en god følelse om at mini konkurranser skulle benyttes som hovedprinsipp for rørleggeroppdrag for kommunene. Når det gjelder Drangedal- og Siljan kommune, hvor Telerør AS har 1. prioritet for tildeling av oppdrag (regnings arbeide), fungerer det bra. Dvs. kommunikasjon, logistikk, adm./øk etc. På grunnlag av de erfaringer vi nå gir, og som også ble opplyst om i møtet den 28.04.14 forventer vi at dere revurderer deres rammeavtaler mht. mini konkurranser, samt at dere ikke benytter dere av opsjonene med forlengelse av avtaletiden med 1 år + 1 år.*

Skien Rørleggerforretning AS; *Fra vår side er det ikke så mye å si, bortsett fra at vi sjeldent får noen ordre fra kommunene. Noe man også kanskje kan forvente da vi ikke ligger som 1. prioritet. (...)"*

- (13) Foreliggende sak ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 21. april 2015.

- (14) Den 30. april 2015 meddelte innklagede at kontrakten ville forlenges fra 2015 til 2016 i medhold av opsjonen som det var opplyst om i konkurransegrunnlaget.

Sekretariatets vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagenemndas sekretariat oppfatter klagen deres som en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, se mer om dette under. For denne typen klager, er klagefristen 2 år regnet fra kontraktsinngåelse, jf. klagenemndforskriften § 13 (2) bokstav a. Siden kontraktinngåelsen på opprinnelig rammeavtale skjedde 1. juli 2013 og klagen ble fremmet 21. april 2015, er klagen rettidig. Påstanden om ulovlig direkte anskaffelse, knytter seg også mot en handling (opsjonsutøvelsen), som har skjedd etter at klagen ble innbrakt for klagenemnda. Anskaffelsen er en tjenesteanskaffelse som følger forskriften del II.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (16) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å forlenge kontrakten fra 2015 til 2016. Dette fordi innklagede forut for denne forlengelsen, som innklagede har hjemlet i kontraktens opsjon på forlengelse, ikke har kjøpt inn produktpakker slik dette var estimert i konkurransegrunnlaget for anskaffelsen. Når innklagede ikke har opptrådt i samsvar med de forventninger konkurransegrunnlaget ga, utgjør det en ulovlig direkte anskaffelse å forlenge kontrakten og således fortsette på denne måten.
- (17) Innklagede viser til at konkurransegrunnlagets estimerte volum av produktpakker var basert på tall fra 2011, og at det tydelig var presisert i konkurransegrunnlaget at angitte mengder ikke innebar en forpliktelse med hensyn til bestillinger under kontrakten. Innklagede har videre vist til at kommunene har bestilt produktpakker, og at dette fremkommer av både faktureringen og av leverandørenes uttalelser om at rammeavtalen fungerer som forventet.
- (18) Partene er enige om at fordelingen av prisposter i konkurransens prisskjema, inkludert estimerte mengder, medførte at produktpakker utgjorde om lag 75 % av den totale tilbudssummen. I klagenemndas sak 2013/50 hadde klager anført at fordeling mellom produktpakker og andre poster åpnet for taktisk prising av produktpakkene på en slik måte at laveste totalpris i prisskjemaet ikke reelt sett var den laveste. Klagenemnda konkluderte med at det ikke var holdepunkter for at innklagedes estimerte volum av produktpakker ikke var reelt. Det ble heller ikke funnet holdepunkter for at vekten av produktpakkene faktisk hadde ført til taktisk prising på en måte som gjorde at prisskjemaet ikke var egnet til å identifisere det laveste tilbudet. I foreliggende sak har klager vist til at anførselen som ble gjort gjeldende i sak 2013/50 nå har vist seg å være riktig ettersom det ikke har blitt kjøpt inn produktpakker i henhold til de estimerte volumene.
- (19) Sekretariatet forstår klagers anførsel slik at klager mener at opsjonsutløsningen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse ettersom avviket mellom antatt og faktisk innkjøp av produktpakker under kontrakten innebærer at innklagede ved utløsning av opsjonen har inngått en avtale med et vesentlig annet innhold enn det som opprinnelig var kunngjort.
- (20) Av klagenemndas praksis fremgår det at inngåelse av en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. blant annet klagenemndas sak 2010/212 og sak 2008/5.

- (21) I C-454/06 (pressetext) tok EU-domstolen stilling til om endringer i avtalen mellom partene måtte anses så vesentlige at en i realiteten stod overfor en ny kontrakt. I lys av regelverkets krav om gjennomsiktighet og likebehandling, uttalte domstolen, at endringer anses vesentlige dersom de:

"... introduces conditions which, had they been part of the initial award procedure, would have allowed for the admission of tenderers other than those initially admitted or would have allowed for the acceptance of a tender other than the one initially accepted" (premiss 35).

- (22) En endring av en offentlig kontrakt er også vesentlig dersom den endrer:

"... the economic balance of the contract in favour of the contractor in a manner which was not provided for in the terms of the initial contract" (premiss 37).

- (23) I det foreliggende tilfellet var det i prisskjemaet oppgitt et estimert volum av produktpakker som var basert på tall fra 2011. Det var i tillegg presisert at *"sammensetningen er et tenkt tilfelle og volumet på de enkelte elementer er fiktive og ikke nødvendigvis realistiske"*. Videre var det angitt at *"Tallene gir et anslag på omfanget av rammeavtalene, men nevnte beløp medfører ingen forpliktelse med hensyn til uttak innenfor det enkelte fagområdet. Det er kommunenes reelle behov til enhver tid som bestemmer hva som utgjør uttaket i avtaleperiode."*

- (24) Innklagede hadde med dette tatt et klart forbehold med hensyn til hva som ville bli bestilt i avtaleperioden. På den måten fremstår de estimerte mengdene i prisskjemaet utelukkende som en angivelse som skulle brukes i evalueringen og en mer vag indikasjon på fremtidig behov, uten at disse innebar noen klar og presis forpliktelse med hensyn til uttak. At det ikke blir kjøpt inn i henhold til estimert volum kan derfor vanskelig representere en ny kontraktsinngåelse utelukkende fordi estimatet ikke slår inn. Ettersom den samlede summen av produktpakkeoppdragene ville utgjøre ca. 75 % av vekten ved tildeling av kontrakt, var det imidlertid nærliggende for tilbyderne å forvente bestillinger av produktpakkeoppdrag av et visst omfang.

- (25) Klager ble tildelt kontrakt med 1. prioritet for to kommuner, og har vist til egne innsendte fakturaer som dokumentasjon på at det ikke er bestilt produktpakker. Innklagede har forklart at det i produktpakker inngår både arbeid, materiell, tilkobling av nytt utstyr, samt demontering og bortkjøring av det gamle. I mange tilfeller kunne derfor samme oppdrag formodentlig bestilles og faktureres enten som en produktpakke, eller som en kombinasjon av enkeltstående varer og tjenester.

- (26) Vedrørende faktureringen har innklagede vist til at kommunene overfor klager har klaget på ukorrekt fakturering. Altså at bestillinger på produktpakkeoppdrag ikke er fakturert i henhold til produktpakkeprisene, eller bare delvis i henhold til disse. Fakturaene til Drangedal kommune inneholder en spesifikk liste over hvilke materiell og utstyr som inngår, antall arbeidstimer og en betegnelse på oppdraget, med betegnelser som *"Remontering av vask, wc, dusjbatteri"* og *"Bytte wc"*. Innklagede hevder at klagers fakturering til Drangedal kommune viser at det er utført typiske produktpakkeoppdrag, selv om disse er fakturert som varer og tjenester. Sekretariatet er enig i innklagedes oppfatning av at oppdragsbetegnelsen indikerer at det er bestilt produktpakkeoppdrag.

- (27) Sekretariatet har ikke opplysninger om de øvrige leverandørenes fakturering og omfanget av levering av produktpakkeoppdrag. Rørleggeren AS har imidlertid uttalt at

"både vi som mottakere og bestillerne i Skien kommune har blitt flinkere til å gå for produktpakker (...)". Klager har for øvrig ikke i sin tilbakemelding til innklagede gitt uttrykk for at det var manglende produktpakkeoppdrag som gjorde at rammeavtalene etter klagers syn ikke fungerte, men at dette skyldtes manglende utførte minikonkurranser under rammeavtalen, jf. premiss (12). Klager har heller ikke fremført holdepunkter for at en annen fordeling mellom produktpakkeoppdrag og andre oppdrag har medført en forskyvning av kontraktens økonomiske balanse i valgte leverandørs favør, eller kunne medført en annen rangering i den opprinnelige konkurransen. På denne bakgrunn har sekretariatet heller ikke funnet grunnlag for å etterspørre ytterligere dokumentasjon vedrørende omfanget av kjøp av produktpakker. Ettersom innklagede i konkurransegrunnlaget uttrykkelig har vist til at kommunene ikke er forpliktet til uttak basert på det estimerte volumet, finner sekretariatet, sammenholdt med opplysningene fra leverandørene, at det klart ikke er holdepunkter for at utløsning av opsjonen representerer inngåelse av en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort. Det foreligger derfor heller ingen ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.

- (28) Etter dette er opsjonsutløsningen for 2015-2016 ikke i strid med regelverket. Klagers anførsel fører derfor klart ikke frem.
- (29) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vår avvisningsbeslutning. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager og lovfestede helligdager. Siden denne fristen er fastsatt i klagenemndforskriften § 9, har verken sekretariatet eller klagenemndas leder myndighet til å utsette klagefristen. Klagen sendes til sekretariatet, som vil videresende denne til klagenemndas leder for behandling.

Erlend Pedersen
direktør/sekretariatsleder
Dokumentet er godkjent elektronisk

Elin Økland
førstekonsulent

<i>Mottaker</i> Advokatfirmaet Truber AS	<i>Postadresse</i> Østre Kullerød 5	<i>Poststed</i> 3241 SANDEFJORD Norge	<i>Kontakt/e-post</i> Thomas Bjanger tb@truber.no
<i>Kopi til:</i> Skien kommune	Postboks 158	3701 SKIEN Norge	Eilev Grave skien.postmottak@skien. kommune.no