



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Adresseinformasjon fylles inn ved ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.

Vår ref.
2023/0382-16

Saksbehandler
Johan Aasheim Hjartnes

Dato
03.10.2023

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 26. mai 2023 på offentlig anskaffelse av konsulenttjenester. 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 frem.

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

Bakgrunn:

- (1) Det har over lengre tid versert flere klagesaker mellom Torbjørn Reime (heretter *klager*) og Hå kommune (heretter *innklagede*). Slik denne saken er opplyst relaterer dette seg til ulike forhold rundt prosjektering/regulering og opprettelse av veikryss og industriområde i nærheten av klagers bosted. I forbindelse med prosjektering/reguleringsarbeidet har innklagede anskaffet konsulenttjenester gjennom rammeavtale.
- (2) Hå kommune kunngjorde 18. mars 2021 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for levering av tjenester innen prosjektering og rådgivning. Rammeavtalen skulle ha en varighet på to år, med mulighet for forlengelse i inntil to år. Anskaffelsens verdi ble i anslått til 12 millioner kroner over en fireårsperiode.
- (3) I ytelsesbeskrivelsen som var vedlagt konkurransedokumentene fremgikk blant følgende i punkt 1:

«Denne ytelsesbeskrivelsen spesifiserer ytelser og leveranser for prosjekteringstjenester, alle fagfelt ved den kommunale bygningsmassen i Hå kommune. Totalt utgjør dette nærmere 123.000m² og består av administrasjonsbygg, skoler, barnehager, institusjonslokaler/sykehjem, kulturbygg og boliger. Hå kommune har behov for prosjekteringsytelser for denne type bygningsmasse både ved nybygg og rehabilitering. Denne beskrivelsen er ikke uttømmende, men vil bli tilpasset det enkelte oppdrag. Sentrale punkt for rollen vil være:

- *Prosjekteringstjenester for oppdragsgiver.*

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- *Generelle rådgivende tjenester innenfor bygg og anlegg.*
- *Uavhengig kontroll.*
- *Fremdrift og kostnadsoverslag.*
- (...)»*

- (4) I punkt 2 fremgikk at leverandør skulle tilby prosjekteringstjenester innenfor alle fag tilknyttet bygg og anlegg. Det var også angitt en ikke-uttømmende liste over de relevante prosjekteringstjenestene. I punkt 3 fremgikk eksempler på sentrale deler av ytelsen, herunder *«Geoteknisk prosjektering, herunder grunnundersøkelser/prøveboring»* og *«Generelle rådgivningstjenester innenfor bygg og anlegg og uteområder»*.
- (5) Innklagede inngikk rammeavtaler med leverandørene Prosjektil AS, Head Energy PU AS (heretter *Head*) og Cowi AS (heretter *Cowi*) med startdato 9. august 2021. Ytelsesbeskrivelsen var vedlagt rammeavtalene.
- (6) Innklagede sendte i november 2022 en henvendelse til leverandørene i rammeavtalen med forespørsel om å inngi pristilbud på leveranser i forbindelse med planarbeidene for områdereguleringsplaner for næringsområdene Grødaland og Kviamarka. Innledningsvis i forespørselen fremgikk følgende:

*«Hå kommune inviterer dere som vi har rammeavtale med til å komme med tilbud på leveranser i forbindelse med planarbeidene for områdereguleringsplaner for næringsområdene Grødaland og Kviamarka. Dette er allerede etablerte næringsområder som skal utvides.
I den forbindelse trenger vi bistand til å gjøre utredninger for planområdene.»*
- (7) Om de konkrete leveransene fremgikk at innklagede hadde behov for utredninger/delrapporter innenfor områdene (1) overvannsrapport og flom, (2) skredfare (kvikkleire), (3) trafikkberegning og tegning av vegkryss og (4) støyanalyse (industri og trafikkstøy).
- (8) Head innga tilbud, og innledningsvis i tilbudet fremgikk følgende:

«Viser til forespørsel for utarbeidelse av utredninger/delrapporter til planarbeidene for områdereguleringsplanene for næringsområdene Grødaland og Kviamarka. Dette er eksisterende næringsområder som skal utvides.»
- (9) I tilbudet fremgikk også at oppdraget skulle honoreres etter medgått tid med rater i henhold til rammeavtale.
- (10) Innklagede opplyser at det, etter noe dialog med leverandørene, ble inngått avtale (avrop) mellom innklagede og Head. Avropsavtalen med Head hadde en estimert totalpris mellom 455 200 og 515 200 kroner.
- (11) Innklagede sendte 24. mars 2023 en henvendelse til de samme leverandørene og ba om pristilbud på konsekvensutredning for temaene forurensing til grunn, vann og luft. Også denne henvendelsen gjaldt planarbeid på områdene Grødaland og Kviamarka.

- (12) Innklagede har opplyst at oppdraget, etter dialog med leverandørene, ble tildelt Cowi. I etterkant sendte Cowi et formelt tilbud, og i tilbudet under punkt 2.4 fremgikk at *«Arbeidet faktureres i henhold til rammeavtale med Hå kommune»*.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. mai 2023. Klager har i e-post 31. august 2023 bedt om at saken stilles i bero på ubestemt tid for å ferdigstille klagen. I e-post 21. september 2023 ber klager om tilbakemelding på hvilket regelverk som gir klagenemnda mandat til å fremprovosere saksbehandling i en anskaffelse som ikke er ferdigstilt.

Sekretariatets vurdering:

- (14) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå rammeavtaler om konsulenttjenester, og ved å foreta avrop på disse rammeavtalene. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforskriften) § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (15) Sekretariatet vil helt innledningsvis knytte noen merknader til sakens bakgrunn. Klager og innklagede har vært i langvarige klageprosesser, blant annet knyttet til opprettelsen av veikryss, herunder ulike reguleringsprosesser. Sekretariatet legger til grunn at innklagede blant annet har brukt leverandørene Cowi, Head og Prosjektil AS i disse reguleringsprosessene. Disse tre leverandørene inngikk rammeavtaler med innklagede i august 2021.
- (16) Klager har anført at innklagedes avrop på denne rammeavtalen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Klager har også anført en rekke forhold som relaterer seg til utførelsen av de konkrete konsulenttjenestene, dette er forhold som faller utenfor spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og vil derfor ikke bli behandlet.
- (17) I e-post 6. juni 2023 skriver klager at klagen kun gjelder en anskaffelse foretatt 15. desember 2022. Sekretariatet legger til grunn at dette relaterer seg til innklagedes avrop på rammeavtalen i desember 2022 der Head ble valgt som leverandør for utarbeidelse av områdereguleringsplan for områdene Grødaland og Kviamarka.
- (18) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (19) Innklagede har foretatt det aktuelle avropet i medhold av rammeavtalen inngått i august 2021. Rammeavtalens estimerte verdi er 12 millioner kroner over en fireårsperiode. Dette innebærer at rammeavtalen overstiger både nasjonal og EØS-terskelverdi. Konkurransen er kunngjort i både TED og Doffin, og innklagede har dermed overholdt sin kunngjøringsplikt ved inngåelsen av rammeavtalen.
- (20) Sekretariatet går så over til å vurdere om avropsavtalen med Head 15. desember 2022 var omfattet av rammeavtalen.
- (21) I klagenemndspraksis er det flere ganger presisert at avrop på en rammeavtale er kunngjøringspliktige dersom rammeavtalen ikke hjemler avropet, og avropet er over terskelverdi, se eksempelvis sak 2020/193 avsnitt 22.

- (22) En rammeavtale har som formål å fastsette vilkårene for tildeling av kontrakter over en viss periode, jf. forskriften § 4-1 bokstav b. For å finne omfanget av rammeavtalen må man i utgangspunktet legge til grunn en objektiv tolkning av avtalens ordlyd.
- (23) Rammeavtalen omfatter prosjektering og rådgivning. I ytelsesbeskrivelsen ble leverandørene bedt om å tilby ytelser og leveranser for alle fagfelt ved den kommunale bygningsmassen. I tillegg stod det at leverandørene skulle tilby prosjekteringstjenester innenfor alle fag tilknyttet bygg og anlegg. Det var også angitt en ikke-uttømmende liste over relevante prosjekteringstjenester. I punkt 3 fremgikk eksempler på sentrale deler av ytelsen, herunder «*Geoteknisk prosjektering, herunder grunnundersøkelser/prøveboring*» og «*Generelle rådgivningstjenester innenfor bygg og anlegg og uteområder*».
- (24) Innklagedes forespørsel til leverandørene i november 2022 ba om bistand til «*planarbeidene for områdereguleringsplaner for næringsområdene Grødaland og Kviamarka (...)*». Det konkrete avropet mellom innklagede og Head var i tilbudet beskrevet som «*utarbeidelse av utredninger/delrapporter til planarbeidene for områdereguleringsplanene for næringsområdene Grødaland og Kviamarka. Dette er eksisterende næringsområder som skal utvides*».
- (25) Slik sekretariatet leser rammeavtalen med vedlegg, angir denne relativt vide rammer for hvilke prosjekterings- og rådgivningstjenester som er omfattet. Sekretariatet anser det klart at avropsavtalen med Head 15. desember 2022 var omfattet av rammeavtalen inngått i august 2021. Sekretariatet vil samtidig bemerke at avropsavtalen med Head hadde en estimert totalpris mellom 455 200 – 515 200 kroner, et beløp som er under nasjonal- og EØS-terskelverdi. Avropet ville derfor ikke vært kunngjøringspliktig isolert sett, selv om avropet ikke kunne hjemles i rammeavtalen.
- (26) Klager anfører også at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, fordi områdereguleringsplanen skulle utføres på bakgrunn av en rekke vedtak fattet av «*Statlige organ*», og at disse vedtakene ble holdt tilbake av innklagede ved kvalifiseringsprosessen mellom leverandørene på rammeavtalen. Klager mener at innklagede dermed ikke fikk tatt stilling til om leverandørene rent faktisk var kvalifisert etter energiloven og forurensningsloven. Slik sekretariatet oppfatter klagers anførsel, relaterer denne seg innklagedes tilbudsevaluering ved tildeling av avropsavtaler under rammeavtalen. Forhold som knytter seg til tilbudsevalueringen, eksempelvis at de valgte leverandørene ikke har riktig kompetanse, er forhold som klagenemnda tar stilling til å rådgivende saker. I slike saker er det en klagefrist på seks måneder etter at kontrakt ble inngått, og et krav om saklig interesse, se forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.
- (27) Klager har i e-post 31. august 2023 bedt om at saken stilles i bero på ubestemt tid for å ferdigstille klagen. I e-post 21. september 2023 ber klager om tilbakemelding på hvilket regelverk som gir klagenemnda mandat til å fremprovosere saksbehandling i en anskaffelse som ikke er ferdigstilt.
- (28) Slik sekretariatet oppfatter klagers forespørsel om å stille saken i bero, bygger dette på at innklagede ikke har utlevert dokumentasjon om kompetansen til en eller flere av leverandørene i rammeavtalen inngått i august 2021. Etter sekretariatets oppfatning vil en slik dokumentasjon først og fremst ha betydning for hvorvidt tilbudsevalueringen ved inngåelsen av rammeavtalen i 2021 var lovlig, og er ikke relevant i spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

- (29) Dersom klager mener avrop har blitt vesentlig endret underveis, slik at det ikke lenger kan hjemles i rammeavtalen, kan dette forholdet utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Per dags dato har ikke klager fremmet en konkret anførsel om dette som klagenemnda kan ta stilling til. Sekretariatet bemerker likevel at det aktuelle avropet hadde en estimert totalpris mellom 455 200 – 515 200 kroner. Det skal derfor store endringer til for at dette medfører at rammeavtalen er vesentlig endret. Oppdragsgiver kan ha en større rett til å utvide en ytelse i et foretatt avrop i en rammeavtale, når utvidelsen er vesentlig i forhold til avropet, men ellers ligger innenfor rammeavtalens virkeområde.
- (30) Klagenemndsforskriften gir ikke adgang til å legge opp til at saken skal ligge i bero i påvente av hvordan saken utvikler seg. Etter klagenemndsforskriften § 13a (2) er klagefristen for å påklage en ulovlig direkte anskaffelse to år fra kontrakt er inngått. I dette tilfelle kan klagers forespørsel om å stille klagen i bero føre til at klagefristen på to år mister sin funksjon. Et hensyn bak klagefristen er at oppdragsgiveren og medkontrahenten etter dette tidspunktet skal kunne innrette seg etter at kontraktsinngåelsen ikke kan angripes.
- (31) I forbindelse med den videre gjennomføringen av rammeavtalen, kan det oppstå grunnlag for en ny klagesak. Denne saken vil da ikke være til hinder for en ny sak mot innklagede, gitt at det gjelder nye faktiske forhold og at klagefristen overholdes.
- (32) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Med hilsen

Johan Aasheim Hjartnes
Juridisk seniorrådgiver

Line Rakner
Seksjonssjef

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

Mottakere:
Mottakerliste