



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Tenden Advokatfirma ANS
Att: advokat Erik Bruusgaard
Postboks 423
3101 Tønsberg

Deres referanse

Vår referanse
2010/275

Dato
10.12.2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 1. oktober 2010. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Bakgrunnen for den påklagede anskaffelsen er at det i september 2004 ble inngått en rammeavtale mellom Undervisningsbygg Oslo KF (heretter kalt innklagede) og Kristiansen og Bernhardt Arkitektur Interiør AS (heretter kalt klager), vedrørende arkitekttjenester i forbindelse med utbygging av skoler i Oslo.
- (2) I forbindelse med utbygging av Sandaker videregående skole i Oslo, foretok innklagede avrop under rammeavtalen. Det ble inngått kontrakt mellom innklagede og klager vedrørende et skisseprosjekt. I brev av 26. september 2008 ble det presisert av innklagede at avropet også omfattet de fremtidige fasene av prosjektet. De ulike fasene skulle gjelde som opsjoner i avropet, for en og en fase. Gjenstående faser var: forprosjekt, detaljprosjekt, gjennomføringsfase og reklamasjonsfase.
- (3) Innklagede foretok videre avrop for forprosjekt under rammeavtalen. Klager utarbeidet deretter et skisseprosjekt og forprosjekt, som dannet grunnlaget for kontrakt med entreprenør.
- (4) Innklagede kunngjorde 14. november 2008 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende ombygging og rehabilitering av Sandaker videregående skole. Av kunngjøringen fremgikk at:

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

"Prosjektet skal gjennomføres etter en samspillmodell. Denne anskaffelsen gjelder inngåelse av kontrakt med entreprenør. Rådgivere er allerede engasjert av Undervisningsbygg og disse vil bli overført/tiltransportert entreprenøren."

- (5) I kunngjøringen punkt II.1.2(a) hadde innklagede krysset av for at anskaffelsen gjaldt *"Prosjektering og utførelse"*.

- (6) Av vedlegg 2 til prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 2.1.1 *"Kort om samspillmodellen"* fremgikk følgende:

"Undervisningsbygg vil gjennomføre prosjektet etter en samspillmodell med basis i NS 3431. Entreprenøren bringes tidligere inn i prosjektet enn ved mer tradisjonelle gjennomføringsformer. Sammen med arkitekt, tekniske rådgivere og byggherren skal entreprenøren være med å utvikle prosjektet slik at alle parterers erfaring og kompetanse tilflyter prosjektet på et tidligst mulig stadium hvor prosjektet reelt kan påvirkes i størst mulig grad. Undervisningsbygg tror at dette er særskilt verdifullt for dette prosjektet også ut ifra viktigheten av å finne frem til en kortest mulig gjennomføringstid."

- (7) Av samme dokument fremgikk det videre av punkt 2.2.2 *"Deltakere i samspillet"* at:

"Samspillentreprenøren skal på forhånd ha valgt ut sine tekniske underentreprenører for rørtekniske anlegg, ventilasjonsanlegg og elektrotekniske anlegg, og disse inngår som en integrert del av "samspillentreprenørens" tilbuds- og senere gjennomføringsorganisasjon."

Undervisningsbygg har som intensjon å tiltransportere den allerede etablerte prosjekteringsgruppen til samspillentreprenøren, slik at prosjekteringsgruppen vil inngå i samspillentreprenørens kontrakt med Undervisningsbygg. Prosjekteringsgruppen består av arkitektfirmaet Kristiansen og Bernhard og tekniske rådgivere fra COWI AS."

- (8) I vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget *"Orientering om Undervisningsbygg og oppdraget"* het det i punkt 2.2 *"Entrepriseform: Samspill"* at entreprenøren som ble valgt skulle sammen med innklagede, de prosjekterende og sine øvrige kontraktsmedhjelpere utvikle et forprosjekt med tilhørende *"målpris"* for prosjektet. I vedlegg 1 punkt 2.3 *"Målpris og incitamentsordning"* var det opplistet hvilke hovedelementer som inngikk i målprisen. Av samme punkt fremgikk videre at arbeidet skulle utføres etter regning og med *"åpen bok"*. Aktørene skulle dele eventuell gevinst/tap etter fastsatt forhåndstall. Dersom endelig kostnad ble lavere enn målsummen, skulle overskuddet fordeles med 40 % til entreprenør og 60 % til innklagede. Dersom endelig kostnad for prosjektet ble høyere enn målsummen skulle underskuddet fordeles med 60 % på entreprenør og 40 % på innklagede. Videre fremgikk at innklagede hadde som intensjon å utbetale en prestasjonsbonus, på 10 % av oppnådd besparelse, til entreprenøren eller direkte til en eller flere av prosjektdeltakerne.

- (9) Av konkurransegrunnlaget vedlegg 1 punkt 2.4 *"Samspillgruppen"* fremgikk det at:

"Den valgte entreprenør, skal forestå den totale koordinering og planlegging, prosjektering og utførelse av byggearbeidene, med ansvar for kvalitet, økonomi, fremdrift og rettidig overlevering i henhold til kontrakt for samtlige arbeider."

(...)

Engasjert prosjekteringsgruppe, vil i etterfølgende prosjektering tiltransporteres til entreprenørens kontrakt overfor Undervisningsbygg Oslo KF.

- (10) I vedlegg 4 til konkurransegrunnlaget "Samspillavtale" het det i punkt 5.1 "Generelt om prosjektering":

"Byggherrens avtaler med arkitekt, landskapsarkitekt og prosjekteringsgruppe tiltransporteres entreprenøren. Entreprenøren overtar samtidig ansvaret og risiko for all prosjektering som er gjennomført før signering av denne avtalen."

- (11) Av konkurransegrunnlaget vedlegg 4 punkt 5.3 "Øvrige rådgivere og fagentreprenører" fremgikk det at:

"Valg av øvrige rådgivere og fagentreprenører, utover de som er valgt ved inngivelse av tilbud, gjøres av partene i felleskap."

(...)

Entreprenøren skal foreta evaluering av innkomne tilbud og forelegge byggherren innstilling for godkjenning før kontraktsforhandlinger igangsettes.

(...)

Entreprenøren inngår avtaler med leverandører/underentreprenører direkte. Byggherren skal ha innsyn i alle slike avtaler inkludert forespørsler, tilbud, kontrakter, rabatter, endringer og sluttoppgjør."

- (12) Hent AS vant konkurransen og ble valgt som utførende entreprenør for prosjektet. Kontrakt med Hent AS ble inngått 15. juni 2010. Hent AS er et privat eid aksjeselskap og omfattes ikke av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.
- (13) 4. november 2009 ble det inngått en tiltransportavtale mellom innklagede som byggherre, Hent AS som entreprenør og klager som rådgiver/arkitekt. I avtalens punkt 1 het det at: "I denne avtale tiltransporteres rådgiverkontrakten (RK) til Entreprenøren som underkontrakt". I punkt 2 het det videre at "Entreprenøren påtar seg et selvstendig kontraktsansvar overfor Byggherren for oppfyllelse av kontrakt med rådgiveren (RK)."
- (14) I forbindelse med utførelsen av entreprenøroppdraget avholdt Hent AS en konkurranse vedrørende detaljprosjektering. Konkurransen ble ikke kunngjort, og fulgte for øvrig ikke prosedyrene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. To firma, klager og Kvadrat AS, ble forespurt om å inngi tilbud på detaljprosjektering. Begge firma innga tilbud, hvorav Kvadrat AS ble valgt til å utføre oppdraget.
- (15) I e-post av 24. juni 2010 til innklagede og Hent AS, reiste klager spørsmål om kontrakten som var inngått mellom Hent AS og Kvadrat AS, var i strid med reglene om offentlige anskaffelser.
- (16) Innklagede svarte i e-post av 25. juni 2010:
- "Det er riktig at det ble synliggjort i anbudskonkurransen at Undervisningsbygg hadde intensjon om å videreføre prosjekteringsgruppa inklusive arkitekten og at dette ville bli*

ivaretatt ved full tiltransport av disse kontraktene. Dette innbar også at det ble synliggjort at entreprenøren overfor Undervisningsbygg ville være ansvarlig for prosjekteringsytelsene. Når Hent nå i henhold til kontraktens mekanismer ikke viderefører arkitektytelsen, så må de, for å ikke komme i kontraktsbrudd, sørge for at disse ytelsene ivaretas i henhold til kontrakt inngått med Undervisningsbygg. Hent AS er et privat foretak og således ikke underlagt regelverket om offentlige anskaffelser. Undervisningsbygg kan vanskelig pålegge Hent AS å følge dette regelverket ved kontrahering av underleverandør.”

- (17) Hent AS svarte i e-post av 30. juni 2010:

”Undervisningsbygg har en rammeavtale med K&B, datert 23.09. 2004 (og som senere er forlenget). Undervisningsbygg har i e-posten av 25.06. 2010 selv redegjort for sitt avrop under denne rammeavtalen, og som kun innebærer en opsjon for de fremtidige faser i prosjektet. Rammeavtalen og avropet mellom Undervisningsbygg og K&B er senere tiltransportert HENT som ledd i samspillskontrakten.

Av rammeavtalen, som er basert på NS 8402, fremkommer det for øvrig følgende i punkt 11: NS 8402 punkt 15 1. ledd siste punktum utgår og erstattes av følgende bestemmelse: Rådgiver har bare krav på betaling for den delen av oppdraget som er utført. Rådgiver skal ikke ha dekning for sitt påregnelige tap som følge av avbestillingen.

Videre fremkommer det av NS 8402 punkt 15 3. ledd: Prosjektmateriale som er betalt, har oppdragsgiveren rett til å bruke i samsvar med reglene i punkt 5.

K&B har således ikke krav på videre engasjement etter forprosjektet, og HENT har anledning til å benytte prosjektmaterialet til gjennomføring av prosjektet. Under innkjøpsprosessen nå før detaljfasen skulle igangsettes, ble K&B også informert om at det ville bli konkurranse vedrørende detaljfasen. K&B har selv deltatt i denne konkurransen, uten å benytte de priser som fremkommer av rammeavtalen.

Innkjøp HENT foretar er ikke underlagt regelverket for offentlige anskaffelser, og det er således ikke krav om at innkjøpet utlyses. Innkjøp HENT foretar medfører heller ingen anskaffelse for Undervisningsbygg.”

- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 1. oktober 2010.
- (19) I brev av 6. oktober 2010 ble innklagede meddelt at Klagenemnda hadde mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager anfører at innklagedes kunngjorte entreprisekontrakt ikke omfattet arkitekttjenester, og at anskaffelsen foretatt av Hent AS derfor utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (21) Klager anfører at Hent AS inngikk avtalen om arkitekttjenester på vegne av innklagede, og at anskaffelsen derfor omfattes av reglene om offentlige anskaffelser. Klager viser i denne forbindelse til klagenemndas avgjørelse i sak 2003/44 hvor det ble uttalt at man i

slike tilfeller ikke skal se på de formelle forhold, men hvem som i realiteten nyter godt av tjenesten.

- (22) Klager fremhever at innklagede og Hent AS ikke har inngått en fastpriskontrakt, og at Hent AS derfor ikke har påtatt seg den økonomiske risikoen for denne tjenesten. Partene har inngått en samspillkontrakt, noe som innebærer at innklagede honorerer Hent AS etter utført arbeid. En slik kontrakt innebærer også at innklagede er direkte involvert i byggeprosessen og ved valg av tjenesteleverandør.
- (23) At det i realiteten er innklagede som får nytte godt av tjenesten, understrekes av at hele grunnlaget for detaljprosjekteringen er levert av innklagede. Når det fra innklagedes side anføres at kontrakten med klager var tiltransportert Hent AS, og at det som skjedde videre derfor ikke angikk innklagede, så er dette ikke riktig. Det som ble transportert var den del av avtalen som det var foretatt avrop for (skisseprosjekt og forprosjekt). For øvrige faser er det ikke foretatt avrop, og det foreligger heller ingen tiltransport for disse fasene så lenge de ikke kommer til utførelse. Det fremgikk uttrykkelig av kunngjøringen av entreprisekontrakten at rådgivningstjenester ikke var omfattet. Dette må da forstås slik at arkitekttjenester ikke inngikk som en del av entreprenørens tilbud.
- (24) Anskaffelsen har en verdi på over 5 millioner kroner og skulle derfor ha vært kunngjort i henhold til reglene om offentlige anskaffelser. Når dette ikke er gjort må det konkluderes med at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse som kvalifiserer for ileggelse av gebyr, jf loven § 7b.

Innklagedes anførsler:

- (25) Innklagede bestrider at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Kunngjøringen av 16. oktober 2008 omfattet både utførelse og prosjektering av det aktuelle bygg- og anleggsarbeidet. I henhold NS 3431 har totalentreprenøren ansvar for både prosjektering og utførelse. Arkitekturrådgivning i forbindelse med detaljprosjektering inngår som en naturlig del av totalentreprenørens prosjekteringsansvar. Innklagede viser i denne sammenheng til klagenemndas avgjørelse i sak 2008/200, hvor de nevnte forhold ble funnet å være av avgjørende betydning i spørsmålet om en tilsvarende kunngjort konkurranse omfattet prosjekteringsressurser.
- (26) All den tid Hent AS i henhold til kunngjøringen hadde ansvar for prosjekteringen, herunder å fremskaffe nødvendige prosjekteringsressurser, stod entreprenøren også fritt til å bytte ut prosjekteringsressursene som var tiltransportert, så lenge det var kontraktsmessig adgang til dette. Kontrakter som totalentreprenøren i denne sammenheng inngår med aktuelle underleverandører, omfattes ikke av regelverket om offentlige anskaffelser.
- (27) Innklagede bestrider at anskaffelsen av arkitekttjenester ble foretatt på vegne av innklagede. Anskaffelsen er derfor ikke omfattet av lov om offentlige anskaffelser.
- (28) Innklagede er uenig i at avtalen mellom innklagede og Hent AS er utformet slik at Hent AS ikke bærer noen økonomisk risiko. Det er imidlertid riktig at avtalen ikke er en ren fastprisavtale. Hent AS honoreres på bakgrunn av dokumentert medgått tid, med påslag for risiko tilknyttet alle innkjøpte og tiltransporterte ytelser. Timeprisene er sammen med risikohonoraret tilknyttet innkjøpte og tiltransporterte ytelser angitt i prisskjemaet som var inntatt som vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget. I tillegg opereres det med en

målpris som omfatter all utførelse og prosjektering. Målprisordningen gir valgt totalentreprenøren en klar oppfordring til overordnet kostnadsreduksjon. Vedkommende bærer størst økonomisk risiko ved overskridelser av målprisen, og oppnår minst utbytte ved besparelser. Etter innklagedes oppfatning bærer derfor Hent AS på bakgrunn av målprisordningen, den økonomiske risikoen for avtalen mellom Hent AS og Kvadrat AS.

Sekretariatets vurdering:

- (29) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Når det gjelder klagefrist, følger det av lov om offentlige anskaffelser § 7b (3) at adgangen til å illegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Slik meddelelse skjedde i brev av 6. oktober 2010 fra Klagenemndas sekretariat. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått den 15. juni 2010. Klagen er således rettidig.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (30) I loven § 7b er en ulovlig direkte anskaffelse definert som en *"anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven."*
- (31) En offentlig anskaffelse er en vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt som inngås mellom et offentlig organ omfattet av anskaffelsesregelverket og et annet selvstendig privat eller offentlig rettssubjekt. Spørsmålet i foreliggende sak blir om arkitekttjenester inngikk i den av innklagede kunngjorte entreprisekontrakten. Hvis så er tilfelle vil det ikke foreligge noen ulovlig direkte anskaffelse.
- (32) Av kunngjøringen av 14. november 2008 punkt II.1.2 (a) fremgikk det at anskaffelsen gjaldt *"Prosjektering og utførelse"*. I vedlegg 2 til prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 2.1.1 var det opplyst at prosjektet skulle gjennomføres etter en samspillmodell med basis i NS 3431, og i konkurransegrunnlaget vedlegg 1 punkt 2.4 het det videre at *"Den valgte entreprenør, skal forestå den totale koordinering og planlegging, prosjektering og utførelse av byggearbeidene, med ansvar for kvalitet, økonomi, fremdrift og rettidig overlevering i henhold til kontrakt for samtlige arbeider"*. Etter sekretariatets oppfattning må dette forstås slik at utbyggingen av Sandaker skole var kunngjort som en totalentreprise, noe som tilsier at arkitekttjenester også inngikk i entreprenørens kontraktsansvar, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2008/200 premiss (37). At det var opplyst i kunngjøringen at *"Rådgivere er allerede engasjert av Undervisningsbygg og disse vil bli overført/tiltransportert entreprenøren"* støtter også dette syn. Entreprenøren kunne bare utnytte de tiltransporterte ressursene for det tilfellet at arkitekttjenester inngikk som en del av kontrakten med innklagede, og det har derfor formodningen mot seg at kunngjøringen skulle være begrenset til kun å omfatte selve utbyggingen.
- (33) All den tid entreprenøren i henhold til kunngjøringen hadde ansvar for prosjekteringen, stod entreprenøren også fritt til å bytte ut de tiltransporterte ressursene, så langt det var kontraktsmessig adgang til dette. Dette på samme måte som at den private leverandøren

også kan bytte ut andre underentreprenører vedkommende har engasjert som ledd i sitt tilbud på en totalentreprise.

- (34) Sekretariatet finner på denne bakgrunn at arkitekttjenester var omfattet av den kunngjorte entreprisen, og at anskaffelsen av arkitekttjenester, foretatt av Hent AS, dermed ikke var en ny offentlig anskaffelse. Klagers anførsel om at anskaffelsen av arkitekttjenester utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse kan således ikke føre frem.
- (35) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. Klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Elisabet Gjerde
førstekonsulent