



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avklaring eller retting av tilbud. Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Ettersending/supplering. Forhandlingsforbud. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om totalentreprise for ny barnehage på Sunndalsøra. Klager anførte at valgte leverandør og en annen leverandør skulle vært avvist fra konkurransen, at innklagede har opptrådd i strid med forhandlingsforbudet og at det er foretatt en vesentlig endring av kontrakten som innebærer en ulovlig direkte anskaffelse. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. november 2025 i sak 2024/1733

Klager: Veidekke Entreprenør AS

Innklaget: Sunndal kommune

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hanne Torkelsen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Sunndal kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 6. mars 2024 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for ny barnehage på Sunndalsøra. Anskaffelsens verdi var ikke estimert, men anskaffelsen var kunngjort etter anskaffelsesforskriften del III. Tilbudsfrist var 26. april 2024, men ble senere utsatt til 8. mai 2024.

(2) Det fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 5.2 at:

«Dersom leverandør (hovedleverandør) støtter seg på andre virksomheter for å oppfylle et eller flere kvalifikasjonskrav, skal leverandør oppgi dette i ESPD-skjemaet del II Opplysninger om leverandør. Videre skal leverandøren dokumentere at han råder over de nødvendige ressursene, ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra disse virksomhetene. I tillegg må det leveres separat ESPD-skjema fra den/de aktuelle støtteleverandøren(e).»

(3) Det fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 5.3.3 at det ikke krevdes innlevert skatteattest ved tilbudsinnlevering, og at «Oppdragsgiver vil, før tildeling, be leverandør som innstilles til kontraktsinngåelse om å dokumentere krav til skatteattest.»

(4) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 5.4 at leverandørene skulle bekrefte oppfyllelse av kvalifikasjonskravene i ESPD-skjema, og at:

«Det skal ikke leveres dokumentasjon i forbindelse med tilbudet. Oppdragsgiver vil, før tildeling, be leverandør som innstilles til kontraktsinngåelse om å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene i henhold til angitte dokumentasjonskrav.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (5) I konkurransegrunnlagets punkt 5.4.3 («Kvalifikasjonskrav – Faglig og teknisk kompetanse») var det blant annet stilt følgende krav:

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon
<i>Leverandør skal oppfylle kravene som gjelder for å kunne erklære ansvarsrett for SØK, PRO og UTF i tiltaksklasse 2 iht. byggesaksforskriften (SAK10) kapittel 9 til 11 for fagområdene:</i> <u>Ansvarlig søker SØK*:</u> • SØK <u>Prosjektering PRO*:</u> • Arkitektur • Veg-, utearealer og landskapsutforming • Varme og kuldeinstallasjoner • Ventilasjons- og klimainstallasjoner <u>Utførelse UTF*:</u> • Plastøpte betongkonstruksjoner • Tømrerarbeider og montering av trekonstruksjoner • Varme- og kuldeinstallasjoner • Ventilasjon- og klimainstallasjoner	<i>Leverandør kan godgjøre at kvalifikasjonskravet oppfylles på en av følgende to måter:</i> <i>Gjeldende sentral godkjenning for nevnte ansvarsrett og tiltaksklasser for nevnte fagområder:</i> eller <i>annen dokumentasjon som sannsynliggjør at leverandørens [sic] oppfyller kravene for å kunne erklære ansvarsrett i tiltaksklasse 2 for ovennevnte ansvarsområder herunder redegjøre for at leverandøren har et godt og velfungerende kvalitetssystem som ivaretar kravene i SAK10.</i> <i>*) Det er oppgitt kvalifikasjonskrav til et utvalg fagområder, som byggherren anser som viktige, og som derfor inngår i kvalifiseringen. Kontrakten vil omfatte flere fagområder, og er således ikke begrenset til kvalifiserende fagområder.</i>

- (6) Tildelingskriteriet i konkurransen var «Vederlag».
- (7) I konkurransen ble det stilt spørsmål om det var riktig forstått at dokumentasjon for kvalifikasjonskravene ikke skulle vedlegges tilbudet. Innklagede bekreftet at det kun skulle krysses av i ESPD-skjema og at dokumentasjon ikke skulle vedlegges tilbudet.
- (8) Innklagede mottok tilbud fra fem leverandører innen tilbudsfristen, herunder fra Veidekke Entreprenør AS (heretter *klager*) og LAG Entreprenør AS. Én av tilbyderne ble avvist på grunn av forhold ved tilbudet.
- (9) Innklagede fikk inn følgende pristilbud:

Veidekke entreprenør AS	LAG Entreprenør AS	Consto AS	B & B Entreprenør AS
107 858 185	103 649 159	103 890 006	114 015 277

- (10) LAG Entreprenør AS svarte «*Nei*» i ESPD-skjemaet på om leverandøren støtter seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene.
- (11) Videre svarte LAG Entreprenør AS «*Ja*» på om de hadde til hensikt å bruke underleverandør til å oppfylle kontrakten, og leverte ESPD-skjema for Aircomfort Trøndelag AS, Archus Arkitekter AS, Komfortbutikken Rørsenteret AS og G&E Entreprenør AS.
- (12) Consto AS svarte «*Nei*» i ESPD-skjemaet for fremlegging av skatteattest.
- (13) Den 31. mai 2024 ba innklagede LAG Entreprenør AS om forpliktelseserklæring fra leverandørene det var levert ESPD-skjema for, samt dokumentasjon på kvalifikasjonskravene.
- (14) Valgte leverandør sendte inn den etterspurte dokumentasjonen.
- (15) Kontrakt ble tildelt LAG Entreprenør AS (heretter *valgte leverandør*) i tildelingsbrev datert 17. juni 2024. Consto AS ble rangert som nummer to og klager ble rangert som nummer tre i konkurransen.
- (16) Klager klagde på tildelingen i brev datert 1. juli 2024. Innklagede tok ikke klagen til følge i brev datert 19. juli 2024.
- (17) Klager klaget på nytt til innklagede i brev datert 6. august 2024. Innklagede tok heller ikke denne klagen til følge i svarbrev datert 13. september 2024.
- (18) Valgte leverandør fikk en utvidet vedståelsesfrist til 8. oktober 2024 i forbindelse med klagebehandlingen.
- (19) Det ble holdt kontraktavklaringsmøter mellom valgte leverandør og innklagede 15. august 2024, 3. september 2024 og 13. september 2024.
- (20) Det fulgte av referat fra møtene at valgte leverandør på det første møtet ble bedt om å legge fram en innsparingsliste, med bakgrunn i at kostnader måtte reduseres i prosjektet dersom det skulle gjennomføres innenfor vedtatt kostnadsramme. Valgte leverandør sendte over en liste med kostnadsbesparende justeringer som summerte seg til totalt 3 870 500 kroner ekskl. mva.
- (21) På det tredje møtet fremgikk det av referatet at innklagede har prioritert endringer dokumentert i liste som vedlegges kontrakten, og at «*Fradraget på 3 305 000 ekskl. mva bestilles som endring etter kontrakt*». I listen inngikk også en plusspost ved at dekke i svalgang ble endret fra tre til betong. Videre fremgikk det at
- «Det er i tillegg aktuelt med flere reduksjoner i kontraktposter, som gjøres etter kontraktsinngåelse når prosjekterende og UE er kontrahert. [...] Anslag innsparinger er i størrelsesorden 1,5 mill kr ekskl. mva.»*
- (22) Når det gjelder opsjoner fremgikk det av referatet fra kontraktsoppfølgingsmøtene at:
- «Det er aktuelt å redusere omfanget opsjoner som bestilles. For utomhus ble det i møte C signalisert en reduksjon i størrelsesorden 4,0-4,5 mill kr ekskl. mva. Endelig omfanget avklares ved revisjon av utomhusplanen der totalentreprenørens LARK deltar aktivt i*

prosessen sammen med LAG, byggherre og brukere. Prosesskostnader utover prosjektering som allerede inngår i kontrakten godtgjøres som endring.»

- (23) Det fremgikk videre at valgte leverandør har tilbudt fastpris på lønns- og prisstigning på 3,2 millioner kroner ekskl. mva, og at «*Justert oppgjørsform og fastpris for LPS bestilles som endring etter kontraktsinngåelse*».
- (24) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 18. september 2024.
- (25) Det fremgikk av kontraktens punkt 15 «*Særlige bestemmelser*» at:

«Fradrag som bestilles etter kontrakt, jf. referat avklaringsmøter (vedlegg 4) pkt 2.2.13, stadfestes etter kontraktsinngåelse. Fradragene bestilles som endring, og går til fradrag uten avbestillingserstatning kfr. NS8407 pkt 44 (fradragserstatning er inkludert i beløpene).

Det er avtalt at partene sammen skal finne ekstra innsparinger jf. referat fra kontraktsavklaringsmøter (vedlegg 4) pkt . 2.2.13.

Fastpris LPS stadfestes etter kontrakt og bestilles som endring jf. referat fra kontraktsavklaringsmøter (vedlegg 4) pkt . 2.2.15.

Totalentreprenøren skal i beslutningsplan foreslå frister for bestilling av opsjoner m.m. Frister tilpasses framdriftsplaner (prosjektering, utførelse m.m.) og bestillingsfrister».

- (26) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. november 2024.
- (27) Fristavbrytende brev ble oversendt 25. mars 2025.
- (28) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. september 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (29) Valgte leverandør har svart «*Nei*» på spørsmål om de støtter seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene. De skal da kun vurderes på egne kvalifikasjoner. Valgte leverandør skal derfor avvises.
- (30) Consto AS skulle vært avvist fra konkurransen. Verken Consto AS eller underleverandøren Arkitektene BBW AS oppfyller stilte kvalifikasjonskrav, verken hver for seg eller samlet. Consto AS har ikke mulighet til å erklære ansvarsrett for de etterspurte områdene, og har heller ikke et kvalitetssystem SAK10. Consto AS er heller ikke i stand til å fremlegge attest for betaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter.
- (31) Valgte leverandør tilfredsstiller ikke «*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*», og skulle også vært avvist. Valgte leverandør har ikke fremlagt tilfredsstillende dokumentasjon på at underleverandøren Archus Arkitekter AS kan søke om ansvarsrett på kvalifikasjonskrav «*PRO Veg-, utearealer og landskapsutforming*» i tiltaksklasse 2. Det er satt opp en eksakt ansvarsrett som et kvalifikasjonskrav. Archus Arkitekter AS har ikke denne klassen i gjeldende sentral godkjenning, og har heller ikke redegjort for at leverandøren kan søke, eller at de har et godt og velfungerende kvalitetssystem som ivaretar kravene i SAK10 på dette fagområdet. Det er heller ikke dokumentert at de har kompetanse på fagområdet via

deres referanseprosjekter. Samme eller tilsvarende mangel/avvik finner man også når det gjelder «*UTF Plasstøpte betongkonstruksjoner*».

- (32) Valgte leverandørs underleverandør G&E Entreprenør AS kan ikke oppfylle kravet til økonomisk og finansiell kapasitet, og underleverandøren Aircomfort Trøndelag AS er ikke i stand til å fremlegge en attest for betaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter. Underleverandører som er en del av ivaretagelse av kvalifikasjonskrav, kan ikke byttes ut med annen underleverandør. Valgte leverandør må derfor avvises.
- (33) Valgte leverandør fikk underveis i konkurransen supplere med utfyllende dokumentasjon, dette er et klart brudd på regelverket.
- (34) Innklagede forlenget vedståelsesfristen kun med valgte leverandør, og dette innebærer et brudd på anskaffelsesregelverket.
- (35) Det har blitt gjennomført forhandling i en konkurranse uten forhandling, i tillegg har forhandlingene kun foregått med valgte leverandør. Valgte leverandør har fått muligheten til å bedre sitt tilbud i vesentlig grad. Det er avtalt fast prisstigning og valgte leverandør har fått utformet en innsparingsliste. Det er gjort vesentlige endringer og det er lagt til to opsjoner. Dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Avtalte endringer er så vesentlige at innklagede måtte sende inn en ny søknad om rammetillatelse for prosjektet. Fremdriften i konkurransen er også endret.
- (36) Det er et krav i konkurransen at prosjektet skal Svanemerkes, og det er sannsynligvis ikke mulig basert på de foreslåtte besparelsene. Svanemerking av prosjekt er dyrt, og i dette prosjektet dreier det seg om flere millioner kroner. Det samme gjelder klima- og miljøkrav i konkurransen, som nå også endres i vesentlig grad basert på innsparingslisten.
- (37) Avtalt rekkefølge på dokumenter i kontrakten er endret. For eksempel ligger nå tilbudet til valgte leverandør over kontraktgrunnlaget med vedlegg. Det ser også ut til at de slipper å forholde seg til NS8407. Dette medfører en vesentlig endring.
- (38) Valgte leverandør har nå søkt om igangsettingstillatelse, og vi ser ut fra gjennomføringsplan at de nå bryter med kvalifiserte underleverandører. Valgte leverandør ble kvalifisert ved hjelp av underleverandøren G&E Entreprenør AS for «*UTF Plasstøpte betongkonstruksjoner tiltaksklasse 2*». Denne aktøren er nå byttet ut med Trøndelag Betong AS, som kun har tiltaksklasse 1 på dette fagområdet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (39) Det bestrides at Consto AS skulle vært avvist. Det skulle ifølge konkurransegrunnlaget kun innhentes endelig dokumentasjon for kvalifikasjonskrav for valgte leverandør. Det kan ikke forskutteres at Consto ikke ville kunne ha fremlagt slik dokumentasjon. Det var heller ikke stilt kvalifikasjonskrav om skatteattest, dette skulle først leveres i forbindelse med eventuell tildeling.
- (40) Innklagede har ikke foretatt ulovlige avklaringer med valgte leverandør vedrørende bruk av underleverandører og oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Valgte leverandør innga i sitt tilbud egne ESPD-skjema for fire underleverandører. Innklagede tolket dette slik at avkryssingen i ESPD-skjemaet var en inkurie, og at underleverandørenes inngivelse av egne ESPD-skjema nødvendigvis måtte innebære både at valgte leverandør hadde til

hensikt å støtte seg på disse, og at de aktuelle underleverandørene hadde ment å gi slik støtte.

- (41) Valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet til «*Faglig og teknisk kompetanse*». Archus Arkitekter AS har sentral godkjenning for prosjektering av arkitektur i tiltaksklasse 3. Det fremgår av DIBKs veileder til SAK10 § 13-5 (2) a) at den aktuelle sentrale godkjenningen for arkitektur også dekker prosjektering av utomhusarealer inklusive veg, utearealer og landskapsutforming. Dette må naturlig forstås slik at sentral godkjenning innen PRO arkitektur også innholdsmessig vil dekke prosjektering av veg mv. Det er klart at valgte leverandør ikke har støttet seg på underleverandører for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet.
- (42) Innklagede har ikke brutt regelverket ved at kun valgte leverandør fikk anledning til å forlenge sin vedståelsesfrist. Klageprosessen var i realiteten avsluttet, og innklagede hadde besluttet å inngå kontrakt med valgte leverandør. Under enhver omstendighet har ikke det forhold at valgte leverandør fikk forlenge sin vedståelsesfrist hatt noen betydning for konkurransen.
- (43) Det foreligger ingen ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede gjennomførte avklaringsmøter med valgte leverandør forut for kontraktsignering for å synliggjøre mulige besparelser i prosjektet. Det ble ikke avtalt noen endringer forut for kontraktsinngåelsen, foruten at selve arbeidet med forslag til innsparinger ble godtgjort. Det ble i etterkant av kontraktsignering totalt bestilt endringer til en netto verdi av 11 047 601 kroner. Av dette er 9 585 324 kroner relatert til utløsning av opsjoner som fremgikk av konkurransegrunnlagene. Fastpristillegget på 3 200 000 kroner er bestilt som endring. Det er videre bestilt endringer til en netto negativ verdi (reduksjon) av 1 737 723 kroner.
- (44) Det totale omfang av endringer er innenfor den tillatte rammen på 15 % i anskaffelsesforskriften § 28-1 (1) b) 2) og NS 8407 punkt 31.1 jf. 33. Endringene er av et helt ordinært omfang i entrepriserforhold, og påvirker ikke anskaffelsens overordnede karakter. Endringene er uansett ikke vesentlige etter anskaffelsesforskriften § 28-2. Kontraktens omfang er ikke betydelig utvidet. Endringene av arbeidsomfang er innenfor kontraktens endringsmekanismer, og effekten av endringen av prisjusteringsmekanismen innebærer en marginal reduksjon. Endringene endrer heller ikke den økonomiske balansen i favør av leverandøren.
- (45) Kravet til Svanemerking av bygget gjelder fortsatt, noe som også er presisert i referat fra avklaringsmøter punkt 2.16. Det foreligger ingen indikasjoner på at dette kravet ikke vil bli møtt.
- (46) Det foreligger ingen reelle endringer fra det som ble indikert i konkurransegrunnlaget til den dokumentrekkefølgen som fremgår av signert kontrakt. Kontrakten er videre signert ved bruk av standardformular for NS 8407, og det er ikke tvilsomt at denne utfyller de øvrige kontraktbestemmelsene som også forutsatt i konkurransegrunnlaget.
- (47) Heller ikke endringene av fremdrift innebærer at kontrakten er vesentlig endret. Konkurransegrunnlaget indikerte en veiledende fremdriftsplan, og endringen ligger innenfor den veiledende fremdriftsplanen. I forhold til opprinnelig avtalte frister er delovertakelse av bygget utsatt med cirka to uker, og prosjektets ferdigstilling har blitt fremskyndet tilsvarende. Effekten av endringen sett opp mot kontrakten er marginal.

- (48) Det er riktig at valgte leverandør i gjennomføringsfasen har anmodet om å bytte ut en underleverandør. Byttet var begrunnet i sviktende økonomisk utvikling hos leverandøren, og saklig forankret i en endringsklausul. Det skal også bemerkes at byttet ikke har hatt noen betydning for konkurransen. Den nye underleverandøren har dokumentert tilsvarende kvalifikasjoner som den gamle.

Klagenemndas vurdering:

- (49) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise for ny barnehage på Sunndalsøra som er en bygge- og anleggsanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av Consto AS

- (50) Klagenemnda skal i det følgende vurdere om Consto AS skulle vært avvist fra konkurransen.
- (51) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (52) Det fulgte av konkurransegrunnlaget at leverandørene skulle bekrefte oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ved utfyllelse av ESPD-skjemaet i konkurransen. Det skulle ikke leveres dokumentasjon for kvalifikasjonskravene i forbindelse med tilbudet, men innklagede skulle før tildeling be leverandøren som skulle innstilles til kontraktsinngåelse om å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (53) Consto AS ble ikke innstilt til kontraktsinngåelse, og innklagede har ikke innhentet dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene for denne leverandøren. Innklagede har dermed opptrådt i tråd med konkurransegrunnlaget, og klagenemnda kan ikke se at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise Consto AS fra konkurransen på dette grunnlaget.
- (54) Det skulle heller ikke fremlegges skatteattest i tilbudet, og klagenemnda kan heller ikke se at innklagede pliktet å avvise Consto AS på dette grunnlaget.
- (55) Innklagede har ikke brutt regelverket ved ikke å avvise Consto AS fra konkurransen.

Avvisning av valgte leverandør

- (56) Klagenemnda skal i det følgende vurdere om valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (57) Partene er enig i at valgte leverandør ikke selv oppfyller alle kvalifikasjonskravene i konkurransen. Spørsmålet er om det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at de skulle støtte seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kravene.
- (58) Det avgjørende er om det ut fra en tolkning av tilbudet fremstår sannsynlig at selskapet som avgir støtte er kjent med at det er en del av tilbudet. Dette kan eksempelvis fremgå ved at det er lagt frem opplysninger om selskapet eller dokumentasjon fra selskapet som

trolig må ha kommet fra selskapet selv, se klagenemndas avgjørelse i sak 2020/254 avsnitt 34.

- (59) Valgte leverandør svarte «*Nei*» i ESPD-skjemaet på om leverandøren støtter seg på andre virksomheters kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Videre svarte valgte leverandør «*Ja*» på om de har til hensikt å bruke underleverandør til å oppfylle kontrakten, og leverte ESPD-skjema fra Archus Arkitekter AS, G&E Entreprenører AS, Comfortbutikken Rørsenteret AS og Aircomfort Trøndelag AS.
- (60) Den 31. mai 2024 tok innklagede kontakt med valgte leverandør og ba om oversendelse av dokumentasjon for kvalifikasjonskravene. Innklagede viste til at det var innlevert ESPD-skjema for fire underleverandører, og ba blant annet om forpliktelseserklæring og firmaattest for hver av disse. Valgte leverandør sendte inn den etterspurte informasjonen.
- (61) Slik klagenemnda ser det, fremgår det tilstrekkelig klart av tilbudet og ettersendingen at valgte leverandør hadde til hensikt å støtte seg på disse underleverandørene for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og at de aktuelle underleverandørene hadde forpliktet seg til å gi slik støtte. Underleverandører trenger bare å inngi egne ESPD-skjemaer dersom de skal avgi slik støtte jf. anskaffelsesforskriften § 17-1 (6).
- (62) Videre viser klager til at valgte leverandør uansett ikke tilfredsstiller kvalifikasjonskravene når det gjelder «*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*».
- (63) Hvorvidt en leverandør oppfyller et kvalifikasjonskrav, beror på en tolking av kravet og tilbudet. Ved tolking av kvalifikasjonskrav skal det tas utgangspunkt i hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. Ordlyden står sentralt, men det kan også være nødvendig å se hen til hva anskaffelsesdokumentene ellers beskriver at kontrakten går ut på. Det kan imidlertid ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva konkurransegrunnlaget samlet sett gir grunnlag for, og det kan ikke innfortolkes krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, se Høyesteretts uttalelse i HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 48-51 med henvisninger til EU-domstolens avgjørelse i sak C-27/15 (Pippo Pizzo) avsnitt 35 flg.
- (64) Det første kvalifikasjonskravet under «*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*» stiller krav om at leverandørene skal oppfylle kravene som gjelder for å kunne erklære ansvarsrett i tiltaksklasse 2 i henhold til byggesaksforskriften kapittel 9 til 11 for prosjektering for en rekke fagområder, blant annet arkitektur, samt veg-, utearealer og landskapsutforming.
- (65) Dette skal dokumenteres enten gjennom å ha sentral godkjenning for nevnte ansvarsområder og tiltaksklasser, eller ved å legge frem «*annen dokumentasjon som sannsynliggjør at leverandørens [sic] oppfyller kravene for å kunne erklære ansvarsrett i tiltaksklasse 2 for ovennevnte ansvarsområder herunder redegjøre for at leverandøren har et godt og velfungerende kvalitetssystem som ivaretar kravene i SAK10.*»
- (66) Det er presisert under dokumentasjonskravet at det «*er oppgitt kvalifikasjonskrav til et utvalg fagområder, som byggherren anser som viktige, og som derfor inngår i kvalifiseringen. Kontrakten vil omfatte flere fagområder, og er således ikke begrenset til kvalifiserende fagområder*». Presiseringen tydeliggjør at kvalifikasjonskravet ikke gir en fullstendig angivelse av samtlige fag og tiltaksklasser som er nødvendige for å kunne gjennomføre prosjektet. At kravet var innrettet mot det innklagede anså som viktigst, viser at formålet var å sikre tilstrekkelig materiell kompetanse sammenholdt med

kontraktens gjenstand, snarere enn generell formalkompetanse. Dette understrekes av at kvalifikasjonskravet kunne dokumenteres oppfylt på to måter. Leverandørene kunne enten fremlegge sentral ansvarsrett eller annen dokumentasjon som sannsynliggjorde at vedkommende var kompetent.

- (67) Innklagede har forklart at de vurderte kravet som oppfylt basert på valgte leverandørs underleverandør Archus Arkitekter AS. Underleverandøren hadde ikke sentral godkjenning for prosjektering for «*Veg, utearealer og landskapsutforming*», men hadde sentral godkjenning for ansvarsrett for prosjektering av arkitektur i tiltaksklasse 3.
- (68) Prosjektering av arkitektur og veg mv. er to forskjellige fagområder i henhold til SAK10. Det følger imidlertid av Direktoratet for byggkvalitet (DFBK) sin veileder til byggesaksforskriften § 13-5 (2) bokstav a at arkitekturprosjektering også omfatter «*utarbeidelse av situasjonsplan med plassering av tiltaket på tomte, og prosjektering av utomhusarealer herunder veg og parkeringsplass, samt universell utforming (UU) av utomhusområder og planløsning i bygget*». Det fremstår dermed som at det er en viss grad av overlapp mellom de to fagområdene. I lys av dette var spørsmålet, jf. konkurransegrunnlaget, om det var sannsynliggjort at støtteleverandøren hadde tilstrekkelig kompetanse.
- (69) Slik det fremgår av innklagedes evaluering, er det gjort en grundig gjennomgang av støtteleverandørens kvalifikasjoner opp mot de enkelte kravene i byggesaksforskriften og kompleksiteten i det konkrete prosjektet. Innklagede innhentet også supplerende informasjon om at leverandøren hadde kvalitetssystem som ivaretok kravene i SAK10, og vurderte på denne bakgrunn at valgte leverandør hadde de nødvendige materielle kvalifikasjonene også innenfor fagområdet veg-, utearealer og landskapsutforming.
- (70) Basert på dokumentasjonen som er fremlagt kan ikke klagenemnda se at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å anse det som tilstrekkelig sannsynliggjort at valgte leverandør var kvalifisert på dette punktet.
- (71) Klager anfører at det heller ikke er dokumentert at valgte leverandør har kompetanse på fagområdet via deres referanseprosjekter. Anførselen er ikke nærmere begrunnet, og slik saken er opplyst kan ikke klagenemnda se at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om «*relevant og tilstrekkelig faglig- og teknisk kompetanse til å gjennomføre oppdraget*».
- (72) Klager har også anført at innklagede har brutt regelverket ved å tillate utskiftning av underleverandør som valgte leverandør måtte støtte seg på for oppfyllelse av kvalifikasjonskriteriet til utførelse UTF, plasstøpte betongkonstruksjoner. Innklagede har imidlertid opplyst at utskiftning har skjedd i gjennomføringsperioden, at den nye underleverandøren har tilsvarende kvalifikasjoner som den forrige, og at byttet var saklig begrunnet i henhold til NS 8407 punkt 10.3. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (73) Klager har videre anført at valgte leverandør skulle vært avvist på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet, som følge av at en av underleverandørene ikke kan oppfylle kravet grunnet dårlig økonomi.
- (74) Valgte leverandør støtter seg ikke på underleverandører for oppfyllelse av dette kvalifikasjonskravet, og det er ikke vist til forhold som tilsier at valgte leverandør selv

ikke oppfyller kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet. Denne anførselen kan dermed klart ikke føre frem.

- (75) Klager viser også til at en av de øvrige underleverandørene ikke er i stand til å fremlegge skatteattest, og at valgte leverandør dermed skulle vært avvist.
- (76) Det var ikke stilt kvalifikasjonskrav om skatteattest i konkurransen, og det var heller ikke stilt krav om at skatteattest skulle fremlegges på tilbudstidspunktet. Innklagede har forklart at valgte leverandør har levert skatteattest for den aktuelle underleverandøren før kontraktsinngåelse i tråd med anskaffelsesforskriften § 7-2. Klagenemnda kan dermed heller ikke se at valgte leverandør eller valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på dette grunnlaget.

Avklaring

- (77) Klager har anført at det utgjør et brudd på regelverket at valgte leverandør underveis i konkurransen fikk supplere med utfyllende dokumentasjon.
- (78) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.4 at leverandørene skulle bekrefte oppfyllelse av kvalifikasjonskravene i ESPD-skjema og at oppdragsgiver før tildeling ville be den innstilte leverandøren om dokumentasjon av kvalifikasjonskravene. Innklagede har dermed opptrådt i tråd med føringene i konkurransegrunnlaget da de i forkant av tildeling ba valgte leverandør sendte inn den etterspurte dokumentasjonen. Anførselen kan dermed klart ikke føre frem.

Forhandlingsforbudet

- (79) Klagenemnda skal videre vurdere om innklagede har brutt forhandlingsforbudet.
- (80) Det følger av anskaffelsesforskriften § 23-6 (3) at det ikke er lov å gjennomføre forhandlinger i en åpen anbudskonkurranse.
- (81) Begrepet «forhandlinger» sikter i anskaffelsesregelverkets forstand til forhandlinger om tilbudet som skjer før endelig tilbudsfrist og tildeling. I vår sak er dialogen med valgte leverandør som klager viser til skjedd etter tildeling. Innklagede har dermed ikke brutt forhandlingsforbudet i saken.

Spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse

- (82) Klagenemnda skal videre vurdere om det er foretatt vesentlige endringer av kontrakten som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (83) 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). Dersom oppdragsgiver endrer kontrakten vesentlig, skal dette anses som en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/658, avsnitt 71, og EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (Pressetext). I slike tilfeller vil den vesentlig endrede kontrakten utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.
- (84) Det følger av forskriften § 28-1 (1) b) nr. 2 at endringer som medfører en «prisøkning som er mindre enn 15 prosent» av kontraktsverdien for bygge- og anleggsanskaffelser,

og som er lavere enn terskelverdiene i § 5-3, er unntatt kunngjøringsplikt. Unntaket gjelder så lenge «*anskaffelsens overordnede karakter*» ikke blir endret. Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, følger det videre av bestemmelsen at prisøkningen skal beregnes på grunnlag av den samlede prisøkningen som følge av alle endringene.

- (85) Etter sin ordlyd omfatter forskriftsbestemmelsen kun prisøkninger. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 72 nr. 2 i Direktiv 2014/24/EU som har formuleringen «*the value of the modification*» på engelsk og «*værdien av endringen*» på dansk. Ordlyden i direktivet sonderer ikke mellom verdiøkninger og -reduksjoner. EU-domstolens praksis viser at også endringer som medfører verdireduksjoner må vurderes etter reglene om vesentlig endring, se særlig sak C-549/14 *Finn Frogne*, premiss 29 flg. Etter klagenemndas syn må forskriften § 28-1 (1) bokstav b nummer 2 anvendes i tråd med direktivet, se også Thuen mfl. 2018, s. 1026. Klagenemnda legger i det videre til grunn at bestemmelsen også kommer til anvendelse på endringer som innebærer prisreduksjoner.
- (86) Innklagede har informert om at det totalt er bestilt endringer til en verdi av 11 047 601 kroner. Av dette er 9 858 324 kroner relatert til utløsning av opsjoner. Innklagede har videre opplyst at også er bestilt endringer til en negativ verdi (reduksjon) av 1 737 723 kroner. I tillegg har innklagede bestilt et fastpristillegg for lønns- og prisstigning på 3 200 000 kroner.
- (87) Kontraktens opsjoner var klart definert før kontraktsinngåelse, og fremgikk av konkurransegrunnlaget. Endringene som ikke var relatert til utløsning av opsjonene utgjør tre-fire millioner kroner av en kontrakt på totalt 103 millioner kroner. Endringene ligger dermed innenfor de minimis-grensen på 15 prosent og under terskelverdiene i § 5-3.
- (88) Spørsmålet for klagenemnda blir om endringene som er foretatt likevel er av en slik art at de endrer anskaffelsens «*overordnede karakter*».
- (89) EU-domstolen har i sak C-282/24 uttalt at begrepet «*overordnede karakter*» kun omfatter «*de mest betydningsfulde væsentlige endringer, der indebærer en grundlæggende ændring af rammeaftalens formål... således at de kan anses for at have et sådant omfang, at de medfører en ændring af rammeaftalen i dens helhed*». For at det skal kunne sies å foreligge en endring av anskaffelsens overordnede karakter forutsettes det en endring av anskaffelsens grunnleggende elementer, som reelt sett utgjør en ny anskaffelse av noe kvalitativt annet, se også klagenemndas avgjørelser i sak 2016/196 og 2016/104.
- (90) Saksforholdet i sak C-282/24 gjaldt endring av faste og flytende priselementer som i omfang utgjorde en marginal endring av kontraktens verdi. Kontrakten var inngått på bakgrunn av en ren priskonkurranse, og det kunne derfor ikke utelukkes at endringen kunne hatt innvirkning på rangeringen av tilbudene eller deltakerinteressen. Spørsmålet var om og når slike endringer må anses å påvirke anskaffelsens «*overordnede karakter*», selv om de rent kvantitativt er innenfor rammen av de minimis-unntaket.
- (91) EU-domstolen slo fast at det er en høy terskel for å anse endringer som kvantitativt faller innenfor de minimis-unntaket, som kunngjøringspliktige. At slike endringer potensielt kunne påvirket rangeringen av tilbudene i priskonkurransen, er ikke seg selv tilstrekkelig til å utløse kunngjøringsplikt. Innenfor den kvantitative rammen av de minimis-unntaket vil en justering av prismekanismen først kunne medføre en endring i anskaffelsens

overordnede karakter dersom den medfører en fundamental endring i balansen i kontrakten som stiller valgte leverandør i en «*betydeligt mere gunstig situation end den situation, der ville have fulgt af anvendelsen af den oprindeligt aftalte vederlagsmetode*», se sak C-282/24, avsnitt 48.

- (92) I saken nemnda har til behandling er det avtalt en endring fra flytende til fast lønns- og prisjustering, mot en kompensasjon på 3,2 millioner kroner. Etter klagenemndas vurdering er dette en endring som ikke helt kan utelukkes å ha hatt innvirkning på rangeringen av tilbudene. Konkurransen ble gjennomført som en ren priskonkurranse og det var marginale forskjeller mellom de høyest rangerte tilbudene. Ifølge EU-domstolens avgjørelse, som redegjort for over, utelukker ikke dette i seg selv at de minimis-unntaket kommer til anvendelse. Det avgjørende er om endringen stiller den valgte leverandøren i en «*betydeligt mere gunstig situation*» enn den opprinnelige avtalen.
- (93) I saken nemnda har til behandling har endringen fra flytende til fast pris i ettertid vist seg å være til innklagedes fordel. De økonomiske virkningene er totalt sett beskjedne. Gitt at prognoser om lønns- og prisvekst alltid vil måtte være beheftet med noe usikkerhet, står nivået på kompensasjonen i et rimelig forhold til endringen. Nemnda har derfor kommet til at endringen av prismekanismen ikke gjør at valgte leverandør kommer i en vesentlig bedre økonomisk stilling enn i den opprinnelige kontrakten. Det fremstår som klart at endringen ikke har hatt innvirkning på anskaffelsens overordnede karakter.
- (94) De øvrige endringene som er gjort i kontrakten fremstår også som marginale sett opp mot kontraktens totale omfang. Endringene knytter seg i stor grad til estetiske forhold, som valg av himlinger, innredning og dekkoverflater, mens de funksjonelle delene av prosjektet i all hovedsak synes å være ivaretatt. Klagenemnda kan ikke se at disse endringene påvirker kontraktens grunnleggende elementer eller utgjør kvalitative forskjeller fra den opprinnelige kontrakten.
- (95) Klager har videre anført at endringene vil medføre at kravet til svanemerking av bygget ikke lenger lar seg gjennomføre, og at det må søkes om lavere tiltaksklasse for prosjektet. Disse påstandene er ikke nærmere begrunnet. Det fremstår for øvrig som klart for klagenemnda at heller ikke dette vil medføre en innvirkning på anskaffelsens overordnede karakter.
- (96) Det er videre opplyst at prosjektets rammetillatelse har blitt endret som følge av endringene i kontrakten. Innklagede har forklart at endringen i rammetillatelse var foranlediget av overgang fra skrått til flatt tak, samt mindre fasadeendringer. Heller ikke dette innebærer etter nemndas vurdering en endring i anskaffelsens overordnede karakter.
- (97) Klagenemnda er etter dette kommet til at endringene ikke påvirker anskaffelsens overordnede karakter, og at de dermed faller inn under de minimis-unntaket.
- (98) Klager har videre anført at kontrakten er vesentlig endret som følge av endret dokumenttrekkefølge, herunder at NS 8407 ikke skal gjelde. I konkurransegrunnlaget er det angitt at konkurransegrunnlaget med vedlegg skal gjelde over totalentreprenørens tilbud, mens det i avtaledokumentet er lagt opp til at tilbudsbrief, vederlagsskjema og valgte leverandørs dokumentasjon av minimumskrav skal gjelde over konkurransegrunnlaget. Klager har imidlertid ikke påpekt noen konkrete forhold dette vil ha innvirkning på, og nemnda har derfor ikke mulighet til å ta stilling til denne anførselen.

- (99) Videre har klager også anført at det er foretatt justeringer i prosjektets fremdriftsplan som medfører at kontrakten er vesentlig endret. Klagenemnda har tidligere uttalt at utsatt kontraktsinngåelse og oppstart som påvirker fremdriften ikke er ensbetydende med at det foreligger vesentlige endringer, se sak 2020/621 avsnitt 38. Fremdriftsplanen i konkurransegrunnlaget punkt 1.1 er uttrykkelig angitt å være «veiledende», og innklagede har forklart at oppstart og ferdigstillelse av kontraktsarbeidene er forskjøvet med 3,5 måneder som følge av utsettelse av kontraktsignering på grunn av klageprosessen. Utsettelsen av prosjektets ferdigstillelse er altså forholdsvis liten, og etter nemndas oppfatning er dette i tråd med den veiledende fremdriftsplanen som var angitt i konkurransegrunnlaget. Utsettelsen av prosjektets ferdigstillelse utgjør dermed ikke en vesentlig endring av kontrakten.
- (100) Klagenemnda har etter dette kommet til at det ikke er foretatt kunngjøringspliktige endringer i kontrakten. Innklagede har dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Sunndal kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tarjei Bekkedal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur