



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør for oppføring av en hageby for demente. Under byggeprosessen gikk entreprenøren konkurs. Innklagede gjennomførte en konkurranse uten forutgående kunngjøring for anskaffelse av de resterende arbeidene. Klager anførte at innklagede ved dette hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at de gjenstående kontraktsarbeidene kunne unntas kunngjøring, jf. forskriften § 5-2 første ledd bokstav c, og at kontraktsinngåelsen dermed ikke utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 29. november 2021 i sak 2020/806

Klager: Volt Entreprenør Harstad AS

Innklaget: Hadsel kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Hadsel kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. juni 2019 en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for oppføring av «HDO Demens Ekren» – en hageby for demente. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i konkurransedokumentene. Tilbudsfrist var 19. august 2019.
- (2) Varigheten av byggekontrakten var i kunngjøringen angitt fra 9. august 2019 til 15. juni 2021. I konkurransegrunnlaget fremgikk det at ferdigstillelse var satt til 15. desember 2020, mens overtakelse med komplett utomhus var 15. juni 2021.
- (3) Innklagede inngikk kontrakt med Bygg Engineering AS 23. september 2019. Kontraktssummen var 56 094 504 kroner ekskl. mva.
- (4) Bladet Vesterålen publiserte 30. juni 2020 en nettartikkel med tittelen *Entreprenør i problemer – skal ikke forsinke Ekren*. I ingressen stod det: «Entreprenøren som bygger omsorgsboligene på Ekren skal ha økonomiske problemer. Hadsel kommunes prosjektleder frykter foreløpig ikke forsinkelse.» I artikkelen omtales økonomien til Bygg Engineering AS:

«Men etter det Bladet Vesterålen kjenner til, har entreprenøren økonomiske problemer. Næringsnettstedet Proff.no beskriver likviditetsgraden som svak, og både lønnsomhet og soliditet som ikke tilfredsstillende. Regnskapet for 2019 er ikke offentlig ennå, men 2018-tallene forteller om et driftsunderskudd på 5,3 millioner kroner og omsetning på snaut 107 millioner. Egenkapitalen var da falt fra 4,1 millioner kroner året før til en negativ

egenkapital på 433.000 kroner. Selskapet hadde da ei kortsiktig gjeld på nesten 38 millioner kroner.»

- (5) Videre siteres følgende fra artikkelen:

«Hadsel kommunes prosjektleder Zacharias Chibssa frykter foreløbig ikke for forsinkelser på Ekren:

– De holder på innvendig nå og har lagt alle rørene i grunnen. Vi gjort en del endringer i samråd med Husbanken og flyttet på baderom innvendig. Nå skal rørleggere flytte alle ledninger inne i henhold til den nye romløsningen. Det tar litt tid, sier Chibssa til Bladet Vesterålen.

– Om det ser stille ut på byggeplassen nå, har det ikke med denne situasjonen å gjøre. Det er fordi arbeidene pågår innendørs. Det er ikke signaler om noen forsinkelse i forhold til datoen vi har satt i mars - april 2021, understreker prosjektlederen.

[...]

Daglig leder og styreleder i Bygg Engineering i Harstad, Rune Fossem, opplyser også i en melding til Bladet Vesterålen at det ikke er stopp i arbeidene.

– Vi er i en omrokering av personell fra utlandet, med de utfordringer det gir, skriver han i meldingen.

Zakarias Chibssa bekrefter at kommunen har fått spørsmål om situasjonen til entreprenøren og har stilt dem videre.

– Vi har fått opplyst fra selskapet at de holder på å få inn en ny investor, og at det pågår gjeldsforhandlinger, sier han.

Kommunen er samtidig bundet av kontrakten og kan ikke gjøre noe så lenge selskapet selv ikke kaster kortene.

– Men de har forsikret oss om at de holder virksomheten i gang.»

- (6) Innklagede mottok 21. juli 2020 en kjennelse fra Nord-Troms tingrett, fordi det var åpnet rekonstruksjon i Bygg Engineering AS i henhold til bestemmelsene i rekonstruksjonsloven.
- (7) Samme dag mottok innklagede en orientering fra oppnevnt rekonstruktør. Avslutningsvis i brevet, under punktet «SKYLDNERENS DRIFT UNDER REKONSTRUKSJONSPERIODEN», stod det følgende: «For byggherrene vil nevnte løsning medføre at det blir fremdrift på prosjektene, og har sikkerhet i form av at betaling følger leveranser og fremdrift.»
- (8) Innklagede sendte varsel om heving av kontrakten til Bygg Engineering AS 5. august 2020. I brevet stod det blant annet følgende:

«Fremdriften i prosjektet er nå stoppet helt opp, og det er ingen aktivitet på byggeplassen. Som det fremgår av bilag 8 til begjæringen har også flere av underentreprenørene i prosjektet gitt uttrykk for at de ikke vil ha noe mer med selskapet å gjøre fremover. Selv

om man skulle oppnå en tvungen akkord, er det derfor høyst uklart hvorvidt Bygg Engineering vil kunne ferdigstille prosjektet i henhold til kontrakten.

[Innklagede] ser på bakgrunn av Bygg Engineering's egne redegjørelser for den økonomiske situasjonen i selskapet - samt opplysningene om at flere underentreprenører i prosjektet ikke vil ha noe mer med selskapet å gjøre - ingen annen utvei enn å varsle heving av kontrakten. Det fremstår som klart at Bygg Engineering er insolvent og ute av stand til å oppfylle resterende del av kontrakten, og det vises i den forbindelse til NS 8407 pkt 46.1.

Bygg Engineering gis frist til onsdag 12. august 2020 med å rette forholdet. Dette innebærer at Bygg Engineering innen den tid må dokumentere at man er i stand til å utføre resterende kontraktsarbeider innenfor gjeldende milepeler. [...]

Dersom ikke dokumentasjon på at Bygg Engineering vil være i stand til å fullføre sine arbeider i samsvar med kontrakten mottas innen ovennevnte frist, vil [innklagede] heve kontrakten uten ytterligere varsel.»

- (9) Varaset ble ikke besvart innen fristen. Innklagede hevet kontrakten med Bygg Engineering AS 13. august 2020.
- (10) Bygg Engineering AS ble tatt under konkursbehandling 17. august 2020.
- (11) Innklagede sendte forespørsler til tre entreprenører om en tilbudspris (målpris) på en samspillskontrakt for de gjenstående arbeidene. To av disse inngav en tilbudspris på arbeidene: Sortland Entreprenør AS tilbydde en målpris på 56 millioner kroner for hele prosjektet, mens Peyma Entreprenør AS tilbudspris var 52 millioner kroner for å ferdigstille prosjektet basert på det som var levert.
- (12) Kontrakt mellom innklagede og Sortland Entreprenør AS ble inngått 21. august 2020. Av kontrakten fremgikk det at valgte leverandør i løpet av september skulle avklare hvorvidt prosjekterte og utførte løsninger var i henhold til myndighetskrav og kravspesifikasjonen (fase 1). Prosjekteringsarbeidet (fase 2) for å kunne bygge videre på bygget ville starte opp umiddelbart. Bygging (fase 3) ville starte opp i løpet av september 2020, og foregå parallelt med prosjekteringsarbeidet. I kontrakten stod det videre følgende:

«Foreløpig målpris settes til kr 56 mill eks.mva. Før fase 3 starter, utarbeides en omforent målpris/budsjettpris og fremdriftsplan. Om denne overstiger 56 millioner har byggherre rett til å terminere kontrakt (betaler kun for fase 1 og 2) og overtar evt. prosjektert materiell.»
- (13) Registreringsforretning ble avholdt 31. august 2020. Av rapporten fremgikk det at Bygg Engineering AS hadde lagt stålplater på taket. I akse I-A og A-D manglet taket isolasjon og tekking. Tekkearbeider på byggets tak var i henhold til faktura utført med 75 prosent. Innklagede beregnet dette arbeidet til å være 62 prosent utført. Stålkonstruksjoner og sandwichelementer var ferdig utført.
- (14) Av anskaffelsesprotokollen, som er udatert, fremgikk det at Bygg Engineering AS hadde fakturert og levert arbeid for 16 millioner kroner i prosjektet. Videre stod det følgende om hvorfor innklagede hadde valgt å gå til direkte anskaffelse av de resterende arbeidene:
«Vegger og tak som ikke er tett og står i fare for å bli ødelagt. Det haster og får en

entreprenør på plass for å unngå store verditap. Anskaffelse iht. anskaffelsesregelverket ville tatt nesten 3 måneder og kommunen har ikke tid å miste.»

- (15) Videre fremgikk det av anskaffelsesprotokollen at innklagede hadde blitt kontaktet av Volt Entreprenør Harstad AS (heretter *klager*), som var et nyetablert selskap. En representant fra selskapet ble invitert til å presentere selskapet. Innklagede anså ikke klager som aktuell for de gjenstående arbeidene, som følge av at selskapet ikke hadde gjennomført noen byggeprosjekter, og derav ikke oppfylte kvalifikasjonskrav. For øvrig hadde ikke innklagede tillit til selskapet, da daglig leder og flere av de ansatte var de samme personene som hadde arbeidet i Bygg Engineering AS.
- (16) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. oktober 2020.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. november 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre en ny konkurranse for de gjenstående kontraktsarbeidene etter at Bygg Engineering AS gikk konkurs. Det forelå verken uforutsette ekstraordinære omstendigheter eller et maktpåliggende tidspress som gav grunnlag for en direkte anskaffelse. I alle tilfeller måtte den direkte anskaffelsen være begrenset til strengt nødvendige arbeider for å sikre bygget mot ytre påvirkning, i påvente av at en ny konkurranse kunne bli kunngjort.
- (19) Det bemerkes at kontrakten etter sin verdi følger forskriften del III, og at innklagede ikke kan anses for å ha foretatt en forsvarlig, objektiv og realistisk vurdering av kontraktens verdi. Innklagede har tilsynelatende lagt til grunn at leverandørskiftet ikke vil innebære merkostnader, noe som er svært usannsynlig. At det er inngått en kontrakt på 56 millioner kroner, underbygger at vurderingen er uforsvarlig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det er ikke gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Konkursen innebar et uforutsett forhold som gav grunnlag for å inngå kontrakt etter hasteprosedyren i forskriften § 5-2. Brukergruppens helsetilbud, kapasiteten på sykehjemstjenesten i kommunen og for øvrig behovet for å lukke bygget, tilsa at det var nødvendig å følge forskriftens hasteprosedyre. Kontraktens omfang er ikke større enn strengt nødvendig.
- (21) Anskaffelsen har en estimert verdi som reguleres av forskriftens del II, slik at det er § 5-2 første ledd bokstav c som hasteanskaffelsen skal vurderes opp mot. Uansett er også vilkårene i § 13-3 bokstav e oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør uten forutgående kunngjøring. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemnds forskriften) § 13a første ledd. Klagen er rettidig.

- (23) 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).
- (24) 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 §§ 5-1 andre ledd og 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-datasen. For bygge- og anleggskontrakter, er denne for tiden 51,5 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskriften § 5-3 første ledd bokstav c.
- (25) Det er på det rene at kontraktsinngåelsen med valgte leverandør er over den nasjonale terskelverdien. Anskaffelsen var derfor i utgangspunktet kunngjøringspliktig.
- (26) For å kunne vurdere om innklagede hadde hjemmel til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring, må det først tas stilling til om anskaffelsen følger forskriften del II eller del III.
- (27) Det følger av forskriften § 5-4 første ledd at oppdragsgiver skal beregne anskaffelsens verdi på grunnlag av et anslag over *«den samlede betalingen ekskl. mva.»*. Etter bestemmelsens andre ledd skal beregningen være *«forsvarlig»*. I dette ligger det at oppdragsgiver plikter å foreta en grundig og solid verdiberegning, som er lojal mot anskaffelsesregulverket og basert på et forsvarlig grunnlag.
- (28) For anskaffelser som ikke er kunngjort, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen, jf. forskriften § 5-4 andre ledd. Klagenemnda bemerker i den forbindelse at klager ikke kan høres med at verdiberegningen skal inkludere arbeidene utført av Bygg Engineering AS. Den anskaffelsesprosess som denne saken gjelder, ble innledet da innklagede startet arbeidet med å få på plass en ny entreprenør etter at kontrakten med Bygg Engineering AS var hevet.
- (29) Klagenemnda legger videre til grunn at summen på 56 millioner kroner, som er oppgitt i kontrakten med valgte leverandør, er en foreløpig målpris for hele prosjektet uten fratrekk for den delen av bygget som innklagede allerede har betalt for.
- (30) Når det gjelder verdiberegningen, har innklagede forklart at man anslo at det gjenstod arbeider for rundt 40 millioner kroner, på tidspunktet kontrakten med Bygg Engineering AS ble hevet. Dette anslaget synes å ha tatt utgangspunkt i at kontraktsummen var på 56 millioner kroner, og at innklagede da hadde utbetalt 16 millioner kroner. Videre har innklagede forklart at man vurderte det slik at selv med en potensielt betydelig merkostnad som følge av skifte av entreprenør, ville verdien av de gjenstående arbeidene være under den EØS-rettslige terskelverdien på 51,5 millioner. Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger mot denne vurderingen.
- (31) Det legges i det følgende til grunn at anskaffelsen derfor reguleres av forskriften del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (32) Det følger av forskriften § 5-2 første ledd bokstav c at unntak fra forskriften del II, herunder plikten til å kunngjøre en anskaffelse over nasjonalterskelverdi, gjelder dersom

oppdragsgiver «*på grunn av uforutsette omstendigheter*» ikke kan avvende kontraktsinngåelsen i den tidsperioden det vil ta å få gjennomført en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse.

- (33) Det må legges til grunn at denne bestemmelsen gir uttrykk for et snevert unntak, og at det er oppdragsgiver som må vise at vilkårene er oppfylt. Av bestemmelsens ordlyd kan det utledes tre kumulative vilkår for at anskaffelsen skal være unntatt kunngjøringsplikten: Det må ha oppstått uforutsette omstendigheter som ikke kan tilskrives oppdragsgiver. Videre må anskaffelsen ikke kunne utsettes i påvente av en tilbudskonkurranse. Endelig må det foreligge årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og det oppståtte anskaffelsesbehovet. I dette ligger det også at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakter som har en lengre varighet eller er mer omfattende enn det som er nødvendig, se eksempelvis NOU 2014, side 112. Det legges til grunn at oppdragsgiver på dette punktet har et noe større handlingsrom etter del II enn det som følger av forskriften § 13-3 bokstav e, hvor det heter at kontraktens omfang ikke kan være «*større enn strengt nødvendig*».
- (34) Spørsmålet blir dermed om innklagede hadde hjemmel til å unnta anskaffelsen av det resterende arbeidet fra kunngjøring som en hasteanskaffelse etter forskriften § 5-2 første ledd bokstav c.
- (35) Behovet for å anskaffe det resterende arbeidet oppstod fordi eksisterende entreprenør, som følge av insolvens, ikke kunne levere i henhold til sine forpliktelser, slik at kontrakten måtte heves før prosjektet var ferdigstilt. Klagenemnda er ikke enig med klager i at dette var noe innklagede burde ha forutsett. Slik saken er opplyst, ble kontrakten hevet så raskt det lot seg gjøre etter at det var klart at leverandøren ikke ville overholde kontraktsforpliktelsene. Nemnda finner dermed at behovet for anskaffelsen har oppstått som følge av en uforutsett hendelse, og at det dermed er årsakssammenheng mellom entreprenørens insolvens og behovet for å sette bygget.
- (36) Spørsmålet er dermed om anskaffelsen kunne utsettes i påvente av en tilbudskonkurranse.
- (37) Innklagede har vist til at både behovet for å unngå materielle skader på bygget, samt dementes behov for et kommunalt tjenestetilbud, ikke gjorde det mulig å gjennomføre en kunngjort konkurranse.
- (38) Klagenemnda bemerker at behovet for et kommunalt tjenestetilbud for demente ikke utgjør et akutt behov for å sikre liv eller helse i anskaffelsesregelverkets forstand. En vurdering av at dagens helsetilbud ikke er optimalt er klart nok ikke tilstrekkelig til å unnta en anskaffelse fra kunngjøring. Innklagede kan dermed ikke høres med at risikoen for forsinket innflytning for beboerne kunne begrunne en hasteanskaffelse.
- (39) Når det gjelder behovet for å unngå materielle skader på bygningsmassen, har innklagede forklart at bygget ikke var tett på hevingstidspunktet. Det er opplyst at isolering og tekking gjenstod for en betydelig del av taket. Innklagede beregnet at nærmere 40 prosent av taktekkearbeidet gjenstod. Det var i tillegg behov for å støpe gulvet for å unngå vanninntrenging i grunnen. Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger mot innklagedes vurdering av at tetting av bygget ikke kunne utsettes til det var gjennomført en tilbudskonkurranse.

- (40) Spørsmålet blir dermed om innklagede ved å inngå kontrakt om hele det resterende byggeprosjektet har gjennomført en mer omfattende anskaffelse enn det som var nødvendig.
- (41) Behovet for å tette bygget for å unngå materielle skader, må i utgangspunktet anses dekket gjennom sikrings- og tettingsarbeidet, og forutsetter dermed ikke ferdigstilling av bygget. Slik klagenemnda forstår det, var imidlertid risikoen for materielle skader på bygget også knyttet til andre til dels betydelige feil og mangler i søknadsprosessen, prosjekteringen og i utførelsen av den eksisterende bygningsmassen.
- (42) Innklagede har forklart at det manglet uavhengig dokumentasjon på det meste knyttet til prosjektering og oppfylning av offentlige krav, og at det i tillegg til det presserende behovet for å tette bygget, også var tidskritisk å starte på andre deler av arbeidene før vinteren. Byggeplassgjerdene hadde også falt ned, slik at byggeplassen ikke lenger var forskriftsmessig sikret mot publikum. Det var også knyttet usikkerhet til hvorvidt de allerede gjennomførte byggearbeidene tilfredsstilte de byggetekniske kravene i TEK 17. Innklagede vurderte situasjonen slik at det i verste fall var risiko for at oppførte konstruksjoner kunne kollapse. Av disse grunner var det etter innklagedes vurdering nødvendig å få på plass en totalentreprenør som kunne kontrollere utførelsen, sikre bygget og erklære ansvarsrett for prosjektering og utførelse av de kritiske arbeidene.
- (43) I et tilfelle som dette, hvor flere kritiske arbeider må utføres på en uferdig bygningsmasse preget av til dels store feil og mangler, er det etter klagenemndas syn vanskelig å skille de nødvendige sikringsarbeidene fra ferdigstillingen av prosjektet. Nemnda forstår det slik at innklagede vurderte det som nødvendig, eller i alle tilfeller som klart mest hensiktsmessig, at en totalentreprenør erklærte ansvarsrett for bygget, før underleverandører startet med sikrings- og tettingsarbeidet. På den måten kunne man best sikre helhet i prosjektet, herunder knyttet til prosjektering, utførelse og dokumentasjon. Nemnda har i lys av dette kommet til at anskaffelsen ikke var mer omfattende enn nødvendig.
- (44) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, har ikke ført frem.

Konklusjon:

Hadsel kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk