



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Vedståelsesplikt.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for oppføring av en idrettshall. Klager fikk ikke medhold i at det var feil ved kunngjøringen som gjorde at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, eller i at innklagede hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved brudd på reglene om vedståelsesfrist.

Klagenemndas avgjørelse 27. januar 2021 i sak 2020/621

Klager: Hugaas Entreprenør AS

Innklaget: Hammerfest Arena AS

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Hammerfest Arena AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 18. november 2019 en konkurranse med forhandling for oppføring av en idrettshall. Innklagede er et selskap opprettet av de fire idrettslagene Hif-Stein, Indrefjord Idrettslag, Hammerfest Klatreklubb og Kvalsund Idrettslag.
- (2) Frist for innlevering av tilbud var angitt til 20. januar 2020, senere utsatt til 3. februar 2020. I konkurransegrunnlaget var vedståelsesfristen satt til 1. april 2020.
- (3) Dette var tredje gangen anskaffelsen ble utlyst. De to foregående konkurransene ble avlyst som følge av at de innkomne tilbudene var priset høyere enn rammen for finansiering ga rom for.
- (4) I kunngjøringen var anskaffelsens totalverdi estimert til 72 millioner kroner ekskl. mva. Det ble gitt ytterligere informasjon om verdiestimer og økonomi i konkurransegrunnlaget punkt 2.8 «*Forbehold*»:

«Anskaffelsen finansieres gjennom kommunalt tilskudd, sponsing, lån og spillemidler. Det er beregnet at drift av idrettshallen vil være bærekraftig ved en prosjektkostnad på kroner 73.000.000. Det er ved utlysningen framskaffet finansiering for nevnte sum, men det jobbes kontinuerlig med innhenting av flere sponsorer, samt andre midler, slik at prosjektkostnaden kan bli høyere.

Kostnader knyttet til endringer forårsaket av leverandør og som medfører bortfall av denne finansieringen vil bli belastet leverandøren. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å avlyse konkurransen eller foreta reduksjoner i tilbudets omfang uten at leverandør kan kreve kompensasjon for dette.

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

Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn, for eksempel ved bortfall av planlagt finansiering eller manglende godkjenning av styret, eller politisk godkjenning.»

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Hugaas Entreprenør AS (heretter *klager*) og Roald Johansen Ingeniørforretning AS (heretter *valgte leverandør*). Det ble gjennomført forhandlinger med leverandørene. Klagenemnda har fått fremlagt valgte leverandørs reviderte tilbud 19. februar, hvor valgte leverandør opplyste at «*[t]ilbudet er gyldig i 90 kalenderdager*».
- (6) Det ble gjennomført forhandlinger med leverandørene i uke 6 og uke 7. Frist for levering av endelig tilbud ble satt til 20. februar 2020.
- (7) Meddelelse om at innklagede ville inngå kontrakt med valgte leverandør, ble sendt ut 27. februar 2020.
- (8) Klager begjærte midlertidig forføyning ved Hammerfest tingrett 5. mars 2020 for å stanse kontraktsinngåelsen. I kjennelse 8. april 2020 ble begjæringen ikke tatt til følge. Fra dette tidspunktet opphørte den suspensive virkningen av klagers begjæring. Innklagede avventet likevel inngåelsen av kontrakt med valgte leverandør.
- (9) Klager påanket tingrettens kjennelse, og anken ble forkastet av Hålogaland lagmannsrett 25. mai 2020. Lagmannsrettens kjennelse ble deretter anket videre til Høyesterett som nektet anken fremmet 2. juli 2020.
- (10) Den 2. juni 2020 fremsatte klager på nytt en begjæring om midlertidig forføyning – denne gang med andre anførsler om brudd på regelverket, inkludert at inngåelse av kontrakt ville utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse fordi vedståelsesfristen var oversittet. I kjennelse 19. juni 2020 ble heller ikke denne begjæringen tatt til følge.
- (11) Den 8. juni 2020 sendte valgte leverandør følgende e-post til innklagede:

«Hei

Vi viser til revidert tilbud av 19.02.2020 med 90 dagers vedståelsesfrist.

Vi bekrefter med dette at vi vedstår oss tilbudet til tvisten er rettskraftig avgjort.»
- (12) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 23. juni 2020. I avtalen mellom innklagede og valgte leverandør var igangsettelse på byggeplassen oppgitt til 17. august 2020 med sluttfrist desember 2021.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. juli 2020.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. januar 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med verdi over kunngjort ramme. Kontrakten som ble inngått ble derfor ikke kunngjort på korrekt på måte.

- (16) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Siden kontrakt er inngått så lang tid etter vedståelsesfristens utløp, har dette medført at sentrale punkter som fremdrift og pris ikke lenger er bindende i valgte leverandørs tilbud.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Inngått kontrakt oversteg ikke en øvre ramme, fordi det ikke var satt noen øvre ramme i konkurransen, og utgjør derfor heller ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede bestrider derfor også at den kontrakten som er inngått, ikke er kunngjort på korrekt måte.
- (18) Det forelå bindende tilbud ved kontraktsinngåelse, og det er inngått kontrakt på den tilbudte prisen. Valgte leverandør bekreftet 8. juni forlengelse av vedståelsesfristen, dette er klart *«innen rimelig tid etter utløpet av fristen spørre disse leverandørene om å fastholde tilbudet»*, jf. anskaffelsesforskriften § 20-6 (3).
- (19) Den forsinkede kontraktsinngåelsen medførte at oppstart er forsinket, og i forlengelsen av dette blir også fremdriften forsinket tilsvarende. Valgte leverandør er fortsatt bundet av tilbudt fremdrift, men det vil måtte lages en ny fremdriftsplan der det på grunn av nytt oppstartstidspunkt, på nytt må tas hensyn til sesong og værforhold. I den forbindelse kan det nevnes at oppstart nærmere vinteren, vil kunne medføre at byggeperioden også vil kunne bli forlenget sammenlignet med tilbudt fremdrift og oppstart.

Klagenemndas vurdering:

- (20) 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. Påstanden om ulovlig direkte anskaffelse er rettidig fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Konkurransen gjelder oppføring av en idrettshall, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 72 millioner kroner. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (21) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å påpeke at anskaffelsen har vært gjenstand for behandling i rettssystemet i forbindelse med klagers begjæringer om midlertidig forføyning. Anførlene er til dels overlappende med anførlene i denne saken. En slik forutgående behandling av saken i domstolene vil etter omstendighetene kunne gjøre hele eller deler av saken uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda etter klagenemndsforordningen § 9. Klagenemnda kan imidlertid ikke se, at det er grunnlag for å avvise hele eller deler av saken på dette grunnlaget. Nemnda påpeker for ordens skyld at situasjonen ville ha vært en annen dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen, hadde vært avgjort ved dom i første instans, jf. klagenemndsforordningen § 6.

Ulovlig direkte anskaffelse – kostnadsramme

- (22) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør selv om estimert verdi i kunngjøringen ble overskredet.
- (23) I Hålogaland lagmannsretts kjennelse datert 25. mai 2020 vurderte retten om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist da det oversteg en øvre økonomisk ramme. Retten

fant at «*det ikke [var] sannsynliggjort at tilbud på 80 millioner kroner på grunn av tilbudssummens størrelse innebar et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene som skulle ledet til avvisning*».

- (24) Beregnet verdi av valgte leverandørs tilbud var 80 millioner kroner. Det fremgikk av kunngjøringen at estimert totalverdi var 72 millioner kroner. I konkurransegrunnlaget var det videre oppgitt at «*Anskaffelsen finansieres gjennom kommunalt tilskudd, sponing, lån og spillemidler. Det er beregnet at drift av idrettshallen vil være bærekraftig ved en prosjektkostnad på kroner 73.000.000. Det er ved utlysningen framskaffet finansiering for nevnte sum, men det jobbes kontinuerlig med innhenting av flere sponsorer, samt andre midler, slik at prosjektkostnaden kan bli høyere.*».
- (25) Før konkurransen som behandles i vår sak ble utlyst, hadde innklagede avlyst to konkurranser om dette prosjektet som følge av overskridelser av finansieringsrammer.
- (26) Overskridelser av kostnadsrammer kan gi oppdragsgiver en *rett* til å avvise tilbud, se i denne sammenheng anskaffelsesforskriften § 24-8 (2) bokstav d). Det forhold at en oppdragsgiver i tidligere konkurranser har avvist tilbud som følge av overskridelser av finansieringsrammer, innebærer ikke at oppdragsgiver forpliktes til det samme i senere konkurranser. Klager har ikke påvist noe grunnlag for hvorfor utfallet av tidligere konkurranser skulle legge føringer på innklagedes handlefrihet. Klagenemnda bemerker for øvrig at det fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagede arbeidet kontinuerlig med å øke de økonomiske rammene, og at prosjektkostnaden kunne bli høyere.
- (27) Klager har tatt EU-domstolens avgjørelse i sak C-216/17 (*ASST*) til inntekt for at volumanvisningen i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget ga en øvre ramme for hvilken pris innklagede kunne akseptere. Dette er ikke klagenemnda enig i. Den aktuelle saken gjaldt en rammeavtale, ikke en kontrakt om et totalentrepriseoppdrag som i vårt tilfelle. I anskaffelsesforskriften § 5-4 (5), som gir regler om beregning av anskaffelsens forventede verdi, fremgår det blant annet at oppdragsgiver ved rammeavtaler skal legge til grunn *den maksimale verdien av alle kontraktene som han forventer å inngå i løpet av avtalens varighet*. En tilsvarende bestemmelse finnes ikke for totalentreprisekontrakter. For klagenemnda er dette tilstrekkelig til å konkludere med at sak C-216/17 ikke har overføringsverdi til vår sak.
- (28) Klagenemnda har etter dette ingen rettslige innvendinger mot at innklagede unnlot å avvise valgte leverandørs tilbud. Klagers anførsel fører med dette ikke frem.

Ulovlig direkte anskaffelse – vedståelsesfrist

- (29) Klagenemnda tar deretter stilling til om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Dette har ifølge klager medført at sentrale punkter som fremdrift og pris, ikke lenger er bindende.
- (30) Anskaffelsesforskriften § 20-6 åpner for at oppdragsgiver kan fastsette en vedståelsesfrist, som angir hvor lenge tilbudene skal være bindende. I konkurransegrunnlaget var vedståelsesfristen angitt til 1. april 2020. Det fremgikk imidlertid av valgte leverandørs reviderte tilbud 19. februar 2020 at tilbudet var bindende i 90 kalenderdager, altså til 20. mai 2020.

- (31) Kontrakt ble inngått 23. juni 2020, altså etter utløpet av bindingstiden angitt i valgte leverandørs tilbud.
- (32) Når et tilbud ikke lenger er bindende, har ikke oppdragsgiver et forpliktende tilbud å forholde seg til. I vår sak er det imidlertid på det rene at valgte leverandør sto ved tilbudet. Det ble bekreftet av valgte leverandør i e-post 8. juni 2020, ca. 2,5 uke etter at dennes tilbud ikke lenger var bindende.
- (33) Anskaffelsesforskriften § 20-6 (3) gir oppdragsgiver adgang til *innen rimelig tid* å spørre leverandørene om å fastholde tilbudet etter utløpet av vedståelsesfristen.
- (34) I enkelte saker har klagenemnda gått inn i vurderinger av når en slik gjenoppfriskning av vedståelsesfristen har skjedd senere enn *innen rimelig tid*. Klagenemnda bemerker imidlertid at en kontraktsinngåelse ikke uten videre utgjør en ulovlig direkteanskaffelse selv om den er skjedd på et tidspunkt hvor valgte leverandørs tilbud ikke lenger var bindende. Dette er lagt til grunn av Hålogaland lagmannsrett i sak LH-2014-189202, og det er fulgt opp av klagenemnda i flere saker, blant annet sak 2016/97:

«47. I klagenemndas sak 2016/13 premiss (29) ble det uttalt at denne endringen av reglene om vedståelsesfrist nå innebar at "[d]en rettslige klassifiseringen av kontrakter inngått i en situasjon der det i utgangspunktet ikke foreligger bindende tilbud, er [...] modifisert." Kontraktsinngåelse i en situasjon der det ikke foreligger bindende tilbud kan ikke "uten videre [...] anses som en ulovlig direkte anskaffelse" jf. premiss (29). Dette sammenholdt med at det i NOU 2010:2 side 165 vises til at klassifiseringen som en ulovlig direkte anskaffelse for de tilfeller hvor kontraktsinngåelse skjer etter vedståelsesfristens utløp har uheldige sider, samt at det i Prop. 12 L (2011-2012) side 74 antydes at praksisen bør tas opp til ny vurdering, tilsier at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å videreføre en praksis som uten unntak klassifiserer slike tilfeller som ulovlige direkte anskaffelser.»

- (35) Avgjørende for vurderingen av denne saken er derfor vilkåret i § 20-6 (3) om at tilbudets løftevirkning bare kan fastholdes når dette ikke fører til en *«vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud»*.
- (36) I valgte leverandørs tilbud var det opplyst følgende om fremdrift:

«Oppstart av arbeidene ihht vedlagt framdriftsplan med 16,5 måneder for gjennomføring av prosjektet. Dette forutsetter at [igangsettelse] blir gitt så tidlig at vi har tett bygg før jul 2020. Blir oppstarten av prosjektet forsinket pga saksbehandling i Hammerfest kommune må vi sammen med [byggherre] bli enige om en framdrift begge parter kan akseptere. Forsinket oppstart kan gi økonomiske konsekvenser for byggherre, men er umulig å si noe om uten å ha en dato å forholde seg til.

(...)

Håper tilbudet har byggherrens interesse. Tilbudet er gyldig i 90 kalenderdager.»

- (37) I tilbudet var det lagt opp til følgende fremdriftsplan:

Byggetid – antall uker etter inngått kontrakt	72 uker
Oppstart på byggeplass	14.04.2020

<i>Lukket råbygg</i>	<i>23.12.2020</i>
<i>Ferdigstilling</i>	<i>16.07.2021</i>

- (38) Det er på det rene at den utsatte kontraktsinngåelsen og oppstarten har påvirket fremdriften i prosjektet. Det er imidlertid ikke ensbetydende med at det foreligger vesentlige endringer, eller at pris og fremdrift ikke er bindende.
- (39) Den forsinkede fremdriften er et forhold innklagede bærer risikoen for. Konsekvensene er regulert i kontrakten, som henviser til NS 8407, herunder reglene om fristforlengelse i kapittel 33. Klagenemnda er etter dette ikke enig med klager i at den fristforlengelsen som beregnes har ført til en vesentlig endring av kontrakten.
- (40) Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Hammerfest Arena AS har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk