



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om leie av paviljonger til Nattland oppvekstun. Klagenemnda fant at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjennomføre en konkurranse etter forskriften del I, uten at det forelå hjemmel til dette.

Klagenemndas avgjørelse 22. oktober 2014 i sak 2013/125

Klager: Djonne Modul AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter innklagede) kunngjorde 26. november 2012 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om leie av paviljonger til Nattland oppvekstun i 24 måneder. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen punkt 4 angitt til å være ca. 23 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 7. januar 2013. Anskaffelsen var kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse, etter forskriften del II.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.1 at innklagede ønsket å inngå kontrakt om leie av midlertidige undervisningspaviljonger. Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte det tegninger av hvordan innklagede ønsket at skolebygningen skulle utformes.
- (3) I konkurransegrunnlagets del II punkt A, fremgikk det at paviljongene skulle etableres så snart som mulig, og senest sommeren 2013.
- (4) Innklagede mottok to tilbud innen tilbudsfristens utløp, et fra Djonne Modul AS (heretter klager) og et fra Malthus AS. Av åpningsprotokollen fremgikk det at klagers tilbud var på vel 43 millioner kroner.
- (5) Innklagede sendte et brev til klager 18. januar 2013, der det fremgikk at konkurransen var avlyst. Begrunnelsen for dette var at tilbudet fra Malthus AS var avvist med hjemmel i forskriften § 11-10 (1) bokstav a, og at prisen i klagers tilbud lå langt over prosjektets budsjettrammer. Videre fremgikk det at innklagede med hjemmel i forskriften § 2-1 (2) bokstav e ville gjennomføre en ny forenklet konkurranse etter forskriften del I.
- (6) Innklagede sendte deretter ut nytt konkurransegrunnlag med invitasjon til å delta i en ny konkurranse etter forskriften del I til flere potensielle leverandører, heriblant Malthus AS og klager.

- (7) Det fremgikk av det nye konkurransegrunnlaget at innklagede ønsket å inngå kontrakt om leie eller kjøp av, midlertidige undervisningspaviljonger. Konkurransegrunnlaget var bortsett fra tilføyelsen om kjøp av paviljonger, i hovedsak likt konkurransegrunnlaget i den første konkurransen, men det var gjort enkelte endringer blant annet i tegningene av utformingen av skolebygningen. Videre var kvalifikasjonskravet "*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*" endret til at oppdragsgiver krevde at tilbyderne hadde kvalifikasjoner for aktuelle godkjenningsområder tilsvarende oppgitt tiltaksklasse som vist i tabellen "*Godkjenningsområder for sentral godkjenning av foretak*". I tabellen var det oppstilt samme krav til sentral godkjenning og tiltaksklasse som det som fremgikk av det første konkurransegrunnlaget. Om ferdigstillestidspunkt fremgikk det også av det nye konkurransegrunnlaget at paviljongene skulle etableres så snart som mulig og senest sommeren 2013.
- (8) Innklagede mottok fire tilbud i den nye konkurransen, heriblant et fra klager, Malthus AS og Seksjonsbygg AS (heretter valgte leverandør). Av evalueringsmatrisen fremgikk det at alle tilbyderne ga tilbud på kjøp av paviljonger, og valgte leverandør og Malthus AS ga i tillegg tilbud på leie av paviljonger. Tilbudet fra Malthus ble avvist grunnet vesentlige avvik. Tilbudsprisene for kjøp av paviljonger lå på mellom 21- og 27 millioner kroner. Valgte leverandørs tilbud var det rimeligste, og klagers det dyreste. Valgte leverandørs pris for leie av paviljonger var på vel 22,5 millioner kroner + 530 000 kr. per måned utover 24 måneder.
- (9) I tilbudet fra valgte leverandør fremgikk det at Moelven Byggmodul AS var ansvarlig søker. Videre fremgikk det at Moelven Byggmodul AS var gitt sentral godkjenning på en rekke områder. Blant annet sentral godkjenning i tiltaksklasse 2 som ansvarlig søker, godkjenning i tiltaksklasse 1 for prosjektering av arkitektur, godkjenning i tiltaksklasse 1 for prosjektering av lydforhold og vibrasjoner, og godkjenning i tiltaksklasse 1 for prosjektering av sanitær, varme og slukkeinstallasjoner. Det var ikke levert dokumentasjon på at valgte leverandør selv hadde sentral godkjenning på disse områdene. Valgte leverandør hadde heller ikke vedlagt forpliktelseserklæring fra Moelven Byggmodul AS.
- (10) Valgte leverandør ble i møte den 26. februar 2013 gitt en frist på to dager til å ettersende forpliktelseserklæring fra samarbeidspartnere som skulle utføre arbeid underlagt sentral godkjenning. Innklagede har opplyst at dette ble gjort.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. oktober 2013.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør om kjøp av paviljonger 25. april 2013.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. oktober 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Valgte leverandør skulle vært avvist

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte alle tekniske og faglige kvalifikasjonskrav. Dette gjelder kravene om godkjenning som ansvarlig søker, godkjenning for prosjektering av

arkitektur, godkjenning for prosjektering av lydforhold og vibrasjoner, og godkjenning for prosjektering av sanitær, varme og slukkeinstallasjoner. Valgte leverandør har i sitt tilbud forutsatt å benytte underleverandør for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, uten at nødvendig forpliktelseserklæring fra underleverandørene er vedlagt tilbudet. Innklagede hadde ikke adgang til å vektlegge ettersendt dokumentasjon, og for det tilfellet at den ettersendte dokumentasjonen kunne vektlegges, oppfylte uansett heller ikke underleverandøren de oppstilte kravene.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (15) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del I, uten at vilkårene i forskriften § 2-1 (2) bokstav e var oppfylt. Det kom inn ett gyldig tilbud, og det er ikke dokumentert at dette ikke var egnet. Videre ble det gjort tre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget i den andre konkurransen. Den første endringen besto i at det i den andre konkurransen ble gitt adgang til å gi pris både på salg og utleie av undervisningspaviljongene, mens det i den første konkurransen kun var adgang til å gi pris på utleie. Den andre endringen var at utformingen av bygget ble endret. Den tredje endringen består i at det ble gjort tidsmessige forskyvinger.

Innklagedes anførsler:

Valgte leverandør skulle vært avvist

- (16) Det var ikke i strid med regelverket ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Konkurransen ble gjennomført etter forskriften del I, hvor det foreligger få eksplisitte krav om hvordan oppdragsgiver skal foreta en anskaffelse. Den inneholder ingen bestemmelser om avvisning av tilbydere, og ingen bestemmelser om at ettersending av dokumentasjon ikke er tillatt. Konkurransegrunnlaget ble ikke endret etter den første konkurransen, og inneholder derfor kvalifikasjonskrav. Det erkjennes at dette kan ha skapt uklarheter om gjennomføringen av konkurransen. Det ble imidlertid opplyst i de gjennomførte avklaringsmøtene at dette var en konkurranse etter forskriften del I.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (17) Det var ikke i strid med forskriften § 2-1 (2) bokstav e å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del I. Det ene av de to tilbudet som kom inn i den første konkurransen måtte avvises med hjemmel i forskriften § 11-10 (1) bokstav a, og det andre tilbudet var over 20 millioner kroner dyrere enn innklagedes anslåtte verdi på anskaffelsen. Begge de innkomne tilbudene var dermed uegnete. De endringene som ble gjort i konkurransegrunnlaget var ikke vesentlige. Behovet som anskaffelsen skulle dekke var nøyaktig det samme i de to anskaffelsene. Heller ikke byggets areal eller funksjon var endret. At det en tidsforskyving mellom konkurransene er helt naturlig

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Når det gjelder anførselen om ulovlig direkte anskaffelse, er det imidlertid etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, ikke krav om saklig klageinteresse. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av paviljonger til Nattland oppveksttun, enten gjennom

kjøp eller leie. Konkurransen er gjennomført etter forskriften del I med hjemmel i § 2-1 (2) bokstav e.

Klagenemndas behandling av spørsmål om ulovlig direkte anskaffelse

- (19) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b, slik den lød før 1. juli 2012, til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (20) Den 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.
- (21) De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene. De nye reglene gjelder 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. For kontrakter som er inngått eller kunngjort etter 1. juli 2012 kan klagenemnda gi en rådgivende uttalelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Ettersom kontrakt dette tilfellet er inngått etter 1. juli 2012, gir klagenemnda en rådgivende uttalelse i saken.

Overskridelse av budsjетtrammer

- (22) Klager anfører at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del I, uten at vilkårene for dette var oppfylt.
- (23) Klager viser for det første til at det kom inn ett gyldig tilbud i den første konkurransen, og at det ikke er dokumentert at dette tilbudet ikke var egnet.
- (24) Det er klart at den andre konkurransen ikke ble kunngjort, jf. forskriften § 9-1 (1), og at anskaffelsen dermed kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, jf. § 4-1 bokstav q. Forskriften § 2-1 (2) gjør unntak fra kunngjøringsplikten for anskaffelser som i utgangspunktet følger forskriften del II. Den aktuelle unntaksregelen gjelder tilfeller der *"det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet"*, jf. bokstav e.
- (25) I foreliggende tilfelle ble tilbudet fra Malthus AS avvist med hjemmel i forskriften § 11-10 (1) bokstav a, og tilbudet fra klager ble forkastet som følge av at det oversteg innklagedes budsjетtramme. Klager har ikke bestridt at det var riktig å avvise tilbudet fra Malthus AS, eller å avlyse konkurransen/totalforkaste tilbudene, jf. forskriften § 13-1. At konkurransen kunne avlyses fordi klagers tilbud vesentlig oversteg budsjетtrammen/var eneste tilbud igjen i konkurransen, er imidlertid ikke det samme som at tilbudet fra klager ikke var egnet, slik at innklagede hadde hjemmel til å gjennomføre anskaffelsen etter forskriften del I. Spørsmålet er dermed om klagers tilbudet kan regnes som ikke *"egnet"*, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav e.
- (26) Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen angitt til å være ca. 23 millioner kroner, og innklagede har opplyst at dette tilsvarer innklagedes budsjett. Av åpningsprotokollen fremgikk det at tilbudet fra klager var på vel 43 millioner kroner.

- (27) Ordlyden i forskriften § 2-1 (2) bokstav e, tilsvarer i hovedsak bestemmelsen i forskriften § 14-4 bokstav b, som gjelder anskaffelser som følger del III. Klagenemnda har i tidligere avgjørelser lagt til grunn at bestemmelsen i forskriften § 2-1 (2) bokstav e oppstiller en lavere terskel for anvendelse av unntaket enn forskriften § 14-4 bokstav b. I § 14-4 bokstav a er det gitt en nærstående unntaksregel som ikke har fått sitt motstykke i § 2-1 (2). Klagenemnda har lagt til grunn at adgangen til å unnlate kunngjøring ikke er snevrere i forskriften del II enn i del III, og at forskriften § 2-1 (2) bokstav e derfor også dekker tilfeller som er omfattet av § 14-4 bokstav a, jf. sak 2010/279 premiss (37) og sak 2012/93.
- (28) I sakene som gjelder § 14-4 bokstav a og b har klagenemnda, med henvisning til praksis fra EU-domstolen, lagt til grunn at bestemmelsene må tolkes restriktivt. Et slikt tolkningsprinsipp kan ikke uten videre gjelde for unntaksregelen i § 2-1 (2) bokstav e, som kun gjelder kjøp under EØS-terskelverdi. Til dette kommer at oppdragsgivere ved anskaffelser som følger forskriften del II, i motsetning til del III, fritt kan anvende konkurranse med forhandling, jf. forskriften § 5-1.
- (29) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at vesentlig overskridelse av forventet pris kan gi adgang til konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for anskaffelser som følger forskriften del II, jf. sak 2012/93. Her kom klagenemnda til at et tilbud ikke var "egnet" etter forskriften § 2-1 (2) bokstav e fordi valgte leverandørs pris var 97 % dyrere enn prisen som var signalisert til innklagede i en forutgående markedsundersøkelse.
- (30) Innklagede har i foreliggende sak ikke angitt et bindende eller veiledende budsjettestimert i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Sammenlignet med innklagedes anslåtte verdi av anskaffelsen var klagers tilbudte pris 90 % høyere.
- (31) Det er ikke holdepunkter for at innklagedes anslåtte verdi på anskaffelsen ikke var realistisk. Til støtte for dette viser klagenemnda til at de innkomne tilbudene i den nye konkurransen tilsvarte de fastsatte økonomiske rammene for anskaffelsen, jf. innklagedes evalueringsrapport. Klagers pristilbud i anbudskonkurransen må på dette grunnlag anses å være objektivt sett vesentlig høyere enn det innklagede måtte kunne forvente. Basert på dette kunne klagers tilbud i anbudskonkurransen regnes som uakseptabelt, eller ikke "egnet", jf. § 2-1 (2) bokstav e. Vilåårene oppstilt i forskriften § 2-1 (2) bokstav e, for å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften del I var dermed oppfylt.

Endring av konkurransegrunnlaget

- (32) Klager anfører at innklagede har gjort flere endringer av konkurransegrunnlaget, som både hver for seg og samlet må anses som vesentlige, og at anskaffelsen av denne grunn utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (33) Selv om det ikke fremgår av ordlyden i forskriften § 2-1 (2) bokstav e, må det innfortolkes et krav om at det ikke gjøres vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget som ble lagt til grunn for den forutgående konkurransen, jf. sak 2010/7. Dersom oppdragsgiver har gjort vesentlige endringer, vil det i realiteten foreligge en ny anskaffelse som markedet kan respondere annerledes på.

- (34) Klager viser for det første til at det i den andre konkurransen ble gitt adgang til å gi pris både på salg og utleie av undervisningspaviljongene, mens det i den første konkurransen kun var adgang til å gi pris på utleie.
- (35) Det er på det rene at det ble gjort en endring av konkurransegrunnlaget fra den første konkurransen til den andre, ved at det ble åpnet for å gi tilbud som innebar kjøp av paviljonger. Det avgjørende blir dermed om denne endringen må anses som vesentlig.
- (36) Spørsmålet om det er foretatt en vesentlig endring beror på en konkret helhetsvurdering, der det avgjørende er hvorvidt den etterfølgende konkurransen fremstår som den samme anskaffelsen som den forutgående konkurranse. Jf. sak 2010/7 premiss (62). Ved vurderingen vil det ha betydning om endringen har medført at flere leverandører har hatt muligheten til å delta, jf. sak 2007/36 (16). Også endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2011/259 og 2012/235 premiss (44) med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext).
- (37) Kontraktsbestemmelsen om finansieringsform, hvorvidt paviljongene skulle kjøpes eller leies, må antas å være en vesentlig bestemmelse i kontrakten om oppføring av paviljongene. Ved at det ble åpnet for kjøp i tillegg til leie av paviljonger, ble en av de grunnleggende forutsetningene for konkurransen endret. Ved utleie av paviljongene må tilbyderne tilpasse disse til det bygget oppdragsgiver ønsker, uten å kunne ta hensyn til ny bruk etter utløpet av kontraktsperioden. Dersom oppdragsgiver kjøper paviljongene kan disse bygges og tilpasses uavhengig av økonomiske kostnader forbundet med at paviljongene skal hentes og eventuelt brukes om igjen i et senere prosjekt.
- (38) I den første konkurransen mottok innklagede to tilbud, der ett av tilbudene inneholdt vesentlige avvik og måtte avvises. I den nye konkurransen mottok innklagede fire tilbud. Også her måtte ett tilbud avvises grunnet vesentlig avvik, mens de øvrige tre tilbudene ble vurdert. Blant de tre leverandørene som ikke fikk sine tilbud avvist, var det kun valgte leverandør som leverte tilbud på både salg og utleie av paviljonger. Prisen for utleie var imidlertid høyere enn for salg. Klager og den siste leverandøren leverte kun tilbud på salg av paviljonger. Innklagede endte med å inngå kontrakt om kjøp av paviljonger. Etter dette må det kunne legges til grunn at det ble aktuelt for flere leverandører å delta i konkurransen da det ble åpnet for at det kunne leveres tilbud om kjøp av paviljonger.
- (39) Klagenemnda er kommet til at innklagede har gjort en vesentlig endring i konkurransegrunnlaget. Innklagede hadde følgelig ikke hjemmel til å gjennomføre den andre konkurransen etter reglene i forskriften del I, og anskaffelsen skulle vært kunngjort, jf. forskriften § 9-1 (1). Bruddet representerer en ulovlig direkte anskaffelse ettersom innklagede *"i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen"*, jf. forskriften § 4-1 bokstav q.
- (40) Hvorvidt klagers øvrige anførsler skal behandles, beror på om klager har *"saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning"*, jf. forskrift av klagenemndsloven § 6 (2). Ettersom nemnda har konkludert med at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og konkurransen derfor skulle ha vært avlyst og kunngjort på nytt, har klager ikke saklig interesse i å få prøvd lovmessigheten av andre sider ved innklagedes gjennomføring av konkurransen, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/44 og sak 2013/27.

Konklusjon:

Bergen kommune har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven