



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for bygging av Lunner helse- og omsorgssenter. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, ved å godta at fire underleverandører ble byttet ut med én underleverandør kort tid etter kontraktsinngåelse.

Klagenemndas avgjørelse 18. desember 2019 i sak 2018/550

Klager: Gulbrandsen & Olimb AS

Innklaget: Lunner kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

(1) Lunner kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 9. april 2018 en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for bygging av Lunner helse- og omsorgssenter. Anskaffelsens verdi ble estimert til 250 millioner kroner. Tilbudsfrist ble angitt til 1. juni 2018.

(2) Ett av kvalifikasjonskravene var at «*Tilbyderen skal sannsynliggjøre økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten.*» Dette skulle dokumenteres oppfylt ved:

«Det skal legges ved dokumentasjon på at leverandøren har tilstrekkelig soliditet gjennom kredittvurdering fra egnet kredittvurderingsfirma. Kredittvurderingen skal være fra siste års godkjente regnskap. Ratingkravet er AA eller bedre evaluert fra Bisnode eller tilsvarende firma. Som kontroll vil kommunen benytte Bisnode for kredittvurdering.

Tilbyder må minst ha årlig omsetning som tilsvarer 2 x årlig omsetning i dette oppdraget. Totalt minst 250 mill. kr/år inkl. MVA.

Tilbydere som planlegger å benytte kontraktsmedhjelpere som enkeltvis utgjør mer enn 10 % av tilbudssummen, skal vedlegge tilsvarende dokumentasjon fra aktuelle foretak. Det skal i tillegg leveres en oversikt over alle planlagte entrepriser, hva disse omfatter (type arbeid, omfang).»

(3) Tilbudene skulle vurderes opp mot tildelingskriteriene «*Pris (inkl. ev. opsjoner)*» vektet 90 prosent og «*Totalentreprenørens organisasjon inkl. bygg, VVS, El og Automasjon. Tilfredsstillende kompetanse hos nøkkelpersonell som inngår i oppdragsorganisasjonen*» vektet 10 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

- (4) Ifølge konkurransegrunnlaget skulle kontrakten reguleres av NS 8407. Etter NS 8407 punkt 10.3 må byggherren godkjenne skifte av kontraktsmedhjelpere, men byggherren kan ikke nekte utskiftningen dersom den er saklig begrunnet.
- (5) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristen, fra Consto AS og BetonmastHæhre AS.
- (6) Consto AS fikk 10 poeng på pris og 8,58 poeng på kompetanse hos nøkkelpersonell. BetonmastHæhre AS fikk 9,90 poeng på pris og 8,04 poeng på kompetanse hos nøkkelpersonell. Consto AS fikk til sammen 9,86 vektete poeng, mens BetonmastHæhre AS fikk 9,72 vektete poeng.
- (7) Gulbrandsen & Olimb (heretter *klager*) deltok i konkurransen som underleverandør både til Consto AS og til BetonmastHæhre AS, med ansvar for de elektriske arbeidene.
- (8) I Consto AS sitt tilbud ble det levert følgende dokumentasjon fra klager:
 - *Kredittrating*
 - *ESPD-skjema*
 - *Forpliktelseserklæring*
 - *CV Prosjektleder (PL) Arild Gulbrandsen*
 - *Del 1 Vedlegg 2.3 Tilbudt personell GO AS*
- (9) Kontrakt ble inngått med Consto AS (heretter *valgte leverandør*) 12. september 2018.
- (10) Kort tid etter kontraktsinngåelse ble klager oppmerksom på følgende på Roxel Tekniske AS sin hjemmeside:

«Roxel Tekniske AS har vunnet konkurransen om prosjektering og installasjoner på totalteknisk pakke på nytt helse og omsorgssenter i Lunner kommune. Kontrakten innebærer fagene elektro, rør, ventilasjon og automasjon.»
- (11) I brev av 29. oktober 2018 bekreftet innklagede at Roxel Tekniske AS ville brukes som underleverandør. Etter kontraktsinngåelsen hadde innklagede samtykket til at valgte leverandør byttet ut de fire underleverandørene som skulle stå for elektro, rør, ventilasjon og automasjon, med Roxel Tekniske AS.
- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 14. desember 2018.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. desember 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Utskiftningen av klager og tre andre underleverandører med Roxel Tekniske AS, kort tid etter kontraktsinngåelsen, utgjør en vesentlig endring av kontrakten.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Utskiftningen av underleverandørene med Roxel Tekniske AS var saklig begrunnet og noe innklagede måtte akseptere, og førte ikke til en vesentlig endring av kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Kravet om saklig interesse i klagenemndsforordningen § 6 annet ledd gjelder ikke, jf. forordningen § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Klager ble opprinnelig tilbudt som valgte leverandørs underleverandør, men ble skiftet ut kort tid etter kontraktsinngåelse.
- (17) Konkurransen gjelder en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for bygging av Lunner helse- og omsorgssenter. Anskaffelsens verdi ble estimert til 250 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forordning om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forordningen §§ 5-1 og 5-3.
- (18) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved å godta at klager og tre andre underleverandører ble skiftet ut med Roxel Tekniske AS kort tid etter kontraktsinngåelse.
- (19) I forordningen § 28-1 fremgår det hvilke endringer i kontrakt som er tillatt, og etter bokstav f er «*endringer, uavhengig av verdi, som ikke er vesentlige*», tillatt. Det følger videre av forordningen § 28-2, som bestemmelsen i bokstav f viser til, at «*en endring er ikke tillatt etter § 28-1 første ledd bokstav f dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.*» Dersom innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten, står man overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til anskaffelsesregelverket.
- (20) Retten til bruk av underleverandører følger forutsetningsvis av forordningen § 19-2, og det fremgår av forordningen § 24-4 at oppdragsgiver kan skifte ut underleverandører. Utgangspunktet er dermed at utskifting av underleverandører etter kontraktsinngåelse ikke medfører at «*innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.*»
- (21) I denne saken var det adgang til å skifte ut underleverandører i medhold av NS 8407 punkt 10.3. Ifølge EU-domstolen vil et skifte av underleverandører likevel – «*i særlige tilfælde*» – kunne utgjøre en vesentlig endring, jf. domstolens avgjørelse i sak C-91/08 (Wall). Dette gjelder tilfeller hvor «*... anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden – under hensyntagen til de særlige kendetegn ved den pågældende ydelse – har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten [...]*», jf. avgjørelsen premiss 39.
- (22) Spørsmålet blir derfor om innklagedes godkjenning av utskiftningen av de fire underleverandørene som skulle stå for elektro, rør, ventilasjon og automasjon, med Roxel Tekniske AS gjorde at «*innholdet i kontrakten bl[e] vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten*», på grunn av de særtrekkene ved den kontrakten gjelder.
- (23) Pris var vektet 90 prosent i konkurransen, og var dermed det sentrale tildelingskriteriet. Her tilbød valgte leverandør den laveste prisen og fikk 10 poeng på dette kriteriet.

- (24) Tildelingskriteriet om tilfredsstillende kompetanse hos nøkkelpersonell, var vektet 10 prosent. I vår sak brukte begge leverandørene klager som underleverandør for de elektriske arbeidene. Bruk av klager som underleverandør hadde dermed ikke betydning for hvem som ble tildelt kontrakten.
- (25) Innklagede har også dokumentert at det ble hentet inn CV-er og referanseprosjekter fra alle nøkkelpersonene hos Roxel Tekniske AS, som erstattet nøkkelpersonene hos de opprinnelige underleverandørene. Innklagede vurderte det slik at de ville være sikret like god kompetanse med Roxel Tekniske AS som underleverandør, og at utskiftningen derfor var saklig begrunnet jf. NS 8407 punkt 10.3. Klagenemnda har ingen holdepunkter for at utskiftningen ville gitt valgte leverandør lavere poengsum enn den valgte leverandør fikk med opprinnelig tilbudt personell.
- (26) Klager opplyste i brev av 27. september 2019 at Roxel Tekniske AS har gått konkurs. Klager fremholder at dette synliggjør at utskiftningen av underentreprenør på elektroarbeider ikke tilsvarte den merverdi som klager tilførte kontrakten, og at Roxel Tekniske AS verken hadde den samme kompetanse som klager eller ressurser til å gjennomføre oppdraget.
- (27) Det fremgår av forskriften § 24-4 (5), om utskifting av underleverandører, at dersom en leverandør støtter seg på kapasiteten til en underleverandør for å oppfylle kvalifikasjonskravene, jf. § 16-10, gjelder bestemmelsen i § 16-10 tredje ledd. I § 16-10 tredje ledd heter det at oppdragsgiver skal *«kontrollere at virksomhetene som leverandøren støtter seg på, oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, og at det for øvrig ikke foreligger grunner for avvisning.»*
- (28) Ett av kvalifikasjonskravene var at leverandørene skulle sannsynliggjøre at de hadde økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten. Leverandørene skulle derfor levere en kredittvurdering med en score på AA eller bedre fra Bisnode eller tilsvarende firma. Leverandører som planla å benytte underleverandører som enkeltvis utgjorde mer enn 10 % av tilbudssummen, skulle legge ved tilsvarende dokumentasjon for underleverandøren.
- (29) På tidspunktet for utskiftningen hadde Roxel Tekniske AS kredittrating A, mens morselskapet Roxel AS hadde AA. Roxel AS leverte forpliktelseserklæring til innklagede. Innklagede har dermed innhentet den nødvendige dokumentasjonen fra underleverandøren, som dokumenterte oppfyllelse av kvalifikasjonskravet. At Roxel Tekniske AS i ettertid har gått konkurs, endrer ikke på den opprinnelige vurderingen.
- (30) Utskiftningen av klager og tre andre underleverandører med Roxel Tekniske AS har etter klagenemndas vurdering ikke gjort at *«innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.»*
- (31) Klager viser i prosesskriv av 7. november 2019, til at innklagede har engasjert fire nye underleverandører etter at Roxel Tekniske AS gikk konkurs, og mener dette underbygger at det har skjedd en vesentlig endring av kontrakten. Klager har ikke vist til hvorfor de nye underleverandørene ikke tilfører den samme merverdi som klager gjorde ved sitt bidrag i tilbudet. I tillegg skjedde denne utskiftningen ti måneder etter at byggeprosjektet startet. Klagenemnda har ingen holdepunkter for at den nye utskiftningen av underleverandører etter konkursen, er gjort i strid med regelverket.

(32) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ved å godta utskiftingen av klager og tre andre underleverandører med Roxel Tekniske AS kort tid etter kontraktsinngåelse.

Konklusjon:

Lunner kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk