



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Saken gjelder en rammeavtale for rådgivningstjenester til bygge- og anleggsvirksomhet. Klagers anførsel om at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå rammeavtalen med tre av leverandørene var foreldet, jf. klagenemndsforskriften § 13a. Slik saken var opplyst for klagenemnda, var det ikke grunnlag for å slå fast at forlengelsen av rammeavtalen måtte anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser av rådgivningstjenester for bygge- og anleggsarbeider knyttet til prosjektene Skjønhaugenga omsorgsboliger og Båstad barnehage.

Klagenemndas avgjørelse 15. juni 2017 i sakene 2016/169, 2016/202 og 2017/1

Klager: Arkitekt Steinar Wiig AS

Innklaget: Trøgstad kommune

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Sakskomplekset som ligger til grunn for de herværende klagesakene har tidligere vært gjenstand for klagenemndas behandling i sak 2015/59. Premiss (2) – (9) nedenfor er en gjengivelse av sakens bakgrunn slik den ble presentert i sak 2015/59.
- (2) Trøgstad kommune (innklagede) kunngjorde 9. desember 2013 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for rådgivningstjenester til bygge- og anleggsvirksomhet. Tilbudsfrist var 21. januar 2014.
- (3) Det fremgikk av kunngjøringen punkt II.1.5:

"Trøgstad Kommune ved Teknikk og Næring inviterer til konkurranse om rammeavtale for rådgivertjenester innen en rekke fag. Trøgstad kommune skal i en 4 års periode investere i ca 200 Mill. i forskjellige typer prosjekter og tiltak innenfor områder i bygg, vei, vann og avløpsprosjekter.

Trøgstad kommune ønsker å inngå parallelle rammeavtaler med et begrenset antall konsulentfirmaer, (1-3 stk) innen hvert fagfelt som besitter kunnskap og tilstrekkelig kapasitet til å dekke kommunens behov i perioden."

- (4) I kunngjøringen var det henvist til konkurransegrunnlaget for opplysninger om kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. I konkurransegrunnlaget punkt 4.5 var det oppgitt at tildeling av rammeavtalen *"skjer på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, i henhold til tilbudsskjema med oppgitte timepriser"*. Ut over tilbudsskjemaet var det ikke etterspurt informasjon av betydning for

tildelingsevalueringen, eller angitt at annet enn oppgitte timepriser skulle vurderes ved tildelingsevalueringen.

- (5) Når det gjaldt tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 2.1:

" – Trøgstad kommune kan be om budsjettpris/ramme på komplette ytelser på forhånd der det er hensiktsmessig i forhold til budsjett og definerte oppgaver.

– Trøgstad Kommune vil etter inngåelse av rammeavtalen stå fritt til å benytte det enkelte firma uten en forutgående intern konkurranse for oppdrag under 500.000,-.

– Ved større enkeltoppdrag > kr 500.000.- eks. mva. forbeholder Trøgstad kommune seg retten til å innhente tilbud fra avtalepartene i form av mini konkurranse i mellom disse."

- (6) Det var angitt i konkurransegrunnlaget at rammeavtalen ville inngås for to år, med opsjon forlengelse på til sammen to år med ett år av gangen.
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede 29 tilbud, heriblant fra Wiig og Horgmo AS (nå Steinar Wiig AS, heretter klager).
- (8) Innklagede opplyste ved tildelingsbrev 14. februar 2014 å ha til hensikt å inngå rammeavtale med Mannvit hf, Union Consult VVS og Klimarådgivning AS, Norconsult AS og Vindveggen Arkitekter AS.
- (9) I evalueringsskjemaet for pris gikk det frem at:

"Mannvit hf er billigste tilbyder på alle forespurte fagfelt uttagen LARK Tjenesten. Mannvit havner ut som vinner av lavest sumasjon av fagfelt 1-9. De har tilbudt på alle tjenester som er forespurt. Vindveggen Arkitekter har levert billigst på LARK tjenesten. Unionconsult kommer som nummer 2 og Norconsult som nummer 3 av de som har tilbytt på alle tjenester. For å unngå for mange avtalepartnere og grensesnitt problematikk er det en klar økonomisk fordel ved å inngå avtale med parter som har tilbydt på alle områder. alikevill må Vindveggen som er billigst på LARK tjenesten medtas, da de er vinner på denne tjenesten." (sic)

- (10) I sak 2015/59 behandlet klagenemnda en klage som gjaldt et prosjekteringsoppdrag for en ny barneskole tildelt Norconsult AS innenfor rammeavtalen. Klagenemnda kom i den saken til at *"[i]nnklagedes bestemmelser i konkurransegrunnlaget om hvordan kontraktene skulle tildeles, og den konkrete tildelingen av kontrakt til valgte leverandør, representerer et så stort avvik fra regelverket at kontrakten ikke kan hjemles i den kunngjorte rammeavtalen. Kontrakten med valgte leverandør utgjør på denne bakgrunn en ulovlig direkte anskaffelse".*
- (11) Innklagede og Norconsult AS signerte 12. februar 2016 en avtale om forlengelse av rammeavtalen. Denne avtalen hadde en varighet frem til 17. mars 2017. Klager opplyser også at rammeavtalen ble forlenget med leverandørene Union Consult VVS og Klimarådgivning AS og Vindveggen Arkitekter AS, men ikke med Mannvit hf. Innklagede bestrider ikke dette.

- (12) Klager opplyser at innklagede etter forlengelsen av rammeavtalen har inngått tre kontrakter i medhold av rammeavtalen. Den ene gjelder prosjektet Skjønhaugenga Omsorgsboliger, som ble tildelt Union Consult AS og som, ifølge klager, har vist seg å ha en verdi på 1 306 492,50 kroner per 21. desember 2016. Det andre prosjektet er ifølge klager tildelt Norconsult AS og gjelder Båstad barnehage, til en verdi på ca. 35 millioner. Klager viser videre til et prosjekt med boliger for personer med nedsatt funksjonsevne tildelt Vindveggen Arkitekter AS, til en verdi på ca. 15 millioner kroner. Innklagede har ikke bestridt disse opplysningene.
- (13) Klager brakte inn sakene 2016/169, 2016/202 og 2017/1 for Klagenemnda for offentlige anskaffelser hhv. 8. november, 28. desember og 31. desember 2016. Siden sakene gjelder de samme partene og samme sakskompleks, forenes de til felles behandling.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. juni 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) I sak 2016/169: Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å forlenge rammeavtalen ved ny avtale 12. februar 2016.
- (16) I sak 2016/202: Innklagede har foretatt ulovlige direkte anskaffelser ved å tildele oppdrag innenfor rammeavtalen uten konkurranse.
- (17) I sak 2017/1: Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved tildelingen av rammeavtalen til leverandørene Mannvit, Union Consult VVS og Klimarådgivning AS og Norconsult AS. Ved utvelgelsen ble et av de etterspurte fagfeltene utelatt fra vurderingen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede bestrider at forlengelsen av rammeavtalen medfører at kommunen har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Forlengelsen springer ut av en opsjon som er kunngjort i henhold til regelverkets krav. Innklagede erkjenner at informasjonen om opsjoner/rett til forlengelse ikke var inntatt i selve kunngjøringsskjemaet. Det kommer likevel klart frem av konkurransegrunnlaget at den toårige rammeavtalen kunne forlenges i ytterligere 1 + 1 år. Anskaffelsesdokumentene skal leses og tolkes i sammenheng.
- (19) Avropet som er gjort til fordel for UnionConsult VVS er ikke i strid med rammeavtalen eller regelverket. Etter forlengelsen var det bare to tilbydere som kunne levere den type konsulenttenester som kommunen hadde behov for (Vindveggen Arkitekter AS hadde avgrensninger mot denne type oppdrag). Innklagede hadde behov for bistand til planlegging av utbygging av en barnehage og et omsorgsboligprosjekt. I stedet for å gjennomføre en minikonkurranse, fikk UnionConsult VVS oppdraget med omsorgsboligene, mens Norconsult AS fikk oppdraget med barnehagen. Dette var en hensiktsmessig fordeling ut fra selskapenes forutsetninger. Kravet til likebehandling er oppfylt.
- (20) Innklagede har ikke kommentert tildelingen av oppdrag for boliger for personer med nedsatt funksjonsevne til Vindveggen Entreprenør AS.

- (21) Klagen som gjelder inngåelse av rammeavtalen i 2014 (sak 2017/1) er for sent fremsatt, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a. Klagen må derfor avvises.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klagene gjelder påstander om ulovlig direkte anskaffelser. Konkurransen gjelder en rammeavtale for rådgivningstjenester for bygge- og anleggsarbeid, som er en prioritert tjeneste i kategori 12. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (23) I sak 2017/1, som klagenemnda finner grunn til å behandle først, anfører klager at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved inngåelsen av rammeavtalen med tre av leverandørene fordi et av de etterspurte fagfeltene var utelatt fra vurderingen. En klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse må fremsettes innen to år etter at kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Rammeavtalen ble i dette tilfellet inngått i mars 2014. Klagen ble brakt inn for klagenemnda 31. desember 2016, altså om lag to år og ni måneder etter inngåelsen av rammeavtalen. Klagen er dermed for sent fremsatt til at nemnda kan realitetsbehandle den. Foranlediget av klagers anførsler i saken bemerker klagenemnda at klagenemndsforordningen § 13a andre ledd ikke gir rom for utvidet klagefrist i tilfeller hvor en klager hevder at han først en tid etter kontraktsinngåelsen har fått kjennskap til de faktiske forhold som etter hans oppfatning tilsier at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse – klagefristen løper fra tidspunktet for kontraktsinngåelsen.
- (24) I sak 2016/169 anfører klager at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å forlenge rammeavtalen. Dette skjedde ved avtale 12. februar 2016. Klagen som gjelder forlengelsen av rammeavtalen ble brakt inn for klagenemnda 8. november 2016. Den er følgelig rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (25) Som grunnlag for anførselen har klager særlig heftet seg ved at tildelingen av rammeavtalen til de valgte leverandørene ikke var i samsvar med de tildelingskriteriene som var angitt.
- (26) Selv om det representerer et brudd på regelverket at opsjonen ikke fremgikk av kunngjøringen, innebærer ikke dette uten videre at forlengelsen av rammeavtalen representerer en ulovlig direkte anskaffelse, se til illustrasjon klagenemndas avgjørelse i sak 2011/209.
- (27) Etter klagenemndas syn er det sentrale vurderingskriteriet om de delene av rammeavtalen som ikke er omfattet av kunngjøringen og som senere er gjort gjeldende, altså opsjonen på ett års forlengelse i vår sak, representerer en vesentlig endring av kontrakten.
- (28) Avtalen om forlengelse av rammeavtalen ble inngått 12. februar 2016. Vurderingen av om forlengelsen innebærer en vesentlig endring av kontrakten må følgelig skje ut fra rettsstanden før ikrafttredeisen i norsk rett av direktiv 2014/24/EU, jf. nå anskaffelsesforordningen 2016 §§ 28-1 og 28-2. I tråd med EU-domstolens dom i sak C-454/06 (Pressetext) må det foretas en konkret helhetsvurdering av avtaleforholdet før og etter endringen.
- (29) Rammeavtalens varighet var ifølge kunngjøringen to år. Selv om opsjonen ikke var angitt i kunngjøringen, gikk det frem av kunngjøringen at oppdragsgiver skulle investere ca.

200 millioner kroner i en periode på fire år. Det fremgikk dessuten av konkurransegrunnlaget at rammeavtalen ville inngås for to år, med opsjon til å forlenge avtalen i til sammen to år med ett år av gangen. Slik saken er opplyst for klagenemnda er det ingen holdepunkter for at forlengelsen av avtalen med ett år representerer en endring som, dersom den hadde vært kunngjort på forskriftsmessig vis, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at innklagede kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør. Det er heller ikke slik at utløsning av opsjonen har endret kontraktens økonomiske balanse til fordel for valgte leverandør. Slik saken er opplyst har klagenemnda derfor ikke grunnlag for å slå fast at forlengelsen av rammeavtalen må anses å utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

- (30) Videre, i sak 2016/202, har klager også vist til avrop som innklagede har foretatt etter forlengelsen av rammeavtalen 12. februar 2016 og som det anføres utgjør ulovlige direkte anskaffelser. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (31) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forordningen, jf. forordningen § 4-1 bokstav q. I dette tilfellet kunngjorde innklagede en rammeavtale om rådgivningstjenester til bygge- og anleggsvirksomhet. Klagenemnda har i tidligere saker konkludert med at tildeling av kontrakter innenfor en kunngjort rammeavtale i enkelte tilfeller vil kunne klassifiseres som en ulovlig direkte anskaffelse, jf. nevnte sak 2015/59 premiss (19) (som gjaldt nettopp den foreliggende rammeavtalen) med videre henvisninger.
- (32) Forordningen § 15-3 (2) og (3) angir at tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale med flere leverandører enten skal skje på grunnlag av vilkårene som er satt i rammeavtalen, eller etter ny konkurranse mellom partene.
- (33) I vår sak har innklagede tildelt kontrakter innenfor rammeavtalen uten å avholde nye konkurranser.
- (34) Som klagenemnda alt har konstatert i sak 2015/59, er det klart at rammeavtalen ikke oppfyller kravet om at vilkårene for tildeling av kontrakter skal være fastsatt i rammeavtalen. Konkurransegrunnlaget angir bare at kommunen «kan be om budsjettpris/ramme på komplette ytelser på forhånd der det er hensiktsmessig i forhold til budsjett og definerte oppgaver», samt at kommunen «forbeholder [...] seg retten til å innhente tilbud fra avtalepartene i form av mini konkurranse mellom disse». Dette oppfyller ikke kravet om at vilkårene for kontraktstildelingen skal være fastsatt i rammeavtalen, se sak 2015/59, avsnitt 22.
- (35) Om de konkrete kontraktene har innklagede forklart at det var behov for bistand til planlegging av utbyggingen av Båstad barnehage og til Skjønhaugenga omsorgsboliger, og at det etter forlengelsen av rammeavtalen bare var to leverandører som kunne levere den type konsulent tjenester. I stedet for å gjennomføre minikonkurranser om oppdragene, valgte innklagede å gi Union Consult AS oppdraget om omsorgsboligene, mens Norconsult AS fikk oppdraget om barnehagen. Innklagede fremholder at tildelingene av kontraktene under rammeavtalen var hensiktsmessig ut fra forutsetningene til selskapene, og at kravet til likebehandling er oppfylt.
- (36) Til dette nøyer klagenemnda seg med å bemerke at forordningen § 15-3 (2) og (3) verken gjør unntak for innklagedes hensiktsmessighetsbetraktninger eller innklagedes

argumenter om at kravet til likebehandling er oppfylt på andre måter enn foreskrevet i § 15-3 (2) og (3).

- (37) På samme måte som i sak 2015/59 representerer følgelig kontraktene innklagede har tildelt innenfor rammeavtalen på denne bakgrunn ulovlige direkte anskaffelser.
- (38) Klager har også anført at tildelingen av et oppdrag for boliger for personer med nedsatt funksjonsevne til Vindveggen Entreprenør AS representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Ut over opplysningen om at selskapet har fått dette oppdraget, har imidlertid ikke nemnda noe informasjon. Klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å ta stilling til denne anførselen.

Konklusjon:

Trøgstad kommune har foretatt ulovlige direkte anskaffelser av rådgivningstjenester for bygge- og anleggsarbeider knyttet til prosjektene Skjønhaugenga omsorgsboliger og Båstad barnehage.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk