



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for «total renovering/nybygg for et nytt Familiens hus». Klager anførte at innklagede hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda fant at konkurransegrunnlaget ble endret da det ble åpnet for å levere tilbud på oppføring av et helt nytt bygg. Nemnda fant imidlertid ikke grunnlag for å konstatere at endringen hadde påvirket deltakerinteressen. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 11. mai 2020 i sak 2018/521

Klager: Kaikanten. AS

Innklaget: Osterøy kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Osterøy kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. september 2017 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for «total renovering/nybygg for et nytt Familiens hus». Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til 30 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen angitt til 24. oktober 2017.
- (2) Konkurransen var kunngjort med CPV-kode 45215100 («Bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med bygninger til helsevesenet»).
- (3) Av kunngjøringen fremgikk det at:
«Det skal gjennomføres en total renovering/nybygg for et nytt Familiens hus for Osterøy kommune. Bygget skal inneholde Familiens hus, rus og psykiatri, helsestasjon og hjemmetjenesten. Samlet areal fordelt på 2 etasjer er ca 2034 m² samt et parkeringsanlegg med samlet netto areal på ca 1350 m². Prosjektet gjennomføres som en totalentreprise hvor alle leveranser inngår.»
- (4) Det var presisert at det ikke var åpnet for alternative tilbud.
- (5) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at oppdragsgiver forbeholdt seg retten til å gjøre «mindre vesentlige rettingar, suppleringar og endringar» av konkurransegrunnlaget frem til tilbudsfristen.
- (6) Tildelingen av kontrakten ville skje på grunnlag av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på kriteriene «Pris» (vektet 70-80 prosent) og «Kvalitet og gjennomføringsplan» (vektet 20-30 prosent).

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (7) Om sistnevnte kriterium, fremgikk blant annet følgende:

«For å vurdere tilbydaren sin gjennomføringsplan vil det spesielt bli vektlagt korleis tilbydar ønsker å løyse oppdraget. Vedlagde teikningar er veiledande. Tilbydar skal vidareføre desse, men kan også leggje fram alternative løysingar dersom han meiner at ei anna utforming vil være meir funksjonell. Vedlagte teikningar og beskrivelse visar korleis byggherren ønskjer prosjektet gjennomført. Tilbydar kan lansere alternative løysingar, då som tillegg til den beskrevne løysinga dersom han meiner dette vil være meir funksjonelt for oppdragsgjevar.»

- (8) I kravspesifikasjonens postnummer 0, under punktet «Eksisterende bygning – ombygging», stod det:

«Deler av bygningen forutsettes revet, dette gjelder tidligere Pallelager mellom aksene A-B/1-3, uisolert lager mellom aksene B-G/1-6 og del av Budsal mellom akse 6-7/utenfor yttervegg langs akse D. På disse steder skal det føres opp ny bygningskonstruksjon, mens øvrige deler av de eksisterende lokalene skal bygges om. Hvis entreprenør finner at det er formålstjenlig mht økonomi, fremdrift og planløsning etc. så står han fritt til å selv vurdere rivningsomfanget. Vedrørende riving/ombygging/nybygg vises det forøvrig til kapittel 2.»

- (9) Under postnummer 2 («kapittel 2») fremgikk det under punktet «Statistiske beregninger – belastningsforutsetninger» at «[s]tatiske beregninger for ombygging, tilbygg og påbygg skal utarbeides på grunnlag av dagens gjeldende konstruksjonsstandarter, NS-EN Eurokoder 1-9 med nasjonale tillegg, for de ulike konstruksjonsmaterialer og for belastningsforutsetninger». Videre var det understreket at «Entreprenøren har det fulle ansvar for å bringe klarhet i alle forhold i tilknytning til eksisterende bygg som har betydning for gjennomførelsen av ombyggingen. [...] Etterhvert som rivingsarbeider pågår skal tilstand på de eksisterende konstruksjoner kontrolleres. Forøvrig gjelder at entreprenør underveis skal varsle byggeleder og byggherre om feil og mangler og skader på konstruksjoner som avdekkes.»

- (10) Punktet «Nybygg – påbygg/tilbygg» var presentert slik:

«- Nybygg i to etasjer skal etableres mellom akse B-G/1-6 og B-D/6-7 hvor del av bygning er revet, samt mellom akse B-D/7-10, med tilpassning av nytt dekke mot ok eksisterende dekke ca. ved akse 6/D-G. Se skisse-tegning fra arkitekt.

- Nybygg med nytt dekke i rom 226 Trapperom, i området ca. mellom aksene B-D/9-10, tilpasset mot eksisterende dekke ved akse G/9-10.

- Nybygg for Teknisk rom, akse G-J/1-3, romstørrelse må vurderes av entreprenørens rådgivere. Som del av 227 Teknisk rom, støpes nytt dekke mellom akse I-J/1-3 langs tilfluktsrom.

- Nybygg i området akse G-J/7-9 hvor tilkomst til lokaler i 2. etasje er endret, i området med rom 202 Trapperom og 201 Rengjoringssentral, akse G-J/7-9 forutsettes plasstøpt betongdekke tilpasset ok eksisterende dekke i tilstøtende rom langs akse G.»

- (11) Under punktet «Riving & Ombyggingsarbeider» fremgikk det videre av de generelle forutsetningene at «[a]rbeidet skal legges opp og utføres slik at eksisterende konstruksjoner som skal beholdes ikke skades. Før rivningsarbeidet igangsettes, må

entreprenøren og hans planleggere vurdere konstruksjonsoppbygning og statikk til bærekonstruksjonene og om nødvendig forsterke eller iversette tiltak slik at de igjenværende konstruksjoner har tilstrekkelig kapasitet for å ivareta de vertikale og horisontale påkjenninger i henhold til gjeldende standard, også etter at rivningsarbeidet er utført.» Også her var det presisert at entreprenøren, ut ifra en totalvurdering, står fritt til å vurdere rivningsomfanget, samt at «[e]ntreprenøren har det fulle ansvar for å bringe klarhet i alle forhold i tilknytning til eksisterende bygg som har betydning for gjennomførelsen av både rivingsarbeidet og ombyggingen generelt, før oppstart av arbeidene».

- (12) Under punktet «Rivningsarbeidene – oversikt», fremgikk det at byggherren selv hadde foretatt noen innvendige rivningsarbeider. Det stod videre under overskriften «Del av bygningsmassen som i sin helhet skal rives» at:

«Deler av bygningen som i sin helhet skal rives gjelder Pallelager mellom aksene A-B/1-3, Uisolert lager mellom aksene B-G/1-6 og del av Budsal mellom akse 6-7/8-D utenfor yttervegg langs akse D. På disse steder skal det føres opp ny bygningskonstruksjon, og konstruksjonene tjenes i sin helhet. Vindeltrapp mellom akse G-H/7-8 skal rives. Gulv på grunnen forutsettes revet/fjernet inkl. evt. eksisterende isolasjon etc.»

- (13) Videre fremgikk det under overskriften «Bygningsdeler som skal fjernes» at «[v]ed å samholde arkitektens planer for fremtidige planløsninger med hans rivningsplaner fremkommer arkitektens planer for hvilken vegger som skal fjernes, og hvor det er foreslått nye utsparinger etc. i de bygningdeler som skal beholdes og bygges om».

- (14) Under postnummer 8 het det at «[p]rosjektet er definert som hovedombygging».

- (15) Søknad om rammetillatelse, arkivert den 30. juni 2010, var vedlagt konkurransegrunnlaget. Av denne fremgikk det under omtalen av prosjektet at tiltaket gjaldt «ombygging og rehabilitering av eks samvrkel i Lonevåg. Deler av bygget rives og erstattes med nytt tilbygg. De resterende lokaler blir ribbet for innvendige lettvegger og blir innredet etter de krav som nye leietakere har.» I søknadsskjemaet var det videre i kolonnen «Nye bygg og anlegg» krysset av for at tiltaket gjaldt «Tilbygg, påbygg, underbygg». I kolonnen «Endring av bygg» var «Fasade» krysset av.

- (16) Ved brev datert 28. september 2017, ble konkurransegrunnlaget oppdatert. Innledningsvis var det påpekt at «[d]et har fra tilbyder kommet spørsmål om oppdragsgiver vil akseptere at tilbyder kun gir pris på et komplett nytt bygg dersom man velger å rive alt av eksisterende bygningsmasse». Videre fremgikk følgende:

«Etter spørsmål fra anbudsbehandlingene, ser oppdragsgiver at det kan virke uklart i konkurransegrunnlaget hvorvidt det er mulig for tilbyder å gi pris på et nytt bygg istedenfor å rehabilitere det gamle bygget.

Dersom tilbyder finner at det er formålstjenlig utfra en totalvurdering mht økonomi, fremdrift og planløsning etc, vil det være mulig for tilbyder å gi pris på et komplett nytt bygg dersom alt av eksisterende bygningsmasse rives.

Det presiseres at det nye bygget minimum må tilfredsstille de krav som er gitt til total bruksareal samt alle andre spesifikasjoner gitt i anbudsdokumenter. Oppdragsgiver vil være åpen for at romløsninger kan endres, så lenge det totale bruksarealet er i hht.

anbudsdokumentene. Oppdragsgiver vil og være åpen for at byggets «form og plassering» kan endres noe.

Dersom tilbyder velger å gi pris på begge alternative løsningene; rehabilitering av eksisterende bygg og komplett nytt bygg, står han fritt til det. Begge alternativene vil da bli evaluert på likt grunnlag i hht. kriteriene gitt i konkurransegrunnlaget.

Dette betyr at oppdragsgiver krever kun en pris men vil også godta to priser.»

- (17) Ny tilbudsfrist ble satt til 7. november 2017.
- (18) Innklagede mottok fem tilbud innen fristen. Samtlige tilbud gjaldt oppføring av et helt nytt bygg.
- (19) Innklagede inngikk kontrakt med Consto AS (heretter *valgte leverandør*) den 5. desember 2018.
- (20) Nemndsmøte for utsendelse av forhåndsvarsel ble avholdt 24. februar 2020.
- (21) Klagenemnda sendte 25. februar 2020 ut varsel om ileggelse av et gebyr på fem prosent av anskaffelsens verdi.
- (22) Innklagedes merknader til forhåndsvarselet ble mottatt av klagenemnda 27. mars 2020.
- (23) Endelig nemndsmøte i saken ble avholdt 11. mai 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har gjort vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget som er av en slik karakter at det har påvirket potensielle tilbyderes ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen. Det fremgikk av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at det var tale om renovering av bygget, hvor det kun var åpnet for at enkelte komponenter skulle eller kunne rives og bygges opp på nytt. Når innklagede da har åpnet for at hele bygget kan rives og oppføres på nytt, foreligger det derfor en vesentlig endring, jf. forskriften § 8-4.
- (25) Med de endringer som innklagede gjorde, så skulle konkurransen ha vært utlyst på nytt. Ettersom kontrakt er inngått har innklagede gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Det legges til grunn en uriktig forståelse av hva som er en ulovlig direkte anskaffelse. Brudd på forskriften § 8-4 utgjør ikke brudd på kunngjøringsplikten, og kan derfor ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda har aldri før ilagt gebyr for overtredelse av forskriften § 8-4, og en slik hjemmel kan heller ikke utledes av de foreliggende rettskildene. Ileggelse av gebyr krever en klar hjemmel. Anskaffelsen er kunngjort i tråd med regelverket, og det er heller ikke foretatt ulovlige endringer. Det bestrides at det er inngått en avtale med et annet innhold enn det som var kunngjort. Kunngjøringen og konkurransegrunnlaget åpnet for ulike måter å løse oppdraget på, og dette innholdet ble utelukkende presisert ved brevet datert 28. september 2017. Innklagede har ikke brutt forskriften § 8-4, og heller ikke gjennomført en ulovlig direkte

anskaffelse. Klager mangler derfor også saklig klageinteresse, og klagen er for øvrig også fremsatt for sent, jf. klagenemndsforordningen §§ 13a og 6.

- (27) Klagenemnda har videre lagt til grunn en uriktig terskel for når endringer kan anses vesentlige. Nemnda utleder her en strengere norm enn det er rettslig grunnlag for, og det anvendes et uriktig rettslig vurderingstema Behandlingen av spørsmålet om presiseringen har påvirket deltakerinteressen, er basert på en misforståelse, og nemnda har ikke synliggjort sin vurdering. Det er også mangler ved nemndas vurderingen av om innklagede har opptrådt uaktsomt, og det mangler en egentlig begrunnelse for å ilegge gebyr.
- (28) Under enhver omstendighet er den etterfølgende klargjøringen, som ble gjort ved brev datert 28. september 2017, ingen vesentlig endring. Klager har ikke påvist at den påståtte endringen har hatt betydning for deltakelsen i konkurransen. Denne bevisbyrden er det klager, eventuelt klagenemnda, som har.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Konkurransen gjelder renovering og ombygging av et bygg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 30 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (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 (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klage kan ifølge § 13a andre ledd fremsettes inntil to år fra kontrakt er inngått. Ettersom kontrakt ble inngått 5. desember 2017, og klagen ble brakt inn for klagenemnda 6. desember 2018, er klagen rettidig.
- (31) Klager har bedt om at saken behandles i stornemnd, jf. klagenemndsforordningen § 12. Klagenemnda har ikke funnet grunn til dette.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (32) Klager anfører at innklagede har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, ved i ettertid å åpne for at leverandørene kunne levere tilbud på at bygget ble revet og oppført på nytt i sin helhet. På denne bakgrunn fremholder klager at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom endringen ikke ble kunngjort
- (33) 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).
- (34) Det følger av forskriften § 8-4 fjerde ledd at oppdragsgiver *«kan [...] foreta endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige»*.
- (35) Hva som utgjør en vesentlig endring, beror på en konkret vurdering. Klagenemnda har i en rekke saker som gjelder forskriften (2006) § 8-2, uttalt at oppdragsgiver ikke kan gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som kan påvirke potensielle leverandørers ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen, jf. eksempelvis sak 2014/63, premiss 33. Dersom oppdragsgiver gjør slike endringer i konkurransegrunnlaget, og feilen ikke kan rettes på

en annen måte, må konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt, se også til sammenligning sakene 2013/125, premiss 33 og 2008/63, premiss 47-50. Oppdragsgivers kontraktsinngåelse vil under slike omstendigheter kunne utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/127, premiss 42 med videre henvisninger. Årsaken til dette er at anskaffelsen i slike tilfeller ikke lenger dekkes av kunngjøringen. Hensynet til leverandørene som har valgt ikke å delta i konkurransen, vil være relevant «*uavhengig av på hvilket tidspunkt i anskaffelsesprosessen endringen blir gjort*», jf. NOU 2014: 4 på side 178-179, jf. også avsnitt 81 i fortalen til direktiv 2014/24 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-250/07 *Kommisjonen mot Hellas*, avsnitt 52. På bakgrunn av resultatet i saken, finner klagenemnda imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

- (36) Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt konkurransegrunnlaget ble endret ved innklagedes oppdatering av konkurransegrunnlaget 27. september 2017.
- (37) Innklagede har vist til at kunngjøringen og konkurransegrunnlaget åpnet for at leverandørene kunne tilby enten totalrehabilitering av bygget eller å oppføre et helt nytt bygg etter riving. Innklagede fremholder på denne bakgrunn at oppdateringen av konkurransegrunnlaget utelukkende var en presisering av dette.
- (38) Av kunngjøringen fremgikk det at anskaffelsen gjaldt en totalentreprise som skulle bestå av «*ein total renovering/nybygg*». Tilsvarende formulering var brukt i konkurransegrunnlaget.
- (39) Av kravspesifikasjonens generelle del fremgikk det at «*[d]eler av bygningen forutsettes revet*», og at det på disse stedene skulle «*føres opp ny bygningskonstruksjon, mens øvrige deler av de eksisterende lokalene skal bygges om*». Samtidig var det presisert at dersom leverandøren «*finner at det er formålstjenlig mht økonomi, fremdrift og planløsning etc. så står han fritt til å selv vurdere rivningsomfanget*».
- (40) Under kravspesifikasjonens kapittel om «*Bygning*» (postnummer 2) var det presisert at «*[d]enne delen av beskrivelsen omhandler krav til de ulike bygningsdeler og fag i forbindelse med **ombygging** av eksisterende bygning*» (uthevet her). I samme kapittel var det videre presisert at det er leverandøren som har ansvar for alle forhold i tilknytning til «*eksisterende bygg som har betydning for gjennomførelsen av **ombyggingen***» (uthevet her). Hvilke bygningsdeler som skulle fjernes, var videre avgrenset og spesifisert under dette kapittelet.
- (41) Under punktet «*Nybygg – påbygg/tilbygg*» var det i fire strekpunkter presisert hvor i det eksisterende bygget det skulle oppføres «*Nybygg*», herunder hvilke akseområder og rom dette gjaldt. Det fremgikk samtidig at nytt dekke skulle tilpasses eller legges mot «*ok eksisterende dekke*».
- (42) Under punktet «*Riving & Ombyggingsarbeider*» var det videre presisert at arbeidet skulle legges opp og utføres slik at «*eksisterende konstruksjoner som skal beholdes ikke skades*».
- (43) Slik klagenemnda leser konkurransedokumentene, bygger de gjennomgående på en forutsetning om at deler av det eksisterende bygget skulle beholdes og rehabiliteres. Slik konkurransegrunnlaget var utformet, åpnet det ikke for å rive hele bygget og oppføre et nytt bygg. Nemnda oppfatter at bruken av «*Nybygg*» i konkurransegrunnlaget skal forstås

som «påbygg» eller «tilbygg», slik innklagede har lagt til grunn både i kravspesifikasjonen og søknaden om rammetillatelse. At leverandørene var gitt et visst spillerom med hensyn til å vurdere «rivningsomfanget», endrer ikke på dette.

- (44) Når innklagede ved brev datert 28. september 2017 gjorde det klart at leverandørene kunne tilby et komplett nytt bygg, ble konkurransegrunnlaget dermed endret, jf. forskriften § 8-4 fjerde ledd.
- (45) Etter å ha mottatt og gjennomgått innklagedes svar på forhåndsvarselet ser imidlertid klagenemnda at det i denne saken ikke er grunnlag for å konkludere med at endringen kan ha påvirket deltakerkonkurransen.
- (46) Nemnda har i denne vurderingen lagt vekt på at en totalentreprenør av en slik størrelse som er påkrevd i denne konkurransen, vil være i stand til å løse et vidt spekter av ulike oppdrag med forskjellige byggetekniske elementer. Det er heller ikke andre, konkrete forhold i saken som gir grunnlag for å konkludere med at endringen har påvirket deltakerinteressen.
- (47) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 8-4 fjerde ledd, har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Osterøy kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk