



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede inngikk kontrakt for bygging av ny kulvert til Blomli barnehage og Sandvikmarka boligfelt. Arbeidet med denne kulverten ble utført som et endringsarbeid til totalentreprisekontrakt om oppføring av Blomli barnehage. Klagenemnda fant at arbeidet med ny kulvert ikke representerte en vesentlig endring av totalentreprisekontrakten mellom innklagede og valgte leverandør, og således ikke utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 16. desember 2013 i sak 2012/127

Klager: Gunnar Johnsen, Lenviklista

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Georg Fredrik Rieber-Mohn.

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder Lenvik kommunes anskaffelse av ny Ø1000-kulvert¹ til Blomli barnehage og Sandvikmarka boligfelt.
- (2) Lenvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. juni 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av nybygg Blomli barnehage på Finnsnes. Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (3) Av kunngjøringen punkt II.1.5) "*Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang*" fremgikk:

"Barnehagene skal være et nybygg med to etasjer til 40 barn fordelt på 60 barnehageplasser. Størrelse (BTA) ca. 770 m² med rom som er angitt i funksjons- og romprogrammet og i skisseprosjekt (se vedlegg). Pris skal være nøkkelferdig leveranse."

- (4) I tilbudsforespørselen side 1 ble det opplyst at anskaffelsen var en totalentreprise og inkluderte ferdigstilling utomhus. Videre fremgikk følgende:

"For inventar og utstyr, uteområde med rømningsvei, lekeplassen og lekeapparater, lekeskur, søppelskur, gjerde og porter, belysning, bekken i røret og parkeringsplass for funksjonshemmede skal entreprenør gi separat tilbud."

- (5) I vedlegg 2 til tilbudsforespørselen, som gjaldt spesifisering av hvilke tjenester tilbudet skulle inneholde, fremgikk det at tilbyderne blant annet skulle utarbeide:

¹ Diameter 1000 millimeter

" - Plan til omlegging av bekken i rør."

- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra blant andre Aktør AS (heretter valgte leverandør). Fra tilbudets punkt "*Grunn- og utomhusarbeider*" hitsettes:

"På nordsiden av bygget er det en åpen grøft som går inn i kulvert. Det er usikkert hvorvidt kulverten må forlenges. Betongkulvert Ø600 kan leveres og monteres for kr. 3 350,- /lm."

- (7) Det ble avholdt fem prosjekteringsmøter mellom kommunen og involverte aktører, herunder valgte leverandør, i perioden 12. oktober 2011 – 9. februar 2012. I møte 10. november 2011 ble det uttalt følgende om "*ivaretagelse av bekken*" i sak 02.03.02:

"Den åpne bekken som kommer inn i tomte på nordsida og ledet inn i betongkulvert Ø600 som passerer delvis under bygget må legges om. RIB ser på en løsning der vi best mulig sikrer at det ikke vil oppstå oversvømmelser som kan skade nybygget. Kulverten må legges om slik at den passerer utenfor byggkroppen. Kanskje må en baypasløsning på plass, i alle fall må innløpet til kulverten utformes og sikres slik at vannet best mulig styrer seg inn i kulverten. Innløpet må ha rist med utforming og tilstrekkelig areal som sikrer vanngjennomgangen, og maskevidde som sikrer at barn ikke kan dras gjennom."

- (8) Kontrakt med valgte leverandør for oppføring av Blomli barnehage ble inngått som totalentreprise i henhold til NS 8407 den 24. november 2011. Kontraktssummen var på 20 800 000 kroner inkludert merverdiavgift.

- (9) På forespørsel fra innklagede leverte valgte leverandør 17. januar 2012 inn et tilbud på ny kulvert for prosjektet Blomli barnehage. Av tilbudsbrevets beskrivelse fremgikk at tilbudet gjaldt:

"Omlegging av kulvert Ø1000 over tomt til utløp av eksisterende kulvert"

- (10) Av tilbudet fremgikk videre at prisen var 1 500 199 kroner eksklusiv merverdiavgift, med forbehold om blant annet sprenging av fjell og uforutsette kryssende ledninger. Det ble videre opplyst at tilbudet inkluderte blant annet graving av grøft, transport av masser, omfylling av rør med pukk, betongrør, asfaltsagning, og asfalt.

- (11) Med henvisning til tilbudet av 17. januar 2012 leverte valgte leverandør endringsmelding 1. februar 2012, vedrørende oppgradering av kulvert til Ø1000.

- (12) Bekken i rør var tema i prosjekteringsmøte den 9. februar 2012, og her fremgikk under sak 05.04:

"Pga. av omlegging av kulvert og utskifting til 1000 kulvert er ikke utgraving av tomte startet. Oppstart uke 7. Ny kulvert lagt til ca forbi eksisterende avkjørsel til dagen barnehage."

Va inkl. nye kummer er plassert i nytt fortau nedenfor barnehagen."

- (13) Formannskapet i Lenvik kommune mottok saksfremlegget "*Overvannshåndtering v/Blomli barnehage – oppgradering kulvert*" 21. februar 2012. Her fremgikk at det i forbindelse med barnehageutbyggingen viste seg å være gunstig å dimensjonere opp eksisterende kulvert som gikk gjennom barnehagetomten. Bakgrunnen var at overvann

fra utbygging av Sandvikmarka boligfelt måtte benytte kulverten gjennom barnehagen. Det ble vist til at eksisterende kulvert måtte oppgraderes fra Ø600 til Ø1000, og at dette medførte bygging av nye fortau og kumsystem helt ned til eksisterende busstopp i Helsesenterveien. Det ble innstilt på å oppruste eksisterende avløpsledning ved nye Blomli barnehage, og finansieringen skulle skje ved inntil 375 000 kroner fra byggeprosjekt Blomli barnehage, og inntil 1 500 500 kroner fra prosjektet Sandvikmarka boligfelt. Det hitsettes følgende fra dokumentets vurdering:

"Både den nye barnehagen, dagens barneskole og den framtidige utbygginga i Sandvikmarka vil ha interesser i dette arbeidet. Fordeling av utgiftene på de to prosjektene fordeles mellom barnehage og Sandvikmarka, med 20 % på barnehage, og 80 % på Sandvikmarkplanen. [...] Kulvert går igjennom byggegrube Nye Blomli barnehage og det vil derfor være mest optimalt å få utført dette arbeidet i forbindelse med byggingen av nye Blomli barnehage. [...]"

- (14) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. mai 2012.
- (15) Innklagede har i e-post til klagenemndas sekretariat av 28. november 2013 uttalt at kommunen ikke finner noen egen skriftlig kontrakt for kulvertarbeidet, men at det forelå et endringsvarsel og at det vanlige er å akseptere dette.
- (16) I e-post 4. desember 2013, som svar på spørsmål stilt fra klagenemndas sekretariat, har innklagede opplyst at ny kulvert ble lagt i delvis samme trase som den opprinnelige. Av e-posten fremgikk også:

"Den gamle kulverten gikk gjennom tomt ny barnehage, og ny kulvert er lagt i fyllingsfot bygge grube nord og ned langs tomten vest. [...]"

Ca. 50 % av kulverten går på barnehagetomta, og selvfølgelig måtte øvrig dels dimensjon endres på hele strekket i samme operasjon."

- (17) Klager har i e-post 4. desember 2013 til klagenemndas sekretariat fremlagt to situasjonskart som viser kulvertens trasé før og etter omleggingen. Av disse fremgår at kulverten tidligere gikk under barnehagens tomt, mens den nå er lagt langs bygget vest på tomten, samt at traseen langs veien er omlagt.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre kontrakten om bygging av ny kulvert til Sandvikmarka boligfelt. Det vises til at det i tilbudsgrunnlaget for bygging av Blomli barnehage var forutsatt at eksisterende kulvert skulle brukes, dog med en mindre omlegging eller forlengelse. Det er imidlertid inngått kontrakt for bygging av en ny kulvert med kumsystem og fortau, samt med vesentlig større dimensjon og annen trase enn den eksisterende. Dette er således et nytt prosjekt, og en ny anskaffelse. Det var heller ikke arbeidet med barnehagen som medførte at det måtte bygges en ny og større kulvert, men derimot planene om det fremtidige boligfeltet. Barnehageprosjektet skulle således bare belastes med 20 % av kostnadene ved prosjektet. Det fremholdes også at en Ø600-kulvert er stor nok til å ta unna dagens vannmengder.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede bestrider at det ble utført en ulovlig direkte anskaffelse ved omleggingen av kulverten. Det vises til at avtalen kunne inngås i medhold av endringsbestemmelser i gjeldende totalentreprisekontrakt for Blomli barnehage. Tilleggsarbeidet ligger innenfor endringsbestemmelsenes handlingsrom, og utgjør verdimessig mindre enn 15 % av kontraktsummen. Det vises til at det etter prosjektoppstart ble konstatert mye overflatevann gjennom tomten, og for å sikre bygget mot flom ble eksisterende kulvert med en diameter på 600 millimeter, besluttet oppgradert til 1000 millimeter. Videre ble det avdekket at den opprinnelige kulverten kom i konflikt med pågående arbeider, samt at det var behov for å legge bekken i rør til side for barnehagebygget. Innklagede har også fremholdt at dersom arbeidet med kulverten skulle konkurranseutsettes, ville dette ført til stopp i byggearbeidet og dermed erstatningsansvar overfor totalentreprenør.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av ny kulvert til Blomli barnehage og Sandvikmarka boligfelt. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klagen er rettidig.
- (21) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (22) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dersom anskaffelsen er gjennomført uten kunngjøring, gjelder de nye reglene dersom kontrakt er inngått 1. juli 2012 eller senere.
- (23) Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom foreliggende sak gjelder kontrakt inngått 24. november 2011, er det klagenemnda som skal behandle saken.
- (24) Av klagenemndsforskriften § 13a fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter loven § 7b tredje ledd. Etter loven § 7b tredje ledd bortfaller klagenemndas adgang til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver om at det er mottatt klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse oversendt innklagede ved klagenemndas brev av 24. mai 2012. Den aktuelle kontrakt som er adressert i klagen ble inngått mellom januar og mars 2012. Klagen er således rettidig.

Kravet til skriftlighet

- (25) Ut fra langvarig klagenemndspraksis, jf. blant annet sakene 2011/58 premiss (150) og 2011/165 premiss (34), legger klagenemnda til grunn at valgte leverandørs tilbud, endringsmeldingen og innklagedes aksept av denne, er tilstrekkelig til at kravet om skriftlighet er oppfylt, jf. forskriften § 1-3 (1) jf. § 4-1 bokstav h. Dette er heller ikke omstridt mellom partene.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (26) Av loven § 7b, 1. ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser §§ 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (27) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved at byggingen av Ø1000-kulverten til Blomli barnehage og Sandvikmarka boligfelt ikke er kunngjort.
- (28) I foreliggende sak er det inngått en totalentreprisekontrakt, NS 8407, mellom innklagede og valgte leverandør i henhold til kunngjort konkurranse for oppføring av barnehage. Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, i lys av valgte leverandørs tilbud og presiseringer i prosjekteringsmøtet 10. november 2011, omfattet totalentreprisekontrakten også omlegging av Ø600-kulvert under det gamle barnehagebygget. Innklagede har imidlertid fått bygget en Ø1000-kulvert i delvis ny trase langs veien med tilhørende fortau og kumsystem, og dette kan ikke sies å være direkte regulert i avtalekomplekset. Byggingen av Ø1000-kulverten utgjør således en endring av totalentreprisekontrakten. Det er ubestridt at ny Ø1000-kulvert ikke er kunngjort, og at verdien av anskaffelsen oversteg terskelverdien i forskriften § 2-1.
- (29) Innklagede hevder imidlertid at kulvertarbeidet ble utført som lovlig tilleggsarbeid i tråd med endringsbestemmelsene i gjeldende entreprisekontrakt med valgte leverandør. NS 8407 punkt 31.1 åpner for at endringer og tillegg kan rekvireres som opsjon under en inngått entreprise. Slike endringsarbeider må imidlertid stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av vesentlig annen art. Endringen kan heller ikke gå ut over 15 % netto tillegg av kontraktssummen. Det er på det rene at verdien av kulvertarbeidet på kroner 1 500 199 eksklusiv merverdiavgift, er innenfor denne grensen.
- (30) I sak C-454/06 (presstext) tok EU-domstolen stilling til om endringer i avtalen mellom partene måtte anses så vesentlige at en i realiteten stod overfor en ny kontrakt. Avgjørelsen er sentral og EU-domstolen uttaler seg i sakens premiss 34-37 om det prinsipielle utgangspunktet, samt gir eksempler på hva som vil anses som vesentlige endringer:

”34 Med henblikk på at sikre gennemsiktighet i procedurene og likebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, [...] når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer.

35 En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for

indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.

36 Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri. [...]

37 En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.”

- (31) Disse problemstillingerne er også behandlet av klagenemnda i en rekke saker, for eksempel sak 2009/208, 2010/68 og 2010/212. Relevante momenter for hvorvidt tilleggsarbeid kan utgjøre en vesentlig endring, er om endringen har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige avtalen, sml. klagenemndas saker 2004/16 premiss (131) og 2005/40 premiss (30). Det må også vurderes om det er inngått avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, jf. klagenemndas sak 2008/5 premiss (56).
- (32) Det nevnes for øvrig at det på visse vilkår gjelder et unntak fra kunngjøringsplikten for tilleggsarbeider også etter forskriften. For kontrakter under EØS-terskelverdi har klagenemnda tidligere vist til at forskriften § 2-1 jf. kunngjøringsplikten i § 9-1, må tolkes på samme måte som § 14-4 bokstav j, jf. blant annet klagenemndas gebyrvedtak i sak 2009/232. Innklagede har imidlertid ikke påberopt denne hjemmelen, og på bakgrunn av konklusjonen nemnda har kommet til tas det heller ikke nærmere stilling til dette.
- (33) Avgjørende for om innklagede ved byggingen av Ø1000-kulverten har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, er således om det er gjort en vesentlig endring i kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør etter at denne ble inngått.
- (34) På den ene side representerer arbeidet med Ø1000-kulverten med tilhørende fortau og kumsystem, en utvidelse av partenes opprinnelige avtale. Videre synes håndtering av overflatevann fra det fremtidige Sandvikmarka boligfelt å være hovedgrunnen til at kulverten måtte bygges om, og 80 % av kostnadene ble finansiert ved midler fra dette prosjektet. Dette taler for at det er gjort mer arbeid med kulverten enn strengt nødvendig ut fra tomtarbeider ved barnehageoppføringen.
- (35) På den annen side var det allerede i konkurransegrunnlaget synliggjort at tilbyderne måtte ta høyde for arbeid med å få bekken i rør. Innklagede har fremholdt at det etter oppstart av byggearbeidene ble konstatert mye overflatevann gjennom barnehagens tomt, og at det ble besluttet å utvide eksisterende kulvert for å sikre det fremtidige barnehagebygget mot flom. Byggingen av den nye kulverten synes således å være en nødvendig konsekvens av tomtforholdene på stedet. Det er dermed en naturlig sammenheng mellom byggingen av den nye Ø1000-kulverten og barnehageoppføringen. Kulvertarbeidet må videre sies å nødvendiggjøre arbeidet med fortau og kumsystem ned til kulvertens utgang, slik at også disse mindre arbeidene er i funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige avtalen.

- (36) Videre synes kulvertarbeidet å være en nødvendig forutsetning for fremdriften av barnehageprosjektet. Av prosjekteringsmøter og saksfremlegget til Lenvik formannskap fremgår at byggingen av barnehagen måtte stanses som følge av problemene i grunnen. Arbeidene er dermed avhengige av hverandre, slik at barnehageutbyggingen ikke kunne fortsette uten at grunnforholdene ble endret.
- (37) På denne bakgrunn, og fordi halve kulverten fremdeles går over barnehagens tomt og deler av den opprinnelige trase benyttes, kan ikke bygging av Ø1000-kulverten innebære en betydelig utvidelse av de kunngjorte kontraktsarbeider. Hertil kommer at kulvertarbeidets relativt lave verdi ikke antas å endre den kunngjorte avtales økonomiske balanse til fordel for valgte leverandør. Endelig er det ikke holdepunkter for å anta at kontraktarbeidenes utvidede omfang ville ha gjort det mulig for andre leverandører å delta i konkurransen, eller ført til annen tildeling av kontrakten.
- (38) Klagenemnda finner etter en helhetsvurdering at byggingen av Ø1000-kulverten ikke utgjør en vesentlig endring av totalentreprisekontrakten mellom innklagede og valgte leverandør, og innklagede har dermed ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Lenvik kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 16. desember 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver