



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Feil i/uklar kunngjøring.

Tjeldsund kommune kunngjorde en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om rådgivningstjenester i Doffin. Klager anførte at anskaffelsens verdi oversteg EØS-terskelverdi, og skulle vært kunngjort i TED, slik at innklagede hadde gjort en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør. Basert på opplysningene om anskaffelsens omfang i konkurransedokumentene og de innkomne tilbudene, varslet Klagenemnda om ileggelse av overtredelsesgebyr. I merknadene til varselet, erkjente innklagede at det ikke var gjort en forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi forut for kunngjøringen, og oppga samtidig at det ikke var gjort avrop på rammeavtalen. Som følge av varselet fra klagenemnda, oppga innklagede at de ville terminere kontrakten med valgte leverandør og utlyse konkurransen på nytt. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 5-4. Som følge av at kontrakten var terminert og konkurransen ville bli gjennomført på nytt, fant ikke nemnda grunn til å ta stilling til om bruddet også utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Av samme grunn kom nemnda til at klager ikke hadde saklig interesse i å få avgjort sine øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 18. februar 2021 i sak 2020/575

Klager: HR Prosjekt AS

Innklaget: Tjeldsund kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Kjersti Holum Karlstrøm.

Sakens bakgrunn:

- (1) Tjeldsund kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. april 2020 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om rådgivningstjenester. Under rammeavtalen skulle innklagede gjøre prosjektavgrensede avrop for kjøp av blant annet arkitekt-, konstruksjons-, -ingeniør og inspeksjonstjenester. Kunngjøringen inneholdt ingen opplysninger om anskaffelsens verdi eller omfang. Tilbudsfrist var ifølge kunngjøringen 25. mai 2020.
- (2) Samtidig med kunngjøringen i Doffin, ble det også sendt ut et invitasjonsbrev til tilbyderne med nærmere beskrivelse av anskaffelsen. Her fulgte det blant annet at:

«Tjeldsund kommune (...) gjennomfører løpende prosjektarbeid/investeringsprosjekt der vi er avhengig av rådgiverbistand til større eller mindre deler av det vi skal gjøre –alt ut fra en vurdering av egen kapasitet og kompetanse. Dette gjelder i hovedsak investeringsprosjekt knyttet til etablering, renovering og ombygging av bygningsmasse, sanering og utbygging av vei, vann- og avløp og planarbeider –reguleringsarbeid mv. Utover prosjektbistand, vil det ellers være behov for rådgiverbistand i forbindelse med løpende drift.(...)Tjeldsund kommune kan ikke av hensyn til egen drift, forholde seg til ulike samarbeidspartnere for hvert enkelt prosjekt, og av denne årsaken, lyser dette ut

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

som et felles rådgivningsoppdrag, rammeavtale, løpende over 24 måneder fra dato for kontraktsgjøring, med opsjon på forlengelse på 12 måneder pluss 12 måneder.»

(3) Tildelingskriteriene var «pris» (40 prosent), «kompetanse» (35 prosent) og «tilbyders fysiske tilgjengelighet/nærhet» (25 prosent).

(4) Innklagede oppstilte følgende «Krav til pristilbud»:

«TK aksepterer at pristilbudet gis som en timepris. Timepris skal framkomme for all den kompetansen Dere ser nødvendig i gjennomføringen.

(...)

TILBYDER skal oppgi hvordan TILBYDERs totale reisekostnader beregnes.

Timepris forventes å være tydelig og forutsigbar.

Tilbudet skal gis utfra den forutsetningen om at rådgiverbistand bestilles konkret for det enkelte prosjekt, i det omfanget som Tjeldsund kommune definerer at prosjektet krever.

TK vil anta det tilbudet som helhetlig sett er det økonomisk mest fordelaktig for TK som oppdragsgiver.

Da rammene vanskelig kan ytterligere detaljbeskrives, er det her en utfordring å finne metoder for å be om en pris som er sammenlignbar. Derfor er det utarbeidet et enkelt prisskjema (vedlegg) med ulike scenarier med ulikt stipulert ressursforbruk som vil bli brukt under vurderingen av tilbud. Dette forutsettes fylt ut, signert og levert som en del av tilbudet.

(...).»

(5) Vedlagt tilbudsinvitasjonen fulgte det nevnte prisskjemaet, der tilbyderne skulle oppgi sine timepriser basert på et stipulert timeantall for tre tenkte scenarier der scenario 1 hadde færrest timer og scenario 3 hadde flest timer. For scenario 1, så prisskjemaet slik ut:

Priser/scenarier	timer	timepris	antall	Sum (eks mva)
Scenario 1 Beskrivelse				
Timeforbruk/pris rådgivning generell	30		→	
Timeforbruk/pris arkitekt	20		→	
Timeforbruk/pris DAK	10		→	
Timeforbruk/pris Anbudsbeskrivelse	20		→	
Timeforbruk/pris Byggeledelse	20		→	
Timeforbruk/pris Planteknisk arbeid (inkl GIS-DAK)	10		→	
Møter avholdt på Evenskjer dagtid à 1 time (alt inkl.)			1	
Møter avholdt pr telefon, Teams e.l. på inntil 20 minutter (alt inkl.)			1	
Møter avholdt i Tilbyders lokaler à 2 timer (alt inkl.)			10	
Total Scenario 1				

(6) Prisskjema for scenario 2 var oppstilt slik:

Scenario 2 Beskrivelse	timer	timepris	antall	Sum (eks mva)
Timeforbruk/pris rådgivning generell	200		→	
Timeforbruk/pris arkitekt	150		→	
Timeforbruk/pris DAK	20		→	
Timeforbruk/pris Anbudsbeskrivelse	20		→	
Timeforbruk/pris Byggeledelse	110		→	
Timeforbruk/pris Planteknisk arbeid (inkl GIS-DAK)				
Møter avholdt på Evenskjer dagtid à 2 timer (alt inkl.)			20	
Møter avholdt pr telefon, Teams e.l. på inntil 20 minutter (alt inkl.)			50	
Møter avholdt i Tilbyders lokaler à 2 timer (alt inkl.)			10	
Total Scenario 2				

(7) Prisskjema for scenario 3 var oppstilt slik:

Scenario 3 Beskrivelse	timer	timepris	Antall	Sum (eks mva)
Timeforbruk/pris rådgivning generell	400		→	
Timeforbruk/pris arkitekt	400		→	
Timeforbruk/pris DAK	150		→	
Timeforbruk/pris Anbudsbeskrivelse	50		→	
Timeforbruk/pris Byggeledelse	500		→	
Møter avholdt på Evenskjer dagtid à 2 timer (alt inkl.)			50	
Møter avholdt pr telefon, Teams e.l. på inntil 20 minutter (alt inkl.)			150	
Møter avholdt i Tilbyders lokaler à 2 timer (alt inkl.)			20	
Total Scenario 3				

(8) I løpet av konkurransen ble det stilt en rekke ulike spørsmål fra tilbyderne, blant annet om:

«1. Forventet volum: hvor stort volum anslår dere at denne rammeavtalen vil utgjør innenfor avtalen løpetid på 24 måneder?»

2. Prosjekt omfang: Kan det forventes av hovedtyngden av oppdrag vil ligge mellom Scenario 1 og 3 i omfang?»

(9) Innklagede besvarte spørsmålene på følgende måte:

«1. Det er vanskelig å tallsette volumet. Avropene som pågår iht tidligere avtale, faller ikke innenfor denne nye. Videre er det den endelige og bekreftende budsjettbehandlingen i Tjeldsund kommune som avgjør omfanget. Er det for Tjeldsund kommune et faktum at vi ikke besitter denne kompetansen vi ber om pris på selv, eller kan stå ansvarlig for de ulike delene av et prosjekt som krever godkjent ansvarshavende.

2. Vedrørende omfanget, vises det til svaret i pkt 1over. Scenarier må ikke oppfattes som annet annen synliggjøring av et tenkt avrop/oppgave. Ulike scenarioer kan også synliggjøre ulike forutsetninger fra leverandører.»

(10) Innen tilbudsfristens utløp forelå tilbud fra seks tilbydere. Innklagede meddelte ved tildelingsbrev av 12. juni 2020 at Hinnstein AS (heretter valgte leverandør) ble tildelt rammeavtalen. Klager ble innstilt som nummer to.

- (11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 26. juni 2020 og anførte prinsipalt at klager skulle vært tildelt kontrakten på grunn av feil ved evalueringen av priskriteriet. Subsidiært anførte klager at det forelå plikt til avlysning av konkurransen på bakgrunn av flere ulike forhold.
- (12) Innklagede tok ikke klagen til følge, og informerte i sitt svar av 6. juli 2020 at de tok sikte på å signere kontrakt med valgte leverandør innen kort tid.
- (13) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. juli 2020. Ved prosesskriv av 10. juli 2020 gjorde klager gjeldende at innklagede ved å inngå kontrakt med valgte leverandør, foretok en ulovlig direkte anskaffelse. På grunnlag av tilbudene som hadde kommet inn mente klager at verdien av rammeavtalen oversteg EØS-terskelverdien for tjenestekontrakter og dermed skulle vært kunngjort også i TED.
- (14) Nemndsmøte for behandling av varsel om overtredelsesgebyr ble avholdt 30. november 2020, og varsel ble sendt innklagede i medhold av forvaltningsloven § 16 den 4. desember 2020.
- (15) Innklagede har inngitt merknader til forhåndsvarselet ved prosesskriv av 23. desember 2020.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå rammeavtale om rådgivningstjenester uten å kunngjøre konkurransen i TED. Verdien av rammeavtalen overstiger med all sannsynlighet EØS-terskelverdien etter forskriften § 5-3 (1) bokstav b.
- (17) På bakgrunn av resultatet klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers ytterligere anførsler her.

Innklagedes anførsler:

- (18) Det erkjennes at det ikke ble foretatt en forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi før konkurransen ble kunngjort, jf. forskriften § 5-4. Årsaken til at verdien ikke ble beregnet, var at man ikke visste hvilket aktivitetsnivå som kunne forventes etter kommunesammenslåingen 1. januar 2020. Det erkjennes at dette er en mangel som ikke lar seg reparere på andre måter enn å avlyse konkurransen. Konkurransen ble imidlertid ikke avlyst, og det ble inngått rammeavtale med valgte leverandør.
- (19) Det foreligger likevel ikke en ulovlig direkte anskaffelse fordi anskaffelsens verdi ligger under EØS-terskelverdi. Den sannsynlige totalverdien av anskaffelsen utgjør 1.225.000 kroner, og i alle tilfeller ikke mer enn 1.500.000 kroner.
- (20) Subsidiært, dersom klagenemnda finner at det er gjort en ulovlig direkte anskaffelse, må et eventuelt overtredelsesgebyr reduseres til et minimum. Innklagede var i en utfordrende situasjon på grunn av kommunesammenslåingen og det var stor usikkerhet knyttet til den nye kommunens rammevilkår. Det fantes ikke erfaringsgrunnlag for beregning av anskaffelsens verdi og det var ikke mulig å foreta en realistisk vurdering av behovet for tjenester under rammeavtalen. Klagenemnda må legge vekt på at innklagede nå har

varslet valgte leverandør om at kontrakten vil termineres, og at det ikke er benyttet noe under rammeavtalen.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelse av rammeavtale om rådgivningstjenester. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (*klagenemndsforordningen*) § 13a første ledd. Klagen kan ifølge 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Kontrakt ble inngått i juli 2020. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for klagenemnda i juli 2020, og er med det rettidig inngitt.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (22) 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.51L (2015-2016).
- (23) Utgangspunktet for anskaffelser over nasjonal terskelverdi, er at de skal kunngjøres i Doffin, jf. anskaffelsesforordningen §§ 5-1 (2) og 8-17 (1). Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forordningen § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED. Denne anskaffelsen gjelder en tjenestekontrakt, og EØS-terskelverdien for tjenestekontrakter var på kunngjøringstidspunktet 2,05 millioner kroner, jf. § 5-3 (1) bokstav b.
- (24) Det følger av forordningen § 5-4 (1) at oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi basert på et anslag over *«den samlede betalingen ekskl. mva., inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene.»* Ved rammeavtaler skal oppdragsgiveren legge til grunn *«den maksimale verdien av alle kontraktene som han forventer å inngå i løpet av avtalens (...) varighet»*, jf. 5-4 (5).
- (25) Beregningen som skal gjøres, skal være *«forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen»*, jf. § 5-4 (2). I kravet om at beregningen skal være *«forsvarlig»* ligger at oppdragsgiver plikter å foreta en grundig og solid verdiberegning, som er lojal mot anskaffelsesregelverket og basert på et forsvarlig grunnlag, se Hålogaland lagmannsretts dom i sak LH-2018-99424. Det sentrale er verdivurderingen som gjøres i forkant, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/44 avsnitt 29.
- (26) Om anskaffelsen er over eller under EØS-terskelverdi har betydning for hvilket regelverk som gjelder. Dersom oppdragsgiver ikke foretar en forsvarlig beregning av anskaffelsens verdi på tidspunktet for kunngjøring av konkurransen, kan det føre til at anskaffelsen kunngjøres etter feil del i forordningen. Brudd på kunngjøringsplikten kan medføre at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved at oppdragsgiver bare kunngjør konkurransen i Doffin når det etter regelverket foreligger en plikt til å kunngjøre også i TED.
- (27) Innklagede har erkjent at det ikke ble foretatt en forsvarlig beregning av anskaffelsens samlede verdi i forbindelse med valg av anbudsprosedyre, og erkjenner med det å ha brutt forordningen § 5-4. Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen. Ettersom konkurransen er gjennomført og kontrakt var signert på tidspunktet saken ble brakt inn for klagenemnda, var imidlertid ikke avlysning lenger et aktuelt alternativ.

- (28) Basert på sakens opplysninger og klagenemndas vurdering av disse, ble innklagede den 4. desember 2020 varslet om mulig ileggelse av overtredelsesgebyr. Klagenemnda la i varselet til grunn at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse fordi den antatte kontraktsverdien oversteg EØS-terskelverdi. Basert på et anslag av hva som ble forventet å bli betalt for ytelsen, varslet klagenemnda om ileggelse av gebyr på 330 960 kroner.
- (29) Innklagede har i sine merknader til varselet anført at klagenemndas estimat av anskaffelsens verdi er feil, og vist til at det i desember 2020 ble vedtatt budsjettmessige føringar som gjorde at innklagede uansett ikke ville kunne bruke mer enn maksimalt 1.500.000 kroner i hele avtaleperioden. Klagenemnda bemerker at denne typen etterfølgende beregninger ikke er relevant for vurderingen av om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, men at det kan være relevant for beregningen av gebyrgrunnlaget. Innklagede har ikke kommet med øvrige innvendinger mot hvordan klagenemnda beregnet verdien av anskaffelsen.
- (30) All den tid innklagede har opplyst at det enda ikke er gjort avrop på rammeavtalen, og at avtalen vil bli terminert uten at det gjennomføres kjøp, foreligger det imidlertid ikke lenger grunnlag for ileggelse av gebyr. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å ta endelig stilling til om bruddet på forskriften § 5-4 også medfører at kontraktsinngåelsen med valgte leverandør utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (31) Klager har anført en rekke andre brudd på anskaffelsesregelverket i forbindelse med gjennomføringen av konkurransen. Ettersom bruddet på forskriften § 5-4 medførte en avlysningsplikt for innklagede, at kontrakten med valgte leverandør nå er terminert og at konkurransen vil bli kunngjort på nytt, har klagenemnda kommet til at klager ikke har saklig interesse i å få vurdert sine anførsler knyttet til gjennomføringen av konkurransen, jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).

Tilbakebetaling av klagegebyr

- (32) Regelbruddet klagenemnda har konstatert i relasjon til manglende beregning av anskaffelsens verdi, kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir klager rett på tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Tjeldsund kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å foreta en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk