



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede ble i sak 2009/1 ilagt et overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse av oppføring av et leilighetsbygg. Etter gebyrileggelsen videreførte innklagede avtalen om oppføringen av bygget, og klager fremmet da en ny sak med påstand om ulovlig direkte anskaffelse som følge av dette. Klagenemnda fant at det ikke kunne legges til grunn at den opprinnelige kontrakten var vesentlig endret. Videre var det heller ikke oppstått noen oppsigelsesplikt for kontrakten i denne saken, og dermed utgjorde heller ikke unnlatt oppsigelse av kontrakten noen ny ulovlig direkte anskaffelse som klagenemnda kunne sanksjonere med et nytt overtredelsesgebyr. Klager anførsel førte altså ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 11. mars 2014 i sak 2012/222

Klager: Demokratene Askøy

Innklaget: Askøy kommune

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

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

Bakgrunn:

- (1) Askøy kommune (heretter kalt innklagede) ble ved klagenemndas vedtak i sak 2009/1 datert 10. juni 2009 ilagt et overtredelsesgebyr på kr 1 750 000 for ulovlig direkte anskaffelse av oppføring av et leilighetsbygg med 12 enheter. Om de nærmere omstendighetene ved sak 2009/1 vises det til avgjørelsen i saken.
- (2) Ved vedtak av 7. mai 2009 omgjorde fylkesmannen kommunens vedtak om byggetillatelse for oppføring av leilighetsbygget. Grunnen var at vilkårene for dispensasjon fra reguleringsplanen ikke var oppfylt. Av denne grunn ble arbeidet med å oppføre bygget innstilt i slutten av mai 2009. Da kommunens vedtak ble omgjort av fylkesmannen, var betongarbeidet sluttført.
- (3) Det aktuelle området ble etter dette omregulert, og ny reguleringsplan ble godkjent 3. november 2011. Ved vedtak datert 18. november 2012 godkjente innklagedes formannskap at et foreslått opplegg for realisering av leilighetsbygget ble igangsatt. Dette var basert på et nytt kostnadsoverslag av 4. juli 2012 fra valgte leverandør, Åmodt Eiendom AS. Det nye kostnadsoverslaget var kroner 5 518 344 dyrere enn tilbudssummen på kroner 23 358 000 som gjaldt da den opprinnelige kontrakten ble inngått 18. desember 2008, og utgjorde altså kroner 28 876 344.
- (4) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 23. oktober 2012, og innklagede ble meddelt klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ved klagenemndas brev av 2. november 2012.
- (5) Leilighetsbygget er nå ferdigstilt.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (6) Nemndsmøte i saken ble avholdt 10. mars 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda konkluderte i sak 2009/1 med at innklagedes avtale om oppføring av leilighetsbygget utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Denne avtalen var ugyldig. Vederlaget som skal betales i medhold av avtalen er også økt. Enhver form for justering eller videreføring av avtalen må anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede skulle ha terminert avtalen med valgte leverandør. At innklagede ikke har gjort dette, til tross for at klagenemndas vedtak gjorde det klart at avtalen representerte en ulovlig direkte anskaffelse, må anses skjerpende.

Innklagedes anførsler:

- (8) Klagers anførsel bestrides. Kontrakten er videreført på de betingelser som var avtalt. Ettersom det ikke er tale om en tidsbestemt avtale, er det heller ikke grunnlag for oppsigelsesplikt. Som følge av utsettelsen er prisen justert i henhold til prisstigningen i perioden. Prisen er også økt grunnet endring fra TEK 7 til TEK 9 og høyere kvalitet på leveransen.

Klagenemndas vurdering:

- (9) Saken gjelder spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse, og det er ikke krav om saklig klageinteresse i slike saker, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (10) Av loven § 7b første 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. For at klagenemnda skal kunne behandle en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, må klagen være fremsatt innen to år fra kontrakt er inngått, jf. klagenemndsforskriften § 13a (2). Klagen i foreliggende sak ble fremsatt 23. oktober 2012, mens den opprinnelige kontrakten som denne saken gjelder ble inngått 18. desember 2008, dvs. mer enn to år før klagen ble fremsatt. Klagenemnda har også tidligere ilagt overtredelsesgebyr for denne anskaffelsen.
- (11) På denne bakgrunn skal klagenemnda i utgangspunktet ikke ta stilling til klagen. Klager har imidlertid anført at innklagede skulle ha sagt opp avtalen med valgte leverandør, og at enhver form for justering eller videreføring av avtalen må anses som en ny ulovlig direkte anskaffelse.
- (12) Forutsetningen for at nemnda skal kunne behandle denne klagen, er at innklagede kan anses for å ha inngått en ny kontrakt, og at den nye kontraktsinngåelsen er skjedd innenfor foreldelsesfristen, altså 2. november 2010 eller senere. En forutsetning for å ilagge gebyr er videre at den nye kontraktsinngåelsen har skjedd før 1. juli 2012. Som følge av de nye reglene om håndheving av offentlige anskaffelser, sanksjoneres ulovlige direkte anskaffelser på grunnlag av kontrakter inngått etter dette tidspunkt, av domstolene og ikke av klagenemnda.

- (13) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å nevne at det ikke er holdepunkter for at avtalen mellom innklagede og valgte leverandør ikke skulle være gyldig og bindende mellom partene. Det er heller ikke slik som klager hevder at enhver form for endring i avtalen vil representere en ulovlig direkte anskaffelse, betingelsen er at endringen må anses vesentlig, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext). I premissene 34-37 uttaler EU-domstolen seg om det prinsipielle utgangspunktet, samt gir eksempler på hva som vil anses som vesentlige endringer:

"34 Med henblik på at sikre gennemsigtighet i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (jf. i denne retning dom af 5.10.2000, sag C-337/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 8377, præmis 44 og 46).

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. Sidstnævnte fortolkning bekræftes af artikel 11, stk. 3, litra e) og f), i direktiv 92/50, ifølge hvilken der for offentlige tjenesteydelsesaftaler, der udelukkende eller for størstedelens vedkommende vedrører de i bilag I A opførte tjenesteydelser, pålægges begrænsninger i relation til det omfang, hvori ordregivende myndigheder kan benytte forhandling med henblik på tildeling af tjenesteydelser, som supplerer dem, der var genstand for den oprindelige aftale.

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."

- (14) I kontrakten mellom partene, var det inntatt en prisreguleringsklausul som gav grunnlag for prisjustering i henhold til SSBs byggekostnadsindeks for boliger. Om lag halvparten av vederlagsøkningen relaterer seg til denne prisreguleringsklausulen. Hvorvidt justeringer i medhold av en prisreguleringsklausul er lovlige, er omtalt av Dragsten, "Offentlige anskaffelser, regelverk, praksis og løsninger", på side 740:

"Et eksempel på endringsbestemmelser som er innenfor det som kan avtales, er prisreguleringsmekanismer hvor vederlaget skal reguleres i samsvar med en offentlig prisindeks."

- (15) Klagenemnda er enig i dette, og tilføyer at når prisreguleringsmekanismen er lovlig, må også prisreguleringene som skjer i medhold av indeksen i utgangspunktet være lovlig. I foreliggende sak er bakgrunnen for utsettelsen at kommunens byggetillatelse ble omgjort av fylkesmannen. At vederlaget for oppføringen ble økt i medhold av byggekostnadsindeksen på grunn av denne utsettelsen, kan under disse omstendighetene ikke anses som en endring av avtalen, men som en vederlagsjustering i tråd med avtalens

regulering. Det må også anses helt normalt at denne typen kontrakter inneholder en prisreguleringsmekanisme, slik at det faktisk brukes ikke kan antas å verken ha innvirkning på hvem som inngir tilbud eller hvilket tilbud som gis.

- (16) De øvrige endringene gjaldt delvis tilleggsbestillinger og delvis økte kostnader som følge av endringer i myndighetsfastsatte krav. Dersom endringene har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den opprinnelige avtalen, er dette relevante momenter for spørsmålet om tilleggsarbeid kan utgjøre en vesentlig endring, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2012/127 premiss 33 med videre henvisninger.
- (17) På grunn av utsettelsen av arbeidet ble bygget omfattet av byggteknisk forskrift TEK 10, og ikke TEK 7, som gjaldt ved avtaleinngåelsen. Totalt utgjorde endringene som følge av overholdelse av TEK 10 en merkostnad på kroner 630 726. I denne forbindelse nevnes at ettersom endringene er en følge av endrede myndighetskrav, taler i utgangspunktet dette for at endringene kan avtales uten at prosjektet må kunngjøres på nytt. Dette er forhold som er foranlediget av en objektivt konstaterbar ytre begivenhet, og som ikke nødvendigvis kan forventes å bli tatt i betraktning ved avtaleinngåelsen.
- (18) De øvrige endringene i prosjektet gjaldt etablering av en skjerm mot riksveien, ekstra innglassing av balkonger, en parkeringsplass med 6 plasser, og to ekstra sprinklerhoder. I tillegg omtales opparbeiding av et område benevnt Uo4, uten at partene har forklart nærmere hva dette gjelder. Totalt utgjorde disse endringene en merkostnad på kroner 2 256 295.
- (19) Utover de kontraktsdokumenter som er fremlagt i saken, har partene i meget begrenset grad redegjort for hvorfor disse endringene ble foretatt, og hva som konkret skulle utføres i medhold av disse endringsbestillingene. Klagers begrunnelse for at innklagede ved endringene har inngått en ny avtale, er at enhver justering av avtalen må anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Dette er som nevnt ikke riktig. Klagenemnda har på denne bakgrunn ikke holdepunkter for å konstatere at endringene i avtalen kan anses vesentlige. Selv om de aktuelle endringene er av et visst omfang, endrer ikke tilleggsbestillingene prosjektets karakter. Det er heller ikke forhold som tilsier at endringene forskyver den økonomiske balansen i avtalen til fordel for valgte leverandør.
- (20) Klager har videre anført at innklagede, ved å unnlate å si opp avtalen med valgte leverandør, har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. I denne forbindelse vises det til klagenemndas avgjørelse i sak 2011/179, hvor følgende ble uttalt i premiss (22):

"I enkelte tilfeller, særlig ved tidsubestemte avtaler som ikke knytter seg til et konkret prosjekt, ivaretas ikke hensynet til konkurranse i tilstrekkelig grad dersom avtalen, uten at kontraktsgjenstanden tilsier det, videreføres på ubestemt tid uten at andre aktører får anledning til å konkurrere om ytelsen. Plikten til å si opp avtaler er riktignok ikke begrenset til slike tilfeller, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2010/4 hvor nemnda la til grunn at regelen kunne være aktuell for en avtale med varighet på 20 år med opsjon for 20 års forlengelse. Som utgangspunkt må imidlertid konkurransehensynet normalt anses tilstrekkelig ivaretatt ved de rettigheter leverandørene er gitt for å anferke den opprinnelige kontraktsinngåelsen. Når det gjelder avtaler som er begrenset til et konkret prosjekt må derfor den klare hovedregelen være at avtalen kan fullføres uten at unnlatt oppsigelse representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Dette synes også å være lagt til grunn i praksis, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2010/1 hvor det ble lagt til grunn at adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr var foreldet ettersom klagen med

påstand om ulovlig direkte anskaffelse først innkom mer enn to år etter at skriftlig kontrakt ble inngått. Tilsvarende betraktning er lagt til grunn i sak 2010/312 om en tidsbestemt kontrakt på i underkant av tre år som ikke inneholdt bestemmelser om oppsigelse."

- (21) Tilsvarende gjør seg gjeldende i foreliggende sak. Innklagedes kontrakt med valgte leverandør er begrenset til å gjelde et konkret prosjekt, oppføringen av leilighetsbygget, og klagenemnda finner at det ikke er oppstått en plikt til å si opp denne kontrakten. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører etter dette ikke frem.

Konklusjon:

Klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse fører ikke frem, jf. loven § 7 b (3), jf. klagenemndforskriften § 13a.

Bergen, 11. mars 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn