



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede kunngjorde en konkurranse i Doffin om levering og montering av kinostoler og amfi. Klager anførte at anskaffelsen i realiteten var en vareanskaffelse, og at innklagede derfor hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen. Klager fikk ikke medhold i denne anførselen.

Klagenemndas avgjørelse 11. august 2020 i sak 2019/668

Klager: Skeie Seating AS

Innklaget: Hamar kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Hamar kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. mai 2019 en konkurranse om «*levering og montering av kinostoler og amfi til sal 1 i Hamar kino*». Oppdraget skulle gjennomføres som en totalentreprise. Tilbudsfrist var 11. juni 2019.
- (2) Konkurransen var kunngjort som en åpen tilbudskonkurranse i henhold til forskriftens del II. Hoved-CPV-koden var 45000000 – Bygge- og anleggsvirksomhet. Tilleggs CPV-kodene var 39110000 – Seter, stoler med tilhørende produkter og deler, og 39200000 – Inventar.
- (3) Kontraktens verdi var ikke angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1, ble anskaffelsen beskrevet på følgende måte:

«Hamar kommune inviterer til konkurranse om levering og montering av kinostoler og amfi til Sal 1 i Hamar Kino. Oppdraget skal utføres som en totalentreprise.

Samtidig med dette oppdraget vil det pågå andre entrepriser i forbindelse med ombygging av Hamar Kino, og koordinering mot dette må påregnes.»

- (5) Tildeling av kontrakt skulle skje på bakgrunn av «*hvilket tilbud som er helhetlig mest fordelaktig*» ut fra følgende kriterier:

Kriterier	Beskrivelse	Vekt	Dokumentasjonskrav
Totalkostnad	Tilbudspris iht. tilbudsskjema	40 %	Tilbudsskjema

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

Kvalitet	Med kvalitet menes oppdragsgivers vurdering av hvordan tilbudte stoler og amfi tilfredsstiller de krav som er angitt i kravspesifikasjonen. Som eksempelvis: <ul style="list-style-type: none"> - Sittekomfort - Bevegelighet - Utførelse av armlene - Stoffkvalitet - Design - Oppfølging i reklamasjonstiden 	35 %	<ul style="list-style-type: none"> - Produktdokumentasjon stol, herunder tegninger, bilder etc. - Sertifisering iht NS-EN 12727 - Produkt- og FDV-dokumentasjon på stoff - Stoffprøve - Forslag serviceavtale
Referanser	Referanseliste fra punkt 2.4 vil bli benyttet til undersøkelse hos referanser. I tillegg forbeholder oppdragsgiver seg retten til å undersøke andre referanser. Forhold som kan bli undersøkt hos referansene er: <ul style="list-style-type: none"> • Levetid på stoler • Erfaringer med sittekomfort og bruk • Erfaringer med drift, vedlikehold og service 	25 %	Referanseliste

(6) I konkurransegrunnlaget A-2 generell del var det opplyst at «Prosjektet skal gjennomføres i totalentreprise iht. NS 8407. Totalentreprenør er ansvarlig for komplett prosjektering og utførelse.» Videre var det angitt at «Hovedbedrift er ansvarlig for gjennomføring av rent bygg rutine i prosjektet og alle entreprenører på stedet må rette seg etter disse. Rutinene skal ivareta TEK 5 13-14 Byggfukt og 13-15 Rengjøring før bygningen tas i bruk og Statsbyggs veileder «Rent tørt bygg».

(7) Konkurransegrunnlaget inkluderte en kravspesifikasjon. Her stod det blant annet:

«Det skal bygges nytt amfi og leveres nye stoler til Sal 1.

Riving av eksisterende amfi og stoler utføres i annen entreprise. Nytt amfi skal bygges opp fra eksisterende betongdekke. Antall stoler og geometrisk utforming av amfi fremgår av vedlagte tegninger. Alle mål og høyder må kontrolleres på stedet før oppstart prosjektering.

[...]

Tilbudet skal omfatte frakt og montasje, inklusive reise- og oppholdsutgifter for montører, samt nødvendig tildekning på byggeplass, rengjøring, fjerning av emballasje og forsikring av utstyret/ stolene til ferdig installasjon.

[...]

Leverandøren er ansvarlig for prosjektering av amfi.»

- (8) SHA-plan for ombygging av Hamar kino fulgte også med konkurransegrunnlaget.
- (9) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud; fra Skeie Seating AS (heretter *klager*) og Fora Form AS (heretter *valgte leverandør*).
- (10) Klager hadde i sitt tilbud oppgitt en samlet tilbudssum på 3 931 000 kroner ekskl. mva., hvor stolene var prissatt til 2 370 000 kroner, og amfi var prissatt til 1 561 000 kr. Valgte leverandør hadde i sitt tilbud oppgitt en samlet tilbudssum på 3 499 654 kroner ekskl. mva., hvor stolene var prissatt til 1 717 536 kroner, og de øvrige prispostene var satt til 1 782 118 kroner.
- (11) Ved brev av 8. juli 2019 informerte innklagede om at kontrakt var tildelt valgte leverandør. Av brevet fremgikk det at klager hadde oppnådd til sammen 8,2 poeng mot valgte leverandørs 9,6 poeng.
- (12) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av henholdsvis 16. august og 2. september 2019. Innklagede avviste klagen i brev av henholdsvis 29. august og 2. september 2019.
- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 1. november 2019. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. november 2019.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. august 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Anskaffelsen av kinostolene utgjør kontraktens hovedelement. Kontrakten som innklagede har inngått, må reelt sett anses som en vareanskaffelse som skulle vært kunngjort i TED og gjennomført i henhold til forskriften del III. Dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Det bestrides at kontrakten i realiteten er en vareanskaffelse. Kontraktens hovedelement gjelder ombygging av kinosal 1, herunder bygging av amfi. Anskaffelsen ble riktig klassifisert som en bygge- og anleggsanskaffelse, og er korrekt gjennomført i henhold til forskriften del II. Oppdraget skulle gjennomføres som en totalentreprise, og kontraktsforholdet skulle reguleres av NS 8407.
- (17) Dersom klagenemnda skulle komme til at det er gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, foreligger det verken forsett eller grov uaktsomhet, jf. loven § 12.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (19) 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).
- (20) Konkurransen gjelder levering og montering av kinostoler og amfi til Hamar kino. Innklagede kunngjorde konkurransen i Doffin som en åpen tilbudskonkurranse i henhold til forskriften del II, med hoved CPV-kode 45000000 – Bygge- og anleggsvirksomhet. Tilleggs CPV-kodene var 39110000 – Seter, stoler med tilhørende produkter og deler, og 39200000 – Inventar.
- (21) Klager anfører at det i realiteten er tale om en vareanskaffelse, ikke en bygg- og anleggsanskaffelse, og at anskaffelsen derfor skulle ha vært kunngjort i TED, og at kontrakten med valgte leverandør dermed utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (22) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (*anskaffelsesforskriften*) §§ 5-1 andre ledd og 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-datasen. EØS-terskelverdien var på kunngjøringstidspunktet 2 millioner kroner ekskl. mva. for varekontrakter og 51 millioner kroner ekskl. mva. for bygge- og anleggskontrakter.
- (23) Innklagede har opplyst at kontrakten ble vurdert å ha en samlet verdi på litt over 4 millioner kroner ekskl. mva. For det tilfellet at anskaffelsen anses som en bygg- og anleggsanskaffelse, vil ikke EØS-terskelverdien være overskredet, og anskaffelsen vil dermed ikke utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. For det tilfellet at det i realiteten er tale om en vareanskaffelse, vil terskelverdien for kunngjøring i TED være overskredet, jf. forskriften §§ 5-3 bokstav b og c.
- (24) Foreliggende sak gjelder som nevnt anskaffelse av kinostoler og amfi til en kinosal. Det er forklart at eksisterende amfi skal rives under en annen kontrakt. Leverandøren som får kontrakten overtar kinosalen med et betongdekke. Betongdekket er skrått i nedre del av sal og trappet i øvre del av sal. Amfiet, altså et trappet guly, skal bygges oppå dette betongdekket. Stolene skal monteres i det trappede amfiet.
- (25) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav b at en varekontrakt «*kan inkludere monterings- og installasjonsarbeid*». En kontrakt vil altså kunne anses som en varekontrakt selv om den omfatter monterings- og installasjonsarbeid. Dette gjelder likevel bare der monterings- og installasjonsarbeidet har en aksessorisk tilknytning til vareleveransen, se definisjonen av varekontrakter i Direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 8. Det er ikke anført av klager, og klagenemnda legger til grunn, at byggingen av amfiet ikke kan sees som monterings- og installasjonsarbeid for stolene.

- (26) En bygge- og anleggskontrakt er i forskriften § 4-1 bokstav d nr. 1 definert som en kontrakt «om utførelsen eller både utførelsen og planleggingen av bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med aktiviteter som angitt i vedlegg 1».
- (27) I forskriftens vedlegg 1 er blant annet «[d]eler av eller komplette byggekonstruksjoner samt anleggsarbeider» opplistet som en bygge- og anleggsaktivitet, med flere underkategorier. Klagenemnda legger til grunn at byggingen av amfiet omfattes av flere av disse underkategoriene.
- (28) I den tidligere forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 var en varekontrakt definert i § 4-1 bokstav b som en kontrakt som omhandler «kjøp av varer, unntatt varer som nevnt i bokstav c». Bokstav c definerte hva som utgjorde en bygge- og anleggskontrakt. Nemnda la basert på dette til grunn i sak 2013/97 avsnitt 49, at dersom kontrakten omfattes av definisjonen på en bygge- og anleggskontrakt i daværende § 4-1 bokstav c, skulle den anses som en bygge- og anleggskontrakt selv om den også var omfattet av definisjonen på en varekontrakt.
- (29) Den tidligere forskriftsbestemmelsen gjennomførte direktiv 2004/18/EF artikkel 1 bokstav c. I den nye definisjonen av varekontrakt i direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 8, ble angivelsen av at en kontrakt ikke skal klassifiseres som en varekontrakt, men som en bygge- og anleggskontrakt – dersom det er varer som inngår i et bygge- og anleggsarbeid – fjernet. Samtidig ble det laget en ny regulering i artikkel 3 nr. 2 om blandede kontrakter, som inneholder flere typer anskaffelser.
- (30) Foreliggende sak gjelder en slik blandet anskaffelse, der det er kontraktens hovedelement som er avgjørende for om kontrakten skal klassifiseres som en varekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt, jf. forskriften § 6-1 første ledd. Se også EU-domstolens avgjørelser i sakene C-220/05 *Jean Auroux*, avsnitt 37 og C-331/92 *Gestion Hotelera*, avsnitt 29.
- (31) EU-domstolens uttalte i sak C-412/04 (*Kommisjonen mot Italia*), premiss 49 om denne vurderingen:
- "Denne bedømmelse skal foretages under iagttagelse af de hovedydelse, der skal præsteres og som sådan karakteriserer denne kontrakt i modsætning til dem, der blot er af accessorisk eller supplerende karakter, og som er dikteret af kontraktens formål, idet værdien af de forskellige foreliggende ydelser i denne forbindelse udelukkende udgør et kriterium blandt andre, som skal tages i betragtning med henblik på denne bedømmelse."*
- (32) Stolene er isolert sett varer, og er viet stor oppmerksomhet i anskaffelsen. I kravspesifikasjonen er det stilt detaljerte krav til kinostolene, og samtlige av de kvalitative tildelingskriteriene knytter seg til tilbudte stoler. Innklagede vurderte det likevel slik at byggingen av amfiet utgjorde den største delen av anskaffelsen, blant annet fordi det inkluderte prosjektering. Gitt at leverandøren etter kontrakten skal starte med et strippet betongdekke, hvor det skal bygges et amfi som skal ivareta krav til ventilasjon, lyd, lys og brannkrav – hvor det så skal monteres stoler – er klagenemnda enig at i byggingen av amfiet fremstår som kontraktens hovedytelse. I forkant av kunngjøringen ble varedelen estimert å ha en noe mindre verdi enn bygge- og anleggsdelen. Innklagede mottok to tilbud. Klager priset stolene høyere enn amfiet, men til gjengjeld var amfiet priset høyere enn stolene i valgte leverandørs tilbud, se avsnitt 10 over. Ved vurderingen av

anskaffelsens hovedelement, må oppdragsgivers vurderinger forut for kunngjøringen som et utgangspunkt være avgjørende, se klagenemndas avgjørelse i sak 2013/97, avsnitt 43.

- (33) Slik saken er opplyst, finner klagenemnda ikke grunn til å tilsidesette innklagedes vurdering av at det var byggingen av amfiet som var kontraktens hovedelement. Klagenemnda har heller ikke holdepunkter for å konstatere at ytelsene kan skilles fra hverandre på en objektiv måte slik at forskriften § 6-1 fjerde ledd kommer til anvendelse.
- (34) Kontraktens verdi er under EØS-terskelverdien for bygg- og anleggsanskaffelser, og anskaffelsen utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Hamar kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk