



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

*Sauda kommune gjennomførte 9. november 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for levering av entreprenørtjenester. Klager anførte at avropet «Parkeringsplass med el-bil ladestasjon» ved «Metodisten» var en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at det forelå en vesentlig endring av rammeavtalen da dette avropet ble foretatt. Innklagede hadde derfor foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede ble ilagt et gebyr på ti prosent av avropets verdi.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak 27. januar 2021 i sak 2020/1**

<b>Klager:</b>	Brødrene Selvik AS
<b>Innklaget:</b>	Sauda kommune
<b>Klagenemndas medlemmer:</b>	Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik og Kristian Jåtog Trygstad
<b>Saken gjelder:</b>	Ulovlig direkte anskaffelse

### **Innledning:**

- (1) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse i forbindelse med Sauda kommunes (heretter *innklagede*) rammeavtale for levering av entreprenørtjenester. Brødrene Selvik AS (heretter *klager*) brakte klagen inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 7. januar 2020.
- (2) Klagenemnda er kommet til at innklagede ilegges et gebyr på 283 000 kroner. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov 17. juni 2016 om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

### **Bakgrunn:**

- (3) Sauda kommune (heretter kalt *innklagede*) kunngjorde 9. november 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for levering av entreprenørtjenester. Tilbudsfrist var 26. november 2016.
- (4) I kunngjøringen var det opplyst at det skulle inngås en parallell rammeavtale med maks åtte leverandører. Det var videre opplyst at anslått samlet verdi av avropene i løpet av hele rammeavtalens varighet ekskl. mva. var mellom «500 000 og 10 000 000 kroner».
- (5) Avtaleperioden var opplyst å være 1. januar 2017 til 31. desember 2018, med opsjon på forlengelse i 1+1 år.
- (6) I konkurransegrunnlaget om «Verdi og omfang av anskaffinga» var det opplyst:

*«Det antas at rammeavtalene har ein samla årlig verdi på ca. 0,5-5 millionar kroner. Beløpet er veiledande, oppgitt inkl. mva. og basert på historiske tal. Dette beløpet skal*

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

*ikkje medføre nokon forpliktelsar for oppdragsgjevar eller rettigheter for tilbydar. Årleg omsetning vil kunna variera betydeleg».*

- (7) Tildeling av avrop ble regulert av konkurransegrunnlaget punkt 3.3:

### **«3.3.1 Tildeling direkte avrop**

*Basert på resultatet av denne konkurransen vil tilbydar rangert som nr. 1 for kontraktperioden 01.01.2017 til 31.12.2018 (pluss eventuell opsjon) ha 1. prioritet på avrop frå oppdragsgjevar. Øvrige leverandørar som får rammeavtale vil få prioritet frå 2 og utover i rekkefølge.*

*Honorering skjer etter medgått tid på bakgrunn av tilbydar sine oppgjevne timeprisar.*

*Dersom tilbydar ikkje har relevant kompetanse for eit avrop/oppdrag skal oppdragsgjevar velje tilbydar med prioritet nr. 2 osv. Tilsvarande dersom leverandør med prioritet 1 ikkje kan løyse oppgåvene på ein tilfredstillande måte, eller innan fristar gitt av oppdragsgjevar.*

### **3.3.2 Tildeling gjennom minikonkurranse**

*Oppdragsgjevar kan avhalde minikonkurranse for avrop når:*

- *det økonomiske omfanget for det enkelte oppdraget er forventa å overstige kroner 100.000 eks. mva, og/eller*
- *oppdraget er vurdert særskilt komplekst, både fagleg og tidsmessig.*

*Ved minikonkurranse blir det gjennomført ein konkurranse mellom leverandørar som har fått tildelt rammeavtalar. Konkurranse vil bli gjennomført i samsvar med reglane i FOA § 15-3, tredje ledd.*

*Tildeling av oppdrag vil skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbodet. Tilbydar kan velje å halda seg til timeratar oppgitt i rammeavtalen, eller gi ein lågare timepris for den aktuelle minikonkurransen.*

*I tillegg kan følgjande kriteria vere aktuelle ved minikonkurranse:*

- *Løysningsforslag, dersom oppdragsgjevar ber om alternative løysingar*
- *Leveringstid/responstid*
- *Øvre prisramme for minikonkurransen, dersom oppdragsgjevar ber om det*

*Oppdragsgjevar vil komme attende til vekt av kriteria ved utlysing av eventuelle minikonkurransar.*

*Det vil kunne vere aktuelt med minikonkurranse basert på fast pris (øvre prisramme) eller basert på timepris etter medgått tid, det vil òg vere mogeleg med ein kombinasjon av båe».*

- (8) Det var opplyst at «*Rammeavtalen er ein avtale om fast timepris på rekningsarbeidar, fast påslagsprosent på materialsjølvkost, maskinleige og transport*».
- (9) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud. Herunder fra klager, AS Forskaling, Aartun Transport AS og DS-Bygg AS.
- (10) Den 5. desember 2016 tildelte innklagede rammeavtalen til de fire leverandørene som hadde levert tilbud, med følgende prioritering:
1. *AS Forskaling*
  2. *Aartun Transport AS*
  3. *Brødrene Selvik AS*
  4. *DS-Bygg AS*
- (11) Innklagede har opplyst at rammeavtalen mellom innklagede og leverandørene ble inngått i desember 2016.
- (12) Rammeavtalen ble sagt opp 28. juni 2019. Avtalen ble dermed avsluttet etter 2 + 1 år.
- (13) For klagenemnda har innklagede opplyst at det er bestilt og betalt for ca. 39 millioner kroner i de tre årene rammeavtalen varte, med følgende fordeling:
- *AS Forskaling 14 600 000 kroner*
  - *Aartun transport AS 12 000 000,- Prosjekt VA Fløgstadneset, mini-konkurranse i henhold til rammeavtale. Bestilt 28.3.2017*
  - *Brødrene Selvik AS 12 000 000,- Grunnarbeider Tangen renseanlegg, mini-konkurranse i henhold til rammeavtale. Bestilt 30.11.2018*
  - *Brødrene Selvik AS 500 000,- VA Åbødalsvegen, mini-konkurranse i henhold til rammeavtale. Bestilt 3.6.2019.*
- (14) Et av prosjektene AS Forskaling har utført er «*Parkeringsplass med el-bil ladestasjon*» ved «*Metodisten*». Dette prosjektet ble tildelt direkte, uten at innklagede gjennomførte en minikonkurranse.
- (15) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 7. januar 2020. Fristavbrytende brev ble sendt til innklagede 9. januar 2020.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. november 2020.
- (17) Klagenemnda sendte 1. desember 2020 varsel om ileggelse av et gebyr på ti prosent av anskaffelsens verdi.
- (18) Klagers merknader til forhåndsvarselet ble mottatt 15. desember 2020.
- (19) Innklagede bekreftet 5. januar 2021 at de ikke hadde noen ytterligere bemerkninger til forhåndsvarselet.

- (20) Klagenemnda ba 11. januar 2021 innklagede om en tilbakemelding vedrørende avropets størrelse. 21. januar 2021 ga innklagede følgende tilbakemelding:

*«Vi kan med dette bekrefte at avropet «Parkeringsplass med el-bil ladestasjon» ved «Metodisten» er på NOK på 2 835 744,80 ekskl. mva.»*

### **Anførsler:**

#### *Klagers anførsler:*

- (21) Innklagedes evalueringsmetode for «Pris» er i strid med prinsippet om konkurranse.
- (22) Når innklagede har inngått en parallell rammeavtale, må prosjekter omfattet av rammeavtalen med verdi over 1,3 millioner kroner kunngjøres ved minikonkurranse mellom leverandørene.
- (23) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å foreta direkteavrop på rammeavtale for entreprenørtjenester for prosjektet «Parkeringsplass med el-bil ladestasjon» ved «Metodisten».
- (24) Avropet på 900 000 kroner for montasje av fjernvarme og planering av plassen var heller ikke omfattet av rammeavtalen for entreprenørtjenester.

#### *Innklagedes anførsler:*

- (25) Evalueringsmodellen var i tråd med prinsippet om forutberegnelighet, jf. anskaffelsesloven § 4.
- (26) Innklagede bestrider at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (27) Innklagde bestrider at avrop som foretas på en lovlig etablert rammeavtale er kunngjøringspliktige, selv om det enkelte avrop overstiger kunngjøringspliktig verdi. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagde har en rett til å avholde minikonkurranser når det økonomiske omfanget for det enkelte oppdraget er forventet å overstige 100 000 kroner og/eller oppdraget er vurdert særskilt komplekst, både faglig og tidsmessig. Dette er imidlertid en rett innklagede har forbeholdt seg, og ikke en plikt. Det er heller ikke satt et øvre tak for når direkte tildeling kan finne sted.
- (28) Innklagede bestrider at arbeidet på «Metodisten» ikke kunne tildeles ved direkte avrop. Kunngjøringen og konkurransegrunnlaget tok høyde for at volumet kunne bli betydelig høyere enn angitt, slik at tildelingen på avropet «Parkeringsplass med el-bil ladestasjon» ved «Metodisten» ligger innenfor omfanget av den rammeavtalen som er kunngjort. Innklagde var også forpliktet til å benytte rammeavtalen, og angivelsen av rammeavtalens volum var kun et uforpliktende anslag uten et øvre tak for innklagede.
- (29) Rammeavtalen omfatter avropet på 900 000 kroner for montasje av fjernvarme og planering av plassen. Prosjektet omfattet mye gravearbeider og hører således naturlig inn under entreprenørtjenester.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (30) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §

13a første ledd. Klager på ulovlig direkte anskaffelser kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble sendt til klagenemnda 7. januar 2020 og brev som avbrøt foreldelsesfristen på to år fra kontraktsinngåelse ble sendt innklagede 9. januar 2020. Den delen av klagen som gjelder avrop på rammeavtalen foretatt fra mindre enn to år tilbake, er således rettidig og tas til behandling.

- (31) Fristen for å påklage andre brudd på anskaffelsesregelverket, er seks måneder etter at kontrakt ble inngått, jf. klagenemndsforordningen § 6. Rammeavtalen ble inngått i desember 2016. De delene av klagen som retter seg mot gjennomføringen av konkurransen for inngåelse av rammeavtalen, herunder modellen for evaluering av tilbudene, avvises på denne bakgrunn fra klagenemndsbehandling.
- (32) Under en rammeavtale gjør oppdragsgiver løpende avrop. I en slik situasjon legger klagenemnda til grunn at det er de løpende avropene som utgjør iverksettelse av anskaffelsen i overgangsregelens forstand, jf. forskrift om overgangsregler for lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 1. Se tilsvarende i klagenemndas avgjørelse i sak 2019/61.
- (33) I denne saken ble rammeavtalen kunngjort 9. november 2016, og utløp 31. desember 2019. Innklagede gjorde de første avropene på rammeavtalen i 2017. Klagenemndas kompetanse i denne gebyrsaken er begrenset av den særskilte klagefristen på to år nedfelt i klagenemndsforordningen § 13a. Nemnda kan dermed ta stilling til om avropene gjort etter 9. januar 2018 representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Spørsmål knyttet til inngåelsen av rammeavtalen og fastsettelsen av avropsmekanisme skal derfor avgjøres ut fra bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser av 7. juni 2016 nr. 73 og anskaffelsesforordningen av 12. august 2016 nr. 974. Spørsmål om avropene er gjennomført på en lovlig måte, skal derimot vurderes i lys av anskaffelsesforordningen av 7. april 2006 nr. 401.

#### *Ulovlig direkte anskaffelse*

- (34) 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).
- (35) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. forskriften §§ 5-1 andre ledd, og 8-17 første ledd. For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi foreligger det en plikt til å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen. For bygge- og anleggskontrakter var nasjonal terskelverdi 1,1 millioner kroner ekskl. mva. frem til 6. april 2018. Med virkning fra 6. april 2018 ble terskelverdien hevet fra 1,1 til 1,3 millioner kroner. For bygge- og anleggskontrakter var EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter 44 millioner kroner ekskl. mva. frem til 6. april 2018. Med virkning fra 6. april 2018 ble EØS-terskelverdien hevet til 51 millioner kroner ekskl. mva. EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter ble videre hevet til 51,5 millioner kroner fra 12. februar 2020.
- (36) Klagenemnda tar først stilling til om rammeavtalen er vesentlig endret ved at den er brukt i et større omfang enn estimert i anskaffelsesdokumentene.

- (37) I kunngjøringen var det oppgitt at rammeavtalen hadde en anslått samlet verdi på mellom 500 000 og 10 millioner kroner ekskl. mva. Slik klagenemnda leser anskaffelsesdokumentene, fremgår det klart at estimert verdi for hele rammeavtalen er mellom 500 000 og 10 millioner kroner, med en årlig omsetning varierende fra 500 000 til 5 millioner kroner. Dette endres ikke av at konkurransegrunnlaget oppgir at «*[d]ette beløpet skal ikke medføre nokon forpliktelsar for oppdragsgjevar eller rettigheter for tilbydar. Årleg omsetning vil kunna variere betydeleg*». Klagenemnda forstår denne opplysningen slik at den primært knytter seg til situasjoner med lavere volum enn anslått. I forskriften (2006) § 2-3 ble det for øvrig stilt krav om at oppdragsgiver beregnet anskaffelsens anslåtte verdi på grunnlag av «*det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale*». Denne estimerte verdien skulle angis som informasjon for potensielle leverandører. Innklagede kunne ikke fri seg fra denne plikten ved å angi estimatene som uforpliktende i anskaffelsesdokumentene.
- (38) Allerede før 9. januar 2018 hadde innklagede gjort avrop som oversteg rammeavtales øvre estimat på 10 millioner kroner. I perioden 9. januar 2018 til 31. desember 2019, har innklagede etter det opplyste gjort avrop på rammeavtalen på til sammen 11 551 911 kroner til valgte leverandør og 12,5 millioner kroner til klager – totalt 24 051 911 kroner.
- (39) Klagenemnda finner det ikke nødvendig å ta stilling til om anskaffelsesregelverket på dette tidspunktet skulle forstås slik at rammeavtalens estimerte øvre verdi utgjorde en maksimal grense for hvilke bestillinger som kunne foretas. Selv om man skulle åpne for bestillinger ut over dette, finner klagenemnda det klart at innklagedes betydelige overskridelse av den estimerte økonomiske rammen innebærer en endring av rammeavtalen.
- (40) Klagenemnda har i tidligere praksis presisert at lovligheten av endringer som fører til prisøkning, både etter forskriften del II og del III skal «*beregnes på grunnlag av den samlede prisøkningen som følge av alle endringene*». Dette må også være tilfellet hvor det er tale om løpende avrop på en rammeavtale. Ut fra den samlede verdien av avropene, må vurderingen av om endringene er vesentlige, vurderes etter reglene i forskriften del II.
- (41) Klagenemnda kan ikke se at noen av unntaksbestemmelsene i forskriften (2016) § 5-2 kommer til anvendelse i denne saken, og innklagede har heller ikke påberopt seg dette.
- (42) Det følger av forskriften § 11-2 (1) at oppdragsgiver kan foreta «*endringer som ikke er vesentlige i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften*». Av bestemmelsens andre ledd følger det at en endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.
- (43) De rettslige rammene for vesentlighetsvurderingen i forskriften del III vil være av relevans ved fastleggelse av vesentlighetsvurderingen etter forskriften del II. Det er likevel slik at adgangen til å gjøre endringer i kontrakter som følger forskriftens del II etter omstendighetene vil kunne være noe videre.
- (44) For å ta stilling til spørsmålet, må det foretas en konkret sammenligning av avtaleforholdet før og etter endringen, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (*Pressetext*).

- (45) Etter klagenemndas vurdering er det en betydelig differanse mellom det kunngjorte estimerte beløpet og det beløpet som det faktisk er kjøpt tjenester for. Differansen innebærer at rammeavtalens faktiske verdi er mer enn tre ganger så høy som det øvre nivået på den estimerte verdien. Allerede dette forholdet gir klare holdepunkter for at det foreligger en vesentlig endring av rammeavtalen. Overskridelsen av estimert maksimalt volum har hindret konkurranse om nye oppdrag, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/61, avsnitt 38 med videre henvisning til sak 2016/196, avsnitt 37.
- (46) Dersom det hadde fremgått av anskaffelsesdokumentene at estimert verdi på rammeavtalen ville være i størrelsesorden 39 millioner kroner, anser klagenemnda det som sannsynlig at andre leverandører kunne ha vært interessert i å delta i konkurransen.
- (47) Klagen gjelder avropet «*Parkeringsplass med el-bil ladestasjon*» ved «*Metodisten*». Dette avropet har en verdi på 2 835 744,80 kroner. Etter en konkret vurdering etter klagenemndsforordningen §13a fjerde ledd har klagenemnda kommet til at det kun er dette avropet som vurderes. Klagenemnda finner det klart at det forelå en vesentlig endring av rammeavtalen da dette avropet ble foretatt. Derfor finner klagenemnda ikke grunn til å gå nærmere inn på nøyaktig når overskridelsen av estimatet innebar en vesentlig endring av rammeavtalen.
- (48) Innklagedes har etter dette foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved avropet «*Parkeringsplass med el-bil ladestasjon*».
- (49) På bakgrunn av denne konklusjonen finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

#### *Hvorvidt det skal ilegges gebyr*

- (50) 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 fremgår det at klagenemnda «*kan*» ilegge gebyr dersom «*oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*».
- (51) 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.
- (52) Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha inngående kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser, herunder hvilket handlingsrom oppdragsgiver har med hensyn til å gjøre avrop på en rammeavtale. Innklagede har gjort avrop som utgjør en mangedobling av den opprinnelige verdien av rammeavtalen, uten at det har blitt kunngjort en ny konkurranse. Det er heller ikke vist til forhold som kan unnta kjøpene fra kunngjøringsplikt. Klagenemnda finner samlet sett at innklagedes opptreden må karakteriseres som grovt uaktsomt. Nemnda «*skal*» derfor ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum.

#### *Gebyrets størrelse*

- (53) Utmåling av overtredelsesgebyr skal i tråd med praksis fra klagenemnda 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.
- (54) Det ilegges kun gebyr for avropet som klager har klaget inn for klagenemnda. Dette avropet har en verdi på 2 835 744,80 kroner.
- (55) Det fremgår av loven § 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.
- (56) Det er etter klagenemnda syn en formildende omstendighet at anskaffelsen i utgangspunktet har vært konkurranseutsatt, og at avropene er innenfor rammeavtalens tidsmessige og saklige virkeområde. Rammeavtalens omfang er imidlertid betydelig overskredet. Det er ikke tvilsomt at inngåelsen av kontrakten om «*Parkeringsplass med el-bil ladestasjon*» ved «*Metodisten*» innebærer en ulovlig direkteanskaffelse.
- (57) Med dette som bakgrunn finner klagenemnda det riktig å ilegge et gebyr på ti prosent av avropets verdi på 2 835 744,80 kroner, avrundet til 283 000 kroner.

**Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:**

\*\*\*

*«Sauda kommune ilegges et overtredelsesgebyr på 283 000 kroner.*

*- Tohundreogåttitretusen - 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,

Kristian Jåtog Trygstad



*Dokumentet er godkjent elektronisk*