



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse, avrop på rammeavtale

*Innklagede inngikk i 2018 rammeavtaler med flere leverandører om levering av prosjektledelse, byggeledelse og arkitekttjenester. Rammeavtalen skulle ha en varighet på inntil fire år, hvor det var opsjoner på forlengelse for de to siste årene. Innklagede utløste opsjonen uten å gi skriftlig varsel innen tre måneder før utløpsdato, slik det var forutsatt i rammeavtalen. Klagenemnda kom til at forlengelsen ikke utgjorde en vesentlig endring. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å gjennomføre en minikonkurranse uten at det var fastsatt nærmere spesifiserte vilkår for å avholde minikonkurranse, førte frem. Innklagede hadde derimot ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å tildele kontrakt gjennom å holde minikonkurranse. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.*

### **Klagenemndas avgjørelse 2. november 2021 i sak 2021/615**

**Klager:** Nordnorsk Byggekontroll AS

**Innklaget:** Tromsø kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Marianne Dragsten, Finn Arnesen, Bjørn Berg

### **Bakgrunn:**

- (1) Tromsø kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. desember 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale med flere leverandører for levering av prosjektledelse, byggeledelse og arkitekttjenester. Rammeavtalen skulle ha en varighet på fire (2+1+1) år. Rammeavtalen hadde en samlet estimert verdi på inntil ti millioner kroner per år. Tilbudsfrist var 16. januar 2018.
- (2) Om forlengelse var det i utkastet til rammeavtalen<sup>1</sup> opplyst følgende:  
*«Varsel om forlengelse skal gis skriftlig senest 3 (tre) måneder før rammeavtalen utløper.»*
- (3) Det fremgikk av kunngjøringen at anskaffelsen var delt inn i fem delkontrakter etter fagområde. Fagområdene tilbyderne kunne gi tilbud på var prosjektledelse, byggeledelse/byggekontroll, arkitekttjenester, landskapsarkitekt og interiørarkitekt. Det gikk frem av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 «*Orientering om rammeavtalen*» at formålet med anskaffelsen var å inngå rammeavtaler med 3-5 leverandører per fagområde.

---

<sup>1</sup> Statens standardavtale for rammeavtale om kjøp av varer og tjenester innen IKT og konsulenttjenester

Leverandørene kunne gi tilbud på alle fagområder. Klagen gjelder i hovedsak delområdet for byggeledelse/byggekontroll.

- (4) Rammeavtalen ville tildeles leverandørene som tilbød det beste forholdet mellom pris (vektet 40 prosent) og kvalitet (vektet 60 prosent). Kvalitet skulle evalueres ut fra tilbudt personell sin erfaring og kompetanse. Tilbudt personell ville få uttelling etter utdannelsesgrad, antall års erfaring, og mengden med relevant erfaring.
- (5) Rammeavtalen inneholdt en oppdragsbeskrivelse hvor det fremgikk av punkt 1.1.3 «*Avrop på rammeavtalen*» at tildeling av kontrakter ville gjøres basert på leverandørens rangering i anbudskonkurransen, eller ved minikonkurranse mellom leverandørene. Om minikonkurranse var det opplyst følgende:

*«Tromsø kommune vil for enkelte oppdrag vurdere minikonkurranse mellom rammavtaleleverandørene. En slik konkurranse innledes ved at oppdragsgiver sender ut et forenklet konkurransegrunnlag.*

*Tildelingskriterier vil være:*

- *Tilbudte kandidaters kompetanse, egnethet og kapasitet for det aktuelle oppdrag. Dette kriteriet kan gjennomføres som intervju av de aktuelle kandidatene.*
- *Oppgaveforståelse*
- *Pris og tidsforbruk*

*Ved gjennomføring av minikonkurranse kan oppdragsgiver fritt velge hvilke av disse kriterier som skal gjelde, og vektning av disse.*

*Prisene i rammeavtalen fungerer som maksimumspriser. Tilbydere kan alltid tilby bedre pris i minikonkurransen.*

*Leverandører skal ikke levere samme dokumentasjon som for hovedkonkurranse til rammeavtale på nytt, men kun forholde seg til minikonkurransegrunnlaget og de krav som stilles der.»*

- (6) Kontraktene ble tildelt 13. april 2018. Av tildelingsbrevet gikk det frem at fem tilbydere ble tildelt rammeavtalen for byggeledelse/byggekontroll, med følgende rangering:
1. HR Prosjekt AS
  2. Asplan Viak AS
  3. Nordnorsk Byggekontroll AS (heretter *klager*)
  4. WSP Norge AS
  5. Norconsult AS
- (7) Innklagede sendte 29. april 2020 forespørsel til leverandørene på rammeavtalen om å forlenge avtale med ett år, til 30. april 2021.
- (8) Den 7. januar 2021 inviterte innklagede til en minikonkurranse mellom leverandørene på rammeavtalen for byggeleder, for anskaffelse av byggeleder til prosjekt «*P900702*»

*MORTENSNES DEL 3 – Sanering VAO» (heretter saneringsprosjektet). Tilbudsfrist var 29. januar 2021. Kontraktsverdien var estimert ut fra et timeanslag på 1500 timer \* timepris på byggeleder, og utgjorde i underkant av 1,5 millioner kroner.*

- (9) I forespørselen punkt 2 «Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier» var det oppstilt tre kvalifikasjonskrav, utover kravene i rammeavtalen. Blant disse var et av kravene at tilbudt personell «skal ha relevant utdanning». Som dokumentasjon ble leverandørene bedt om å levere «CV-er for tilbudt personell der personell skal ha oppnådd grad som ingeniør eller teknisk fagskole». Det ble presisert at CV skal leveres for tilbudt byggeleder og en assistent ved fravær. Det var kun tilbudt byggeleder som ville gis uttelling under tildelingskriteriet.
- (10) Tilbudene skulle evalueres på bakgrunn av tildelingskriteriene «Pris» (vektet 40 prosent) og «Kompetanse og erfaring» (vektet 60 prosent).
- (11) Klager stilte følgende spørsmål til innklagede vedrørende tilbudsgrunnlaget 18. august 2021:

*«Vi har et spørsmål til punkt 3 i tabell 1 Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon.*

*Er det slik å forstå at det er et absolutt krav at «personell skal ha oppnådd grad som ingeniør eller teknisk fagskole». Det vil si at hvis vi tilbyr personell med lang relevant erfaring uten «oppnådd grad» vil det være diskvalifiserende.»*

- (12) Innklagede besvarte spørsmålet samme dag:

*«Hei. Ja, det er et absolutt krav at personell skal ha oppnådd grad som ingeniør eller ha teknisk fagskole.»*

- (13) HR Prosjekt AS stilte følgende spørsmål til innklagede 26. januar 2021:

*«HRP har ikke mulighet til å gi tilbud på denne forespørselen på bakgrunn av kravet om formell utdanning. HRP har tilgjengelig byggeleder 100%, med meget lang og relevant erfaring, men som ikke har formell utdanning utover fagbrev, som vi er sikre på ville gjort en utmerket jobb på dette oppdraget. [...]*

*Vi synes derimot det er svært synd at ressurser som allerede er inne i rammeavtalen, og som således er godkjent for Tromsø kommunes prosjekter, blir ekskludert fra minikonkurranser.»*

- (14) Innklagede besvarte spørsmålet 30. januar 2021:

*«Takk for tilbakemeldingen. Det har absolutt ikke vært intensjonen å ekskludere tilbydere fra konkurransen.*

*Kravet ble satt for å sikre en byggeleder med teknisk faglig bakgrunn, og ble ansett som et helt ok minimumskrav mtp. oppdragets omfang og kompleksitet. Ikke minst ble det antatt at kravet kunne oppfylles av alle tilbydere i rammeavtalen.*

*Synd at dere ikke hadde anledning til å gi tilbud på denne konkurransen, men håper å se tilbud fra dere ved en senere anledning.»*

- (15) Tre leverandører leverte tilbud på minikonkurransen. Disse var klager, Norconsult AS og WSP Norge AS. Kontrakt ble tildelt Norconsult AS 18. februar 2021.
- (16) Kontrakt ble inngått 8. april 2021.
- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. mai 2021.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. november 2021.

**Anførsler:**

***Klager har i det vesentlige anført:***

- (19) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Forlengelsen av rammeavtalen ble ikke varslet innen tre måneder før utløpet den 30. april 2020, som forutsatt i avtalen. På tidspunktet for forlengelsen forelå det dermed ikke noen hjemmel i rammeavtalen til å forlenge avtalen. Forlengelsen utgjør en vesentlig endring av kontrakten. Fra 1. mai forelå derfor ikke lenger noen gyldig rammeavtale. Enhver kontrakt tildelt under rammeavtalen etter 1. mai 2020, må derfor anses som ulovlige direkte anskaffelser.
- (20) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å angi hvordan kontrakter under rammeavtalen skal tildeles. Innklagede har forbeholdt seg muligheten til å fritt kunne tildele kontrakter etter minikonkurranse fremfor å benytte den fastsatte fordelingsnøkkelen som var rangeringen av leverandørene i den opprinnelige konkurransen. Rammeavtalen som sådan må derfor anses ulovlig, og det samme gjelder da hver enkelt kontrakt som tildeles på grunnlag av rammeavtalen.
- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å oppstille andre kvalifikasjonskrav i minikonkurranse om saneringsprosjektet, enn kvalifikasjonskravene som var oppstilt i konkurransen for selve rammeavtalen.
- (22) Innklagede har foretatt en vilkårlig tildelingsevaluering i minikonkurransen ved å gå utenfor rammene for sin skjønnsutøvelse. Innklagede har ikke hatt et bevisst og klart forhold til forskjellene på kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og hva som skal vurderes under disse. Dette medfører at evalueringen er blitt vilkårlig og uten mulighet for leverandørene til å forutberegne hvordan tilbudene skal optimaliseres.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (23) Det bestrides at rammeavtalen for prosjektledelse, arkitekttjenester og byggeledelse er ulovlig forlenget. Ettersom opsjonen var en del av anskaffelsesdokumentene ved kunngjøringen, har tilbyderne i konkurransen og markedet vært kjent med at avtalen inneholdt en opsjon på forlengelse og at dette ikke er noe nytt som er tatt inn i avtalen i etterkant. Forlengelsen kan ikke anses som en vesentlig endring av avtalen.
- (24) Videre bestrides det at rammeavtalen er ulovlig på grunn av manglende vilkår for når minikonkurranser kan gjennomføres. Det bestrides derimot ikke at minikonkurransen om saneringsprosjektet er ulovlig gjennomført. Rammeavtalen inneholdt ikke nærmere spesifiserte vilkår for å kunne gjennomføre en minikonkurranse, og minikonkurransen om saneringsprosjektet er dermed gjort i strid med anskaffelsesregelverket.
- (25) Ettersom innklagede er enig i at minikonkurransen er gjennomført ulovlig, går ikke innklagede inn på de øvrige anførselene til klager som går på minikonkurransen.

### **Klagenemndas vurdering:**

(26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Konkurransen gjelder rammeavtale for levering av prosjektledelse, byggeledelse og arkitekttjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens samlede verdi var estimert til omtrent 40 millioner kroner. 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.

#### *Ulovlig direkte anskaffelse – forlengelse*

- (27) Klagenemnda skal først ta stilling til om forlengelsen av avtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (28) Innklagede besluttet den 29. april 2020 at kontrakten skulle forlenges med ett år fra og med 1. mai 2020. Anførselen om at forlengelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse er dermed rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a.
- (29) 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).
- (30) I utgangspunktet vil forholdet mellom partene i en kontrakt som er inngått etter en kunngjort konkurranse reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/29, avsnitt 38.
- (31) I denne saken har rammeavtalen, inklusive opsjoner på forlengelse, vært kunngjort og gjenstand for konkurranse. Avtalens varighet er dermed ikke endret sammenlignet med det som fremgikk av kunngjøringen. Ved utløsning av opsjonene skulle imidlertid «*varsel om forlengelse gis skriftlig senest tre måneder før rammeavtalen utløper*». Dette ble ikke gjort, og isteden ble leverandørene kontaktet dagen før kontrakten utløp, med forespørsel om forlengelse i ett år. Klagenemnda forstår det slik at alle leverandørene aksepterte dette.
- (32) Endringen består dermed av at oppdragsgiver ikke har fulgt fremgangsmåten i avtalen ved utløsning av opsjon. Dette kan etter nemndas syn ikke likestilles med at selve forlengelsen mangler hjemmel i avtalen. Hvorvidt endringen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, beror derfor på om forlengelsen må anses som en vesentlig endring av rammeavtalen, jf. forskriften 28-1, jf. § 28-2.
- (33) I denne saken ble det både i anskaffelsesdokumentene og rammeavtalen klart angitt at innklagede skulle ha en ensidig rett til å forlenge rammeavtalen for ett år av gangen, inntil to ganger. Slik klagenemnda ser det, består endringen derfor bare av at man har sett bort fra et kontraktsvilkår om å gi et skriftlig varsel senest tre måneder før utløpet av rammeavtalen. Dette vilkåret har som formål å ivareta det behovet leverandørene på avtalen har for å vite om avtalen utløper eller blir forlenget. Hensynet til potensielle leverandører er ivaretatt gjennom kunngjøringen og den påfølgende konkurransen. Rammeavtalens gjenstand, verdi og varighet har forblitt den samme som fremgikk av kunngjøringen, og endringen kan derfor ikke anses vesentlig. Klagers anførsel fører ikke frem.

### *Fremgangsmåten for tildeling av kontrakter*

- (34) Klagenemnda tar dernest stilling til om innklagede har brutt regelverket ved tildeling av kontrakten for saneringsprosjektet. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd.
- (35) Det følger av forordningen § 26-3 (3) at «[d]ersom en rammeavtale med flere leverandører fastsetter alle kontraktsvilkårene, kan oppdragsgiveren fastsette at han på nærmere spesifiserte vilkår likevel vil tildele kontrakter under rammeavtalen etter ny konkurranse mellom leverandørene. Der vilkårene for å gjenåpne konkurransen ikke er oppfylt, skal han tildele kontrakten i samsvar med prosedyren i første ledd.» Prosedyren i første ledd gir anvisning på at avtalen skal fastsette en fordelingsnøkkel.
- (36) I denne saken fremgikk det av rammeavtalen at kontrakter enten ville tildeles etter en fordelingsnøkkel basert på rangeringen av leverandørene i konkurransen, eller gjennom en ny konkurranse mellom leverandørene (gjenåpning). Sistnevnte fremgangsmåte ville oppdragsgiver vurdere for enkelte oppdrag, men det var ikke angitt nærmere vilkår for når denne fremgangsmåten ville benyttes. Dette oppfyller ikke kravene i forordningen § 23-6 (3), og det var dermed i strid med regelverket å tildele saneringsprosjektet basert på minikonkurranse. Dette har innklagede også erkjent.
- (37) Klagenemnda tar dernest stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å tildele kontrakt om saneringsprosjektet etter minikonkurranse.
- (38) Klagenemnda har i flere saker presisert at avrop på en rammeavtale er kunngjøringspliktige, dersom rammeavtalen ikke hjemler avropet, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sakene 2020/193 avsnitt 22 og 2015/59. Sistnevnte sak gjaldt en rammeavtale med flere leverandører, hvor oppdragsgiveren ikke hadde fastsatt noen fremgangsmåte for å tildele kontrakter innenfor rammeavtalen. Klagenemnda kom til at kontraktene som var inngått ikke kunne hjemles i den kunngjorte rammeavtalen, og at anskaffelsene dermed var kunngjøringspliktige, jf. avsnitt 19.
- (39) Som nevnt var det i denne rammeavtalen lagt opp til at kontrakter kunne tildeles på to alternative måter, enten etter en fastsatt fordelingsnøkkel, eller ved minikonkurranse. Det at innklagede ikke lovlig kunne gjennomføre minikonkurranser medfører dermed ikke at avtalen manglet en avropsmekanisme. Saksforholdet skiller seg dermed fra saksforholdet i sak 2015/59, hvor avtalen ikke inneholdt noen fordelingsnøkkel. Slik denne saken ligger an kunne dermed kontrakter lovlig tildeles etter fordelingsnøkkelen i rammeavtalen, altså til best rangerte leverandør. Klager har heller ikke anført at avropet etter sitt innhold manglet grunnlag i rammeavtalen.
- (40) Etter klagenemndas syn står man dermed her overfor det tilfellet at feil leverandør har blitt tildelt kontrakt i en rammeavtale med flere leverandører. En slik feil vil måtte avbøtes ved plikten til å omgjøre tildelingen, eller eventuelt gjennom erstatning, men utgjør ikke et brudd på kunngjøringsplikten. Innklagede har dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt om saneringsprosjektet.
- (41) Klager har videre anført at selve rammeavtalen er ulovlig fordi den inneholder en ulovlig kombinasjon av to avropsmekanismer. Rammeavtalen ble imidlertid inngått i april 2018. Anførsler rettet mot inngåelsen av rammeavtalen, eller den forutgående konkurransen, er ikke rettidig fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd.

- (42) Som nevnt var gjenåpningen av konkurransen for saneringsprosjektet ulovlig. I lys av dette finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til klagers anførsler vedrørende kvalifikasjonskravene og tildelingen i minikonkurransen for saneringsprosjektet.
- (43) Den ulovlige gjenåpningen har påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

***Konklusjon:***

Tromsø kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Tromsø kommune har brutt regelverket ved å gjenåpne konkurransen om saneringsprosjektet.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

*Dokumentet er godkjent elektronisk*