



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Klagenemnda ila Storfjord kommune gebyr stort kr 950.000,- for en ulovlig direkteanskaffelser ved at det var inngått kontrakt etter totalforkastelse av samtlige tilbud og i et prosjekt som var et vesentlig annet enn det som først var kunngjort.*

### **Klagenemndas gebyrvedtak av 12. juni 2008 i sak 2008/5**

Klager: Storfjord Arbeiderparti v/leder Terje Malin og vararepresentant Solveig Sommerseth og Fellelista v/ Arvid Lilleng.

Innklaget: Storfjord kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

**Saken gjelder:** Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og ileggelse av overtredelsesgebyr.

#### **Innledning:**

- (1) Det vises til klage fra Storfjord Arbeiderparti v/ leder Arvid Lilleng, vararepresentant for Storfjord Arbeiderparti Solveig Sommerseth og Fellelista v/ Terje Malin av 2. januar 2008. Klagenemnda er kommet til at Storfjord kommune ilegges et gebyr stort kr 950.000,-. Vedtaket er fattet med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser §§ 7b, jf 7a (1).

#### **Bakgrunn:**

- (2) Storfjord kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. oktober 2007 en forenklet kunngjøring for diverse bygge- og anleggsarbeider. Anskaffelsen var i kunngjøringens punkt 2 beskrevet på følgende måte:

*"2 Kontraktens gjenstand*

##### 2.1 Oppdragsgivers navn på anskaffelsen

*Totalanbud utbygging av Storfjord helsesenter*

##### 2.2 Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang

*Utbygging/tilbygging til eksisterende helsehus og mindre innvendige ombyggingsarbeider av eksisterende bygg."*

- (3) I tilbudsinnbydelsen av 23. oktober 2007 fremgikk det så følgende:

*"På vegne av Storfjord kommune inviteres interesserte entreprenører til å gi totaltilbud på oppføring av tilbygg med utvendige mål 19,30 m x 12,80 m. Bygget oppføres i 2 etasjer med underetasje. Ombyggingsarbeider av eksisterende sosialavdeling til fysioterapiavdeling, med vindfang som tilbygg som vist på tegninger og beskrivelse."*

#### **Postadresse**

Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

#### **Besøksadresse**

Olav Kyrresgate 8  
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

#### **E-post:**

postmottak@kofa.no  
Nettside: www.kofa.no

- (4) Om ”Anbudsregler” var det fastsatt følgende:

*”For anbudet gjelder bestemmelsene i Norsk Standard NS-3400  
[...]*

*Anbudet er et totalanbud hvor entreprenørene må søke samarbeid med andre faggrupper.*

*For anbudet gjelder alminnelige kontraktsbestemmelser for totalanbud, jf Norsk Standard.”*

- (5) Videre fremgikk det følgende om byggestart og ferdigstillelse:

*”Oppstart*

*Storffjord kommune ønsker at oppstart av grunnarbeider igangsettes snarest etter anbudsåpning og antakelse av entreprenør. Antatt entreprenør bes derfor oppgi oppstartsdato og ferdigdato. Disse datoene vil bli vurdert og vektlagt ved anbudsantakelse.*

*Overlevering av entreprisen*

*Hovedentreprenør skal i sitt anbud oppgi overleveringsdatoen på ferdigstillelse av prosjektet. Byggherren ønsker at entreprenøren oppgir dato for innvendig ferdigstillelse av nybygget/tilbygget som deloverlevering. Overleveringsdatoen vil bli lagt vekt på som en del av kriteriene ved antakelse av hovedentreprenør.”*

- (6) Under ”Kontrakt” fremgikk det at:

*”Det opprettes kontrakt mellom hovedentreprenør og Storffjord kommune ved bruk av Norsk Standard sitt kontraktsformular.”*

- (7) I tillegg var det vist til NS 3400 under punktet om ”Forbehold”.

- (8) I konkurransegrunnlagets punkt 2.2 fremgikk det at anskaffelsen skulle følge prosedyren ”åpen anbudskonkurranse”, hvilket ”ikke tillater forhandlinger.” I punkt 4.3 var det fastsatt av vedståelsesfristen skulle være 90 dager.

- (9) Innen tilbudsfristens utløp den 8. november 2007 mottok innklagede tre tilbud, fra J. Nysted Byggevarer AS, Tromsbygg AS og Bygginor AS. J. Nysted Byggevarer AS hadde det rimeligste pristilbudet, på kr 17 390.000 inkl. mva og kr 13 912 000 eks mva. De øvrige tilbydernes pristilbud var på hhv kr 19 459 820 inkl mva og kr 23 580 000 inkl mva. Samtlige tilbud omfattet både arbeidene tilknyttet nybygget og ombyggingsarbeidene tilknyttet eksisterende bygningsmasse, dvs arbeidene for å omgjøre sosialtjenestens lokaler til behandlingsrom for fysioterapitjenesten.

- (10) I udatert saksframlegg i sak 07/01171 innstilte rådmannen på følgende vedtak til driftstyret i kommunen:

*”Driftstyret antar anbudet fra J. Nysted Byggevarer AS.*

*Anbudet antas med følgende forbehold: Kommunestyret godkjenner endelig finansiering for hele byggeprosjektet NAV-Oteren."*

- (11) Rådmannens innstilling ble enstemmig vedtatt av driftsstyret 13. november 2007.
- (12) Etter dette fremmet rådmannen en egen sak for kommunestyret vedrørende tilleggsbevilgninger for finansieringen av byggeprosjektet. Dette er i det udaterte saksfremlegget i sak 07/01174 benevnt "kostnadsjustering og tilleggsfinansiering tilbygg helsehuset". Av saksfremlegget følger det at totalkostnaden for prosjektet utgjorde 9 720 000 kr mer enn det som allerede var bevilget, slik at en tilleggsbevilgning på dette beløp var nødvendig om prosjektet skulle gjennomføres. Rådmannen innstilte på følgende vedtak:

*"Kommunestyret godkjenner at kostnaden i forbindelse med ombygging helsehus/NAV, økes fra 10 580 000 kr til 20 mill kr. Kostnadsøkningen skjer ved tilsvarende økt låneopptak."*

- (13) I tillegg hadde rådmannen skissert følgende alternative forløp dersom kommunestyret ikke skulle ønske å foreta tilleggsbevilgningen:

*"Vurdering av et alternativt forløp*

*I sin tid ble det gjort en vurdering av hvorvidt en skulle samle alle de aktuelle tjenestene på et sted, nemlig i tilknytning til kommunehuset på Hatteng. Kommunestyret vedtok da delt løsning, med administrative funksjoner på Hatteng, mens helse- og sosiale brukertjenester, samt NAV, skulle plasseres på Oteren. Dette har man siden arbeidet ut fra.*

*En samling av alle tjenestene på ett sted vil kunne redusere fellesareal noe, litt avhengig av hvordan man klarer å organisere fellestjenester som møterom, kantinefunksjon, mottak mm. I alle fall måtte helseavdelingen bli værende igjen på Oteren for at dette skulle kunne gi økonomi. Dersom man gir en reduksjon i arealbehov samlet på 50 - 75 kvm, ville dette gi en reduksjon på maks 1.5 - 2 mill kr, basert på den kvadratmeterprisen som er gitt ovenfor. Man ville etter dette alternativet for eksempel kunne ha brukt den eksisterende eldste delen av helsehuset til kontor for de funksjonene som i dag er i Gamle Lyngensfjord, og i stedet rive Gamle Lyngensfjord. Det som ikke ville få plass på Oteren, var ungdomsklubben, som kanskje i alle fall må skaffes alternative og bedre lokaler annet sted i løpet av noen få år.*

*Rent formelt måtte man i dette tilfellet forkaste alle tilbud, sette i gang en ny prosjekteringsprosess og gå ut med nytt tilbud. Dette innebærer en ny arbeidstørn for kommunens planleggingsapparat. Det vil tidligst resultere i anleggstart tidlig vår 2008, dvs på et tidspunkt der kommunehuset nærmer seg ferdiggjøring i ny drakt. Ferdiggjøring av NAV med mer ville teknisk sett kunne skje i årsskiftet 2008/2009. Hvilket nivå tilbudene da ville gi, er vanskelig å spå. Det kan se ut som at konjunkturbølgen nå har kuliminert, og at prisene kanskje ville kunne gå noe ned, eller i hvert fall ikke øke. Ellers avgjøres anbuds nivå også av i hvilken grad det er ledig kapasitet som kan "trå til".*

*Et forhold som en slik løsning kan innebære, er at NAV-etableringen i Storfjord blir skutt ut fra høsten 2008 til slutten av 2009, fordi NAV sine spesialfunksjoner, bla*

*datainnleggelse, vil kunne føre til at Storfjord blir plassert sist i køen. I verste fall vil også de statlige arbeidsplasser kunne bli redusert, og det faglige miljøet dermed svekket.”*

- (14) Saken ble behandlet av kommunestyret i møte 14. november 2007, jf sak 92/07. Kommunestyrets vurderinger og vedtak hitsettes i sin helhet:

*”Behandling/vedtak i Kommunestyret den 14.11. 2007*

*Forslag fra SP, FrP og H/KrF v/Tor-Erik Skoglund:*

*Kommunestyret går ikke inn for noen av de innkomne tilbud i forbindelse med ombygging helsehus/NAV. Da kostnaden for Oteren-alternativet er blitt så mye dyrere er det kommunestyrets ønske om å bygge NAV bygget i forbindelse med kommunehuset på Hatteng. Dette vil gi en driftsmessig/brukermessig fordel på kort og lang sikt. All administrasjon samles på ett sted. De nye lokalitetene som nå bygges i forbindelse med kommunehuset på Hatteng skal romme: Brukertjenesten, NAV, Bedriftshelsetjenesten, tillitsvalgte og tilrettelegge for fjernarbeidsplasser (noen ekstra kontorer), felles spiseareal (kantine) og møterom.*

*Grunnlaget for areal og arealfordeling kan tas fra allerede godkjente tegninger på Oteren, ca 750 m<sup>2</sup>. Det settes en kostnadsramme for dette bygget inntil 18,58 mill. kroner.*

*Dette skal være en prioritert oppgave for administrasjonen med rask saksgang. Det gamle helsehuset rives ikke i denne omgang.*

*Kostnaden dekkes ved de allerede avsatte midler 10 580 000 kr samt øke låneopptaket med 8 mill kr til samlet kr 18 580 000,-.*

*Forslag fra Skibotn Folkeliste v/Øistein Nilsen:*

*Saken utsettes.*

*Forslag fra Øistein Nilsen forkastet med 9 mot 7 stemmer.*

*Saken behandles.*

*Forslag fra Fellelista v/Arvid Lilleng:*

*Forslaget fra SP, FrP og H/KrF v/Tor-Erik Skoglund behandles ikke i dagens møte da den ikke står på saklista.*

*Forslag fra Fellelista v/Arvid Lilleng ble avvist av ordføreren.*

*Rådmannen refererte kommunelovens § 34.1, kommentar nr 2 hos Overå og Bernt, 4. utgave, sidene 257 og 258.*

*Forslag fra SP, FrP og H/KrF vedtatt med 9 mot 7 stemmer som ble avgitt for rådmannens innstilling.*

*Lovlighetsklage sak 92/07 - Kostnadsjustering og tilleggsfinansiering tilbygg helsehuset*

Mindretallet i Storfjord kommunestyre, bestående av Arbeiderpartiet, Skibotn Folkeliste og Fellelista, ber fylkesmannen foreta lovlighetskontroll av saksforløp i sak 92/07. Mindretallet anser det for å være ulovlig og uforsvarlig saksbehandling av saka på følgende grunnlag:

1. Utsendte saksdokumenter inviterer kommunestyret til å foreta vedtak om bevilgning ca 685 000 kr. På bordet fremlegges ønske om en bevilgning på 9,8 mill ekstra.
2. I forslag fra flertallsgruppen foreslås ny lokalisering av NAV-bygg.
3. Anbud til planlagt utbygging er vedtatt med 17 mill med mulighet for regresskrav fra entreprenøren.
4. Mindretallet prosederte på at saka måtte vurderes som ei ny sak som evt skulle vært behandlet/avvist iht reglene.

Storfjord AP:

Kåre Eriksen /s/  
Steffen Dreyer /s/  
Anne-Marie Nilsen /s/  
Åge Seppola /s/

Storfjord Felleliste:

Arvid Lilleng /s/

Skibotn Folkeliste:

Øistein Nilsen Isl  
Lill K. Berntsen Isl”

- (15) I brev av 27. november 2007 fremmet J. Nysted Byggevarer AS følgende erstatningskrav:

*”Det vises til protokoll fra kommunestyremøte i Storfjord kommune 14. november 2007 hvor det i sak 92/2007 ble fattet slikt vedtak:*

*”Kommunestyret går ikke inn for noen av de innkomne anbud med ombygging av helsehus/ NAV. Da kostnaden for Oteren alternativet er blitt så mye dyrere enn det kommunestyrets ønske om å bygge NA V bygget i forbindelse med kommunehuset på Hatteng. Dette vil gi en driftsmessig/bruksmessig fordel på kort sikt og på lang sikt. All administrasjon samles på ett sted. ”*

*Vedtaket er i strid med det tilbudsgrunnlaget kommunen har lagt ut og i strid med regelverket for offentlige anskaffelser med forskrifter.*

*J. Nysted Byggevarer AS meddeler således at de anser seg berettiget til å få erstattet sin positive kontraktsinteresse i prosjektet som hadde en forespeilet oppstart i månedsskiftet november/desember 2007. Forutsatt at J. Nysted Byggevarer AS ikke får lediggang eller andre økonomiske konsekvenser som følge av kommunestyrets urettmessige håndtering vil J. Nysted Byggevarer AS kreve tapt dekningsbidrag på 23 %. Det vises i den anledning til Rt. 2000.486 hvor Block Watne AS i forbindelse med avbestilling ble tilkjent 23 %. Høyesterett fant at 23 % dekningsbidrag var rimelig. Grunnlaget for å kreve dekket positive kontraktsinteressen finnes i Nucleus-dommen, Rt. 2000 s. 1135*

*følgende. Kommunens ønske om relokalisering gir ikke grunnlag for å fragå sin tilbudsforespørsel.*

*På vegne av J. Nysted Byggevarer AS fremmes det således et krav avrundet til:*

**kr 4 000 000,-**

*som representerer det tapte dekningsbidraget uteblivelse av kontrahering etter tilbudsforespørselen.*

*Det tas samtidig forbehold om å endre dette kravet dersom det skulle vise seg at vedtaket medfører følgeskader i form av ledig kapasitet eller andre tap som man så langt ikke har oversikt over.”*

- (16) I brev av 5. desember 2007 tilbød J. Nysted byggevarer AS å oppføre bygget på Hatteng som et alternativ til erstatningskravet. Fra dette brevet hitsettes følgende:

*”Tilbud om relokalisering av helsehuset Oteren  
Viser til kommunestyresak 92/2007, vårt tilbud på tilbygg helsehuset på Oteren og møte avholdt i dag der vi orienterte om alternativ løsning.*

*Som kjent fremmer vi et krav om erstatning på bakgrunn av kommunestyrevedtak 14/11 2007, hvor det ble vedtatt relokalisering av tilbygg helsehuset/NAV. Denne relokaliseringen gir oss et erstatningskrav.*

*Som alternativ til erstatningskrav tilbyr vi oss å bygge prosjektet på Hatteng på samme vilkår som på Oteren. Det betyr at vi tilbyr samme antall m<sup>2</sup> som tilbygget og samme antall rom som tilbygget på Oteren fordelt på 2 plan. Det løper ingen tilleggskostnader for reprojektering. Ved oppstart senest januar 2008 vil vi kunne gjøre første etasjen klar for installatørene til NAV i slutten av juni 2008, og resten av bygget i slutten av september. Da holder vi den opprinnelige planen som var planlagt på Oteren.*

*J. Nysted Byggevarer AS tilbyr således å gjennomføre prosjektet på begge steder etter kommunens valg. Dette tilbudet har akseptfrist 13 Des. 2007.”*

- (17) Den 12. desember 2007 behandlet kommunestyret saken på nytt. Fra denne behandlingen hitsettes følgende:

*”FAKTISKE OPPLYSNINGER:*

*Som det går fram av vedlegg 3, har driftsstyret antatt anbud når det gjelder bygging av NAV-bygg mm med forbehold om godkjenning av kostnadsramme og finansiering. Når anbud ligger innenfor godkjent ramme, har driftsstyret fullmakt til å anta endelig. I dette aktuelle tilfellet var saken en anbefaling som måtte til kommunestyret til endelig vedtak.*

*Kommunestyret har i sak 92/07 fastsatt ny ramme til 18 580 000 kr og godkjent finansiering i samsvar med dette.*

*I brev datert 27.11. 2007 har advokat Helge Tryti meldt erstatningskrav på 4 mill kr i forhold til at kommunen har vedtatt å avlyse anbudskonkurransen.*

*I brev datert 5.12. 2007 har Jan Nysted Byggevarer sagt seg villig til å alternativt å gjennomføre sitt anbud i tilknytning til kommunehuset på Hatteng, i samsvar med kommunestyrets vedtak 14.11. 2007. Byggeprosjektet vil også der kunne bli gjennomført slik at kommunen beholder sin plass i "NAV-køen", med åpning tidlig høst 2008. Dette betinger rask avklaring i kommunen. Dersom tilbudet blir akseptert av kommunen, vil erstatningskrav bli trukket.*

*Etter § 16-1 i forskriftene til lov om offentlige anskaffelser, er det forbudt å forhandle med tilbyder før endelig avtale er undertegnet. Det har av denne grunn ikke vært gjennomført noen forhandlinger med tilbyder. I møte med tilbyder 5.12. 2007 gjennomgikk man de oppdaterte tegninger fra kommunen og drøftet framdriften.*

*Det haster nå med å få endelig avklaring når det gjelder dette tiltaket, fordi kommunen alternativt står i stor fare for å bli skjøvet ut i "NAV-køen", og i verste fall tape fjernarbeidsplasser. Rådmannen ser av denne grunn det som viktig at kommunestyret, som det øverste organ, må ta stilling til valg av anbyder på NAV-bygg. Dette kan kommunestyret gjøre selv om driftsstyret har fullmakt til det.*

*Basert på kommunestyrets vedtak av 14.11. 2007, har administrasjonen gjennomført omtegninger av prosjektet i samarbeid med de berørte. Rådmannen forutsetter at tegninger godkjennes av arbeidstilsyn og kommunens arbeidsmiljøutvalg før arbeidet settes i gang. Det er for øvrig kommet inn en rekke uttalelser når det gjelder kommunestyrets vedtak om lokalisering ved Hatteng og prosessen omkring dette. Disse følger saken.*

#### *VURDERING:*

*Når det gjelder lovlighetsklage og de formelle juridiske sider knyttet til anskaffelsesregelverket viser rådmannen til egen sak. Her understrekes bare nok en gang at det ikke er adgang til å forhandle med anbydere basert på gitte anbud. Rådmannen går ikke inn på de enkelte uttalelser, da rådmannen mener dette i det alt vesentlige er innspill i en politisk debatt. Rådmannen har for øvrig uttalt seg om det prosessuelle i den andre saken. Saken må nå tas til endelig avslutning for å få gjennomført prosjektet i tide.*

#### *RÅDMANNENS INNSTILLING:*

- 1. Anbud fra J. Nysted Byggevarer antas.*
- 2. Hans alternative tilbud om å gjennomføre prosjektet i tilknytning til kommunehuset på Hatteng godtas.*

#### *Behandling/vedtak i Kommunestyret den 12.12. 2007*

#### *Behandling:*

#### *Forslag fra AP, Skibotn Folkeliste og Fellelista v/Inger Heiskel:*

- 1. Vedtak i sak 92/07 oppheves.*
- 2. Storfjord kommunestyre lokaliserer NAV-kontoret på Oteren, jf sak 54/06.*
- 3. Antakelse av anbud gjort av plan- og driftsstyret vedtas*

*Rådmannens innstilling vedtatt med 9 mot 8 stemmer som ble avgitt for forslag fra AP, Skibotn Folkeliste og Fellelista.*

*Forvaltningsklage iht § 59 i sak 124/07 fra Storfjord AP, Skibotn Folkeliste og Fellelista*

*Vedtak om å vedta og overføre anbud fra entreprenør fra planlagt NAV-bygg på Oteren til Hatteng anser vi er ulovlig vedtak. Det er i strid med regler om offentlige anskaffelser. En ber om kontroll av vedtaket. Det begrunnes også med at det har vært avholdt forhandlingsmøte med entreprenør etter at anbud var forkastet.*

*Mindretallet ber fylkesmannen gi klagen oppsettende virkning inntil kontroll er gjennomført. Dette for å forhindre erstatningskrav fra entreprenører som ikke fikk delta i anbud ved det nye bygget på Hatteng. Også overtredelsesgebyr fra KOFA søkes unngått på grunn av påvist uansvarlig saksbehandling.*

*Fagpersonell, fagutvalg, brukere/brukertjenester er heller ikke tatt med på råd for vedtak fattet i sak 92/07 og 124/07.*

*Storfjord AP:*

*Kåre Eriksen /s/*

*Solveig Sommerseth /s/*

*Terje Malin /s/*

*Anne-Marie Nilsen /s/*

*Inger Heiskel /s/*

*Skibotn Folkeliste:*

*Øistein Nilsen /s/*

*Lill K. Berntsen /s/*

*Fellelista:*

*Hedny Kristiansen /s/*

*Det ble stemt over om setningen: Mindretallet ber fylkesmannen gi klagen oppsettende virkning inntil kontroll er gjennomført.*

*Det var 16 representanter til stede under avstemmingen.*

*Setningen om at klagen gis oppsettende virkning falt med 9 mot 7 stemmer*

*Vedtak:*

*1. Anbud fra J. Nysted Byggevarer antas.*

*2. Hans alternative tilbud om å gjennomføre prosjektet i tilknytning til kommunehuset på Hatteng godtas.”*

- (18) Etter dette ble kontrakt basert på det opprinnelige tilbudet fra J. Nysted Byggevarer AS inngått 18. desember 2007. I avtaleformularet som var brukt fremgikk det følgende: ”Blanketten brukes ved inngåelse av kontrakt etter NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt” I kontraktens punkt 9 om ”Tidsfrister” fremgikk det imidlertid følgende: ”I henhold til NS 3431”.



- (19) Den 20. desember 2007 inngikk partene så en endringskontrakt, hvor oppføringen av nybygget ble flyttet fra Oteren til Hatteng. Fra endringskontrakten hitsettes følgende:

*”ENDRINGSKONTRAKT*

*Mellom J. Nysted Byggevarer AS og Storfjord kommune er det inngått følgende endringsavtale.*

- 1. Inngått kontrakt om bygging av NAV-bygg på Oteren utføres på Hatteng, jf brev av 5.12. 2007. Bygging på Hatteng utføres i samsvar med nye tegninger datert 20.12. 2007, med initialer JN/MST.*
- 2. I kontraktssum gjøres uttrekk i samsvar med vedlegg til endringskontrakt datert 20.12. 2007. Ny kontraktssum blir etter dette kr 15 381 250,- inkl mva.*
- 3. Presisering av forutsetninger for kontrakt datert 20.12. 2007 vedlagt.*

*KONTRAKTSFORUTSETNINGER*

*I forbindelse med relokalisering av NAV-bygg presiseres følgende forutsetninger:*

- 1. Fremførsel av vann, kloakk og strøm til vegg/iv utføres av Storfjord kommune.*
- 2. Masseutskiftning og utfylling av byggegruben utføres av entreprenør.*
- 3. Entreprenør benytter anvist riggplass mellom nybygg rådhus og NAV-bygg.*
- 4. Malt huntonitt erstatter beskrevet malt gips på vegger.”*

- (20) I tillegg var endringskontrakten vedlagt følgende skriv fra J. Nysted Byggevarer AS:

*”Vedlegg til endringskontrakt flytting av NAV fra Oteren til Hatteng:*

*Alt av punkt som angår eks. del av helsehuset Oteren trekkes ut med unntak av 35 stk garderobeskap.*

*Parkeringsplass med asfaltering og 45 stk motorvarmeuttak trekkes ut.*

*Punkt 10.0 Heis erstattes med heis for rullestolbruker*

*Samlet fratrekpris for ovennevnte punkter: 2.008.750,- inkl mva.”*

- (21) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 2. januar 2008.
- (22) I brev av 22. april 2008 varslet klagenemnda at det kunne bli aktuelt å ilegge overtredelsesgebyr i saken. Innklagede ble gitt en frist på 14 virkedager til å komme med eventuelle kommentarer til dette.
- (23) I brev av 15. mai 2008 innga innklagede sine kommentarer. Som vedlegg til kommentarene ble det innsendt en entreprisefaglig rapport av 14. mai 2008 utarbeidet av Nordnorsk Byggekontroll AS vedrørende endringene som ble gjort i kontrakten. Rapporten hitsettes i sin helhet:

"NOTAT 140508  
DATO: 14. mai 2008  
SAK: NAV OTEREN/HATTENG

[...]

### *01. Innledning/orientering*

*I forbindelse med at nybygg for NAV, som opprinnelig var planlagt oppført på Oteren, ble besluttet flyttet til Hatteng ønsker Storffjord kommune en uavhengig vurdering av likheter og ulikheter for de to plasseringene. Vurderingen skal benyttes i forbindelse med klage på KOFAs forhåndsvarsel om overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse.*

*Våre vurderinger gjelder byggefaglige spørsmål omkring hva som normalt forekommer i markedet. Selv om vi henviser til kontraktsbestemmelser som NS 3431 med videre må vårt syn i den sammenheng kun tillegges bygningsfaglige erfaringer rundt disse spørsmål. Vi innehar ikke juridisk kompetanse.*

### *02. Grunnlag*

*Vi har tatt utgangspunkt i konkurransegrunnlag av okt 2007, bygningsteknisk beskrivelse av 4.10.07, endringskontrakt av 20.12.07, tegninger av 5.7.07 (NAV Oteren) og tegninger av 20.12.08 (NAV Hatteng) samt NS 3431.*

*Konkurransegrunnlaget gjelder totalentreprise på oppføring av flerbruksbygg inntil eksisterende helsehus på Oteren. Tiltakshaver har gitt en del føringer i form av funksjonsbeskrivelse og tegninger. Innenfor dette skal anbyder gjennomføre prosjektet med ansvar for prosjektering og utførelse med kontraktsbestemmelser iht NS 3431.*

### *03. Vurdering*

#### *03.0 1. GENERELT*

*Bygget som er under oppføring på Hatteng avviker i prinsippet lite fra bygget som var planlagt oppført på Oteren. Bygningstypen er den samme og romprogram og funksjoner er også i prinsipp den samme. Det samme gjelder materialvalget for øvrig.*

*På den annen side er også byggene ganske ulike. Dette gjelder i første rekke grunnmur, takutforming og etasjetall samt tilknytning til eksisterende bygg med ombygging. Ulikhetene som er fremtredende følger imidlertid helt logisk av endret lokalisering. Den største forskjellen gjelder at ombygging av eksisterende helsehus utgår.*

*Totalentreprise innebærer også at anbyder skal være rådgiver for tiltakshaver, jf NS 3431 pkt 9. Ved totalentreprisepåbud er det derfor påregnelig med tettere samarbeid om endringer og tilpasninger etter kontraktsinngåelsen, jf NS 3431 pkt 9.1. I dette tilfelle finner vi at totalentreprenør har gitt tiltakshaver adekvate råd i forbindelse med foreslåtte endring og byggutforming og at dette ikke avviker i vesentligprinsipiell grad fra det opprinnelige prosjekt med plassering på Oteren. Selv om ombygging utgår, må dette anses for påregnelig i anbudssammenheng.*

#### *03.02. SPESIELT*

Klagenemndas forhåndsvarsel side 8 og 9, under klagers anførsler, lister opp 20 strekpunkter som klager mener har bortfalt ved den nye lokaliseringen. Med utgangspunkt i dette anføres følgende:

1. Opparbeidelse av parkeringsplasser med 45 motorvarmeuttak er tatt ut av opprinnelig anbud.
2. Vannbåren varme med tilnærmet samme areal er fortsatt med. Konsekvensen av endringen kan være at det er behov for ett fordelingsskap mindre enn opprinnelig og er derfor uvesentlig endring.
3. Grunnmur med kjeller er tatt ut og etasjetallet er redusert fra 3 til 2. Dette gir først og fremst mindre utgraving og tilfylling og enklere adkomst for fundamentering. I tillegg utgår yttervegger i mur samt filterduk i byggegruve. Selv om jordarten er noe forskjellig, vil dette ikke medføre vesentlige andre krav til fundamentering. Det var beregnet gulv på grunn, noe som også er gjennomført på Hatteng.
4. Ombygging/riving av helsehuset utgår og dermed utgår også arbeider i forbindelse med brannveggen på Oteren. For øvrig er ny brannvegg lik på begge steder, på Hatteng ca 30 m<sup>2</sup> mindre areal.
5. Det er en stk mindre utvendig trapp/fotskraperrist på Hatteng. Dørantallet er det samme pga inngang til rådhuset. I tillegg inngår forbindelseskorridor i to plan mellom NAV og rådhuset, noe som ikke er sammenlignbart på Oteren.
6. Takformen er endret fra saltak til pulttak. Dette endrer imidlertid lite på kostnadsbilde eller krav til utførelse. I begge tilfeller snakker vi om fabrikkfremstilte takstoler med føringsveier på kaldloft. Pulttaket innebærer besparelser pga mindre takrenner og snøfangere.
7. Ombygging av helsehuset utgår, derav også nye takrenner og nedløp samt snøfangere på helsehuset.
8. Antallet dører er noe forskjellig, men endringen må sies å være uvesentlig.
9. Det monteres en stk innvendig trapp på Hatteng mot to trapper planlagt på Oteren. Trapper er prefabrikkert og monteres som elementer. Endringen er mindre vesentlig med oversiktlig kostnadsbilde.
10. Som pkt 4 og 7; Låssystem for eksisterende bygg utgår.
11. Som pkt 4, 7 og 10; Beising av eksisterende bygg utgår.
12. Heis reduseres fra 3 til to etasjer og antall heisdører endres. Heis leveres av underleverandør og endringer i den forbindelse er mindre vesentlig og er kostnadsmessig oversiktlig.
13. Det er det samme krav til utvendig belysning. Dette er likt på begge steder.
14. Det er like krav til sanitær- og rørleggerarbeidene og antall dusjer, WC, servanter med mer er i det vesentlige beholdt.
15. Som pkt 4 og 7; Ombygging av helsehuset er tidligere omtalt.
16. Som pkt 15.
17. Krav til utførelse av ventilasjonsrom er lik for begge steder. Ventilasjonsrommet på Hatteng etableres på kaldloft over plan 2, helt likt som på Oteren. På Oteren var det planlagt ombygging av kaldloft i eksisterende bygg. Dette må antas å være mindre vesentlig endring.
18. Mindre gravearbeider er omtalt i pkt 3.
19. Som pkt 15.
20. Vurderinger omkring alarmanlegg er uvesentlig. Det monteres nytt anlegg på Hatteng, mens det på Oteren skulle vurderes å utvide eksisterende. Erfaringsmessig faller dette kostnadsmessig ganske likt ut.

### 03.03 ANDRE FORHOLD

Det er flere forhold som er likt på begge steder som bør anføres. Dette gjelder elektroinstallasjoner, luftbehandlingsanlegg og VVS-tekniske anlegg med tilhørende hjelpearbeider. Likeså kvalitet og utførelse på alt av bygningsmessige arbeider og snekkerarbeider. Det er ikke behov for annen kompetanse eller utstyr for å gjennomføre endret prosjekt.

### 04. Konklusjon

Endret plassering medfører at bygget på Hatteng blir utformet og tilpasset det nye stedet og ombygging og opprusting av eksisterende bygg er trukket ut. Endringene er ikke av betydning for anbydernes kompetanse.

Endringer i kontraktsforhold er relativt vanlig og kontraktsbestemmelsene for entreprisekontrakter inneholder bestemmelser som gir entreprenøren rett til å nekte å utføre endringsarbeidene dersom dette overstiger 15 % av opprinnelig kontraktssum, eksklusiv variasjon i avtalt anslåtte mengder (jfr NS 3431 pkt 33.1,2. ledd). I denne sammenheng omfattes størstedelen av endringene mengdeendringer. Det spesielle i denne saken er at plasseringen er endret. De innvendige tjenester endrer neppe karakter av den grunn. Det er i den forbindelse kun rigg og drift med riggplanen og logistikk som ser ut til å bli påvirket ved at transportveien til byggeplassen enten blir maksimalt 4,5 km lengre eller kortere, alt avhengig av anbydernes forutsetninger.

Alt sett under ett kan vi ikke si at endringene er av vesentlig betydning eller uforutsigbart for anbyderne med unntak av endret plassering. Endret plassering er ganske uvanlig, men neppe av stor kostnadmessig eller konkurransemessig betydning i dette tilfelle.

Tromsø den 15. mai 2008  
Nordnorsk Byggekontroll AS”

- (24) I e-post av 22. mai 2008 innsendte klager sine merknader til innklagedes brev av 15. mai 2008. Klagers merknader ble kommentert i innklagedes brev av 26. mai 2008.
- (25) I e-post av 27. mai 2008 innsendte klager så følgende bekreftelse fra enhetslederen i NAV Storfjord vedrørende plasseringen av fjernarbeidsplasser for NAV ansatte som har arbeidsoppgaver som er blitt sentraliserte:

”Fra og med 11. mars 08 er det etablert 3 fjernarbeidsplasser tilhørende NAV forvaltning Troms her på kontoret tilhørende NAV Storfjord trygd.”

### **Anførsler:**

#### *Klagers anførsler:*

- (26) Kommunestyrets totalforkastelse av samtlige tilbud den 14. november 2007 innebærer at konkurransen må anses avsluttet, og at de innkomne tilbud fra dette tidspunkt ikke lenger kan anses bindende i tilknytning til den kunngjorte konkurransen. Inngåelsen av kontrakt med J. Nysted Byggevarer AS etter dette må derfor anses som en ulovlig direkte anskaffelse som bør gebyrlegges.

- (27) I tillegg har innklagede, etter at vedtaket om å totalforkaste tilbudene ble omgjort den 12. desember 2007, forhandlet med valgte leverandør før kontrakten ble inngått. Etter klagernes oppfatning må det kunne legges til grunn at det skjedde forhandlinger mellom partene på møtet som ble avholdt 5. desember 2007. Dette innebærer at forhandlingsforbudet er brutt. De endringene som er gjort må i tillegg anses vesentlige. Dette innebærer at det skulle vært kunngjort en ny konkurranse når innklagede bestemte seg for å oppføre bygget på Hatteng istedenfor på Oteren. Det er kun valgte leverandør som er gitt anledning til å gi pristilbud på denne lokaliseringen, og det er trolig at leverandøren har benyttet dette til å gi et dyrere tilbud enn det som kunne blitt oppnådd ved bedre konkurranse. Fagpersonell, fagutvalg, brukere/brukertjenester ble heller ikke tatt med på råd. Relokaliseringen av prosjektet har i alle fall medført at følgende arbeider, helt eller delvis, er falt bort:
- (28) Opparbeidelse av 450 m<sup>2</sup> parkeringsplass med asfaltering og 45 stk motorvarmeuttak.
- \* Ett gulv med vannbåren varme (pga endring fra 3 til 2 etasjer).
  - \* Grunnmuren på Hatteng skal ikke ha utsparringer for vinduer (pga ingen underetasje).
  - \* Ikke aktuelt med etterarbeid av eksisterende brannvegg etter rivingsarbeid (riving ble ikke aktuelt) og gjennomføring i brannvegg (pga slipper ombyggingsarbeid).
  - \* Ett inngangsparti mindre med avtørkingssoner pga to innganger opprinnelig, mens nybygget på Hatteng bare har en inngang (se punkt 3.5 i beskrivelsen).
  - \* Ikke saltak som opprinnelig, dvs ikke så mange snøfangere som opprinnelig antatt (i grunnlaget skulle det leveres snøfangere på både nytt og eksisterende bygg).
  - \* Det samme gjelder takrenner og avløp - dvs også komplett utskifting på eksisterende bygning.
  - \* Endring i antall dører.
  - \* En innvendig trapp mindre.
  - \* Ikke aktuelt å skifte låsesystemet i hele helsehuset (også legeavdelingen var medtatt, og det var snakk om FG-godkjent systemlås).
  - \* Ikke aktuelt å beise opp eksisterende bygg (skulle beises i samme farge som nybygget).
  - \* Heis endres fra tre til to etasjer.
  - \* Redusert behov for utvending belysning (også lysmaster til uttrekt parkering).
  - \* Trolig også reduserte kostnader på sanitær og rørleggerarbeid – bla færre dusjer.
  - \* Hele ombyggingen av eksisterende helsehus (se punkt 11).
  - \* Reising av eksisterende tak for ombygging til 3 kontorer.
  - \* Lager, ventilasjonsrom, gangareal og hull i brannvegg for innsetting av dør.
  - \* Ikke aktuelt å senke terreng for å gi plass til vinduer i underetasjen foran tilbygget.
  - \* Leveransen for brannalarm skulle gjelde hele helsehuset - ikke bare nybygget - det slipper de nå.
  - \* Det samme gjelder vurderingen av tyverialarmanlegg osv.
- (29) Endringene har medført at kontraktssummen til valgte leverandør er redusert med ca 2 millioner kroner. (Beløpet burde trolig vært høyere). Videre er oppstarts- og ferdigstillelsesdato endret. Det nye bygget er 2 etasjer mot det gamle som var 3. Det er videre nå kun tale om et nybygg mot den kunngjorte konkurransen som både gjaldt ombygging av eksisterende bygg og nybygg. I tillegg er altså den geografiske plassering endret.
- (30) Det er godt mulig at de øvrige tilbydere kunne gitt et bedre tilbud enn Nysted, eller at også andre kunne vært interessert når det kun ble tale om et nybygg og ikke i tillegg

ombyggingsarbeider. Den endrete lokalisering medførte også behov for å produsere nye tegninger, som deretter måtte sendes arbeidstilsynet for ny godkjenning. Endringene må anses vesentlige. For øvrig åpnet ikke den første kontrakten for å gjøre endringer, hvilket også tilsier at det skulle vært gjennomført en ny konkurranse når det var ønskelig å endre kontrakten.

- (31) Når det gjelder vurderingen fra Nordnorsk Byggekontroll AS, bes klagenemnda om å merke seg at selskapet kun har vurdert saken ut fra de tilbyderne som deltok i den opprinnelige konkurransen.
- (32) Når det gjelder skyldkravet, vises det til at det politiske flertallet ble klart advart av mindretallet. I denne forbindelse ble også klagenemndas sak 2007/118 lagt frem. Når det ble konstatert regelbrudd i denne saken, må det i alle fall konstateres brudd i pågående sak.
- (33) Allmennpreventive hensyn tilsier at det ilegges overtredelsesgebyr i dette tilfellet.
- (34) Når det gjelder opprettelsen av fjernarbeidsplasser for de av NAVs ansatte som har arbeidsoppgaver som er blitt sentraliserte og dermed flyttet ut av kommunen, har det aldri vært noen reell fare for at ikke disse skulle få arbeide i Storfjord. Dersom fremdriftsplanen ikke ble holdt, ville det blitt opprettet midlertidige arbeidsplasser for disse innad i kommunen, inntil det nye NAV bygget stod ferdig. Dette er det faktisk allerede gjort for tre av de fire fjernarbeidsplassene som er aktuelle, jf innsendte bekreftelse på dette fra NAV Storfjord Trygd. Fjernarbeidsplassene er nå plassert i NAVs kontorer på Oteren. Det er også sannsynlig at den siste arbeidsplassen blir plassert her.
- (35) Når det gjelder plasseringen i NAV køen, er det slik at alle kommuner skal ha et NAV kontor innen utgangen av 2009. Dersom Storfjord kommune ikke var klar iht oppsatt fremdriftsplan, måtte man byttet plass med en annen. Dette ville ikke nødvendigvis medført at man kom sist i køen. Det er også mange kontor som i en overgangsfase har startet opp som ”ikke fullverdige kontor”, dvs uten å være et offisielt oppstartet kontor. Det kan godt bli tilfellet for Storfjord også.

*Innklagedes anførsler:*

- (36) Det bestrides at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (37) Selv om det er riktig at innklagede totalforkastet samtlige tilbud i vedtaket av 14. november 2007, taler reelle hensyn for at vedtaket må kunne omgjøres når det ikke forelå saklig grunn til totalforkastelse. Det samme følger av forskriftens § 13-2 (2), som tillater retting av feil begått under tildelingsevalueringen. Tilbyderne må derfor være forberedt på at eventuelle feil rettes frem til kontraktsinngåelse. For øvrig vises det til klagenemndas uttalelse i sak 2008/9 vedrørende forskriftens § 22-3 (2) (som er den tilsvarende bestemmelsen til § 13-2 (2) i forskriftens del III): ”Hensynet bak bestemmelsen er å kunne åpne for en endring av en tildelingsbeslutning der oppdragsgiver eller eventuelle klagere kan vise til at kontraktstildelingen er skjedd i strid med kriteriene for valg av tilbud, eller i strid med andre sentrale bestemmelser i regelverket.” Det må også legges til grunn at avtalelovens bestemmelser må tolkes i lys av anskaffelsesregelverkets regler, jf Rt 2003/1531, hvilket i dette tilfellet tilsier at en

feil totalforkastelse må kunne omgjøres inntil den opprinnelige vedståelsesfristen er løpt ut. Tilbyderne vil jo allerede være forberedt på å være bundet av sine tilbud frem til dette tidspunkt. Det foreligger heller ikke noe formelt skriv til tilbyderne om totalforkastelse av tilbudene. Etter innklagedes oppfatning er det kun kontraktsinngåelse som kan løse tilbyderne fra sine tilbud før vedståelsesfristen går ut.

- (38) Innklagedes budsjett var ikke basert på noen reell vurdering av kostnadsnivået i markedet. Det ble tatt utgangspunkt i en kvadratmeterpris på kr 15 000,- uten at det er opplyst hva som er grunnlaget for denne prisen. Vilkårene for totalforkastelse var dermed ikke oppfylt, og innklagede omgjorde derfor sitt eget vedtak den 12. desember 2007. Klagenemnda har ikke begrunnet hvorfor nemnda mener at innklagede *"mest sannsynlig kunne påberopt seg saklig grunn for totalforkastelse/avlysning"*, jf forhåndsvarselet side 10.
- (39) Etter dette ble kontrakten med valgte leverandør inngått 18. desember 2007. Dette skjedde innenfor vedståelsesfristen, som først løp ut 8. februar 2008. Kontrakten var basert på det opprinnelige tilbudet, slik at forhandlingsforbudet ikke var brutt. Etter dette forhandlet innklagede om endringer i kontrakten, og inngikk så en ny kontrakt 20. desember 2007.
- (40) Etter mottak av klagenemndas forhåndsvarsel har innklagede innhentet en entreprisefaglig vurdering av de endringene som ble gjort i den opprinnelige kontrakten. Denne viser at endringene i entreprisefaglig forstand ikke er vesentlige. Dette må tillegges betydelig vekt i den juridiske vurderingen. Idet endringene som er gjort ikke er vesentlige, er det også irrelevant hvilke tilbud andre tilbydere kunne gitt på den nye plasseringen av bygget. Videre må det tillegges betydning at forskriften i utgangspunktet ikke regulerer situasjonen etter kontraktsinngåelse, og at rettstilstanden på dette punkt dermed er meget uklar. For øvrig er det feil at anskaffelsen er regulert av NS 8405, slik klagenemnda har antatt i forhåndsvarselet. Det fremgår av kunngjøringens punkt 2.1 at anskaffelsen gjelder et *"totalanbud"*. Dette er en klar henvisning til NS 3431. At partene ved en feil har benyttet et avtaleformular som vanligvis benyttes ved kontrakter basert på NS 8405 kan ikke tillegges betydning, da det fremgår av kontraktens punkt 9 at det er NS 3431 som skal gjelde. Alle tilbyderne har også lagt til grunn at det er tale om en totalentreprise.
- (41) NS 3431 har bestemmelser om endring av kontrakten i kapittel 33. Her fremgår visse grenser for oppdragsgivers rett til å ensidig pålegge leverandøren endringsordrer. Endringen må stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, ikke være av vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid, og kan ikke overstige 15 % netto tillegg til kontraktssummen. Det er uavklart om partene kan avtale endringer ut over det oppdragsgiver kan pålegge uten at dette må anses som en ny kontrakt. Klagenemnda har uttalt at dette ikke er tilfellet, uten at dette er nærmere underbygget, jf forhåndsvarselets side 11. Innklagede har ikke funnet noen rettskilder som taler for at klagenemndas syn er riktig. For øvrig må det tas hensyn til at det ved avtaleinngåelsen ikke forelå detaljprosjektering, hvilket tilsier at det er uklart om det må opereres med samme geografiske begrensinger for byggherrens adgang til å pålegge endringer som etter NS 8405. Det må også legges til grunn et større spillerom for hva som i konkurransfasen må anses som påregnelige endringer etter kontraktsinngåelse enn det som gjelder for kontrakter som reguleres av NS 8405. Tilslutt er det relevant at det i denne saken er tale om et fradrag, og ikke et tillegg. Dette må generelt sett anses mindre betenkelig.

Frdraget ligger innenfor 15 % grensen i NS 3431 punkt 33.6, da det kun er på 11,55 % av kontraktsummen. Det vi si godt innenfor det som må anses som et påregnelig frdrag i en totalentreprisekontrakt.

- (42) Subsidiært anføres det at skyldkravet ikke er oppfylt. Det er høyst uklart hva som ligger i forbudet mot å gjøre ”*vesentlige*” endringer etter kontraktsinngåelse. Dette må klagenemnda ta hensyn til i vurderingen av om skyldkravet er oppfylt, jf forarbeidenes uttalelser på dette punkt. I tillegg bes det tatt hensyn til at kommunen meget sjelden gjennomfører anskaffelser i denne størrelsesorden. Det årlige investeringsvolumet frem til 2003 var på ca kr 3 millioner per år, og kommunen har de siste 10 år kun gjennomført 2 store anskaffelser, denne og en til. Disse er i tillegg ennå ikke fullført. Når det gjelder klagers henvisning til at klagenemndas sak 2007/118 ble fremlagt for det politiske flertall, begrenser innklagede seg til å uttale at denne avgjørelsen ikke kan anses relevant for foreliggende sak.
- (43) Dersom klagenemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse og at skyldkravet er oppfylt, må klagenemnda vurdere samtlige av skjønnstemaene som er angitt i lovens § 7b.
- (44) Når det gjelder ”*overtredelsens grovhet*” henger dette nøye sammen med vurderingen av skyldkravet. Dersom klagenemnda først kommer til at skyldkravet er oppfylt, kan man i alle fall ikke legge til grunn at overtredelsen er grov.
- (45) Når det gjelder ”*størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen*” må denne anses beskjeden. Det er tale om et bygge- og anleggsarbeid med en verdi på ca kr 12,3 millioner. Sammenlignet med klagenemndas sak 2007/19, hvor det ble ilagt et gebyr på 0,4 % av anskaffelsens verdi, er gebyret på 7 % som er varslet i denne saken, uforholdsmessig. Det bør også sondre mellom ulovlige direkte anskaffelser under og over EØS terskelverdi. Ulovlige direkte anskaffelser over terskelverdien går utover et potensielt mye større antall leverandører enn anskaffelser under.
- (46) At det i dette tilfellet ikke er tale om ”*gjentatte ulovlige direkte anskaffelser*” bør tillegges større betydning i formildende retning enn det nemnda har gjort til nå.
- (47) Når det gjelder ”*overtredelsesgebyrets preventive effekt*”, har klagenemnda i forhåndsvarselet vist til St. meld nr 15 (2004/2005). Disse forarbeidene er etter innklagedes syn ikke relevante, idet uttalelsene er skrevet før det ble gjort endringer i regelverket som følge av de uttalelsene som ble gitt av høringsinstansene. Det som fremgår av forarbeidene forutsetter også at regelverket er lett å praktisere og forstå. Det er i alle fall ikke tilfellet når det gjelder hvilke endringer som kan foretas i en kontrakt etter kontraktsinngåelse.
- (48) Dersom gebyr ilegges, må dette settes vesentlig lavere enn det beløp som fremgår av forhåndsvarselet.
- (49) Når det gjelder omstendigheten knyttet til Storfjord kommunes plassering i NAV køen vil innklagede vise til at det var viktig for kommunen å beholde den tildelte plass, idet kommunen har et felles interkommunalt NAV prosjekt med nabokommunene Lyngen og Balsfjord. Prosjektet forutsetter at etableringen av de tre kommunenes NAV kontor



skal skje til samme tid. En utsatt etablering for Storfjord ville derfor skapt praktiske problemer.

- (50) Når det gjelder fjernarbeidsplassene, ville det vært problematisk å plassere disse i midlertidige lokaler helt frem til slutten av 2009. Det er derfor liten tvil om at NAV Troms ville vært nødt til å plassere disse stillingene i Tromsø eller i andre kommuner dersom Storfjord ikke hadde kommet i mål tidsmessig. Fylkesdirektøren i Troms har dessuten uttalt at han ville sette pris på at Storfjord kommune anstrengte seg for å beholde sin plass i køen.

**Klagenemndas vedtak:**

- (51) Etter klagenemndsforordningens § 13a gjelder ikke noe krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagerne i denne saken er representanter fra Storfjord Arbeiderparti og Felleslista. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi forordning om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forordningens §§ 2-1 og 2-2.

*Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse*

- (52) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b er en ulovlig direkte anskaffelse en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forordninger gitt i medhold av loven, slik som i dette tilfellet kunngjøringskravet i forordningens § 9-1 med plikt til å gjennomføre anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, slik § 5-1 gir adgang til for anskaffelser under EØS terskelverdi.
- (53) Etter klagenemndas syn foreligger det to brudd på regelverket om offentlige anskaffelser som begge leder til at innklagede har gjennomført en direkte anskaffelse i strid med regelverket.
- (54) De foreliggende tilbud på entreprisen ble avsluttet med totalforkastelse. Totalforkastelse er avtalerettslig et avslag som medfører at alle foreliggende tilbud opphører å være bindende, jf avtalelovens § 5. Dette innebærer at innklagede etter totalforkastelsen ikke hadde virksomme tilbud som kunne antas. Tilbudene kan ikke gjøres virksomme igjen ved en omgjøring av beslutningen om totalforkastelse, og forholdet faller derfor utenfor det som gjelder annullering av tildeling under en ikke avsluttet anbudskonkurranse etter forordningens § 13-2 (2). Nemnda viser til fast praksis om lignende tilfelle der oppdragsgiver har foretatt tildeling uten å sørge for å forlenge vedståelsesfristen, jf for eksempel senest sak 2007/19. Tildeling uten bindende tilbud er formelt å anse som en direkte anskaffelse.
- (55) Det fremgår at innklagede allikevel valgte å holde seg til J. Nysted Byggevarer AS fordi denne ellers truet med å gjøre erstatningsansvar gjeldende. Et slikt krav ville etter klagenemndas syn neppe ført frem siden et vedtak om å relokere prosjektet ville utgjort saklig grunn til avlysning/totalforkastelse etter forordningens § 13-1, men også fordi det før endelig kontraktstildeling og avtaleinngåelse sjelden foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at noen bestemt tilbyder vil få kontrakten. Uansett vil ikke en eventuell risiko for erstatningsansvar kunne legitimere et brudd på kravet til ny konkurranse om oppdraget i endret skikkelse.

- (56) Men også omlegningen av kontrakten etter tildeling og avtaleinngåelse må ses som en ulovlig direkte anskaffelse. Den kontrakt som ble inngått 18. desember 2007 gjaldt det kunngjorte prosjekt på Oteren for tilbygg til eksisterende helsehus og mindre ombyggingsarbeider, men dette ble endret umiddelbart ved tilleggsavtalen den 20. desember 2008 om alternativet nybygg på Hatteng, og da med et endringsomfang som i realiteten i seg selv utgjør en ny anskaffelse som skulle vært kunngjort for konkurranse. Kravet til likebehandling og konkurranse i lovens § 5 medfører at deltagerne i den avsluttede konkurransen må få mulighet til å gi tilbud ut fra de endrede forutsetningene, men også at et prosjekt om nyoppføring på Hatteng må tilbys til entreprenører som kunne tenkes å se annerledes på nyoppføring enn på et prosjekt om ombygging/tilbygg i kombinasjon med nytt bygg.
- (57) Det er ikke omtvistet hvilke endringer som er foretatt i forhold til den opprinnelig kontrakten. Innklagede har for det første endret den geografiske plasseringen av bygget. Tegningene over det opprinnelige planlagte bygg på Oteren, og de nye tegningene på bygg på Hatteng, viser videre at den endrede kontrakten er vesentlig annerledes. Endringene leder til at det skal oppføres et nytt bygg, ikke ombygging av eksisterende bygg kombinert med nybygg, slik oppdraget først ble kunngjort. Oppdragets omfang er betydelig redusert. Det må antas at disse forhold ville hatt betydning for den økonomiske vurdering av byggekostnadene som markedet opprinnelig la til grunn ved den første kunngjøring. Netto endring i kontraktens omfang er ikke vesentlig, men det er tale om både fradrag og tillegg som prosjekteringsteknisk bør ses i sammenheng. Dette innebærer at klagenemnda fastholder den vurdering som ble lagt til grunn i forhåndsvarselet, selv om det skulle være riktig at netto endringen i beløp ikke er vesentlig i entreprisefaglig sammenheng, jf rapporten fra Nordnorsk Byggekontroll AS av 14. mai 2008.
- (58) Tildelte oppdrag for bygg- og anleggsarbeider vil i norske forhold være underlagt omforente standardvilkår i bransjen, i dette tilfelle Norsk Standard (NS) 8405 publisert i 2004. Disse var forutsatt å gjelde i denne saken, men med enkelte henvisninger også til standarden for totalentreprise NS 3431 (betegnet som "totalanbud" uten at nemnda kan se at valg av standard har betydning for saken). Standardvilkårene gir byggherren rett til å rekvirere endringer og tillegg mot tilleggsvederlag, og slike vil ikke kunne anses som nye oppdrag som må kunngjøres. Det ville være lite hensiktsmessig om ikke den valgte entreprenør kunne utføre endringer under oppførelsen i tråd med byggherrens ønsker. Endringer kan bestå i tillegg eller fradrag i det opprinnelige oppdrag. Byggherren vil trolig være avskåret fra å ta deler av oppdraget fra hovedentreprenøren uten å måtte betale for hel eller delvis avbestilling etter NS 8405 pkt. 20.
- (59) Standarden setter allikevel en grense for hvor omfattende endringer eller fradrag som kan kreves innenfor én og samme kontrakt. Endringer innen kontraktens rammer må stå i sammenheng med det som kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art og omfang, jf nærmere J. E. Barbo Kontraktssomlegging i entrepriseforhold (1997) s 67-68 om forgjengeren NS 3430 pkt 28.1 første ledd:

*"For det første må det opereres med visse geografiske begrensninger. Entreprenøren kan ikke være forpliktet til å utføre arbeid på et annet sted enn der de opprinnelige kontraktsarbeider foregår [...] Som hovedregel vil entreprenøren heller ikke være forpliktet til å utføre arbeid på et annet byggeobjekt."*

- (60) Klagenemnda mener at når omforente endringer og tillegg går ut over dette, dreier det seg om en annen innholdsmessig kontrakt enn den som først var inngått. Det fremgår dessuten av den fremlagte dokumentasjon at kommunestyret allerede før undertegning 18. desember 2007 var innforstått med at kontrakten måtte endres i forhold til valgte leverandør. Nødvendigheten av endringer var således kjent for innklagede forut for kontraktssignering, hvilket skaper et inntrykk av det gjaldt å utnytte den første tildeling for å få gjennomført omlegningen i oppdraget uten ny kunngjøring.
- (61) Det foreligger dermed i begge de ovennevnte relasjoner en ulovlig direkteanskaffelse.

*Hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr*

- (62) Etter anskaffelseslovens § 7b (1) kan en oppdragsgiver etter en skjønnsmessig vurdering ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse.
- (63) Om skyldkravet fremgår det følgende i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser side 26:

*”Det er et vilkår for å ilegge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse 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 uaktsom. 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.”*

- (64) Innklagede valgte å totalforkaste samtlige tilbud for deretter å tildele oppdraget formløst. Anførselen om at forskriftens § 13-3 (2) ga hjemmel for dette kan etter nemndas syn ikke anses som en unnskyldelig rettsvillfarelse. Saken gir som inntrykk at man traff sitt valg dels for å unngå ny kunngjøring med tidstap og utgifter, dels i lys av et fremsatt erstatningskrav som man måtte forstå ikke kunne føre frem, dette fordi innklagede for å reallokere prosjektet til Hatteng åpenbart kunne påberopt saklig grunn til avlysning/totalforkastelse (forskriftens § 13-1) uten økonomisk ansvar.
- (65) Det fremgår av den innsendt dokumentasjon at rådmannen allerede i innstillingen til vedtaket om tilleggsbevilgning varslet at dersom kommunestyret ønsket å flytte prosjektet til Hatteng, måtte dette skje gjennom en ny kunngjort konkurranse. Til tross for dette, og mot mindretallets protest, valgte flertallet i kommunestyret å totalforkaste samtlige tilbud i vedtak av 14. november 2007 for deretter, i nytt vedtak av 12. desember 2007, å omgjøre beslutningen og tildele kontrakten om utførelse på Hatteng til J. Nysted Byggevarer AS. Innklagede synes derfor å ha tatt en risiko, vel vitende om at prosedyren i ettertid kunne bli ansett som en ulovlig direkte anskaffelse, og om at både rådmannen og mindretallet vurderte det slik. Omlegningen av prosjektet tilsa at innklagede må ha skjont at det ble inngått kontrakt på en annen anskaffelse enn den som opprinnelig ble kunngjort.
- (66) For anskaffelser på EØS nivå gjelder, etter forskriftens Del III § 14-4, at konkurranse med forhandling uten kunngjøring kan gjennomføres i forlengelse av en resultatløs

anbudskonkurranse i forhold til deltagerne i den første konkurransen. Dette forutsetter at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår. I vårt tilfelle ble det gjort vesentlige endringer uten at deltagerne i den første konkurransen ble gitt mulighet for å delta. Nemnda behøver derfor ikke vurdere om § 14-4 kan anvendes også på nasjonalt nivå, jf at kunngjøringskravet i forskriftens Kap. 9 og § 5-1 om tillatte anskaffelsesprosedyrer ikke har noe motstykke til unntaksregelen i § 14-4.

- (67) Basert på ovenstående legger nemnda til grunn at innklagedes opptreden i alle fall må anses grovt uaktsom. Skyldkravet i lovens § 7b (1) er dermed oppfylt.
- (68) Klagenemnda minner om at direkte anskaffelser uten kunngjøring anses som det mest alvorlige regelbrudd i EF-domstolens praksis. Behovet for skjerpede sanksjoner har ledet til en endring av håndhevelsesdirektivet 89/665. EF Dir 07/66 vil etter implementering (frist satt til desember 2009) lede til at ulovlige direktekjøp medfører ineffektiv kontrakt med plikt for oppdragsgiver til å bringe kontrakten til opphør, jf nærmere S Treumer i (2007) 16 Public Procurement Law Review s 371 og flg.
- (69) Klagenemnda mener etter dette at det bør ilegges gebyr i denne saken.

#### *Gebyrets størrelse*

- (70) Overtredelsesgebyret kan etter lovens § 7b (2) ikke settes høyere enn 15 % av anskaffelsens verdi.
- (71) Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, samt overtredelsesgebyrets preventive virkning. Oppregningen av hva det kan legges vekt på i vurderingen er ikke uttømmende.
- (72) Klagenemnda har etter innføringen av lovens § 7b ilagt overtredelsesgebyr i ett tilfelle. Dette skjedde i sak 2007/19, hvor blant annet gebyrets preventive virkning ble vektlagt, se sakens premisser (50) og (51) hvorfra siteres:

*(50) Det må også legges vekt på gebyrets preventive virkning. Avrop under et leverandørmonopol som har vart i fem år, er ensbetydende med ulovlig direktekjøp. Problemet med ulovlige direktekjøp ble tatt opp i en departemental utredning ("AUDA" 2003), og denne er senere omtalt i forarbeidene til lovendringen i 2006 – Ot prp nr 62 (2005-2006) avgitt i april 2006, der ulovlige direktekjøp er en hovedsak, jf. proposisjonens på s 5:*

*"I Norge foretar offentlig sektor innkjøp for godt over 200 milliarder kroner hvert år. Regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser bidrar til utvikling av et konkurransedyktig norsk næringsliv. Riksrevisjonen har imidlertid avdekket at en rekke kjøp av varer og tjenester skjer uten konkurranse, i strid med regelverket."*

*(51) Kommisjonen selv anser effektivisering av anbudsreglene som en prioritert oppgave og mener at tiltak mot ulovlige direktekjøp er et hovedansvarliggende for nye*

lovendringer. Kommisjonens utkast til skjerpelser i håndhevelsesdirektivet 89/665 - COM(2006)195 – siterer fra premiss (37) i EF-domstolens dom 18.11.2004 C-26/03 ("Stadt Halle") om at tildeling av kontrakter uten påbudt kunngjøring

*"...could lead to the most serious breach of Community law in the field of public procurement on the part of a contracting authority. It would substantially reduce the effective and rapid judicial protection aimed at by Directive 89/665, and would interfere with the objectives pursued by Directive 92/50, namely the objectives of free movement of services and open and undistorted competition in this field in all the Member States."*

- (73) Preventive grunner er hovedformålet bak reglene om overtredelsesgebyr. I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s 6 henviser departementet til AUDA-rapporten og konkurransemeldingen St meld nr 15 (2004-2005), hvor det fremgår at:

*"Bevisste og overlagte brudd på et regelverk som er overkommelig å forstå og praktisere, kan ikke tillates. Regjeringen vil innføre egnede sanksjoner mot dette i det reviderte regelverket. Dette vil ha en klar preventiv virkning som sikrer større etterlevelse."*

- (74) og videre fra Innst. S (2004-2005):

*"Når regelverket blir mer overkommelig å praktisere vil flertallet samtidig understreke at bevisste/overlagte brudd på regelverket må slås hardt ned på."*

- (75) Disse uttalelsene fra forarbeidene til lovendringen tilsier at det bør gis klare signaler til oppdragsgiver om at en kontrakt som blir vesentlig endret etter at den var kunngjort, kan føre til at oppdragsgiver står overfor en ny anskaffelse som må kunngjøres på nytt for å ivareta hensynet til konkurranse. På samme måte må det ikke herske tvil om at det ikke er mulig å komme unna kravet til konkurranse ved å benytte seg av endringsklausuler i kontrakten når det i realiteten innebærer at man står ovenfor et nytt og vesentlig endret oppdrag. Det handler ikke her om innfløkt regelverk eller om kompliserte vurderinger. Innklagede ble advart mot tildelingen, og valgte allikevel å gå videre med avtale.
- (76) I sak 2007/19 ble det (premiss (46)) tatt hensyn til at ordningen med overtredelsesgebyr var ny, og at det var tale om første gangs anvendelse for Klagenemnda. Siden da er ordningen blitt kjent, er mye omtalt i media – og må forutsettes kjent blant oppdragsgiverne og dermed for innklagede.
- (77) Om momenter nevnt i lovens § 7b taler det i innklagedes favør at konkurransen opprinnelig var kunngjort på lovlig måte for bransjen samt at det må anses som et engangstilfelle. Videre legges det også en viss vekt på at oppdragsgivers handlinger nok også, i alle fall delvis, var motivert av frykten for å miste plassen i NAV køen og dermed muligheten for statlige fjernarbeidsplasser. I sak 2007/19 forelå flere formildende omstendigheter, ikke bare at gebyrregelen var ny, men at departementet hadde gitt uklare føringer i forhold til oppdragsgiver. På den annen side dreide det seg da om løpende formløse kjøp under en rammeavtale som i sitt omfang ble ansett konkurransehemmende (lovens § 5).
- (78) Innklagedes valg om å tildele uten kunngjøring fremstår som et forsøk på å omgå regelverket for offentlige anskaffelser. Det ville vært enkelt for innklagede å gjennomføre en ny konkurranse så snart det ble klart at tilbudene i den første

konkurransen måtte totalforkastes, eventuelt på det tidspunkt man endelig bestemte seg for å relokalisere prosjektet med de endringene som dette innebar.

- (79) I 2007-saken ble gebyret satt til omlag 1 % av anskaffelsens verdi. Nemnda mener at gebyret i vårt tilfelle må settes noe høyere.
- (80) Gebyrets størrelse settes etter dette til kr 950.000,-. Gebyret er da regnet ut fra størrelsen på den kontrakten som innklagede inngikk, dvs. kr. 12 305 000,- eks. mva.
- (81) Klagenemnda treffer etter dette følgende vedtak:

\*\*\*\*

*Storjord kommune ilegges et overtredelsesgebyr stort kr 950.000,-  
nihundreogfemtitten.*

*Gebyret forfaller til betaling innen 2 – to – måneder fra dette vedtaks dato.*

\*\*\*\*

*Vedtaket om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensinger som følger  
av tvangsfullbyrdsloven § 1-2.*

*Vedtaket om overtredelsesgebyr kan ikke påklages, men saken kan bringes inn for tingretten  
til overprøving, jf anskaffelsesloven § 7b.*

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

12. juni 2008

  
Kai Krüger