



VESTFOLD TINGRETT

DOM

Avsagt: 25.04.2023 i Vestfold tingrett, Horten

Saksnr.: 22-071505TVI-TVES/THOR

Dommer: Tingrettsdommer Stig Olav Sletten

Saken gjelder: Gebyr for ulovlig direkteanskaffelse

Horten kommune

Advokat Anders Hauger

mot

Klagenemnda for offentlige anskaffelser Advokat Silje Grimseth Ullebust

DOM

Saken gjelder

Saken gjelder gyldigheten av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) sitt vedtak 14. mars 2022 (KOFA-2021-658) om overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser § 12 første ledd.

Framstilling av saken

Horten kommune (heretter kommunen) kunngjorde 12. april 2019 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av åtte samlokaliserte leiligheter i massivtre for unge personer med utviklingshemning. Tilbudsfrist var 28. juni 2019.

Det innkom tre tilbud innen tilbudsfristen 28. juni 2019. Alle tre tilbudene lå godt over rammen satt i konkurransegrunnlaget på 35 – 40 millioner kroner.

Retten vil i det følgende kort redegjøre for de faktiske hendelsene uten å sitere fra aktuelle dokumenter der hvor det mest naturlig at dette tas inn under rettens vurdering.

Den 20. og 22. august 2019 ble det gjennomført forhandlinger med kvalifiserte tilbydere om revidert tilbud.

Ved kommunens brev 6. september 2019 ble Atlant AS avvist fra konkurransen.

Den 12. september 2019 sendte kommunen ut forespørsel om revidert tilbud til de to gjenværende tilbyderne med innleveringsfrist 7. oktober 2019:

Forespørsel om revidert tilbud – Bakkeåsen omsorgsboliger

Vi ber om et revidert tilbud fra tilbyderne i tilbudskonkurransen for Bakkeåsen omsorgsboliger.

Føringer for revidert tilbud

1. Revidert tilbud skal bestå revidert tilbudsbrief, prisskjema og ny hovedfremdriftsplan.. Vedlegg til revidert tilbud vil være beskrivelser og utfylt produktliste. Dersom øvrige dokumenter endres skal de vedlegges komplette.
2. Ber om en ny vedståelsesfrist til 31.01.2020.
3. Innleveringsfrist for revidert tilbud er uke 41, dato 7.10.2019 klokka 12:00.
4. Spørsmålsfrist 25.09.2019, klokka 12:00.
5. Revidert tilbud med vedlegg leveres inn på Mercell gjennom kommunikasjonmodulen.

4. Besparelser/forbedringer – Revidert Tilbudspris

Forslag til besparelser og forbedringer knyttet til lys og tekniske løsninger legges inn i revidert tilbudspris. Tilbyder skal dokumentere og beskrive hva som inngår i forslaget, og vise at løsningene er likeverdige eller bedre kvalitet enn hva som er beskrevet i konkurransen.

5. Besparelser/forbedringer – opsjonsliste

Andre forslag til besparelser og forbedringer fra tilbyder skal presenteres som opsjoner.

Det skal dokumenteres hva som inngår i tilbudet/opsjonen, kvalitet og ny funksjon sammenlignet med hva som er beskrevet i konkurransen.

Om det er opsjoner som ikke lar seg kombinere må dette fremkomme i beskrivelsen.

Informasjon om alternative løsninger

Til informasjon gjengir vi følgende formulering fra kravspesifikasjonen for alternative løsninger, Vedlegg 6.1. side 5.

Alternative løsninger

Der hvor det er beskrevet spesifikke løsninger, eller produkter skal dette generelt legges til grunn for tilbudet. Tilbyder gis likevel mulighet til å velge andre løsninger/produkter så fremt det kan fremlegges fullverdig dokumentasjon på at disse gir likeverdig, eller bedre kvalitet for alle relevante aspekter (bruk, renhold, drift, miljø, energi, osv.). Byggherren forbeholder seg retten til å avslå forslag til alternativ utførelse der hvor det kan påpekes svakheter.

NCC sendte inn revidert tilbud 7. oktober 2019. Av brevet fremgår ny tilbudspris på 41 997 046 kroner eks mva. altså en besparelse i forhold til opprinnelig tilbud på 2 845 977 kroner. Videre fremgår:

Slik vi antydte i vårt opprinnelige tilbud har vi nå utarbeidet en spesifisert opsjonsliste mht. mulige besparelser, se eget vedlegg. Disse opsjonsmulighetene ønsker vi å diskutere med dere i eventuelle forhandlingsmøter slik at vi kan fokusere på de opsjonene som er aktuelle. Vi bemerker at forslagene til mulige opsjoner er gitt under visse forutsetninger og kan jobbes med i forbindelse med utviklingen av prosjektet. På denne bakgrunn tas det derfor forbehold om at opsjoner kan gjennomføres samt at nødvendigvis ildce alle opsjonene kan gjennomføres parallelt.

Vi vil spesielt bemerke vårt forslag og opsjon knyttet til løsning uten kjeller med en besparelsesmulighet i størrelsesorden 2,4 mill eks mva se eget vedlegg.

HENT sendte også inn revidert tilbud uten at retten kjenner til når det skjedde og heller ikke hvilke besparelser dette ville førte til. Det er lagt frem en liste med besparelser/forbedringer uten angivelse av enkelt-summer eller totalsum.

Den 19. oktober 2019 kom det inn to klager på detaljreguleringsplanen og den 27. oktober 2019 kom det en tredje.

Tildeling av kontrakt til NCC skjedde 28. oktober 2019. Det synes å fremgå at det den 23. oktober 2019 ble sendt inn notat til politisk sak og at dette gjaldt justering av den økonomiske rammen. Saken ble behandlet i hovedutvalget for klima, miljø og kommunalteknikk 28. oktober og i formannskapet 5. november. Den 12. november 2019 fattet kommunestyret vedtak om at saken sendes tilbake til administrasjonen og at det i første møterunde i 2020 skulle legges frem sak som belyser hvordan rimeligere løsninger raskt kan realiseres.

Den 14. november 2019 ble det avholdt møte mellom kommunen og NCC. Det fremgår av referat fra møtet at det skulle være nytt møte 20. november for *ny gjennomgang av overordnede besparelser*. Møtereferatet vil bli sitert under rettens vurdering.

Bakgrunn: NCC er blitt valgt som entreprenør etter tilbudskonkurransen for Bakkeåsen omsorgsboliger. Her med forbehold for finansiering. Det ble ikke gitt etterspurt finansiering i kommunestyret 12.11.

Den 20. november oversendte NCC Honorarbudsjett – *Målpris ned 15%* til kommunen. Set fremgår at dette utgjorde en kostnad på 365 000 kroner. Kommunen bekreftet at de følger det. Av fremlagte dokumenter fremgår at det 9. januar 2020 var møte med Helse og brukerrepresentanter.

Den 15. januar 2020 sendte Jonathan Hjellnes e-post til kommunen ved Andreas Støle 15. januar 2020. Vedlagt e-posten fulgte revidert opsjon fra NCC. Av brevet som fulgte fremgår en ytterligere besparelsesopsjon på 5 612 422 kroner – fra 41 997 046 kroner til 36 384 624 kroner, alle summer eks. mva. Det ble deretter fremmet sak for kommunestyret 28. januar 2020.

Den 26. februar 2020 vedtok et enstemmig Kommunestyre:

1. Prosjektet med rimeligere løsninger realiseres.
2. Ny totalramme 58,375 millioner kroner inkl. mva. vedtas

Den 11. mars 2020 ble det inngått avtale mellom partene.

I perioden 17. – 22. april 2020 var det diverse e-postutveksling mellom NCC og kommunen vedrørende justeringer i fremdriftsplanen.

Den 6. mai 2020 fattet Fylkesmannen vedtak i klagesaken knyttet til reguleringsplanen hvor klagerne ikke fikk medhold. Dagen etter ble det sendt varsel til berørte om endring av detaljplan med høringsfrist 22. mai 2020 fra pka ARKITEKTER.

I perioden 14. – 20. mai 2020 var det e-postutvekslinger mellom NCC og kommunen vedrørende endringen i reguleringsplanen.

Den 24. juni 2020 fattet kommunestyret vedtak om endring av reguleringsplanen. Den 10. juli 2020 ble det innsendt søknad om tiltak og den 18. august 2020 ble det gitt byggetillatelse.

Det fremgår av dokumentet Anskaffelsesforskriften **Alminnelig kunngjøring av konkurranse** Nasjonal kunngjøring pkt. 11.2.7:

1.6. Anskaffelsesprosedyre og dialog med tilbyderne

Valgte anskaffelsesprosedyrer er åpen tilbudskonkurranse.

For denne konkurransen er det planlagt følgende dialog:

Oppdragsgiver planlegger å gjennomføre dialog gjennom forhandlinger med en eller flere av leverandørene som inngir tilbud i konkurransen. Utvelgelsen vil bli foretatt etter en vurdering av tildelingskriteriene. Det planlegges å ha dialog med 3 - 5 leverandører. Dialogen kan begrenses til å omhandle mindre avklaringer/korrigeringer men er planlagt å

omhandle også de sider av tilbudene som er av betydning for hvordan tilbudet scorer mot tildelingskriteriene.

Dersom oppdragsgiver etter at tilbudene er mottatt vurderer det slik at det er mest hensiktsmessig å tildele kontrakt uten å gjennomføre dialog i form av reelle forhandlinger, vil oppdragsgiver forbeholde seg denne muligheten. Det presiseres at ingen leverandører kan forvente dialog om sitt tilbud.

Oppdragsgiver vil ta endelig beslutning om bruk av dialog etter at tilbudene er mottatt.

Videre under punkt 4 *Generelt om tilbudet og gjennomføringen av konkurransen:*

4.2. Forbehold

Det er ikke anledning til å ta vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlaget, herunder kravspesifikasjon, kontrakt og eventuelle andre dokumenter. Andre forbehold skal være presise og entydige og fremkomme tilbuds brevet.

4.3. Alternative tilbud

Alternative tilbud aksepteres ikke.

4.5. Endringer i konkurransegrunnlaget

Oppdragsgiver har rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransedokumentene som ikke er vesentlige. Opplysninger om rettelser, suppleringer og endringer før tilbudsfristen kunngjøres elektronisk i Mercellportalen.

Videre i del II Tilbudsmappe Bakkeåsen omsorgsboliger

4. Kravspesifikasjon / entreprisen

4.1. Opsjoner og spesielle forhold

4.1.1. Opsjon 1

Hevsenk Skap 4 leiligheter – Vedlegg 6.1 – 273 Kjøkkeninnredninger

4.1.2. Opsjon 2

Solceller – Vedlegg 6.3 – 439

4.1.3 Opsjon 3

Lyddistribusjonsanlegg – Vedlegg 6.3 – 554

Vedlagt fulgte prisskjema for utfylling.

4.1.4 Spesielle forhold – bruk av massivtre

Prosjektet har mottatt klimasatmidler fra Miljødirektoratet når det gjelder bygg i massivtre. Entreprenør skal bidra aktivt til at forutsetning for støtte oppfylles.

Forutsetning for støtten er at kommunen opprettholder høyt ambisjonsnivå for klimatiltakene i bygget, som bruk av massivtre og krav om fossilfri byggeplass. Støtten fra Klimasats skal dekke merkostnader ved å benytte mer klimavennlige materialer enn det som ellers ville blitt benyttet. Klimanytten og merkostnaden ved klimavennlig materialbruk

skal beregnes, og vi forutsetter at kommunen prioriterer de mest kostnadseffektive klimatiltakene.

5.1. Pris

Tildelingskriteriet pris vurderes ut fra tilbyders priser, eventuelle påslag og justeringer som følge av forbehold. Prisene vurderes ut fra utfylt prisskjema inklusive opsjoner.

Scoren på kriteriet pris vil bli beregnet etter forholdsmetoden: Billigste/ beste tilbyder / tilbud * 10 = Score.

Av Vedlegg 2 Prisskjema - Enhetspriser

Opsjoner

I den enkelte opsjonspris skal alle nødvendige ytelser inngå slik at opsjonen fremstår som komplett og funksjonsdyktig. Herunder kommer rigg/driftnader, prosjektering m.v.

Kontraktsgjensanden skal fremstå som komplett uavhengig av om en opsjon bestilles eller ikke.

NR	Dokument	Pris	Kommentar
1. 4stk Hev/senk skap	Vedlegg 6.1	Kr	
2. Solceller	Vedlegg 6.3	Kr	
3. Lyddistribusjonsanlegg	Vedlegg 6.3	Kr	

Videre i konkurransegrunnlaget pkt. 5.2 pkt. 3:

Prosjektgjennomføring

Tilbyder skal i korte trekk (maks 2500 ord) redegjøre for hvordan prosjektet er tenkt gjennomført i praksis.

Dette er viktig for Horten kommune i dette prosjektet:

- Oppdragsforståelse
- Prosjektering bæresystem i massivtre
- Difis bærekraftskriterier
- Koordinering og kommunikasjon mot BH og naboer

I tillegg til redegjørelsen skal tilbyder legge ved en hovedfremdriftsplan som viser viktige milepæler og avhengigheter i prosjektet.

Atlant ble avvist fra konkurransen 16. august 2019 noe nemnda kom til var riktig.

Den 25. august 2020 kom det inn klage til KOFA fra Atlant Entreprenør AS hvor det ble lagt ned påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Den 25. november 2021 ble det sendt varsel fra om gebyr fra KOFA til Horten kommune. Kommunen svarte på det 16. desember 2021.

Den 14. mars 2022 kom KOFA til at kommunen hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. KOFA kom videre til at kommunen hadde opptrådt grovt uaktsomt og ilet et overtredelsesgebyr på 3 900 000 kroner.

Horten kommune tok ut stevning for Vestfold tingrett 22. mai 2022 med påstand om at KOFAs vedtak kjennes ugyldig og at gebyret betales tilbake. Staten v/KOFA har tatt til motmæle i tilsvar av 17. juni 2022 og har lagt ned påstand om frifinnelse.

Hovedforhandling ble avholdt 17. og 18. januar 2023. Partsrepresentantene møtte med sine respektive prosessfullmektiger. Det ble avgitt en partsforklaring og fire vitneforklaringer og for øvrig foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken

Saksøkerens påstandsgrunnlag

Det ble innledningsvis vist til anskaffelseslovens formålsbestemmelse i § 1 om at loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Videre er det vist til § 4 og at det er stadig strengere krav. Det ble redegjort for rettsutviklingen.

Når det generelt gjelder rettslig adgang til å gjøre endringer vises til at partene er enige om at det er adgang til å gjøre mindre endringer. Av forarbeidene til del II fremgår at det skal være enklere regler og effektiv ressursbruk. Det var et ønske om et betydelig skille i de to regelverkene, men departementet valgte å ikke følge forslaget. Regelverket kan tolkes slik at man ikke nødvendigvis må avlyse. Det fremgår av FOA § 8-4 at adgangen til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget i dialogfasen, og også etter at kontrakt er tildelt, jf. kommentarer til bestemmelsen på Juridika. Dette avviker betydelig fra tilsvarende regel i del III § 14-2 og innebærer enn betydelig oppmykning. Det anføres at årsaken til denne oppmykningen var å redusere muligheten/nødvendigheten av å avlyse. Når KOFA sier de har vurdert i tråd med kriteriene så ses det bort fra at EU-direktivet myker det opp, men problemet er at det vises til det samme - at det må være vesentlig. Det samme fremgår av forskriften § 11-2 og det er ikke ett ord om hva som ligger i dette fra forenklingsutvalget. Det følger videre av § 8-4 at det kan gjøres endringer etter tildeling da det bare var en igjen. Man kan ikke si at HENT ville inngitt tilbud fordi de var ute. Retten må se på praksis med kritiske øyne og vurdere formål og forholdsmessighet.

Når det gjelder reglene om endring i kontrakt så følger det av FOA § 11-2 at man kan foreta endringer som ikke er vesentlig. Det er knappe kommentarer til bestemmelsen og man har ikke mye å bygge på utover at det ikke skal bli «noe annet». Altså at anskaffelsens overordnede karakter ikke endres. Det må foretas en konkret vurdering. For del II skal reglene tolkes mindre rigid. Klagenemnda har vist til at alle bestemmelsene sier at det ikke er adgang til å foreta vesentlige endringer. Hvorfor er ikke dette betonet på samme måte i forskriften § 11-2. Dette må innebære at noe som ikke kan godtas etter forskriften § 28-2 kan godtas etter § 11-2. KOFA har vist til at det er satt et konkret tidspunkt og det synes å hevdes at oppdragsgiver da ikke kan gjøre noe. Hvis det er så vesentlig hvorfor er det ikke da omfattet av bestemmelsen. Er det noen forskjell om man viser til reguleringsplan eller byggesøknad. Dette er det viktigste momentet fra KOFA.

Etter FOA § 28-1 bokstav b) kan det foretas mindre prisendringer opp til 10/15 %, jf. Dragsten hvor det er gitt som eksempel et nytt bygg på nytt sted. Dragsten viser til at dette også gjelder prisreduksjoner. Bokstav d) gjelder uforutsette forhold. Det vises til ordlyden og Dragstens kommentar. Ved tillatte endringer etter § 28-1 er det uten betydning om endringen er "vesentlig". Hver bestemmelse har sine egne vilkår og etter § 28-2 er normen om "anskaffelsens overordnede karakter" er endret. Dette må også gjelde del II slik at det blir romsligere vurdert. KOFA sin feilvurdering av bl.a. regelen om 15 % nedover har medført at feil målestokk er lagt til grunn. Det anføres at en prisreduksjon må vurderes utfra om det endrer det overordnede eller vesentlig endring.

Det vises til FOA § 28-2 om vesentlige endringer hvor det ikke er satt noen regler om grensen for tillatte endringer/forskyvninger og er heller ikke omtalt i teori eller praksis. Man kan stille spørsmål om hvorfor det er slik. Så lenge byggetidens lengde ikke endres så anføres det at det må være greit. Det påvirker ikke anskaffelsens "overordnede karakter" og det kan heller ikke alene forskyve balansen i kontrakten. Dette er heller ikke omtalt i teorien eller praksis, men har vært behandlet i England, jf. Sue Arrowsmith.

Oppsummert innebærer del III en oppmykning og for del II har lovgiver klare uttalelser om endringer og proporsjonalitet. Spørsmålet om vesentlighet beror på om det er en overordnet endring av kontraktens karakter.

Forsinkelsene

Spørsmålet er forsinkelse i forhold til hva. Nå det gjelder forsinkelser underveis i konkurransen vises til punkt 2.4 i konkurransegrunnlaget om tidsramme for anskaffelsesprosessen. Dette er en tentativ fremdriftsplan og hvor kontraktsinngåelse skal skje etter avtale med valgt leverandør og det gjøres oppmerksom på at tidspunktene er foreløpige. Det er følgelig ikke slik at disse utgjør utgangspunktet. Det er videre på det rene at dette ikke skapte problemer for leverandørene.

Det er tatt forbehold knyttet til byggeperioden, jf. konkurransegrunnlaget pkt. 1.2 og pkt. 1.3. Punkt 1.2 gjør tilbyderne oppmerksomme på at det er en pågående reguleringsprosess. Punkt 1.3 viser til tre forhold som er ... *forutsetninger for igangsettelse*... ikke for kontraktsinngåelsen.

I punkt 1.4 vises til at Byggeperioden *planlegges til*, kombinert med at neste setning er: *I kontrakten vil det utarbeides en omforent fremdriftsplan*. Dette henviser til 1 setning. Dette innebærer at den omforente fremdriftsplanen da handler om byggeperiodens start/slutt som setningen før handler om.

Det står ikke det samme i pkt. 4.5.2 som forutsetningene i konkurransegrunnlaget punkt 1.4. Det anføres at det er uten betydning. Ved en eventuell klar motstrid/uklarhet så skal dette fortolkes til tilbyders gunst, jf. FOA § 8-4 (3). Det anføres at kommunen ikke var

bundet, men at det skal inngås en omforent tidsplan. Det vises til Støle og Tallhaug sin forklaring som mener det samme.

Hvis det legges til grunn at det er en endring så vises til at kontrakten har en entydig endringsklausul. Klausulene for krav på fristforlengelse vil i kombinasjon med konkurransegrunnlaget oppfylle kravene i EU-retten, og i alle fall i lys av lovgivers uttalelser for anvendelse av del II. Det vises til Finn Frogne i premissene 36-37. Det følger av dette at man har krav på dag for dag fristutsettelse. Kombinasjonen av forbeholdene, endringen i reguleringsplanen og at del II ikke stiller så strenge krav tilsier at det foreligger særlig grunn. Det vises også til at det er tatt inn i konkurransegrunnlaget. Dette innebærer at man ikke skal tilbake til start ved å avlyse konkurransen og starte på nytt. Det vises også til forenklingsutvalget – NOU 2014:4 og Svor – Utforming av endringsklausuler.

Kommunen har varslet om "uforutsette forhold". FOA § 28-1 (1) bokstav d kan anvendes på "mulige" forhold oppdragsgiver ikke har styring på, men ser kan komme. Dette er situasjonen i denne saken. Det vises til at KOFA har gjort dette i sak 2019/30 premiss 38 og 44. Saken var (utlyst som) en del III – anskaffelse og gjaldt både forsinkelse for klager og forsinkelse pga. feil i reguleringsplan. Prosessen med feil i reguleringsplan kunne ikke rettes før klagesak var avgjort. I vår sak er det en kombinasjon av at det var varslet og da må det enn mer gjelde når det er noen som klager på reguleringsplanen. Feilen man fant var ukjent. Det foreligger etter dette ingen unødvendig forsinkelse. Kommunen sendte saken til Fylkesmannen dagen etter den ble mottatt. Det vises til Jonathan Hjellnes fra NCC som forklarte at det ikke var noen unødvendig forsinkelse.

Konsekvenser hvis konkurranser må avlyses

Ved klager på vedtak er det helt ordinært med 3 mnd. saksbehandlingstid i underinstans og 6 mnd. hos klageinstans. Hvis man måtte avlyse ville det medført stor ressursbruk og få betydning for gjennomføringsevnen hos oppdragsgiver. Det ville videre få konsekvenser for tilbyderne og tilbyderes vilje til å inngi tilbud. Hvis en tilfeldig klage skal medføre en avlysning vil det få konsekvenser for samfunnet.

Det ble foretatt en justering av prosjekt for å få ramme. Det tar nødvendigvis noe tid da det er avhengig av økonomiske rammer som må avgjøres gjennom politiske prosesser. Den 12. november 2020 ble det bedt om økt ramme og 14. november var det møte med NCC og i januar var det gjort. Det kunne vært enklere endringer, men det tar også tid. Det kan ikke være slik at man måtte avlyse og starte på nytt.

KOFA påstår at det er konkurransegrunnlaget som er problemet. Det må stilles spørsmål ved om det er tydeligere angitt i KOFA 2019/30 at forsinkelser av reguleringsplanen vil kunne medføre forsinkelser. Det vises til premiss 2 i vedtaket om at tiltaket krever reguleringsplan. Oppdragsgiver tar forbehold om forsinket eller endret reguleringsplan.

Arbeidet med reguleringsplanen vil foregå parallelt med konkurransen. Det er KOFA sin tolkning av konkurransegrunnlaget punkt 1.4 som er problemet i saken - ikke innholdet.

KOFA anfører at "det var bare å bygge", jf. innledningsforedraget side 8. Er det i det hele tatt sannsynlig å få byggetillatelse basert på påklaget reguleringsplan? Uansett er det på det rene at det ville tatt lang tid og at det ville blitt påklaget. Kommunen kan ikke være pliktig til å risikere titalls millioner i bygg som kan måtte rives selv om risikoen er liten. Dette for å eventuelt unngå en forsinkelse på grunn av uforutsette forhold.

Grunnlaget kommunen påberopte seg for KOFA

Påstand om direkteanskaffelser kom opp midt i sak om rådgivende uttalelse – 5 dagers svarfrist. Det ble pekt på forbeholdene som det mest nærliggende, og som dekket alle forhold. Hvis Kommunestyret hadde innvilget rammen – ville det blitt samme forsinkelse. Når man uansett er forsinket på grunn av noe uforutsett – kan det åpne for prosesser man ellers ikke ville åpnet for. Dette kan ikke endre rettmessigheten av forsinkelse som ikke kan påvirkes. Retten må vurdere saken ut fra påstandene og faktum for retten. Det er uten betydning om KOFA er uten skyld i at vedtak er fattet på feil faktum.

Oppsummert vises til at fremdriftsplanen var "tentativ" og tidspunktene "foreløpige" – konkurransegrunnlaget punkt 2.4. Det skulle utarbeides en "omforent fremdriftsplan" i kontrakten – konkurransegrunnlaget punkt 1.4. Igangsettelsen var helt avhengig av godkjent detaljeringsplan, offentlige tillatelser og fullfinansiering. Detaljeringsplanen var under behandling. Det er klagerett på slike planer. Byggetillatelse forelå ikke og det er behandlingstid og klagerett også på slike vedtak. Det vil alltid ta tid med en "omkamp" om ramme – uansett størrelse. Det sentrale er at tilbyderne kjente til disse fakta, og ble uttrykkelig gjort oppmerksom på dem og følgelig en del av det som var utlyst.

Man kan ikke ha det slik at det ikke er tillatt med endring eller tilpasning av kontrakt når angitte forhold faktisk skjer før kontrakt inngås, og fremdrift etter konkurransegrunnlaget skal avtales. KOFA hevder at når det er angitt sluttfrist med dagmulkt, så må det alltid avlyses og lyses ut på nytt. Er det en god løsning i tråd med LOA § 1 og med Forenklingsutvalgets klare hovedprinsipper.

Byggearbeidene

Det må stilles spørsmål om hvilken endring som er foretatt og i forhold til hva. Det vises til at det ikke var inngått kontrakt, men det var inngitt tilbud i konkurransen – med opsjon på de samme endringene. Det vises til KOFA premiss 86: *Slik klagenemnda ser det, har endringene som ble gjort for å redusere prosjektets pris i tillegg til å forskyve byggeperioden, medført at den endelige kontraktsgjenstanden har et annet innhold enn det som var kunngjort.*

Videre vises til beskrivelsen – punkt 20 – "Bygning generelt" – "Alternative løsninger":

Der hvor det er beskrevet spesifikke løsninger, eller produkter skal dette generelt legges til grunn for tilbudet. Tilbyder gis likevel mulighet til å velge andre løsninger/produkter så fremt det kan fremlegges fullverdig dokumentasjon på at disse gir likeverdig, eller bedre kvalitet for alle relevante aspekter (bruk, renhold, drift, miljø energi, osv.) Byggherren forbeholder seg retten til å avslå forslag til alternativ utførelse der hvor det kan påpekes svakheter.

Muligheten for alternative løsninger (med samme/bedre kvalitet) var dermed kunngjort for alle interesserte tilbydere. Atlant var eneste tilbyder som innga tilbud med alternative løsninger, men ble avvist pga. kvalifikasjonskrav.

Når det gjelder opsjonen til NCC vises til forespørsel om revidert tilbud etterspurt i punkt 5 opsjon på alternativ løsning, med uttrykkelig henvisning til beskrivelsens bestemmelse om dette. NCC innga et tilbud med opsjon som er beskrevet i FU side 161: *NCC ønsker å presentere en alternativ løsning for Bakkeåsen, denne innehar de samme kvaliteter, men med mer arealeffektiv planløsning. Noen rom blir derfor mindre. Kjeller etasje fjernes og rommene flyttes opp i 2. etasje og til utvendige boder. Arealene blir mer arealeffektive. Løsningsforslaget kan tilpasses etter kommunens behov og vurderinger. Løsningen gjør bygget mer energieffektivt, mindre driftskostnader og levetidskostnader samt lavere byggekost. Dette er slik vi ser det bare positivt.*

NCC mente altså at opsjonen var i tråd med det utlyste konkurransegrunnlaget, og beskrev og priset denne nøye – slik forutsetningene for avvikende løsninger krevet. Kommunens premisser for revideringen i møte 14. november 2019, jf. FU 187 og 188. Det som fremkommer her er ingen indikasjon på at kommunen åpnet for at NCC nå kunne fravike konkurransegrunnlaget. NCC sin reviderte opsjon var en kvalitetssikring av tilbudt løsning gitt som alternativ løsning i hht. Konkurransegrunnlagets forutsetninger. Det er åpenbart i tråd med bestemmelsene i konkurransegrunnlaget. Det vises til Hjellnes sin forklaring om at det ble rimeligere for mer eller mindre det samme og at det var kvalitetsgodkjent.

KOFA har nederst på side 6 i sin disposisjon vist til at opsjonsarbeidene er en endring. Dette endrer ikke konkurransegrunnlaget og retten må ikke la seg forvirre av at det er en opsjon. HENT har fått mulighet til å komme med pris

Hvis det legges til grunn at det foreligger en endring så vises det til forutsetningene i møte 14. november 2019. Når det gjelder prisen så økte NCC avslaget for det samme det allerede var gitt pris på i en konkurranse. Prisendring mindre enn 15 %. Vurderingstemaet er om "anskaffelsens karakter" endres vesentlig.

Grensen for "vesentlig" eller påvirkning av marked er ikke relevant – men er uansett ikke overskredet når det er tatt forbehold. Endringen består i at kjelleren fjernes og det gjøres andre romjusteringer. Det vises til KOFA premiss 86. Det vises til at vurderingene skal

gjøres ut fra anskaffelsens karakter - ikke som om tilbyderne var brukerne av bygget – slik KOFA synes å vurdere. Bygget har massivtre som forutsatt i konkurransen – yttervegger, innervegger, heissjakt osv. Uansett uttrykkelig åpnet for å redusere ikke synlig massivtre i beskrivelsen. NCC kunne uansett vært pålagt dette som endringer etter NS 8407 – punkt 44. Kontraktstandard fra bransjen – enighet om hva entreprenør "må finne seg i" uten vederlag. Det er ikke tilfeldig at det er samme grense i FOA § 28-1 (1) bokstav b. Endringene (FU s. 194 og 195) er uten betydning.

Når det gjelder forsinkelsen under konkurransen så synes ikke dette vektlagt av KOFA, jf. premiss 75. Forsinkelsen som følge av klager på planvedtak er ikke en del av det faktum KOFA har lagt til grunn i premiss 28 – 33. Parallelt var det en kort prosess om justeringer pga. rammene. KOFA har feilaktig lagt til grunn at forsinkelsen fra tildeling 28. oktober 2019 til 26. februar 2020 kun hadde sin årsak i beslutninger i kommunestyret – premiss 85. Det var en parallell forsinkelse – klager på planprosess og justeringen av rammen forårsaker forsinkelse uavhengig av hverandre og klager på planprosessen kom først. Når det gjelder funn av feil i planen så har KOFA feilaktig lagt til grunn at forsinkelsen fra mars til 24. juni 2020 kun hadde sin årsak i endringer som var gjort som følge av reduksjon i pris, jf. premiss 85. Det vises til Støle og Hjellnes sine forklaringer. Det var ikke nødvendig med endring i plan pga. justeringene. Kunne vært løst med å (ev. midlertidig mens plan ble endret) søke om alternativ plassering av søppel/boder, eventuelt søknad om dispensasjon. Det var ikke mulig å søke om noen ting med 30 % utnyttelsesgrad der bygget skulle ligge. Forsinkelsen ville uansett vært en brøkdel av det den faktisk ble.

KOFA har ikke fanget opp retting av feil i reguleringsplanen eller vektlagt denne feilen. Det er helt utelatt fra beskrivelsen og anførslene fra kommunen, jf. premissene 28-33, 46 og 85. Dette til tross for at KOFA var gjort oppmerksom på forholdet.

Også flytting av funksjoner fra kjelleren er helt utelatt av KOFA. Det er ikke beskrivelser, anførsler og vurderinger av det konkurransegrunnlaget åpnet for. Heller ikke anmodning om tilbud på alternative løsninger – herunder at funksjonene fra kjeller ble flyttet er kommentert. Adgangen til å gi tilbud på alternative løsninger var kunngjort, jf. premiss 86

KOFA har imidlertid lagt vekt på en mindre reduksjon i massivtre, uten å vite hva denne gikk ut på, jf. premiss 87.

KOFA har lagt til grunn en prisreduksjon på MNOK 5,6 i forhold til "tilbudsprisen", jf. premiss 88. Tilbudet inneholdt imidlertid en opsjon på prisreduksjon på MNOK 4,2, som KOFA ikke har kommentert. Endelig prisreduksjon var mindre enn opsjonen – MNOK 3,0, jf. FU s. 114. En rekke av tilleggene var tilbakeføring av tidligere endringer, og som nullet ut disse. KOFA mener 2-2 blir 4, noe kommunen er uenig i.

KOFA sine uttalelser om prisreduksjonen opp mot § 28-1 (1) bokstav b – premissene 79-81. Kommunen peker på at det er EU som er lovgiver og det legges til grunn at det gjelder både ned og opp.

Uaktsomhetsvurderingen

KOFA sin vurdering fremgår i premissene 92-95. Når det gjelder andre saker vises til at det legges til grunn 10 % hvis det ikke er noen spesielle forhold, jf. KOFA 2019/29, jf. premissene 79-86.

Rettsuvidenhet

Det er en egen regel i del II – "undefinert romsligere"

Veiledning fra lovgiver – endre fra varer til tjenester – nybygg til rehabilitering av annet bygg osv. I vår sak er det eventuelt en kombinasjon av forsinkelse og endringer. Er man da grovt uaktsom uten at det er gitt retningslinjer. Det anføres at da kan det ikke være grovt uaktsomt. At det er en 15 % regel er det ingen andre relevante tolkningskilder som er enig med KOFAs vurdering. KOFA er strengere enn teorien har lagt til grunn for del III.

Saken gjelder kun gebyrvedtaket og ulovlig direkteanskaffelse. Eventuelle feil som uklarheter i konkurransegrunnlag, eller annet er uten relevans for denne saken. Kan tvert imot tale mot at det har skjedd en endring.

Sakskostnader

Dette er en viktig sak for kommunen. Det er lagt ned et betydelig arbeid med å avklare faktum og alt arbeidet lå på kommunen. Andreas Støle hadde sluttet og all vitneførsel har ligget på kommunen. Videre pekes på at det er en prinsipiell sak som generelt vil ha negative konsekvenser for kommunens anskaffelser. Uttalelsen om 15 % regel er prinsipielt uavhengig av sakens resultat.

Saksøkerens påstand

1. Klagenemnda for offentlige anskaffelser sitt vedtak i sak 2020/658 kjennes ugyldig.
2. Staten v/Klagenemnda for offentlige anskaffelser tilbakebetaler innbetalt gebyr på kr 3 900 000.
3. Horten kommune tilkjennes sakskostnader.

Saksøktes påstandsgrunnlag

Utgangspunktet er at reglene må følges for alle anskaffelser over 100 000 kroner og er utslag av et prinsipp om at alle skal ha lik mulighet og behandles likt i tråd med forutsetningene for anskaffelsen. Det kan ikke på noe tidspunkt foretas en vesentlig endring.

Partene er enige om det rettslige at KOFA har plikt til å ilegge overtredelsesgebyr dersom kommunen forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse og at

KOFA har rett til å ilegge overtredelsesgebyr ved uaktsomhet. Gebyret fastsettes etter en skjønnsmessig vurdering, og skal ikke være høyere enn 15% av anskaffelsens verdi. I vår sak er gebyret satt til 10%.

Partene synes å være enige om at 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). I tilfeller hvor en konkurranse eller kontrakt er vesentlig endret sammenlignet med slik den ble kunngjort, står man overfor en ny konkurranse eller kontrakt, som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i tråd med regelverket. De vises til anskaffelsesloven § 4 og C-496/99 (Succhi di Frutta).

Ulovlig direkteanskaffelse ved vesentlig endring er fastslått av EU-domstolen allerede i 2008, jf. EU-domstolen sak C-454/06 (Presettext). Dette er i tråd med norsk praksis fra samme måned, jf. KOFA sak 2008/5 premiss 56. Ilagt overtredelsesgebyr som følge av vesentlig endring av kontrakt kort tid etter kontraktsinngåelse. Saken gjaldt anskaffelse under EØS-terskelverdi.

Praksisen i både EU og Norge fra 2008 er senere fulgt opp i en rekke saker, jf. blant annet EU-domstolen sak C-549/14 (Finn Frogne), KOFA-sak 2017/344 premiss 32 og KOFA-sak 2018/126 premiss 66 flg. Det blir følgelig misvisende når kommunen anfører at dette har vært gjeldende fra dag 1, når det først ble nedfelt i 2017.

Anskaffelsesforskriften inneholder en rekke bestemmelser som klart gir uttrykk for at det, ikke på noe som helst tidspunkt er adgang til å foreta vesentlige endringer. Det følger av Anskaffelsesforskriften § 8-4 (4) og Anskaffelsesforskriften § 11-2 (1). Når det gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdi vises til Anskaffelsesforskriften § 13-3 a) og b), § 14-2 (8), § 23-7 (3+4), § 23-8 og § 23-9. Felles for alle disse er at det ikke er adgang til å foreta vesentlige endringer, jf. de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet.

Anskaffelsesforskriften § 28-1 inneholder også en nærmere regulering av hvilke endringer som lovlig kan foretas etter at kontrakt er inngått.

Horten kommune har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse

Det foreligger en endring dersom den inngåtte kontrakten avviker fra den kunngjorte kontrakten. Ved vurderingen av om det foreligger en endring må man derfor sammenligne kontraktsbetingelser, kravspesifikasjon og øvrige forutsetninger som lå til grunn i den kunngjorte konkurransen med den kontrakten som Horten kommune og NCC inngikk. Anskaffelsesdokumentene skal utformes klart nok til at alle rimelige opplyste og normalt påpasselige tilbydere kan forstå de på samme måte.

Kommunen tildelte kontrakt uten opsjon, men basert på konkurransen. Kommunen økte ikke rammene og det ble deretter inngått avtale etter reduksjonen av omfanget, jf. avtalen med NCC. Kommunen kan endre, men ikke vesentlig. Kommunen har vært klar over at opsjonene var en endring og det har også blitt oppfattet slik av både Atlant og KOFA. Alle forhold må behandles som en endring. Det vises til C-496/99 premiss 111 og KOFA 2018/126 avsnitt 48. Kontraktsbetingelsene er like (NS 8407), men overtakelsesdato er endret. En del andre endringer mht. plantegninger, utomhusarbeider og tekniske løsninger (opsjonsarbeidene).

Horten kommunes anførsler i sluttinnlegget punkt 3.3.2 knyttet til behandling av opsjoner i konkurransen er beheftet med en rekke feil. De tidsmessige forskyvningene er på ca. 10 måneder og må anses som en endring. Oppdragsgiver står relativt fritt mht. å sette rammer for den tidsmessige gjennomføringen av et prosjekt ved å fastsette varighet i måneder eller dager. Kommunen har i vår sak kommet med en konkret angivelse av oppstart og overtakelse. Kunngjøringsskjemaet er viktig og avgjørende for en tilbyder. Oppdragsgiver har selv valgt å oppstille klare rammer for når prosjektet skal være ferdig – overtakelse innen 31.10.20, jf. kunngjøringen, konkurransegrunnlaget og dagmulktbelagt sluttfrist. Ny avtalt overtakelse: 06.09.21. Det foreligger en endring.

Verken konkurransegrunnlaget punkt 1.3, 1.4 eller 2.4 endrer dette utgangspunktet. Forbehold om godkjenninger, tillatelser og fullfinansiering gir saklig grunn til å avlyse, men ikke full frihet til å foreta endringer uten hensyn til å reglene om vesentlige endringer.

Selv om det legges opp til at partene skal utarbeide en omforent fremdriftsplan, må denne selvfølgelig være innenfor de rammer konkurransegrunnlaget har satt for at det ikke skal bli spørsmål om endring. Det at fremdriftsplanen for konkurransegjennomføring var tentativ medfører ikke at en helt annen kontraktsperiode enn det som er angitt, ikke innebærer en endring. I denne saken fikk kommunen en uventet klage. Da valgte man å avvente klagebehandlingen til tross for at det var satt en konkret frist og med dagmulkt.

En normalt påpasselig tilbyder må følgelig kunne legge til grunn at overlevering skulle skje innen 31.10.20. At det var viktig med rask overtagelse kom også frem under forklaringer. Dette er sentralt og tyder ikke på at det var fleksibilitet.

Endringer ved byggearbeidene

Oppdragsgiver setter også rammer for hvilken løsning tilbyderne skal konkurrere på, og som skal danne grunnlaget for kontrakten som inngås. Horten kommune har i denne kontrakten valgt å oppstille relativt detaljerte rammer og krav til bygget. De har med dette gått en del lenger enn det som kreves. Dette gir tilbyder/totalentreprenøren mindre fleksibilitet og byggherren større grad av kontroll. Totalentreprenøren er følgelig ansvarlig for å detaljprosjekttere innenfor de rammer kommunen har fastsatt. Prosjektering innenfor rammene, valg av løsninger innenfor rammene er ikke en endring, men oppfyllelse i tråd med kontrakten.

Aksept av løsninger som avviker fra de oppstilte rammene innebærer en endring. Tilbyderne leverte tilbud og kontrakt ble tildelt basert på de oppstilte rammene – ellers ville det bli vanskelig å sammenligne tilbudene. «Opsjonsarbeidene» som partene avtalte er å anse som en endring og noe annet enn det som ble konkurranseutsatt og konkurrert om. Dette var forenklinger i bygningskropp, forenklinger i teknisk løsning, kjelleretasjen fjernet og flyttet deler av funksjonene til 2.etasje (samt utomhus), redusert lagerplass, redusert fellesareal, forenklet utomhus og noe redusert bruk av massivtre, jf. Kommunestyrets vedtak av 26.02.20.

En normalt påpasselig tilbyder må følgelig kunne legge til grunn at løsningen måtte være innenfor kommunens kravspesifikasjon, og at en rekke av de opsjonsarbeidene som ble foreslått innebar en endring i forhold til det som ble kunngjort. Tilbyderne leverte tilbud i tråd med kravspesifikasjonen. Tilbyderne behandlet opsjonene som endringer av det som var konkurranseutsatt. Oppdragsgiver behandlet dette som en endring og ikke en del av

tildelingsevalueringen, jf. kravet til likebehandling og de inngikk egen/separat kontrakt om besparende tiltak.

Atlant oppfattet at løsningen måtte være innenfor kravspesifikasjonens rammer, jf. klagen.

KOFA behandlet dette som en endring og kontrakt ble tildelt basert på de oppstilte rammene – ellers ville det bli vanskelig å sammenligne tilbudene. Det foreligger en endring.

Klagenemnda har korrekt lagt til grunn at både de tidsmessige endringene og bygningsmessige endringene er å anse som endringer i anskaffelsesrettslig forstand, jf. klagenemndas gebyrvedtak premiss 74, jf. premiss 31 og premiss 86 flg., samt premiss 75-76. Spørsmålet er kun om disse endringene, enten alene, eller sett i sammenheng med de øvrige endringene, er å anse som vesentlige.

Endringer er vesentlige dersom den inngåtte kontrakten er vesentlig forskjellig fra den kontrakten som var kunngjort, jf. anskaffelsesforskriften § 11-2 (2). Det legges opp til en helhetsvurdering der man sammenligner den inngåtte kontrakten med den som ble kunngjort, jf. ordlyden. Spørsmålet er om endringene, hver for seg eller samlet, er av en slik karakter at de utgjør en ulovlig direkteanskaffelse. Dette fremgår klart av både teori og praksis. Kommunen har kritisert KOFA for å foreta en helhetsvurdering, men det er nettopp det bestemmelsen legger opp til. Det vises til Dragsten, kommentarutgave (§11-2), Nærings- og fiskeridepartementets veileder s.330 og KOFA 2014/139 premiss 41. Momenter i en slik helhetsvurdering er: reforhandling av grunnleggende elementer ved avtalen, gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, ville ha ført til at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør, utvider kontraktens omfang betydelig, endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren og tidspunktet for endringen. Dette følger av omfattende teori og praksis.

De rettslige rammene i vesentlighetsvurderingen i forskriftens del III (§ 28-2) vil være rettslig relevant for vesentlighetsvurderingen etter del II, likevel slik at adgangen til å gjøre endringer etter del II etter omstendighetene vil kunne være noe videre. Partene er også enige om at selv om vurderingen av hva som er en «vesentlig endring» etter del II må vurderes konkret, vil det være av betydning om endringen er å anse som ikke-vesentlig etter bestemmelsene i del III. Bestemmelsene regulerer endringer i en inngått kontrakt. Uenigheten knytter seg til hvorvidt unntaksbestemmelsene om lovlige endringer knyttet til allerede inngåtte kontrakter kan brukes i et tilfelle som dette, der endringen foretas allerede før kontrakt inngås og uten å vurdere om endringen er vesentlig.

Klagenemnda har også på dette punkt tatt et korrekt rettslig utgangspunkt, jf. vedtaket premiss 77-78. Momenter i helhetsvurderingen om av om det foreligger en vesentlig endring ved tidsmessige endringer er om det er introdusert nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt. Horten kommune har vært svært tydelig på at overtakelse må skje innen 31.10.20, men akseptert ca. 10 måneders forskyvning. Større endringer i gjennomføringsperioden er noe som tradisjonelt har blitt ansett å kunne ha betydning for deltakelsen.

Det vises til forarbeider og flere KOFA-avgjørelser. Bygge- og anleggskontrakter er i tillegg i praksis ansett for å være kontrakter der kapasitet endrer seg raskt og der endringer i gjennomføringsperiode fort vil anses å være vesentlig, jf. KOFA 2021/1480 premiss 53 og KOFA 2019/30 premiss 48. Klagenemnda har følgelig korrekt lag til grunn at en forskyvning av kontraksperioden på mer enn 10 måneder er et forhold som taler for at kretsen av leverandører ville være en annen dersom det de hadde åpnet opp for overtakelse 10 måneder senere.

Momenter i helhetsvurderingen ved bygningsmessige endringer

Det er foretatt en rekke bygningsmessige endringer som forenklinger i bygningskropp, forenklinger i teknisk løsning, kjelleretasjen fjernet og flyttet deler av funksjonene til 2.etasje (samt utomhus), redusert lagerplass, redusert fellesareal, forenklet utomhus og noe redusert bruk av massivtre.

Det er forhold som tyder på at endringene er av en slik karakter at andre leverandører kunne ha utformet sine tilbud annerledes eller ville ha nådd opp i konkurransen, jf. Dragsten, Lovkommentar til § 28-2. Det var svært tett mellom tilbyderne. Det skilte 0,28 poeng totalt og det skilte kr. 226 747 på tilbyderens tilbudspris. Det er foretatt relativt store endringer og NCC har selv priset disse til over 5,6 mill.

Det er rimelig klart at HENT kunne ha priset sitt tilbud annerledes dersom de hadde fått mulighet til å prise det samme. Da ville muligens HENT blitt valgt. Det er underlig at partsrepresentant eller øvrige vitner ikke forklarte seg om dette og det ble heller ikke tatt opp i prosedyren.

Det er videre forhold som kan tyde på at den økonomiske balansen i kontrakten er forskjøvet i favør av totalentprenøren. Det er foretatt relativt omfattende reduksjoner/besparelser men kontraktssummen er kun redusert med ca. 5,6 mill. NCC ble dessuten betalt for å foreslå besparelser på 15%. Det er intet som tyder på at HENT var innforstått med at det var anledning til så store endringer. Det fremgår ikke noe sted at det var nærmest full fleksibilitet, noe som måtte ha fremkommet tydelig. Som nevnt tydet intet på at HENT forstod det og Atlant gikk til sak. Det var NCC som tilbød løsninger og det er ikke slik en konkurranse skal gjennomføres. Når det bare var NCC var det følgelig en fare for at prisbalansen ble annerledes. Dette er et viktig moment. NCC har altså alene kunnet foreslå besparelser og prise disse – uten noen form for konkurranse.

Alle disse momentene tilsier at det er en iboende risiko for at den økonomiske balansen forskyves til fordel for NCC. Reduksjon i bruk av massivtre var av begrenset betydning ettersom det var uklart for nemnda hvor stor reduksjonen var, jf. gebyrvedtak premiss 87.

Tidspunktet for endringen vil ha betydning i vesentlighetsvurderingen. Det er større rom for å endre kontrakter som har løpt over lengre tid, enn kontrakter som nettopp er signert, jf. Nærings- og fiskeridepartementets veileder (§28-2) pkt. 40.3. I vår sak skjedde dette rett etter tildeling, allerede før kontrakt signeres. Videre var det heller ikke lagt opp til noen samspillsfase. Det anføres at den kontrakten som ble inngått i sum er vesentlig endret fra den kunngjorte kontrakten. Retten kan egentlig stoppe her.

Prinsipalt anføres at reglene i kapittel 28 ikke hjemler endringer i inngåtte kontrakter. Hensynet bak bestemmelsene tilsier noe behov for fleksibilitet i inngåtte og ofte langvarige

kontrakter, jf. NOU 2014:4 punkt 15.5.1 og Dragsten, lovkommentar til § 28-1. Forutsetningen for å anvende bestemmelsene er ikke oppfylt. Oppdragsgiver må forutsettes å ha tatt høyde for anskaffelsens kompleksitet, både ved valg av anskaffelsesprosedyre og kontrakt. Dersom oppdragsgiver burde forutse behov for endringer, måtte dette hensyntas i konkurransen, jf. C-549/14 (Finn Frogne)

Uansett - reglene om lovlige endringer i inngåtte kontrakter kan ikke gi hjemmel for de endringer kommunen valgte å gjøre allerede før kontrakt ble inngått.

Subsidiært hjemler ikke § 28-1 disse endringene. Hovedregelen, både etter del II og del III, er at vesentlige endringer i kontrakten medfører kunngjøringsplikt. Det må dermed utvises varsomhet med å innfortolke et større unntak enn det ordlyden gir uttrykk for.

Oppdragsgiver kan foreta endringer i kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse dersom endringen «foretas etter en endringsklausul som nevnt i § 19-1 annet ledd», jf. Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav a. Forutsetning for at det automatisk skal være en lovlig endring er at kontrakten inneholder en endringsklausul som oppfyller vilkårene i § 19-1 (2). Bruk av endringsklausuler må ikke gi oppdragsgiver ubegrenset spillerom, jf. grunnleggende krav til likebehandling og etterprøvsbarhet.

Det er videre klart at verken punkt 1.3, 1.4 eller 2.4 i konkurransegrunnlaget oppfyller disse kravene. Heller ikke NS 8407 punkt 31 oppfyller kravene til endringsklausul i § 19-1 (2). Generelt har det vært stor skepsis til om endringer som foretas etter NS-enes endringsklausuler alltid må anses å være lovlig i anskaffelsesrettslig forstand. Det vises til KOFA 2009/208 premiss 24-30. Det er heller ikke lovlig endring selv om den er innenfor 15% grensen i NS 8406, jf. KOFA 2014/139 premiss 60. Det er svært usikkert om de endringsbestemmelsene innebærer at automatisk er lovlig. Av nytt regelverk fremgår at det er en forutsetning for at det automatisk skal anses å være en lovlig endring, at endringsklausulen er utarbeidet i tråd med § 19-1 (2). Dette er en kodifisering av EU-praksis, jf. EU-domstolens sak C-496/99 (Succhi di Frutta) premiss 118 og 126. Det må også fremgå klart hvilke omstendigheter som utløser endringsmuligheten. Dersom oppdragsgiver burde forutse behov for endringer, må dette hensyntas i konkurransen.

NS-enes endringsklausuler er ikke tilstrekkelig konkret utformet til at endringen automatisk vil være lovlig.

Oppdragsgiver kan foreta endringer i kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse for endringer som gir en prisøkning lavere enn 15% av opprinnelig kontraktsverdi.

Partene er i alle tilfeller enige om at det kun hjemler de kvalitetsmessige endringene på bygget. Unntaksbestemmelsens ordlyd setter grenser for hvilke endringer som omfattes og ordlyden er prisøkninger. Prisreduksjoner er verken omtalt i forarbeider, veileder e.l. og det vites ikke hvorfor det bare står dette. Men normalt er det behovet for høyere pris som er aktuelt. Det er ingen automatikk i at bestemmelsen omfatter reduksjoner av kontraktens omfang på lik måte som endringer som medfører prisøkninger, jf. nemndas gebyrvedtak premiss 79-81. Ved reduksjoner anføres det at spørsmålet er om endringen er vesentlig.

Nødvendige endringer som følge av uforutsette forhold

Oppdragsgiver kan foreta endringer i kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse der det er endringer som er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom

oppdragsgiver ikke kunne forutse, jf. Anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) bokstav d. Det er plikt til å kunngjøre slike endringer, jf. 3. ledd. Terskelen for å anvende unntakshjemmelen er høy, jf. Dragsten mv.

Horten kommune viste i gebyrsaken til tre forhold som dannet grunnlag for forskyvningen av kontraktperioden, nemlig klagen fra Atlant vedrørende avvisning, behov for politisk vedtak om budsjett og at reguleringsplan måtte endres. Det var først i forbindelse med søksmålet kommunen anførte at klager på reguleringsplan var begrunnelse for forsinkelsen.

Etter Atlants klage på avvisning fortsatte oppdragsgiver konkurransen mens klagen ble behandlet. Hvis det var noen forsinkelse så er det i tilfelle helt marginalt. Det hadde uansett ikke vært nødvendig å avvente egen behandling av klagen. En klage i en anskaffelse er ikke en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kan forutse. Det er ikke en nødvendig endring.

Behovet for politisk vedtak om budsjett var en prosess som tok flere måneder. Det kan ikke ses at dette er en nødvendig endring. Formålet med kontrakten kunne blitt oppfylt uten disse endringene. Fullstendig kontrakt var utlyst og det var ingen mangler ved denne. Det var kun et ønske om å få det rimeligere. Det er ikke omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Oppdragsgiver kjente til den økonomiske rammen, de visste at tilbudene lå langt over rammen og at det ville bli behov for å endre rammen. Omstendigheten er at kommunen selv ønsket en billigere løsning og det kan klart ikke anses som noe man ikke kunne forutse. Det er ikke nødvendige endringer.

Justering i reguleringsplan

Kommunen hadde selv ansvaret for reguleringsplanen og feil er et forhold som kommunen selv må bære risikoen for. Justeringen tok uansett kun 7 uker (av 10 måneders forskyvning). Det ville uansett blitt forsinkelse som følge av behov for å endre eller søke om dispensasjon som følge av den endrede løsningen. Klagenemnda fastholder at denne saken ikke kan sammenlignes med KOFA sak 2019/30 som kommunen viser til. Det var ikke nødvendige endringer som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Kommunen er ansvarlig for dette.

Klager på reguleringsplanen

Kommunen hadde mottatt klager allerede før kontrakt ble tildelt og detaljreguleringsplanen var gyldig og bindende. Man hadde ikke plikt til å stoppe et prosjekt som følge av klager på reguleringsplan, jf. plan- og bygningsloven § 12-4. Prosjektet ble heller ikke stoppet som følge av dette, men som følge av arbeidet med besparende løsninger som foregikk i hele denne periode. Det vises også til at Horten kommune først i forbindelse med søksmålet viste til klagen på reguleringsplan som bakgrunnen for en forskyvning. Dette innebærer at kommunen ikke anså dette som årsaken. Videre vises til partsforklaringer hvor det fremkom at klager ikke var uventet. Det ble forklart at man ikke går videre før det er avklart. Det anføres at kommunen ikke har vært aktsom. Det var ikke nødvendige endringer.

Gebyret

Klagenemnda fastholder at Horten kommune har opptrådt grovt uaktsomt, og at de hadde en plikt til å ilegge overtredelsesgebyr. Gebyrets størrelse er skjønnsmessig fastsatt og innenfor de rammer som loven oppstiller. Det anføres at kommune har opptrådt grovt uaktsomt og foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Spørsmål er om den kontrakten som ble inngått mellom Horten kommune og NCC var vesentlig forskjellig fra den kunngjorte kontrakten.

Hvorvidt det foreligger uaktsomhet eller grov uaktsomhet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det er ikke en høy terskel for å anse rettsuvidenhet som grov da offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket.

Det er viktig å skille mellom rettsuvidenhet pga. at det foreligger en rettslig usikkerhet knyttet til lovlige rammer, og et tilfelle med rettsuvidenhet pga. misforståelse av regelverket. Reglene om kunngjøringsplikt er i kjernen av anskaffelsesregelverket. Regelverket er dessuten gjennomsyret med regler om at det ikke er adgang til å foreta vesentlige endringer på noe som helst tidspunkt og at dette vil være i strid med helt grunnleggende krav til konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet. Det er omfattende og langvarig praksis knyttet til hva som skal til for at en endring er vesentlig. Svært mange momenter taler i retning av at endringen var vesentlig og kommunen hadde en sterk oppfordring til å foreta en nærmere vurdering av det. Det pekes på at det ikke er noen regler som hjemler slike endringer for kontrakter.

Klagenemnda fastholder at det var grovt uaktsomt av Horten kommune å inngå kontrakt med NCC med et vesentlig endret innhold enn det som ble kunngjort, jf. gebyrvedtak premiss 90-97. Horten kommune har i alle tilfeller opptrådt uaktsomt, og Klagenemnda hadde dermed uansett en rett til å ilegge overtredelsesgebyr.

Gebyret fastsettes etter en skjønnsmessig vurdering, og skal ikke være høyere enn 15% av anskaffelsens verdi. Det er klar nemndspraksis for at gebyret normalt settes til 10% av anskaffelsens verdi i saker hvor det hverken foreligger særlig formildende eller skjerpene omstendigheter. Domstolene har akseptert en slik praksis, jf. LB-2021-36870. Det foreligger verken formildende eller skjerpene omstendigheter og Klagenemnda fastholder at overtredelsesgebyr bør settes til 10% av anskaffelsens verdi.

Saksøktes påstand

1. Staten v/Klagenemnda for offentlige anskaffelser frifinnes i søksmål om gyldighet av overtredelsesgebyr mot Horten Kommune i sak 2020/658.
2. Staten v/Klagenemnda for offentlige anskaffelser tilkjennes sakskostnader.

Rettsens vurdering

Saken gjelder prøving av KOFAs vedtak 14. mars 2022, hvor Horten kommune ble ilagt et overtredelsesgebyr på 3 900 000 kroner.

Gebyret er ilagt i medhold av lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 12 som gir hjemmel for ileggelse av gebyr dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dersom oppdragsgiver har handlet forsettlig eller grovt uaktsomt, skal det ilegges et

overtredelsesgebyr, mens dersom oppdragsgiver har handlet kun uaktsomt, kan det ilegges et overtredelsesgebyr.

Horten kommune har reist søksmål etter bestemmelsens sjette ledd. Det fremgår av LOA § 12 sjette ledd at retten kan prøve alle sider av saken og ta en realitetsavgjørelse. Dette innebærer at retten kan vurdere både om det er grunnlag for ileggelse av gebyr, om det skal ilegges gebyr og vurdere størrelsen av gebyret.

Virkeområdet for lov om offentlige anskaffelser, er regulert i LOA § 2, hvor det følger at loven gjelder når oppdragsgivere som nevnt i annet ledd inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, herunder konsesjonskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. merverdiavgift. Det følger videre at den gjelder for statlige myndigheter. Av lovens § 1 følger det at formålet med loven er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Har Horten kommune foretatt en ulovlig direkte anskaffelse?

Anskaffelsesloven § 12 første ledd lyder:

Dersom tvisteløsningsorganet kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, skal organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr. Dersom organet kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr.

Det er fra KOFA sin side anført å foreligge flere «vesentlige endringer» i konkurransen som skal innebære at det foreligger en «ulovlig direkte anskaffelse». I slike tilfeller står man overfor en ny kontrakt, som kommunen skulle ha kunngjort i henhold til regelverket. KOFA anfører at forskyvningen av byggeperioden og de bygningsmessige endringene må ses samlet og om innhenting av revidert tilbud etter tildelingsbeslutningen, utgjør vesentlige endringer i den kunngjorte kontrakten.

Også slike endringer vil kunne representere vesentlige endringer av den kunngjorte kontrakten. Retten viser til KOFA-2017-127, premiss 42:

Pressetext-saken gjaldt endringer gjort i kontraktsperioden. I tillegg til endringer i kontraktsperioden gjelder vår sak endringer i konkurransegrunnlaget sammenlignet med kunngjøringens beskrivelse av oppdraget, og endringer i perioden mellom tildeling og signering av kontrakt. Også slike endringer vil kunne representere vesentlige endringer av det kunngjorte oppdraget, se eksempelvis klagenemndas avgjørelser i sakene 2010/179 (KOFA-2010-179) (avsnitt 62) og 2016/63 (KOFA-2016-63) (avsnitt 50).

KOFA har i vår sak anført at hoveddelen av endringene har skjedd etter tildeling av kontrakt.

Hvorvidt eventuelle feil medfører avlysningsplikt er ikke direkte regulert i forskriften, men det er i praksis lagt til grunn at det vil foreligge en avlysningsplikt dersom konkurransen kunne fått et annet utfall dersom feilen ikke var begått, ved at konkurransen enten kunne endt annerledes for en leverandør, eller at feilen kan ha virket inn på deltagelsen i konkurransen. Dette følger av omfattende KOFA-praksis og kravet til påvisning av årsakssammenheng er nærmere beskrevet i norsk lagmannsrettspraksis, jf. blant annet LE-2011-40623 og LB-2015-8828.

Loven definerer ikke hva som skal regnes som en «ulovlig direkte anskaffelse», men i Prop.51 L (2015–2016), under merknadene til § 12, side 86, uttales at det er en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt etter regelverket. Det samme gjelder også tilfeller hvor innholdet i kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort. I slike tilfeller står man overfor en ny kontrakt, som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket. Retten viser til klagenemndas avgjørelse i KOFA-2017-344 første avsnitt 32, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 Pressetext.

Det fremgår av Anskaffelsesforskriften § 8-4 (4) *Frem til signering av kontrakten kan oppdragsgiveren foreta endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige*. Av kommentarer til bestemmelsen fra Marianne Dragsten, på Juridika fremgår følgende:

6 Endringer av konkurransegrunnlaget

Det følger av anskaffelsesforskriften § 8-4(4) at oppdragsgiveren frem til signering av kontrakten kan foreta endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige. Dette innebærer at endringer som ikke er vesentlige, kan foretas både før og etter tilbudsfristens utløp. Oppdragsgiveren kan derfor også gjøre endringer i konkurransegrunnlaget i dialogfasen, og også etter at kontrakt er tildelt.

Etter at kontrakten er signert, er det anskaffelsesforskriften § 11-2 som regulerer hvilke endringer som kan foretas, se kommentarene til denne bestemmelsen.

Dersom en oppdragsgiver foretar endringer som ikke er vesentlige, må oppdragsgiveren umiddelbart sende informasjon om endringen til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget, og tilbudsfristen må om nødvendig forlenges. Tidligere var dette inntatt i forskriften, men ifølge NOU 2014: 4 punkt 19.5.2 var det unødvendig å presisere dette, da det følger av kravene til likebehandling og gjennomsiktighet. Kravene gjelder dermed fortsatt selv om det ikke fremgår direkte av forskriften.

Når det gjelder hva som innebærer en vesentlig endring vises til Marianne Dragsten, (Dragsten) sine kommentarer til Anskaffelsesforskriften på Juridika til § 11-2 hvor det fremgår:

Endringer i kontrakt for anskaffelser etter del II reguleres i anskaffelsesforskriften § 11-2. Oppdragsgiveren kan foreta endringer som ikke er vesentlige uten å gjennomføre en ny konkurranse. Forbudet mot vesentlige endringer i kontrakten gjelder for både anskaffelser som følger anskaffelsesforskriften del II og anskaffelsesforskriften del III, men det er antatt at adgangen til å gjøre endringer er noe større etter del II, slik NOU 2014: 4 punkt 1.2.7.3.

Oppdragsgiveren må foreta en konkret helhetsvurdering av hva som utgjør en «vesentlig» endring. En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten. I vurderingen skal det ses hen til om endringen medfører at kontraktens overordnede karakter endres. Det vil da ha betydning om kontrakten går over til å bli «noe annet» enn det som opprinnelig var avtalt, og om det derfor i realiteten er tale om en ny anskaffelse. Her kan momentene angitt i anskaffelsesforskriften § 28-2 være relevante for vurderingen (rettens understrekninger).

Av kommentaren til Anskaffelsesforskriften § 28-2 om vesentlige endringer fremgår:

1 Overordnet

Det kan utledes av de grunnleggende kravene til konkurranse, forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 4 at endringer i en inngått avtale anses som en ny avtale dersom partene har reforhandlet grunnleggende elementer ved kontrakten, slik EU-domstolens saker C-454/06 (Presstext) premiss 34 og 337/87 (Matra) premiss 44. Det er derfor kun tillatt å gjøre endringer som ikke er vesentlige, jf. anskaffelsesforskriften § 28-1(1)(f).

Når vesentlige endringer foreligger, er regulert i anskaffelsesforskriften § 28-2. Det avgjørende for om en endring er vesentlig, er dersom den fører til at «innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten», jf. første punktum i bestemmelsen.

Ved vurderingen av om det er foretatt vesentlige endringer av kontrakten, må det tas utgangspunkt i kontrakten slik den er kunngjort, og i den sammenheng er det viktig å se på de reelle endringene. Grunnen til dette er hensynet til at andre leverandører enn dem som faktisk deltok, ville hatt mulighet til å delta i konkurransen om de hadde kjent til endringen som er foretatt.

Etter KOFA sin praksis knyttet til vesentlighetsvurderingen skal det foretas en konkret helhetsvurdering av kontrakten før og etter endringen, jf., KOFA-2010-212 (Helse Bergen). I denne helhetsvurderingen må ikke bare endringen isolert sett inngå, men også eksterne forhold som bakgrunnen for endringsbehovet, samt om dette kunne forutses eller ikke.

Når det gjelder praksis fra KOFA så har retten funnet en viss veiledning i KOFA-2019-30. I den saken ble det vist til flere forhold som skulle medføre at det hadde skjedd vesentlige endringer i kontrakten. Reguleringsendringen tok 11 måneder mer enn oppdragsgiver ble forespeilet som følge av at byrådet hadde endret fullmaktsreglene for slike reguleringsendringer underveis. KOFA kom til at dette var ekstraordinære omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse og ta hensyn til.

I tillegg til endringer i kontraktperioden, er det fra KOFA vist til endringer i perioden mellom tildeling og signering av kontrakt. Også slike endringer vil kunne representere vesentlige endringer av den kunngjorte kontrakten, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse KOFA-2017-127, premiss 42 med videre henvisninger. Her hadde oppdragsgiver inngått kontrakt med NCC om arbeid på Lavik fergekai og veianlegg, og avtalte senere at NCC også skulle utføre arbeider på Brekke kai som lå på andre siden av Sognefjorden. Arbeidene på Brekke var tidligere kunngjort, men konkurransen ble avlyst. Innklagede hadde opplyst at grunnen til at dette var trukket ut av kontrakten var hensynet til konkurranse, og mulighet for å oppnå lavere priser.

KOFA fant at innklagede ikke hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom arbeidet ikke kunne anses som en vesentlig endring av kontrakten. KOFA la imidlertid vekt på at endringene ikke bar preg av en omgåelse av regelverket og at fremgangsmåten var i samsvar med hensynet til effektiv ressursbruk i loven § 1.

Videre viser retten til KOFA-2018-521 hvor det i premiss 35 fremgår:

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 [KOFA-2014-63]1, 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 [KOFA-2013-125]1, premiss 33 og 2008/63 [KOFA-2008-63]1, premiss 47-50. Oppdragsgivers kontraktsinngåelse vil under slike omstendigheter kunne utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/127 [KOFA-2017-127]1, 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 fortalet til direktiv 2014/24 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-250/07 Kommissjonen mot Hellas, avsnitt 52. På bakgrunn av resultatet i saken, finner klagenemnda imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.

Det er i lys av disse rettslige rammene at retten skal vurdere om kommunen har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse i denne saken.

Rettsanvendelsen

Retten tar først for seg forsinkelsene. Horten kommune har påberopt flere forhold som må medføre at forsinkelsene ikke kan anses som en vesentlig endring. Når det gjelder forsinkelsene underveis i konkurransen er det vist til punkt 2.4 i konkurransegrunnlaget om tidsramme for anskaffelsesprosessen. Det er vist til at dette er en tentativ fremdriftsplan hvor kontraktsinngåelse skal skje etter avtale med valgt leverandør og at tidspunktene er foreløpige. Dette underbygges ytterligere av pkt. 1.2, 1.3 og 1.4. Det er følgelig ikke slik at 31. oktober 2020 utgjør utgangspunktet for forsinkelse.

KOFA på sin side opprettholder at forskyvning av byggeperioden på over 10 måneder innebærer en endring. Det vises til at det verken var tatt inn noe forbehold om endret kontraktsperiode eller noen endringsklausul som hjemler de endringer som er foretatt. Fra KOFA sin side er det vist til at man ved vurderingen av om det foreligger en endring må sammenligne kontraktsbetingelser, kravspesifikasjon og øvrige forutsetninger som lå til grunn i den kunngjorte konkurransen med den kontrakten som Horten kommune og NCC inngikk. Det anføres videre at det som fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 1.3, 1.4 eller 2.4 endrer dette utgangspunktet.

Som det fremgår av redegjørelsen for de rettslige utgangspunktene ovenfor kan en oppdragsgiver foreta endringer som ikke er vesentlige i en kontrakt, jf. forskriften § 11-2 første ledd. Det fremgår av andre ledd at en endring er vesentlig *«dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten»*.

Partene er uenige om hvordan konkurransegrunnlaget skal forstås når det gjelder sluttfrist og overlevering av kontraktsgjensstanden og om byggeperioden. Dette vil bero på en tolkning av konkurransegrunnlaget. Når det gjelder tolkningen i disse sakene viser retten til kjennelse fra Oslo byfogdembete TOBYF-2017-6772:

Innholdet av konkurransegrunnlaget skal ved offentlige anskaffelser tolkes objekt. Dette fremgår av flere høyesterettsdommer, blant annet Rt-2014-866, hvor det avsnitt 40 flg. heter:

(40) «Partene har utførlig redegjort for sitt syn på hvilke prinsipper som skal anvendes ved tolkingen av kontrakten. Jeg kan imidlertid ikke se at saken reiser nye prinsipielle spørsmål, og jeg skal kort vise til den sammenfatning av de sentrale tolkningsprinsipper som Høyesterett gjorde i Rt-2012-1729 med henvisning til tidligere praksis.

(41) Etter å ha tatt utgangspunkt i at kontrakter i næring mellom profesjonelle parter som utgangspunkt må fortolkes objektivt, heter det i avsnitt 58:

«Ved anbud, der kontraktsgrunnlaget er utarbeidet av den ene parten alene, er det krav om like konkurransevilkår for tilbyderne. Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler

mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold. For at tilbyderne skal kunne konkurrere på like vilkår, må anbudsgrunnlaget – som danner basis for den senere kontrakten – være klart formulert. Uklarhet må i utgangspunktet gå ut over anbudsinnbyderen, som ensidig utformet det grunnlaget tilbydereren må forholde seg til. Er det – til tross for enkelte uklare punkter – etter en objektiv fortolkning likevel klart hva som er ment, må tilbydereren holde seg til dette.»

(42) I avsnittene 66 og 67 understrekes det så at en ved den objektive fortolkning ikke er henvist til en ren ordfortolkning:

«Endelig viser jeg til Rt-2010-961, der Høyesterett i avsnitt 44 uttaler følgende om tolking av entreprisekontrakter:

'Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier. Bestemmelsens ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn.'

I tilknytning til det siterte finner jeg grunn til særlig å presisere at når det nærmere innhold i konkurransegrunnlaget skal fastlegges, vil også systembetragtninger kunne ha betydning, og det vil kunne være nødvendig å se samtlige kontraktsdokumenter i sammenheng.'

(43) Alt dette er tolkningsmomenter som vil være tilgjengelige for alle tilbydere. At slike momenter vektlegges, innebærer dermed ikke noe avvik fra det objektive tolkningsprinsipp. Problemstillingen blir en annen om det skulle legges vekt på den ene parts subjektive oppfatning av kontrakten på avtaletidspunktet. Vektlegging av dette subjektive element ved tolkingen vil det ikke være rom for.»

En objektiv tolkning innebærer imidlertid ikke en ren ordfortolkning. Man må se ordlyden i sammenheng med andre objektive momenter, slik som at vilkårene og konkurransegrunnlaget må leses i sammenheng, systembetragtninger, formålsbetragtninger og konsekvenser av de forskjellige tolkninger. Forutsetningen er dog at disse forhold er synbare for alle tilbyderne, se premiss 43 ovenfor. Det er derimot ikke rom for å vektlegge subjektive tolkningsmomenter som ikke er like tilgjengelige for alle tilbydere. Et forhold som praktiseringen av den tidligere kontakt mellom Statsbygg og Kvantel gir liten veiledning, da denne praktisering ikke er kjent for de øvrige tilbydere.

Retten viser innledningsvis til Dragstens kommentarer til anskaffelsesloven § 4:

Anskaffelsesloven § 4 er en av de viktigste bestemmelsene i regelverket om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen fastsetter grunnleggende krav som gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av loven, og gjelder gjennom hele anskaffelsesprosessen.

Det er på det rene at kravet til forutberegnelighet tilsier et krav om klarhet. En konsekvens av klarhetskravet er at det er oppdragsgiveren som har risikoen for uklarheter med videre i konkurransegrunnlaget, jf. FOA § 14-1 (5). Retten viser til Dragstens kommentarer til

FOA § 14-1 pkt. 7.1 og pkt. 7.2, med videre henvisninger til relevant praksis.
Avslutningsvis i pkt. 7.2 heter der:

Det skal ikke mye tolkningstvil til før oppdragsgiveren har risikoen for konsekvensene av uklarheten. Et eksempel er klagenemndas sak 2005/44 (HelikopterDrift) premiss 29 hvor kravene satt til helikoptrene som skulle anskaffes, ikke dekket oppdragsgiverens reelle behov.

Retten går etter dette over til den konkrete tolkningen av konkurransegrunnlaget i vår sak. Retten vil først vise til de punktene i konkurransegrunnlaget som står sentralt ved tolkningen. Det fremgår av konkurransegrunnlaget under punktet **Alminnelig kunngjøring av konkurranse** Nasjonal kunngjøring pkt. 11.2.7:

Kontraktens varighet

Start: 01.10.2019 / Slutt: 31.10.2020

Videre av Konkurransegrunnlaget del II under pkt. 1.2 og 1.3 fremgår:

1.2. Formål med anskaffelsen

Horten kommune skal oppføre 8 samlokaliserte leiligheter ved Bakkeåsen omsorgsboliger ved Bakkeåsen, Åsgårdstrand. Boligene bygges for unge personer med utviklingshemning. Tomta er under en detaljregulering som skal behandles i kommunestyret.

1.3. Kort om anskaffelsen

Entreprisen utføres ihht. NS8407.

Mer informasjon om detaljreguleringen for Kirkeveien 10 Bakkeåsen, finnes på kommunens hjemmesider og kartportalen. Se rekkefølgebestemmelser for detaljreguleringsplanen.

Anskaffelsen av totalentreprenør gjennomføres med følgende forutsetninger for igangsettelse av prosjektet:

- Detaljreguleringsplanen blir godkjent.
- Det blir gitt offentlige tillatelser.
- Prosjektet har fullfinansiering.

1.4. Avtalens varighet og antall leverandører

Varighet

Byggeperioden planlegges til oktober 2019 – oktober 2020. I kontrakten vil det utarbeides en omforent fremdriftsplan.

Videre i punkt 2.4:

2.4. Tentativ fremdriftsplan

Oppdragsgiver har lagt opp til følgende tidsrammer for prosessen:

Ny tentativ fremdriftsplan for anskaffelsen:

Aktivitet	Tidspunkt
Kunngjøring tilbudskonkurranse	Uke 15
Konkurransperiode	Uke 15-26
Evaluering	Uke 27, 31-35
Dialog/forhandlinger	Uke 32-34
Valg av entreprenør	Uke 36
Kontraktsinngåelse	Etter avtale med valgt entreprenør

Det gjøres oppmerksom på at tidspunktene er foreløpige.

Videre under Del II Tilbudsmappe pkt.4.5:

4.5. Fremdrift og frister

4.5.1. Generelt

Entreprenør utarbeider og vedlegger fremdriftsplan for oppdraget med alle hovedaktiviteter, avhengigheter og milepæler. Entreprenør utarbeider beslutningsplan til byggherre.

4.5.2. Dagmulksbelagte frister

Overtakelse

Sluttfrist for overtakelse av hele kontraktsgjenstanden i henhold til fremdrift i kontrakten er dagmulksbelagt.

Sluttfrist: 31.10.2020

Det er på det rene at det i denne saken ble satt en helt konkret sluttfrist for når for overlevering bygget skulle skje, nemlig 31. oktober 2020. Retten viser til at dette klart fremgår to steder i konkurransegrunnlaget, og fristen dessuten dagmulksbelagt.

Det er betegnende at det andre steder er brukt ord som tentativ, planlagt, foreløpig, omforent fremdriftsplan mv. Men når det gjelder sluttfrist for når bygget skulle overleveres er det ikke tatt inn noen forbehold. Dersom meningen var at det skulle være fleksibilitet knyttet til overleveringen/sluttfristen så er det underlig at kommunen ikke tok inn et konkret forbehold om det. Det er på det rene at oppdragsgiver har stor fleksibilitet når det gjelder å fastsette frister for levering mv. Retten viser til standard skjemaene som benyttes hvor det er listet opp følgende alternativer under punkt 11.2.7 Kontraktens varighet:

Varighet i måneder: [] eller Varighet i dager:

eller Start: (dd/mm/åååå) / Slutt: (dd/mm/åååå)»

Det følger av dette at Horten kommune hadde all mulig anledning til eksempelvis å fastsette en periode for kontraktens varighet, men slik at starttidspunktet for oppstart av

byggearbeidene eksempelvis vil bli fastsatt i den kontrakten som skal inngås med valgte leverandør.

På den annen side er retten enig med kommunen i at formuleringene i konkurransegrunnlaget om planlagt, forbeholdene, forutsetninger mv. slik det er redegjort for ovenfor samlet sett kan trekke i retning av at det var lagt opp til fleksibilitet og følgelig at sluttfristen ikke var fast.

Andreas Støle (Støle) fra kommunen var den som utarbeidet konkurransedokumentene sammen med innkjøpsavdelingen hvor Tallhaug er leder. Støle er sivilingeniør og hadde et halvt års erfaring da han overtok prosjektet i 2017. Han fikk bistand av Tallhaug og gjennomførte også et anskaffelseskurs. Det var han som forfattet innholdet i konkurransegrunnlaget sammen med innkjøpsavdelingen. Han forklarte at han mente sluttfristen 31.10.2020 ville forflytte seg med byggeperioden. Retten forstod Støle slik at han mente at forutsetningene som ble satt for at anskaffelsen skulle gjennomføres (godkjente planer, tillatelser, finansiering mv.), og det øvrige som fremgår av redegjørelsen ovenfor tilsa at det var tilstrekkelig klart at også sluttfristen var fleksibel. Retten finner grunn til å bemerke at det ikke er rom for å vektlegge slike subjektive tolkningsmomenter som ikke er like tilgjengelige for alle tilbydere. For at tilbyderne skal kunne konkurrere på like vilkår må konkurransegrunnlaget være tilstrekkelig klart og utvetydig utformet, slik at alle aktsomme leverandører forstår det nøyaktige innholdet av dokumentene og fortolker dem på samme måte, jf. Rt-2007-1489 (Byggholt) premiss 62.

KOFA har vist til at NCC, HENT og Atlant AS skal ha forstått det slik sluttfristen var 31. oktober 2020. Når det gjelder Atlant AS så er klagen ikke lagt frem for retten, men KOFA har opplyst det skal fremgå av klagen. Når det gjelder NCC og HENT så innga begge revidert tilbud 7. oktober 2019, hvilket var 6 dager etter at byggearbeidene skulle startet. Det har ikke fremkommet at de hadde en konkret oppfatning av at oppstart- og sluttfrist var fast. Etter rettens vurdering kan ikke dette tillegges avgjørende betydning da de fortsatt var i konkurranse og åpenbart hadde et ønske om å vinne konkurransen.

Det er for retten heller ikke dokumentert at noen av tilbyderne skal ha stilt spørsmål til oppdragsgiver eller påpekt uklarheter mv. Retten viser til pkt. 1.8 i konkurransegrunnlaget hvor det vises til at Merzell-portalen skal brukes til spørsmål og innlevering av tilbud. Videre fremgår i pkt. 4.7 fremgår:

4.7. Feil og mangler i konkurransedokumentene

Oppdragsgiver forventer at tilbyderne opptrer i tråd med god tilbudsskikk, herunder melder fra om uklarheter, feil eller mangler i konkurransedokumentene via merzellportalen uten ugrunnet opphold.

Det er heller ikke fremlagt referater fra forhandlingsmøtene 20. og 22. august 2019 som kan si noe om det ble stilt spørsmål om fristen var fast eller ikke mv. Det er heller ikke noen som kunne forklare seg om innholdet i forhandlingsmøtene knyttet til dette. Uansett er det rettens vurdering at det ikke kan trekkes konklusjoner ene og alene basert på at det ikke er stilt spørsmål, da begge tolkninger vil være like sannsynlige.

Når det ligger slik an er det avgjørende for rettens tolkning at de som utarbeidet konkurransegrunnlaget hadde en oppfatning om at byggeperioden/sluttfristen ville forflytte seg sammen med endringer/forsinkelser. Sett i lys av formuleringer for øvrig i

konkurransesgrunnlaget finner retten dette påfallende. Som det fremgår ovenfor er det ellers benyttet formuleringer som tentativ, planlagt, foreløpig, omforent fremdriftsplan mv. Men når det gjelder start og sluttfristen er det lite som tyder spor av at start/sluttfrist var fleksibel. Sett hen til de vurderingene som ble gjort i forbindelse med utarbeidelse av konkurransesgrunnlaget må det kunne legges til grunn at valget om å sette en konkret start- og sluttfrist, og hvor sluttfristen i tillegg var dagmulktsbelagt, var veloverveid og et bevisst valg.

Retten har etter en konkret og objektiv tolkning av konkurransesgrunnlaget kommet til at sluttfristen var absolutt og med overtakelse av hele kontraktsgjenstanden 31.10.2020. Retten er enig med nemnda slik det redegjøres for i vedtaket premiss 75:

Når det gjelder forskyvningen av gjennomføringsperioden, har innklagede anført at dette ikke kan anses som en endring av kontrakten fordi det i konkurransesgrunnlaget fremgikk at innklagede og valgte leverandør skulle bli enige om en fremdriftsplan etter tildeling. Slik klagenemnda forstår det, gjaldt dette oppstart og tidsbruk for de enkelte aktiviteter i byggeprosjektet, og ikke byggeperioden som sådan. I konkurransesgrunnlaget var det angitt at sluttfrist for overtakelse av bygget var dagmulktsbelagt, og denne fristen var satt til 31. oktober 2020. Ettersom sluttfristen er klart definert i konkurransesgrunnlaget, ser ikke nemnda relevansen av innklagedes henvisning til NS 8407 punkt 40.2. Nemnda er videre uenig med innklagede i at konkurransesgrunnlagets punkt 1.4 oppstiller et forbehold – eller en endringsklausul – for byggeperioden, som medfører at forskyvningen ikke kan betraktes som en endring i henhold til forskriften § 11-2 andre ledd

Retten har etter dette kommet til at kommunens anførsel om at det foreligger klar motstrid/uklarhet etter FOA § 8-4 (3) ikke fører frem.

I henhold til revidert fremdriftsplan skulle byggestart skje 18. august 2020 (grunnarbeider) og med overleveringsfrist 6. september 2021. Sistnevnte var også angitt som ny frist for beregning av dagmulkts. Sett hen til overleveringsfristen i den reviderte fremdriftsplanen 6. september 2021 sammenholdt med den dagmulktsbelagte sluttfristen i konkurransesgrunnlaget 31. oktober 2019, innebar dette en forsinkelse på noe over 10 måneder. Det er ikke særlig tvilsomt at dette utgjør en relevant endring.

Kommunen har videre vist til at dersom retten kommer til grunn at det er en endring så anføres at kontrakten har en entydig endringsklausul. Det er vist til at klausulene i kombinasjon med konkurransesgrunnlaget oppfyller kravene i EU-retten, og i alle fall i lys av lovgivers uttalelser for anvendelse av del II. Det vises til Finn Frogne i premissene 36-37.

KOFA på sin side opprettholder at verken punkt 1.3, 1.4 eller 2.4 i konkurransesgrunnlaget oppfyller disse kravene. Heller ikke NS 8407 punkt 31 oppfyller kravene til endringsklausul i § 19-1 (2).

Når det gjelder spørsmål om endringsklausuler for del II så fremgår disse av FOA § 8-12. Bestemmelsen er likelydende med FOA § 19-1 (2). Av Dragsten sine kommentarer til FOA § 19-1 (2) fremgår:

7.2 Vilkårene for at en endringsklausul skal være lovlig

Det følger av anskaffelsesforskriften § 19-1(2) at det er i samsvar med regelverket om offentlige anskaffelser å innta endringsklausuler i kontrakten. En forutsetning er at klausulen(e) angis i anskaffelsesdokumentene.

Kravene en endringsklausul skal være i samsvar med, følger av anskaffelsesforskriften § 19-1(2). Av denne bestemmelsen fremgår det at klausulen skal være klar med hensyn til hvilke endringer som kan foretas. I tillegg skal kontraktens overordnede karakter ikke kunne endres ved bruk av klausulen. Vilåårene stiller etter sin ordlyd svært strenge krav til når en endringsklausul kan anses å være lovlig.

Bestemmelsen er en kodifisering av EU-domstolens praksis, se blant annet sak C-340/02 (Kommissjonen mot Frankrike).

I anskaffelsesdirektivets fortale premiss 111 er det angitt at endringsklausuler ikke må gi oppdragsgiveren et ubegrenset spillerom. Det skal derfor klart fremgå «hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår», jf. anskaffelsesforskriften § 19-1(2) annet punktum.

Klarhetskravet krever at endringsklausulen angir hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang endringene kan foretas, og hva som er vilåårene for endringen. Det må fremgå hvilke omstendigheter som kan utløse bruk av endringsklausulen, og hvordan virkningen av endringen skal fastsettes. Det følger dermed av bestemmelsen at det kun åpnes for endringer på objektive vilkår. Gjelder det for eksempel en prisreguleringsklausul, må prisendringen kunne fastsettes objektivt på grunn av enten prisutviklingen eller på grunn av andre bestemmelser i kontrakten, slik at partene ikke må forhandle om den nye prisen.

Det fremgår av det ovennevnte at det stilles svært strenge krav til hvordan endringsklausuler skal utformes. Når det gjelder ordlyden i de påståtte endringsklausulene så vises til redegjørelsen ovenfor. Retten viser spesielt til at det klart skal fremgå hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Retten viser til Thue m. fl. (2018) hvor det fremgår:

«Både forskriftens og direktivets ordlyd er streng med tanke på kravene til endringsbestemmelser. Det legges opp til nesten absolutt klarhet med tanke på hva som er omfattet, og hva en eventuell endring kan gå ut på, herunder vilåårene for endringen».

Etter rettens syn er endringsklausulene som anføres å foreligge klart ikke tilstrekkelig til å oppfylle de strenge vilåårene. Kommunen har vist til kombinasjonen av forbeholdene, endringen i reguleringsplanen og at del II ikke stiller så strenge krav, så tilsier dette at det foreligger særlig grunn. Det er også vist til at det er tatt inn i konkurransegrunnlaget. Retten ser at Svor i sin artikkel tar til orde for at man må, *kunne se flere bestemmelser og dokumenter i sammenheng når man fastlegger bestemmelsenes nærmere innhold*. Dette står i kontrast til det Thue m.fl. viser til, nemlig at det legges opp til nesten absolutt klarhet. Når kriteriene er så strenge fremstår det for retten som vanskelig at dette kan oppfylles ved å måtte hente opplysninger fra hele konkurransegrunnlaget og sammenstille dette for å kunne fastslå at det foreligger en endringsklausul som alle tilbyderne vil kunne oppfatte likt. Retten viser til anskaffelsesloven § 4 som inneholder grunnleggende krav til offentlige anskaffelser. De grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4 er beskrevet i LE-2021-113410 og retten viser til den avgjørelsen.

Retten viser videre til professor Lasse Simonsens artikkel *Endringer av kontrakter inngått av det offentlige Art. 72 i direktiv 2014/24/EU* fra 2016. Retten viser til pkt. 3.2 *Krav til revisjonsklausulene* hvor det blant annet fremgår:

For det første gjelder det et formalkrav til revisjonsklausulene. Disse skal være «klare, præcise og entydige». Bare da vil de kunne utgjøre en reell premiss i konkurranseforholdet. Ved siden av kravet til klarhet innebærer regelen at det ikke er tilstrekkelig at revisjonsadgangen følger av bakgrunnsretten. La oss ta et eksempel. Ved prosjekteringskontrakter må det antas, helt uavhengig av om det er vist til noen standarder (f.eks. NS 8401: 2010), en ganske vidtgående rett for oppdragsgiver til å pålegge prosjekterende tilleggsoppgaver. Trolig gjelder bare en urimelighetsgrense: Endringen må ikke framstå som urimelig tyngende for den prosjekterende. Eksistensen av et slikt kontraktuelt prinsipp – oppdragsgivers endringskompetanse – er imidlertid ikke nok til å bringe situasjonen inn under art. 72 nr. 1 bokstav a.

Retten finner videre grunn til å vise til det som fremgår av møtereftrat 14. november 2019 ovenfor hvor NCC skulle lage et honorarbudsjettt for å arbeide med å finne besparelser. Det er følgelig klart at det ikke er kommunen som ber om pris på reduksjoner/endringer kommunen ønsker, men at kommunen betalte NCC for å jobbe med dette. Godtgjørelsen for dette var 365 000 kroner. Retten legger etter dette til grunn at endringene ikke skjedde i medhold av en endringsklausul.

Samlet finner retten at de strenge vilkårene for endringsklausuler ikke er oppfylt. Endringen av leveringstidspunkter kan dermed ikke anses lovlig basert på at de er hjemlet i en endringsklausul, jf. forskriften § 28-1 (1) bokstav a.

Kommunen har videre anført at de har varslet om "uforutsette forhold" og at forskriften § 28-1 (1) bokstav d kan anvendes på "mulige" forhold oppdragsgiver ikke har styring på, men ser kan komme. Det er vist til KOFA-2019-30 premiss 38 og 44. Saken gjaldt både forsinkelse for klager og forsinkelse pga. feil i reguleringsplan. Prosessen med feil i reguleringsplan kunne ikke rettes før klagesak var avgjort. Når det gjelder vår sak har kommunen vist til at det er en kombinasjon av at det var varslet og da må det enn mer gjelde når det er noen som klager på reguleringsplanen. Det er anført at feilen som ble oppdaget ved reguleringsplanen var ukjent og det foreligger etter dette ingen unødvendig forsinkelse. Det vises til Jonathan Hjellnes (heretter Hjellnes) fra NCC som forklarte at det ikke var noen unødvendig forsinkelse. Kommunen har for retten også vist til at årsaken til forskyvningen av leveringstidspunktene var klagen fra Atlant, behovet for politisk vedtak om budsjett og at det kom klager på reguleringsplan. Når det gjelder det siste så var dette ikke anført for klagenemnda og ble først påberopt da det ble tatt ut søksmål.

KOFA på sin side har vist til at det var behovet for politisk vedtak om budsjett som tok flere måneder og at dette ikke var en nødvendig endring. KOFA har videre anført at fullstendig kontrakt var utlyst og at det ikke var noen mangler ved denne. KOFA anfører i forlengelsen av dette at kommunen kun hadde et ønske om å få det rimeligere og at dette ikke er omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse.

Det følger av forskriften § 28-1 (1) bokstav d at oppdragsgiver kan gjøre «*endringer som er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse*». Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede karakter ikke blir endret og prisøkningen ikke overstiger 50 prosent av den opprinnelig kontraktsverdien.

Retten viser til KOFA-2019-29 premiss 65:

Bestemmelsen er en gjennomføring av direktivets artikkel 72 nr. 1 bokstav c i norsk rett. Slik klagenemnda leser ordlyden, må behovet for endring være en direkte følge av en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Det oppstilles dermed et krav om årsakssammenheng mellom den uforutsette omstendigheten og behovet for endring. Videre må oppdragsgiver ha opptrådt tilstrekkelig aktsomt.

For å vurdere dette finner retten det nødvendig først å redegjøre for det faktiske hendelsesforløpet. Det er på det rene at det innen tilbudsfristen 28. juni 2019 kom inn tre tilbud. Alle tre tilbudene lå godt over rammen satt i konkurransegrunnlaget på 35 – 40 millioner kroner. Den 20. og 22. august 2019 ble det gjennomført forhandlinger med kvalifiserte tilbydere om revidert tilbud, jf. protokollen. Ved kommunens brev 6. september 2019 meddelte kommunen at Atlant AS ble avvist fra konkurransen. Den 12. september 2019 sendte kommunen ut forespørsel om revidert tilbud til de to gjestående tilbyderne med innleveringsfrist 7. oktober 2019. Både NCC NORGE AS og HENT AS leverte revidert tilbud. Den 19. oktober 2019 kom det inn to klager på detaljreguleringsplanen og den 27. oktober 2019 kom det en tredje. Tildeling av kontrakt til NCC skjedde dagen etter, altså 28. oktober. Det synes å fremgå at det den 23. oktober 2019 ble sendt inn notat til politisk sak 23. oktober og at dette gjaldt justering av ramme. Saken ble behandlet i hovedutvalget for klima, miljø og kommunalteknikk 28. oktober og i formannskapet 5. november. Den 12. november 2019 fattet kommunestyret følgende vedtak:

12.11.2019 Kommunestyret

KOM-155/19 Vedtak:

Saken sendes tilbake til administrasjonen. I første møterunde i 2020 legges det frem en sak som belyser hvordan rimeligere løsninger raskt kan realiseres.

Hensikt: Det er ønskelig å bruke valgt entreprenør uten å gå ut med en ny tilbudskonkurranse. Horten kommune går sammen med entreprenør for å finne besparelser og rimeligere løsninger.

Det fremgår blant annet av vedtaket at det er flere som mener at konkurransen skal *avlyses, omarbeides og det utarbeides en ny tilbudskonkurranse hvor kostnadsbildet reduseres*. Videre fremgår under punktet Justering av ramme:

Administrasjonen har vært kjent med behovet for å øke rammen en periode. Det ble vurdert som mest hensiktsmessig å be om økt ramme i anledning tilbudskonkurransen når en har fått inn tilbudene fra markedet. På denne måten får en vite det konkrete behovet og en slipper å be om justeringer i flere omganger.

To dager senere ble det avholdt møte mellom kommunen og NCC, jf. møtereferat 14. november 2019. Det fremgår av referatet at det skulle være nytt møte 20. november for *ny gjennomgang av overordnede besparelser*. Videre fremgår av møtereferatet:

Frem til februar

Vi kan ikke skrive kontrakt uten finansiering.

Kan vi finne ytterligere besparelser.

- Opsjonslisten i revidert tilbud

- Kjeller løsning

Prioritet på

1. energieffektive og driftbesparende

2. miljø

Besparelsene må være innenfor lovlige endringer for anskaffelsen.

Kan redusere bruk av massivtre, men ikke ta bort alt.

NCC lager et honorarbudsjet for arbeidet med å finne besparelser. Dette skal dekke | kostnader for egne timer og rådgivere timer for å kalkulere besparelser.

- NCC må forlenge vedståelsesfristen for tilbudet.
- Hovedbesparelsen ligger i RIG. Det utarbeides et notat om som sier noe om det er egnet til å alternativ fundamentering.
- Synliggjøre konsekvens for sen oppstart.

Arbeid videre

Ny gjennomgang av overordnede besparelser onsdag 20.11.

Besparelsene bearbeides mer.

Sluttresultat: Et omforent notat om besparelsene og hva de innebærer. Utgått tekst i funksjonsbeskrivelsen markeres.

Lov og forskrift for offentlige anskaffelser

Del II som dette er sier kort noe om endringer i § 11-2. I hovedsak så står det at «ikke vesentlige endringer er tillatt»

I del III § 28-1, så er dette mer forklart. Vi kan legge til grunn at del III kan brukes, og tolkes litt videre i del II.

- Det er forklart at man ikke kan endre overordnet karakter.

- Maks 15 % økning, mens reduksjon kan antagelig være litt større sum.

- Kan ikke gå langt unna kravspek

- Alle absolutte krav må ivaretas.

- Massivtre må beholdes, men mengden kan reduseres

En huskeregel er at dersom ønsket endring var klar før kunngjøring, ville andre leverandører gi inn tilbud? Eller ville andre leverandører kunne vunnet konkurransen?

Den 20. november oversendes *Honorarbudsjet* – *Målpris ned 15%* fra NCC med en kostnad på 365 000 kroner, jf. referat fra møtet. Kommunen bekrefter at de følger det. Av fremlagte dokumenter fremgår at det 9. januar 2020 var møte med Helse og brukerrepresentanter. Retten viser til e-post fra Hjellnes til kommunen ved Andreas Støle 15. januar 2020. Vedlagt e-posten fulgte revidert opsjon fra NCC. Av brevet fremgår en ytterligere besparelsesopsjon på 5 612 422 kroner – fra 41 997 046 kroner til 36 384 624 kroner, alle summer eks. mva. Det ble deretter fremmet sak for kommunestyret 28. januar 2020 hvor det blant annet fremgår:

Alternativ 1 – raskeste realisering på tomta med besparelser

Fra forrige kommunestyrevedtak har kommunen sammen med entreprenør bearbeidet prosjektet for å finne besparelser. Totalrammen er redusert med 10 millioner kroner fra forrige sak. Dette er alternativet som gir raskest realisering med en byggestart sannsynlig våren 2020.

Med hensyn til anskaffelsen (Lov og forskrift om offentlige anskaffelser) kan ikke prosjektet gjøre vesentlige endringer. En har likevel funnet forenklinger og tiltak som gir besparelser.

Besparelser:

- Forenklinger i bygningskropp
- Forenklinger i tekniske løsninger
- Kjelleretasje er fjernet. Flyttet deler av funksjonene til 2. etasje.
- Redusert lagerplass
- Redusert fellesareal
- Forenklet utomhus
- Noe redusert bruk av massivtre

Prosjektet endrer ikke miljø- og bærekrafts kriteriene som er satt i konkurransegrunnlaget. De har en forankring i kommunens klima- og energiplan 2020-2032. Å endre på kriteriene vil regnes som en vesentlig endring i anskaffelsen og vil derfor være i strid med lov og forskrift for offentlige anskaffelser.

Alternativ 2

Dette alternativet medfører å annullere Anbudskonkurransen med valgt entreprenør og bearbeide prosjektet ytterligere for å finne kostnadsbesparelser. Administrasjonen vurderer at dette alternativet ikke svarer ut vedtaket med tanke på rask realisering. Det er også usikkert hvor realistisk det er å finne ytterligere besparelser. Det vil påløpe noen kostnader til ny prosjektering.

Byggestart vil med dette alternativet bli utsatt med ca ett år under forutsetning at endringene ikke medfører krav om ny regulering. Dersom endringene medfører reguleringsendringer vil det bli ytterligere forsinkelser.

Den 26. februar 2020 vedtok et enstemmig Kommunestyre:

1. Prosjektet med rimeligere løsninger realiseres.
2. Ny totalramme 58,375 millioner kroner inkl. mva. vedtas

Retten bemerker at det opprinnelig tilbudet fra NCC var på 44 843 023 kroner, det reviderte tilbud var på 41 997 046 kroner og endelig kontraktssum endte altså på 36 384 624 kroner. Samme dag vedtok kommunestyret i egen sak også å opprettholde vedtaket i sak 132/19, altså at klagen over den detaljerte reguleringsplanen, og saken ble oversendt fylkesmannen. Den 11. mars 2020 ble det inngått avtale mellom partene.

Den 2. april 2020 videresendte Hjellnes hos NCC e-post fra sivilarkitekt Nok Nimakorn hos arkitekt Ola Roald vedlagt oversikt over søknadsmateriale til Støle i kommunen. Av e-posten fra Nimakorn fremgår blant annet:

Ett-trinns søknad

1. Situasjonsplan og situasjonssnitt, se forrige punkt.
2. F01 – redegjørelse/følgebrev kan ARK bidra SØK med info som trengs. Men ARK trenger svar fra PKA om BYA (30% BYA beregnet fra hele tomten eller kun innenfor B-felt) og daglys (er det prosjektert nok daglys for kontoret?), ref mail fra 17/3 kl13 til SØK.

3. B01 – søknad om dispensasjon – se under

Dispensasjon

Vi har hørt at eventuelle søknader om dispensasjon skal ikke være en del av ett-trinns søknad i denne runden (?) Vi kan se at det kan være en del dispensasjonsforhold i prosjektet. **SØK må vurdere om det må søkes dispensasjon og eventuelt om dispensasjonssøknader skal sendes ved nabovarsel eller senere.**

1. Ny situasjonsplan har blitt godkjent av kommune. Se vedlegg for foreløpig situasjonsplan fra LARK. Her under viser prinsipp av ny situasjonsplan som kan innebære noen dispensasjonsforhold fra plankart. Arealformål i farger fra plankart vises nedenfor. SØK kan ta kontakt med LARK for ferdig situasjonsplan og ytterligere info.
 - En del parkeringsareal ligger innenfor B-felt
 - Areal for avfallshåndtering ligger utenfor BRE-felt
 - Utebod flyttes ut fra bygget og ligger delvis innenfor BUT-, BRE-, SPA-felt.
 - Litt grønt areal ligger innenfor SPA-fel
2. Dersom 30% maks tillatt BYA er beregnet fra tomteareal, er tiltakets BYA innenfor det som er tillatt. **Men dersom 30% BYA er beregnet fra kun B-felt, vil tiltakets BYA overskride det som er tillatt. SØK må avklare hvilken er gjeldende, 30% fra tomt eller fra B-felt.**
3. Frittstående utebod har BYA på ca 50m² og er plassert mer enn 1m fra eiendomsgrense. Skal det søkes tillatelse for utebod i samme søknad? Utebod vil også bidra til noe større total BYA for tiltaket.
4. Eventuelt dispensasjon fra daglyskrav for kontoret? Ref mail til SØK fra 17/3.
5. **ARK og LARK kan supplere SØK med nødvendig informasjon slik at SØK kan utarbeide eventuell dispensasjonssøknad.**

Av e-post 17. april 2020 fra Hjellnes til Støle *Vedr reguleringsplanen for Kirkeveien 10* fremgår blant annet følgende:

IG prosess:

- Hadde vært fint å nabovarslet bygget og fått inn søknaden parallelt slik at hvis kommunestyret bekrefter endringen, noe som er stor sannsynlighet for, så kan IG gis ganske umiddelbart etter vedtaket. Bygsak hos kommunen trenger ikke behandle merkander som kommer inn, men henvise til kommunestyrets vedtak.
- Dato for innsendelse av IG.
- Dato for ny igangsettelsestillatelse

Støle svarte på dette 22. april hvor det blant annet fremgår:

Like etter vedtak i kommunestyret kan vi sende ut nabovarsel (2 uker) og deretter byggesøknad. Byggesøknaden blir prioritert. Mener dette ble diskutert i møtet etter påske, at det ikke er mulig å forhåndsinnsende søknad eller nabovarsel før vedtaket foreligger.

Av *Varsel - fristforlengelse og økt rigg og drift pga. omregulering* 22. april 2020 fra Hjellnes til kommunen fremgår:

15.04.2020

På bakgrunn av møte med kommunene 14.04.2020 hvor det fremkommer at det må gjøres endringer av reguleringsbestemmelsene så varsles det fristforlengelse og økte kostnader knyttet til forsinket oppstart. Omfang av dette er ukjent, men kostnader knyttet til rigg og drift, + plunder og heft, ventetid på prosjektleder og formann, samt leie av brakkerigg, LPS og evt. ekstrakrav fra våre UE må forventes lagt inn i regnestykke. Heisleverandør vil det komme LPS på. Det kan også forventes noe ekstra vinterkostnader avhengig av hvor lenge prosjektet blir forsinket. NCC vil gjøre det de kan for å holde disse kostnadene til et minimum.

22.04.2020

Fått oppgitt nye tall for behandling av byggeak. Oppdatert fremdrift. Forsinkelse på ca. 2 måneder. 46 arbeidsdager. Kostnader knyttet til punkt over er uavklart. Ny dagmultbelagt overlevering er 02.09.2021.

Den 6. mai 2020 fattet Fylkesmannen vedtak i klagesaken knyttet til reguleringsplanen hvor klagerne ikke fikk medhold. Dagen etter ble det sendt varsel til berørte om endring av detaljplan med høringsfrist 22. mai 2020 fra pka ARKITEKTER hvor det fremgår:

Det varsles presisering/endringer vedrørende:

- Presisering av grad av utnyttning
- Endret plassering av boder
- Endret plassering av renovasjonsanlegg

Dette varslet gjelder endringer og presiseringer i gjeldende detaljregulering for å tydeliggjøre planens formål som også har sin årsak i nødvendig kostnadskutt i prosjektet som er politisk besluttet, og påfølgende prosjektutvikling.

Videre viser retten til at det i perioden 14. – 20. mai 2020 er e-poster mellom NCC og kommunen vedrørende endringen i reguleringsplanen. Det fremgår av e-post 20. mai 2020 fra Hjellnes til Støle:

Viser til samtale. Ønsker at dere diskuterer og velger et av alternativene under. Dette på bakgrunn av manglene i reguleringsendringen planavdelingen foretok seg så etter påske.

Den 24. juni 2020 fattet kommunestyret vedtak om endring av reguleringsplanen. Den 10. juli 2020 ble det innsendt søknad om tiltak og den 18. august 2020 ble det gitt byggetillatelse.

Som denne gjennomgangen viser er det på det rene at kommunen ikke foretok seg noe i forhold til tilbyderne før det var forhandlingsmøter 20. og 22. august 2019. Dette til tross for at alle tilbudene lå godt over den anslåtte rammen i konkurransegrunnlaget. Retten finner grunn til å bemerke at det ved framlegget om økt ramme fremgår følgende:

Administrasjonen har vært kjent med behovet for å øke rammen en periode. Det ble vurdert som mest hensiktsmessig å be om økt ramme i anledning tilbudskonkurransen når en har fått inn tilbudene fra markedet. På denne måten får en vite det konkrete behovet og en slipper å be om justeringer i flere omganger.

Retten ser det slik at dette kan tilsi at kommunen mente det var kurant å få økt rammen og at man derfor forholdt seg passive helt frem til 20. august 2019 hvor første forhandlingsmøte ble holdt. Gjennom forklaringer fra kommunens representanter har det

kommet frem at prosjektet ikke var en betent sak og at kommunestyret tidligere hadde økt antallet boliger fra 6 til 8. Videre har det også kommet frem at klager på reguleringsplan var forventet og vanlig, og at kommunen i slike tilfeller ikke «kjører» på, men avventer den formelle behandlingen. Det ble bekreftet at kommunen kunne ha gjort det, men at de da risikerer store kostnader med rivning mv. Dersom kommunen stadfester reguleringsplanen må den videre til Fylkesmannen for klagebehandling og der kan det ta inntil seks måneder.

Retten viser i den sammenheng til Kommunal- og distriktsdepartementets *Reguleringsplanveileder* under pkt. 8 *Rettsvirkning og gjennomføringsvirkemidler – erstatning, innløsning og utbyggingsavtaler*:

8.1 Rettsvirkning av reguleringsplan

En vedtatt reguleringsplan er bindende for fremtidig arealbruk i området, jfr. plan- og bygningsloven § 12-4. Det vil si at reguleringsplanen er bestemmende for hvilken rådighet over grunnen som er tillatt eller forbudt. Med «vedtatt» forstås her endelig vedtak i kommunestyret, eller departementets vedtak dersom saken er sendt dit til avgjørelse etter reglene i § 12-13.

Planens virkninger trer i kraft selv om det foreligger klage, med mindre det treffes vedtak om at klagen skal ha oppsettende virkning. Rettsvirkningene av reguleringsplanen vil avhenge av hvilken arealbruk og hvilke reguleringsbestemmelser som er gitt for det aktuelle området. Nye tiltak som nevnt i § 1-6 må også holde seg innenfor reguleringsbestemmelsene som er gitt for området. Som tiltak regnes også annen virksomhet og endring av arealbruk som vil være i strid med arealformål, planbestemmelser og hensynssoner jf. § 1-6. Dersom et nytt tiltak som nevnt i § 1-6 er i strid med reguleringsplanen, innebærer reguleringsplanen et forbud mot å sette i gang tiltaket. Slike nye tiltak vil typisk være oppføring av bygninger og anlegg.

Det følger av dette at kommunen kunne fortsatt prosessen etter planen, noe som også ble bekreftet gjennom forklaringer. Det ble under prosedyren uttalt at kommunen ikke kunne være pliktig til å risikere titalls millioner kroner i bygg, selv om risikoen var liten. Retten peker imidlertid på at Hjellnes tok til orde for at det *Hadde vært fint å nabovarslet bygget og fått inn søknaden parallelt slik at hvis kommunestyret bekrefter endringen, noe som er stor sannsynlighet for, så kan IG gis ganske umiddelbart etter vedtaket*, jf. e-post 17. april 2020. Dette ønsket ikke kommunen.

Retten viser til at avsatt tid til gjennomføring av konkurransen fra tilbudsfristen og til byggestart 1. oktober 2019 var tre måneder. Kommunen anmodet NCC og HENT AS om revidert tilbud først den 12. september og med innleveringsfrist 7. oktober 2019, seks dager etter at byggearbeidene skulle ha startet opp. Sett i lys av det som fremkom gjennom forklaringer fra kommunens representanter synes det klart at kommunen hadde satt av svært knapp tid til gjennomføringen av konkurransen. Det synes ikke i tilstrekkelig grad å ha tatt høyde for klager som man forventet ville komme. Spesielt må dette gjelde da kommunen har den tilnærmingen at man avventer klagebehandling. Det er godt mulig at årsaken til dette var den forståelsen kommunen selv hadde av det som lå i konkurransegrunnlaget, nemlig at fristen for byggestart, byggeperiode og sluttfrist ville forflytte seg sammen med forsinkelsene. Det er ikke avgjørende.

Kommunen har videre påberopt at etter FOA § 28-1 (1) bokstav d kan oppdragsgiver gjøre «endringer som er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse».

Retten forstår det slik at dette gjelder både til klager på reguleringsplanen, behovet for økt ramme og feil som ble oppdaget i den nylig vedtatte detaljreguleringsplan fra 24. september 2019.

Slik retten ser det er det egentlig ikke nødvendig å ta stilling til dette da retten har kommet til at den altoverskyggende årsaken til forsinkelsene var kommunens ønske om redusert pris for prosjektet, slik KOFA har anført. Slik retten ser det var dette en prosess som i realiteten startet allerede ved inngivelse av tilbudene da alle disse i pris lå godt over den antatte rammen i konkurransegrunnlaget. Denne prosessen varte helt frem til 26. februar 2020. Som retten vil komme tilbake til nedenfor viste det seg også at de endringene som ble gjort med bygget nødvendiggjorde dispensasjoner og endringer, i tillegg til at det måtte rettes opp feil i den tidligere vedtatte detaljreguleringsplanen. Det er også slik at det parallelt med prosessen om de økonomiske rammene for prosjektet også kom inn klager på reguleringsplanen. Det viste seg også å være en feil knyttet til BYA som gjorde det nødvendig å endre reguleringsplanen og videre at endringene som NCC foreslo også gjorde det nødvendig med endringer. Til det siste er ikke kommunen enig noe retten kommer tilbake til nedenfor.

Når det gjelder klager fra naboer på reguleringsplanen så var dette åpenbart ikke uforutsett. Det er tilstrekkelig å vise til redegjørelsen ovenfor og det som ble forklart. Under enhver omstendighet er ikke vår sak sammenlignbar med KOFA-2019-30 når det gjelder forbeholdene som ble tatt mv. Retten viser til premiss 2 hvor det redegjøres inngående for forbeholdene og konsekvensene av dette. Videre når det gjelder uforutsette forhold fremgår av premiss 43 og 44:

Innklagede har forklart at bakgrunnen for forskyvningen av kontraktsoppstarten var behovet for en reguleringsendring. Innklagede leverte søknaden om reguleringsendring i juni 2017, med komplettering av søknaden i april 2018. På dette tidspunktet kunne en slik endring godkjennes administrativt av Plan- og bygningsetaten etter fullmakt fra byrådet, og innklagede fikk opplyst fra en saksbehandler i Plan- og bygningsetaten at endelig vedtak ville mottas ved utgangen av juni 2018. Våren 2018 ble Plan- og bygningsetatens fullmakt trukket tilbake av byrådet. Dette medførte at alle saker måtte til politisk behandling. Innklagede ble etter det opplyste ikke varslet om dette. Den 8. mai 2019 ble endelig reguleringsendring offentliggjort. Det er ikke presist opplyst for nemnda når igangsettingstillatelser ble gitt, men dette synes å ha blitt gitt i flere runder noe senere.

Etter klagenemndas syn er dette en endring som må anses som en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Innklagede leverte søknaden om reguleringsendring i god tid før kunngjøringen av anskaffelsen 12. august 2018, og trodde på dette tidspunktet at reguleringsendringen ville foreligge i løpet av kort tid. Det kan stilles spørsmål om innklagede ved kunngjøringstidspunktet, da denne skulle vært vedtatt i juni 2018. Etter nemndas oppfatning var det imidlertid ikke påregnelig for innklagede at reguleringsendringen ville ta elleve måneder mer enn forespeilet. Slik nemnda ser det, har innklagede gjort en forsvarlig vurdering i forkant av kunngjøringen.

Retten kan fullt ut tiltre KOFA sine vurderinger i premiss 84 sammenholdt med det som er sitert fra premiss 43 og 44:

Innklagede har i merknadene til forhåndsvarselet vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2019/30 [KOFA-2019-30]1, hvor oppstart ble forskjøvet med ti måneder uten at dette ble ansett å være en ulovlig direkte anskaffelse. Nemnda fant i denne saken at endringen kunne unntas kunngjøring fordi det var nødvendig som følge av uforutsette omstendigheter, jf. forskriften § 28-1 første ledd bokstav d. Resultatet er konkret begrunnet i lys av de spesielle omstendighetene i saken. Etter nemndas syn har sak 2019/30 [KOFA-2019-30]1 derfor ingen overføringsverdi til vår sak.

Retten er videre enig med KOFA når det gjelder retting av feilen i reguleringsplanen. Det er ikke tvilsomt at det var kommunen som hadde ansvaret for reguleringsplanen og feil ved denne er et forhold som kommunen selv må bære risikoen for. Retten bemerker at detaljreguleringsplanen ble vedtatt 24. september 2019. Til tross for dette ble det oppdaget feil etter relativt kort tid og saken måtte behandles på nytt. Det har gjennom forklaringer fra kommunens kommet frem at dette var helt ukjent og kom ut av det «blå» mv. Støle forklarte at det var byggesaksleder som oppdaget feilen. Retten viser til Hjellnes sin forklaring om at han var i møte med kommunen 14. april 2020 hvor det ble opplyst at det måtte søkes dispensasjon på en nylig vedtatt plan og at dette førte til forsinkelser. Han forklarte at «kommunen glemte å oppdatere utnyttelsen». Retten må legge til grunn at utnyttelsesgrad av en eiendom er et helt sentralt forhold som er relativt vanlig forekommende i forbindelse med anskaffelser. En kommune med egen innkjøpsavdeling og ansatte med god fagkunnskap og erfaring må etter rettens vurdering forventes å ha tilstrekkelig kunnskap til å avdekke slike feil. Retten viser videre til redegjørelsen i e-posten 2. april 2020 fra sivilarkitekt Nimakorn hvor dette behandles. Det ble deretter avholdt et møte mellom kommunen og NCC v/Hjellnes hvor dette var tema. Etter rettens vurdering var ikke feilen ved reguleringsplanen en omstendighet som en *aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse*.

Når det gjelder behovet for økt økonomisk ramme har retten kommet til at også dette var et forhold som ikke var uforutsett. Som det fremgår ovenfor er det blitt forklart at dette ikke var et betent prosjekt, at kommunestyret utvidet antallet boliger mv. og at man på den bakgrunn var trygge på at det ville gå gjennom, noe som viste seg å ikke stemme.

Når det gjelder spørsmålet om hva oppdragsgiver kunne forutse i forhold til å få gjennom søknad om endret økonomisk ramme, må det tas utgangspunkt i hva som kunne forutses av de ansvarlige i kommunens innkjøpsavdeling. Ved den politiske behandlingen legger retten til grunn at den del av administrasjonen som fremmer sak, ikke står i noen særstilling i forhold til eksterne søkere. Det ble bekreftet gjennom forklaringer fra kommunens representanter at de behandles som en vanlig søker og at det kun er formell kontakt. Retten tviler ikke på at innkjøpsavdelingen hadde grunn til å tro at det ville bli gitt økt ramme. På den annen side måtte de ansvarlige for anskaffelsen være klar over de usikkerhetsmomentene som fulgte av at saken skulle behandles politisk og ta dette i betraktning ved planleggingen av konkurransen. Retten legger etter dette til grunn at en aktsom oppdragsgiver kunne forutse at økning av den økonomiske rammen for prosjektet ikke ville bli godkjent ved den politiske behandlingen av saken. Retten viser også til at kostnadsrammen for prosjektet var satt til 35 – 40 millioner kroner ved kunngjøringen. Retten kan ikke se det annerledes enn at også dette var et forhold som tilsa at det ikke var kurant at rammen ville økes og burde vært tatt i betraktning.

Da rammen ikke ble økt og saken ble sendt tilbake til administrasjonen 12. november 2019 ble det umiddelbart tatt kontakt med NCC v/Hjellnes. Det ble avholdt møte 14. november hvor det ble avtalt at NCC skulle se på mulig ytterligere besparelser og at de skulle lage honorarbudsjett for dette. Det er fra kommunen erkjent at man kunne avlyst konkurransen og kunngjort ny konkurranse, men det ble ikke gjort. Det er videre på det rene at det var utlyst en fullstendig kontrakt som ikke hadde mangler. Retten deler følgelig KOFA sitt syn om at det kun var et ønske om å få det rimeligere, noe den etterfølgende prosessen tydeliggjør ytterligere. Som retten har vært inne på ovenfor er det ikke tvilsomt at kommunen kjente til den økonomiske rammen, at tilbudene lå langt over rammen og at det ville bli behov for å endre rammen.

Den videre prosessen med ytterligere besparelser førte til at detaljreguleringsplanen ble endret. Kommunen har bestridt dette og vist til at det kunne vært løst ved dispensasjoner, men det ble tatt et valg om å endre reguleringsplanen. Retten oppfattet det slik at man likevel gjorde det slik fordi man likevel måtte rette opp feil i reguleringsplanen. Uttalelser i vedtaket kan tyde på det motsatte. Når det gjelder bakgrunnen for at endringen kom opp fremgår det av vedtaket:

Bakgrunn (hvorfor kommer saken opp)

«Varslet gjelder endringer og presiseringer i gjeldende detaljregulering for å tydeliggjøre planens formål som også har sin årsak i nødvendig kostnadskutt i prosjektet som er politisk besluttet, og påfølgende prosjektutvikling.»

Endringene har til hensikt å presisere, rette og få samstemt plandokumentene i henhold til prosjektert bygg.

For retten har det ikke avgjørende betydning om det var rettingen av feilen i detaljreguleringsplanen eller behovet for økt økonomisk ramme i forhold til rammene i konkurransegrunnlaget som følge av endring av bygget, da retten i begge tilfeller har kommet til at dette ikke var nødvendige endringer som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse.

I tillegg til forskyvningen av gjennomføringsperioden medførte endringene av bygget for å redusere prosjektets pris at den endelige kontraktsgjenstanden har fått et annet innhold enn det som var kunngjort. Retten viser til KOFAS vedtak premiss 86 og 87 hvor det redegjøres for dette:

Det endelige prosjektet er betydelig redusert i areal sammenlignet med det kunngjorte prosjektet, ved at kjelleretasjen som var prosjektert i det opprinnelige prosjektet er tatt ut. Planløsningene i første og andre etasje har som følge av dette blitt komprimert. I byggets andre etasje er det gjort flere endringer, ved at én av to utvendige trappeopp ganger og svalgangen er fjernet og erstattet med en innvendig trapp og korridorer, samt at terrassen og felleskjøkkenet også er fjernet, og erstattet med tørrlager, teknisk rom, fellesbod og et oppholdsrom. Byggets fasade er også forenklet.

Den endelige løsningen har også redusert bruken av massivtre, som i anskaffelsesdokumentene var fremhevet som et særlig viktig aspekt ved anskaffelsen. Anskaffelsen fokus på massivtre kom til uttrykk i både kvalifikasjonsvurderingen og tildelingsevalueringen, under tildelingskriteriet «Prosjektering bæresystem i massivtre», i tillegg til å være fremhevet i selve kunngjøringstittelen. Det er imidlertid uklart for

klagenemnda hvor stor reduksjonen i bruk av massivtre er sammenlignet med det som var kunngjort.

Det er på det rene at redegjørelsen stemmer overens med det som fremgår av sakens dokumenter og retten legger dette til grunn. Retten viser til at det er oppdragsgiver som setter rammer for hvilken løsning tilbyderne skal konkurrere på og at dette er grunnlaget for den kontrakten som skal inngås. Retten er enig med KOFA i at kommunen i denne saken valgte å sette detaljerte rammer og krav til bygget. Dette gir naturlig nok totalentreprenøren mindre fleksibilitet og byggherren større grad av kontroll. Det kan ikke være særlig tvilsomt at aksept av løsninger som avviker fra de oppstilte rammene innebærer en endring.

Kommunen har stilt spørsmål ved hvilken endring som ble foretatt og i forhold til hva. Det er pekt på at det ikke var inngått kontrakt, men det var inngitt tilbud i konkurransen, med opsjon på de samme endringene. Retten viser på dette punkt til det som er sitert fra kommunens prosesskriv 2. oktober 2022:

De enkelte opsjonspriser som senere ble valgt er i hovedsak de samme som ble gitt av NCC under forhandlingene, og dels er det gitt enda lavere priser. Administrasjonen gikk imidlertid ikke inn for å gå videre med disse opsjonene under forhandlingene, bl.a. av hensyn til at tilbudene i så tilfelle ville bli vanskelige å sammenligne. Dette fordi det ville vært vanskelig å få Hent til å gi tilbud på det samme, uten å røpe taushetsbelagte opplysninger fra forhandlingene med NCC. Administrasjonen hadde også på dette tidspunkt ett håp om at prosjektet kunne bli realisert i tråd med konkurransegrunnlaget og det beste tilbudet.

Retten deler KOFA sitt syn om at dette tyder på at kommunen selv oppfattet at de foretatte endringene ikke var i tråd med konkurransegrunnlaget.

Videre har KOFA vist til prosesskriv fra kommunen 31. august 2022 hvor det fremgår:

Kommunen kunne valgt å fortsette dialogen om alternative løsninger med begge tilbydere. NCC var imidlertid både klart rimeligste tilbyder når opsjoner for prisreduksjon ble hensyntatt, tilbød den beste kvaliteten og var den som hadde vist størst vilje til å faktisk gå inn i detaljprosjektering av bygget for å finne besparelser før kontraktsinngåelse (på egen regning). Det ble derfor valgt å ikke belaste tilbyderne med ytterligere omkostninger ved deltakelse i konkurransen, men foreta tildeling basert på tilbudene på samme løsning.

Videre fremgår på side 11 i samme prosesskriv:

Også Hent fikk mulighet til å komme med besparende løsninger, men deres forslag var såpass langt unna det Kommunen anså å være realistisk å nå frem med, at Kommunen ikke så noe poeng i å belaste Hent med å gå en ny runde.

Det er på det rene at NCC sitt reviderte tilbud 15. januar 2020 innebar en prisreduksjon på 5 612 422 kroner i forhold til "tilbudsprisen" i revidert tilbud 7. oktober 2019. Dette innebar en prisreduksjon på 13,36%. Kommunen har vist til at tilbudet inneholdt en opsjon på prisreduksjon med 4 200 000 kroner som KOFA ikke har kommentert. Endelig prisreduksjon var mindre enn opsjonen – 3 000 000 kroner. En rekke av tilleggene var tilbakeføring av tidligere endringer, og som nulltet ut disse.

Retten viser til premiss 88 i KOFA sitt vedtak:

Prosjektets pris er også endret, ved at kontraktssummen var redusert med i overkant av 5,6 millioner kroner sammenlignet med tilbudsprisen. Innklagede har i merknadene opplyst at det i ettertid er gjort diverse mindre endringer og tiltak i forbindelse med oppføringen av bygget, som i sum har medført at innklagede har betalt i overkant av 2,6 millioner kroner i merkostnader. Klagenemnda følger ikke innklagedes resonnement om at de senere påløpte merkostnadene trekker i retning av at endringene faktisk ble av et mindre omfang enn man inngikk kontrakt om. Uten at nemnda har funnet grunn til å vurdere dette nærmere, synes innklagedes redegjørelse tvert imot å indikere at summen av endringer etter tildeling har blitt mer omfattende. Forholdet mellom reduksjonen av kontraktsgjenstanden og den begrensede reduksjonen i pris trekker videre i retning av at den økonomiske balansen er forskjøvet i valgte leverandørs favør. Det vises i den forbindelse til at innklagede har opplyst at reduksjonen av prosjektet bare har gitt reduksjon i prisen på rundt syv prosent.

Retten finner det klart at kommunen tildelte kontrakten basert på konkurransen og uten opsjoner, jf. forklaringer. Det er på det rene at da kommunestyret ikke økte rammene 12. november 2019 ble NCC umiddelbart innkalt til møte, jf. gjennomgangen ovenfor. Etter dette ble det inngått endelig avtale etter at prosjektet ble redusert i omfang, jf. avtalen med NCC 11. mars 2020. Retten kan etter dette fullt ut tiltre det som fremgår av nemndas vedtak i premiss 88.

Videre finner retten grunn til å peke på at kommunen har vist til at tilleggene (meromkostningene) *var tilbakeføring av tidligere endringer, og som nullet ut disse*. Dersom det etableres slike ordninger er det rettens vurdering at det vil kunne åpne for arrangementer mellom oppdragsgiver og utvalgte leverandør. Generelt kan dette føre til at den økonomiske balansen forskyver seg til fordel for leverandøren. Tilknyttet dette viser retten til at det fremgår av vedtaket i kommunestyret da det ble besluttet å sende saken tilbake til administrasjonen:

Hensikt: Det er ønskelig å bruke valgt entreprenør uten å gå ut med en ny tilbudskonkurranse. Horten kommune går sammen med entreprenør for å finne besparelser og rimeligere løsninger.

At det har skjedd i denne saken har ikke retten tilstrekkelig grunnlag for å si. Retten peker videre på at det fremgår av vedtaket at det var flere som mente at konkurransen skulle vært avlyst.

Retten viser til at det kun var NCC som tilbød konkrete løsninger og at kommunen betalte NCC 365 000 kroner for å jobbe med reduksjoner. Retten er enig med KOFA i at det ikke er slik en konkurranse skal gjennomføres. Når det bare var NCC som kunne foreslå besparelser og prise disse uten noen form for konkurranse, tilsier også det det en fare for at prisbalansen ble annerledes.

Retten viser videre til at det er forhold som tyder på at endringene er av en slik karakter at andre leverandører kunne ha utformet sine tilbud annerledes eller ville ha nådd opp i konkurransen. Retten peker på at det var svært tett mellom tilbyderne og det skilte 0,28 poeng totalt og 226 747 kroner på tilbyderens tilbudspris. Retten finner det videre underlig at HENT ikke er nevnt i sakens dokumenter og eventuelt deres anledning til å inngi nytt tilbud. Som det fremgår av det som er sitert fra kommunens prosesskriv var Hent sitt forslag *såpass langt unna det Kommunen anså å være realistisk å nå frem med, at Kommunen ikke så noe poeng i å belaste Hent med å gå en ny runde*. Tallhaug forklarte i retten at de kunne gått flere runder etter at både NCC og HENT hadde inngitt reviderte

tilbud 7. oktober 2019. Det ble ikke gjort fordi man mente de hadde fått frem det viktige og at det ikke var noe som var uklart.

KOFA har vist til at det synes som om kontrakt ble tildelt under forutsetning av at kommunen og NCC skulle reforhandle fastsatte løsninger for at tilbyders pris kunne komme ned på et akseptabelt nivå og samtidig utsette kontraktgjennomføringen til kommunen besluttet å finansiere i tråd med den endrede avtalen. Som det vil ha fremgått av rettens gjennomgang ovenfor er det på det rene at budsjettammen var betydelig overskredet allerede ved de innsendte tilbudene 28. juni 2019. Til tross for dette anmodet kommunen om revidert tilbud fra tilbyderne først 12. september 2019, altså 2 ½ måned etter tilbudsfristen og med innleveringsfrist 7. oktober 2019. Den 23. oktober 2019 er det registrert hos kommunen at det kom inn *notat til politisk sak*. og at dette gjaldt justering av rammen. Som redegjørelsen over viser kom det inn tre klager på detaljreguleringsplanen, den siste 27. oktober 2019. Dagen etter den 28. oktober 2019 ble NCC tildelt kontrakten. Umiddelbart etter at kommunestyret i møte 12. november 2019 ikke økte rammen og sendte saken tilbake til administrasjonen ble det avholdt møte mellom kommunen og NCC 14. november. Den 15. januar 2020 sendte NCC inn nytt revidert tilbud. Den 26. februar 2020 ble det fattet vedtak i kommunestyret om justering av rammen. Samme dag opprettholdt kommunestyret vedtaket om detaljert reguleringsplan og oversendte saken til Fylkesmannen 6. mars 2020. Etter dette ble det inngått avtale mellom partene 11. mars 2020. Gjennomgangen underbygger at det synes som om kontrakt ble tildelt under forutsetning av at kommunen og NCC skulle reforhandle fastsatte løsninger for at prosjektprisen kunne komme ned på et akseptabelt nivå.

Retten finner etter dette at det klart at både forskyvningen av byggeperioden/overtagelse og de endringene som ble gjort i valgte leverandørs tilbudte løsning klart utgjør endringer av kontrakten, jf. forskriften § 11-2 andre ledd.

Det har også vært et tema i retten hvorvidt De minimis-regelen i FOA § 28-1 bokstav b) kan anvendes på prisreduksjoner og ikke bare på prisøkninger slik det fremgår av bestemmelsen. Selv om dette spørsmålet ikke kommer på spissen i vår sak så viser retten til at teorien synes å legge til grunn at spørsmålet er usikkert, men at man har falt ned på at det også gjelder prisreduksjoner, jf. Dragsten, Thue og Beate Gulbrandsen Seniorrådgiver, Nærings- og fiskeridepartementet og Oda Hellenes Ekre, Senioradvokat, Advokatfirmaet Wiersholm AS i sin merknad 2 til bestemmelsen på Karnov.

Dette spørsmålet kommer som nevnt ikke på spissen i vår sak da retten under enhver omstendighet har kommet til at det foreligger vesentlige endringer etter FOA § 28-2. Retten viser til Karnov note 1 til bestemmelsen oppdatert pr. 26. januar 2023:

Paragraf 28-2 regulerer hvilke endringer som anses som vesentlige og derfor ikke er tillatt.

Vurderingstemaet er om en endring medfører at «innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten».

Utgangspunktet for vurderingen er en sammenligning av den opprinnelige kontrakten og kontrakten etter endringen.

Dersom en kontrakt anses som vesentlig endret, kan den ikke gjennomføres uten at det foretas en ny konkurranse for den.

Vurderingen av om en endring er vesentlig, beror på en konkret helhetsvurdering av kontrakten før og etter endringen. Det sentrale vurderingsmomentet er om kontrakten, etter at endringene er gjort, i realiteten er å anse som en ny kontrakt, slik det ble fremholdt i sak C-454/06 (Presstext). I denne vurderingen er en rekke momenter relevante. I Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser P-2017-933 punkt 40.3 er det angitt at blant annet følgende momenter er relevante: bakgrunnen for behovet for endringen, tidspunktet for gjennomføring av endringen og kontraktens kompleksitet.

Dersom det er gjort flere endringer, som hver for seg ikke er vesentlige, kan endringene samlet sett likevel være vesentlige. Det må derfor også gjøres en helhetsvurdering av alle endringer som gjøres.

Når det gjelder det rettslige utgangspunktet for vesentlighetsvurderingen viser retten til det som er sitert fra Karnov. Videre er retten enig med KOFA sitt vedtak slik det fremkommer i premissene 77 og 78:

Hvorvidt en endring er vesentlig, beror på en konkret vurdering. Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at de rettslige rammene for vesentlighetsvurderingen i forskriftens del III vil være av rettslig relevans ved vesentlighetsvurderingen etter forskriftens del II. Det er likevel slik at adgangen til å gjøre endringer i kontrakter som følger forskriftens del II etter omstendighetene vil kunne være noe videre, se i den forbindelse også Forenklingsutvalgets flertall i NOU 2014:4 på side 140.

Oppdragsgiver kan ikke gjøre endringer som, om de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at forholdet kunne endret konkurransens utfall, se til sammenligning forskriften § 28-2 bokstav a. Også endringer som består i en reduksjon av kontraktens omfang eller kompleksitet, kan dermed være vesentlige, dersom endringene er egnet til å påvirke deltakerinteressen eller utfallet av konkurransen. Se til sammenligning EU-domstolens avgjørelse i sak C-549-14 Finn Frogne, avsnitt 29

Som det fremgår skal retten foreta en helhetsvurdering av alle endringene. Endringene som er foretatt er gjennomgått ovenfor. Spørsmålet for retten er om disse endringene samlet sett innebærer at innholdet i kontrakten er vesentlig forskjellig fra den kunngjorte kontrakten, jf. FOA § 11-2 andre ledd.

Oppsummert har retten kommet til at sluttfristen for overtagelse av kontraktsgjenstanden er forskjøvet med over 10 måneder, og at dette i all hovedsak skyldtes behovet for politiske beslutninger i kommunestyret som følge av at NCC sitt opprinnelige reviderte tilbud overskred prosjektets totalramme. Dette endte med at kommunestyret besluttet at prosjektets kostnadsramme skulle reduseres, som igjen medførte et behov for å endre reguleringsplanen og å gjøre endringer i valgte leverandørs tilbudte løsning. Det er for retten godt dokumentert at endringene som ble gjort for å redusere prosjektets pris, i tillegg til å forskyve byggeperioden, også førte til at den endelige kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som var kunngjort. Retten viser til KOFA sitt vedtak premiss 86. I tillegg til dette førte dette også til at den endelige løsningen innebar redusert bruk av massivtre, noe som var fremhevet i konkurransegrunnlaget som et særlig viktig aspekt. Det

er opplysninger i de fremlagte dokumentene som tilsier at reduksjonen ikke var helt ubetydelig. Prosjektets pris er også endret ved at kontraktssummen var redusert med 5 612 422 kroner sammenlignet med tilbudsprisen.

Etter en samlet vurdering av alle endringene er ikke retten i tvil om at innholdet i kontrakten er vesentlig forskjellig fra den kunngjorte kontrakten og det foreligger følgelig en vesentlig endring, jf. avtalen med NCC. Etter bevisføringen kan retten fullt ut slutte seg til det som fremgår av KOFAS vedtak premiss 86:

Samlet sett har prosjektets omfang blitt betydelig redusert, samtidig som oppstart har blitt utsatt med mer enn ti måneder. Klagenemnda bemerker at leverandørers tilgjengelige kapasitet stadig endrer seg og at prosjektets reduserte omfang ville muliggjort andre løsninger enn de tilbudte. Sett i lys av dette finner nemnda det sannsynliggjort at andre leverandører kunne ha deltatt i konkurransen, eller at tilbudene i konkurransen kunne vært annerledes utformet, dersom det var prosjektet i sin endelige form som var blitt kunngjort. For nemnda har det vært avgjørende at endringene i innhold – både i relasjon til endringer i bygget og forskyvningen av gjennomføringsperioden – i sum gjør at kontrakten er vesentlig endret. Etter nemndas oppfatning er forutsetningene for å delta i en konkurranse om den endelige kontrakten, vesentlig annerledes enn rammene for å delta i den anskaffelsen som var kunngjort. Den inngåtte kontrakten er dermed vesentlig forskjellig fra den kunngjorte kontrakten, jf. § 11-2 andre ledd. Innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Retten legger som nemnda til grunn at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Skyldkravet

Anskaffelsesloven § 12 første ledd første punktum fastsetter at overtredelsesgebyr skal ilegges dersom oppdragsgiveren eller noen som har handlet på dennes vegne «forsettlig eller grovt uaktsomt» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Anskaffelsesloven § 12 første ledd andre punktum fastsetter videre at nemnda «kan» ilegge overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne «uaktsomt» har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Det er ikke ført bevis for at Horten kommune, eller noen som handlet på vegne av kommunen, visste eller holdt det for overveiende sannsynlig at de foretok en ulovlig direkte anskaffelse. Det kan følgelig ikke legges til grunn at Horten kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse med viten og vilje. Det kan ikke legges til grunn at de har opptrådt forsettlig.

Retten viser til LB-2021-36870 hvor Borgarting lagmannsrett uttaler:

Adgang og plikt for Klagenemnda for offentlige anskaffelser til å ilegge overtredelsesgebyr for forsettlige eller grovt uaktsomme ulovlige direkte anskaffelser ble innført ved anskaffelsesloven 1999 § 7b. I Ot.prp.nr.62 (2005–2006) om lov om endringer i anskaffelsesloven 1999 side 26 presiserte departementet

at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsomt. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt. Det presiseres for øvrig at det ikke er et krav om at en enkelt person har handlet forsettelig eller grovt uaktsomt, men at det også kan være feil begått på forskjellige plan i oppdragsgiverens organisasjon, og som hver for seg ikke kan karakteriseres som grovt uaktsomme, men som samlet sett gjør at oppdragsgiveren må sies å ha opptrådt grovt uaktsomt.

Denne ordningen varte frem til 1. juli 2012 da kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr ble overført til domstolene ved endringslov 11. mai 2012 nr. 25, jf. anskaffelsesloven 1999 § 14. Etter denne bestemmelsen skulle domstolene ilegge overtredelsesgebyr på objektivt grunnlag som første instans. Det var imidlertid få saker om overtredelsesgebyr for domstolene. I forbindelse med implementeringen av direktiv 2014/24/EU og innføringen av gjeldende anskaffelseslov, foreslo derfor departementet at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr i første instans skulle tilbakeføres til nemnda. Departementet foreslo videre at gebyret skulle kunne ilegges på objektivt grunnlag, jf. for eksempel Prop.51 (2015–2016) side 66. Under stortingsbehandlingen fikk imidlertid ikke forslaget om at gebyret skulle kunne ilegges på objektivt grunnlag støtte, noe som er begrunnet slik av komiteen i Innst.358 L (2015–2016) side 27:

K o m i t e e n vil understreke at ileggelse av overtredelsesgebyr er riktig når det foreligger grov uaktsomhet eller forsett, slik reglene var i den nå opphevede anskaffelsesloven § 7b. K o m i t e e n viser til at det nå legges til grunn en strengere praksis enn tidligere ved at det foreslås at unnløstelse av å ilegge gebyr bare skal skje i unntakstilfeller. Det legges videre opp til at gebyret kan unngås ved å inngå intensjonskunngjøring. K o m i t e e n mener at den oppdragsgiver som gjør det som er nødvendig for å unngå eller avverge tap, ulempe, skade eller feil, ikke automatisk skal ilegges overtredelsesgebyr, og at det vil være unødvendig komplisert at denne aktsomme oppdragsgiver må publisere en intensjonskunngjøring for å være sikker på å unngå overtredelsesgebyr. En slik praksis vil kunne føre til at det går inflasjon i unødvendige intensjonskunngjøringer. K o m i t e e n mener KOFA bør utvise skjønn i den konkrete sak, herunder vurdere oppdragsgivers aktsomhet, knyttet til ileggelsen av et eventuelt overtredelsesgebyr. K o m i t e e n ber regjeringen komme tilbake til Stortinget med forslag til lovtekst tilpasset dette.

Lagmannsretten kan ikke se at forarbeidene gir noen nærmere redegjørelse for innholdet i de gjeldende formuleringene om skyld som nå er inntatt i anskaffelsesloven § 12 første ledd første og andre punktum.

Etter lagmannsrettens syn er det i denne saken ikke nødvendig å trekke noen strikt grense mellom terskelen for grov uaktsomhet og alminnelig uaktsomhet. Ved vurderingen må det under enhver omstendighet tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og innsikt, slik som det blant annet ble fremhevet i Ot.prp.nr.62 (2005–2006) side 26.

Det kan riktignok være slik at anskaffelsesregelverket er komplekst, slik som blant annet tingretten fremhever. Etter lagmannsrettens syn er det imidlertid klart at kontraktene som politidistriktene inngikk var «liknende kontrakter» selv om de gjaldt tolking på ulike språk. Det er videre på det rene at politidistriktene ikke gjorde noen nærmere undersøkelser eller

forsøk på å avklare om anskaffelsene var i strid med regelverket. Politidistriktene henvendte seg videre til bare ett tolkebyrå og inngikk over flere år kontrakter med dette tolkebyrået til verdier som langt overstiger terskelverdiene. Lagmannsretten er derfor ikke i tvil om at politidistriktenes ulovlige direkte anskaffelser var grovt uaktsomme

Det følger av redegjørelsen at offentlige oppdragsgivere forutsettes generelt å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser. Videre fremgår at det ikke er noen høy terskel for å konstatere grov uaktsomhet. Dette er fremhevet i nevnte forarbeider på side 26, jf. det som fremgår av det siterte fra Borgarting lagmannsretts dom. Det må derfor generelt stilles relativt strenge krav til oppdragsgiverens aktsomhet. Retten er enig med KOFA i at kunngjøring av anskaffelser er i kjernen av anskaffelsesregelverket, og at forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i kontrakter skal sikre at kontrakter som inngås har det innholdet leverandørene ble gjort kjent med gjennom kunngjøringen.

Det er fra kommunen anført at det ikke foreligger noen veiledning fra lovgiver om hva som skal inngå i vurderingene. Det er eksempler i praksis på at endring fra varer til tjenester, nybygg til rehabilitering av annet bygg osv. I vår sak er det eventuelt en kombinasjon av forsinkelse og endringer. Når det ikke er gitt retningslinjer anføres det at man da ikke kan være grovt uaktsom. Det er også vist til at det er en 15 % regel og at det ikke er andre relevante tolkningskilder som er enig med KOFAs vurdering. KOFA er strengere enn teorien har lagt til grunn for del III.

Retten kan slutte seg til KOFA sine bemerkninger om at skyldvurderingen relaterer seg til det samlede beslutningsgrunnlaget kommunen hadde på kontraktsigneringstidspunktet. Spørsmålet er da om kommunens beslutning om å inngå kontrakten minimum kan karakteriseres som uaktsom, sett hen til det samlede bildet av endringer som var foretatt på dette tidspunktet.

Videre viser retten til det som uttales i premiss 95:

I denne saken har oppdragsgiver inngått en kontrakt som i innhold og tidspunkt for gjennomføringsperioden skiller seg vesentlig fra det som var kunngjort. Både endringenes omfang og regelverkets forbud mot vesentlige endringer var noe innklagede hadde et bevisst forhold til før kontrakt ble signert. Klagenemnda viser i den forbindelse til at endringene ble behandlet av kommunestyret, hvor det ble fremmet et forslag om å avlyse konkurransen og bearbeide prosjektet ytterligere. Innklagedes opptreden må derfor karakteriseres som grovt uaktsomt.

Retten tiltrer disse vurderingene. I tillegg viser retten til at kommunen ikke gjorde spesifikke undersøkelser eller forsøk på å avklare om anskaffelsene var i strid med regelverket, som eksempelvis å ta kontakt med en advokat. Dette til tross for at kommunen benyttet advokat knyttet til avvisningen av Atlant AS og hadde all mulig oppfordring og anledning til å ta opp dette med advokaten. Det er videre på det rene at kommunen flere

steder i dokumentene har vist til at det ikke kan gjøres vesentlige endringer, men det er fravær av hvilke konkrete overveielser kommunen gjorde opp mot den situasjon de var i. Når det gjelder spørsmålet om anvendelsen de minimis-regelen på prisreduksjoner i del III så har ikke retten funnet det nødvendig å ta stilling til dette. Retten finner grunn til å peke på at en betydelig prisreduksjon uansett er en endring som i alle tilfelle må tas i betraktning ved vurdering av om det foreligger vesentlige endringer. I vår sak er det gjort til dels omfattende endringer av bygget som innebar en betydelig prisreduksjon. I tillegg til dette var det også en forskyvning av sluttfrist/byggeperiode på over 10 måneder. Som retten har vært inne på ovenfor må det foretas en helhetsvurdering av alle endringer som gjøres. Enten De minimis-regelen kommer til anvendelse eller ikke så må uansett prisreduksjonen inngå i helhetsvurderingen av om det foreligger en vesentlig endring. Som retten har vist til ovenfor er det ikke redegjort for dette.

Retten har etter dette kommet til at kommunens opptreden samlet sett må karakteriseres som grovt uaktsomt. Det skal etter dette ilegges et gebyr.

Utmålingen av gebyret

Ved fastsettelsen av gebyrets størrelse skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd første punktum. Gebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje ledd andre punktum.

Det følger av flere avgjørelser fra KOFA at gebyret normalt settes til ti prosent av anskaffelsens verdi i saker hvor det hverken foreligger særlig formildende eller skjerpene omstendigheter. I denne saken kan ikke retten se at det foreligger formildende omstendigheter av betydning. Retten har etter dette kommet til at gebyret settes til 10% altså til 3 900 000 kroner, det samme som KOFA kom til.

Sakskostnader

Klagenemnda for offentlige anskaffelser har vunnet saken og har i utgangspunktet krav på full erstatning fra motparten for sine nødvendige og rimelige sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd, jf. første ledd, jf. § 20-5 første ledd.

Staten v/Klagenemnda har krevet seg tilkjent sakskostnader inkludert utlegge med til sammen 556 097 kroner. Horten kommune ved advokat Hauger anfører at forbruk av timer fra inngitt tilsvarende til hovedforhandlingen er for høyt. Det er vist til at han selv har arbeidet 121 timer i denne perioden, mens KOFA har et timeforbruk på 161,75 timer i samme periode. Det må kunne legges til grunn at arbeidet for saksøker må ha vært mer omfattende enn det KOFA hadde. For det første vises til det faktum at man er saksøker, noe som

normalt krever mer arbeid. Videre viser retten til at kommunen førte fem vitner for retten, noe som krever mer tid til forberedelse. Sett i lys av dette er retten enig i at et timeforbruk på 40 timer mer enn det kommunen brukte fremstår for høyt. Retten finner at salærkravet inkludert utlegg for Staten v/Klagenemnda for offentlige anskaffelser reduseres skjønnsmessig til 475 000 kroner.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er stor arbeidsbelastning, sykdom og at dommen har vært krevende å skrive. Det har også vært behov for å sette seg inn i et omfattende og sammensatt regelverk. Prosessfullmektigene har blitt holdt orientert om dette.

DOMSSLUTNING

1. Staten v/Klagenemnda for offentlige anskaffelser frifinnes i søksmål om gyldighet av overtredelsesgebyr mot Horten Kommune i sak 2020/658.
2. Horten kommune erstatter sakskostnadene til Staten v/Klagenemnda med 475 000 - firehundreogsyttifemtusen – kroner senest 2 – to – uker etter forkynning av dommen.

Retten hevet

Stig Olav Sletten

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling dersom anken ikke reiser spørsmål av betydning utover den aktuelle saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. Anken kan også nektes fremmet dersom den reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.