



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Vesentlig endring. Ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om trafikksikkerhetstiltak langs ulike veier. Klager anførte at valgte leverandør skulle vært avvist grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, men dette førte ikke frem. Klager anførte også at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å akseptere endringer i utførelsen som representerte kostnadsbesparelser for leverandøren, uten at innklagedes vederlag ble redusert. Klagenemnda konkluderte med at det var gjort endringer som representerte en ulovlig direkte anskaffelse. Dissens.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2014 i sak 2014/139

Klager: AS Veisikring

Innklaget: Statens vegvesen Region sør

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

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen Region sør (heretter innklagede) kunngjorde 9. mai 2014 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av trafikksikkerhetstiltak langs E16, E18, E134, Fv282 og Fv285. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 28. mai 2014.
- (2) Arbeidenes art og omfang ble beskrevet i konkurransegrunnlaget kapittel A3 punkt 1:

"Prosjektet omfatter utbedringer og sikkerhetstiltak langs eksisterende veger og spesielle områder. Arbeidene består i forlengelse, nye avslutninger og etablering av nytt rekkverk på E18 ved Liertoppen, fv282 ved Brakerøya og langs fv285 fra Engerkrysset mot Skaret. På E16 mellom Akershus grense og grensen mot Oppland skal en rekke skiltplater på eksisterende stolper og fundamenter byttes ut. Det skal også settes opp rekkverk på E16 fra Nes tunnelen i en lengde på ca. 3400 m retning Sundvollen, mot eksisterende betongrekkverk på 3 feltsvegen. Det skal også etableres havarilommer.

I tillegg skal eksisterende midtrekkverk på E134 mellom Drammen og Mjøndalen samt fra Hokksund til Skjøl påsettes markering med refleks.

Se bilder og tegninger.

Mengder:

Nytt rekkverk, midtdeler: E16 lengde 3400m

Havarilommer: 4 stk.

Støtputer: 5 stk.

Nytt rekkverk: 3300 meter

Rekkverk av plasstøpt betong: 125m

Energiabsorberende endeavslutninger: 9 stk.

Bytte av skilplater: Ca. 50 stk.

Montering av refleks på eksisterende og ny midtdeler: Ca. 285 stk."

- (3) Krav til leverandørenes kvalifikasjoner gikk frem av konkurransegrunnlaget kapittel B2. Det ble generelt stilt krav om *"at tilbyder er kvalifisert for å utføre de arbeider det gis tilbud på. Tilbyder skal ha nødvendig kompetanse og erfaring, både teknisk, faglig, organisasjonsmessig og administrativt"*. Det ble presisert at *"[g]runnlaget for byggherrens vurderinger av om krav er oppfylt er den dokumentasjon som følger med tilbudet"*.

- (4) I punkt 4.1 ble det sagt følgende om kvalifikasjonskravet *"Erfaring"*:

"Tilbyder som er nyetablert firma og som ikke kan fremlegge referanser, må være særlig nøye med å sannsynliggjøre at han har forutsetninger for å gjennomføre kontrakten. Tilbyder skal redegjøre for selskapsdannelsen og ansattes kompetanse. Planlagt organisasjon for oppdraget og CV for nøkkelpersoner i prosjektorganisasjonen er særlig viktig [...]"

4.1.1 Erfaringer fra tilsvarende arbeider. Referanseprosjekter

Tilbyder skal ha erfaring fra arbeid av samme art og vanskelighetsgrad. [...]"

4.1.2 Byggherrens erfaringer. Referanseprosjekter

Statens vegvesens og andre byggherrens erfaringer med tilbyder vil bli vurdert.

Det kreves at tilbyder kan vise til referanser til relevante kontrakter som han selv har gjennomført på tilfredsstillende måte [...]"

- (5) Dette skulle dokumenteres ved å fylle ut noen skjema som lå ved konkurransegrunnlaget kapittel E2 punkt 4.1.1 og punkt 4.1.2.
- (6) I skjemaet til kravet om erfaring fra tilsvarende arbeider ble leverandørene bedt om å liste opp navn, sted, størrelse (verdi i MNOK inkl. mva.) mv. på *"... de 3-5 siste og mest relevante tilsvarende oppdrag utført eller under utførelse i løpet av de siste 5 år"*, samtidig som det ble åpnet for å gi opplysninger på et eget skjema.
- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 4.3 ble det også stilt krav til leverandørenes økonomiske situasjon:

"4.3.1 Egenkapital. Soliditet

Det kreves at tilbyders egenkapital er positiv. Dersom tilbyder er arbeidsfellesskap, gjelder kravet for hver av deltakerne."

- (8) Kontrakten skulle ifølge konkurransegrunnlaget kapittel B3 punkt 5 tildeles tilbudet med lavest pris.
- (9) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et prisskjema, med beskrivelse av de ulike prosessene i oppdraget, angivelse av enhet og etterspurt mengde, og felter for å fylle inn pris. Av relevans for saken gjengis følgende:

"75.221 Rekkverk av plasstøpt betong

- a) *Omfatter levering og utførelse av rekkverk av plasstøpt betong, inklusiv tilhørende graving, betong, ev. forskaling, tilbakefylling og borttransport av masse [...]*

****Spesiell beskrivelse****

- b) *Det benyttes Profilbetong eller tilsvarende, type Safetybaer H2 E90.*

75.23 Rekkverk av metallskinner

- a) *Omfatter levering og oppsetting av rekkverk av metallskinner, inklusive stolper og tilhørende fundamenterings- og forankringsarbeider [...]*

75.231 Enkelt rekkverk av stål på trestolper

75.2311 Rekkverk styrkeklasse N2

**** Spesiell beskrivelse ****

- c) *[...] Standard stolpeavstand for stålskinnerekkverk på trestolper i styrkeklasse N2 er 2 m. Tillegg for tettere stolpeavstand skal prises under prosess 75.91 [...]*

75.232 Enkelt rekkverk av stål på stålstolper

"75.2321 Rekkverk styrkeklasse H2/L2

**** Spesiell beskrivelse ****

- b) *Krav til rekkverket er styrkeklasse H2/L2.*

Radius bakskinne må måles/tilpasses på stedet før bestilling.

75.235 Dobbelt rekkverk av stål på stålstolper

**** Spesiell Beskrivelse ****

- a) *Prosessene gjelder midtrekkverk av stål på E16 fra Nestunnelen og ca. 3400 m mot Sundvollen. Prosessen omfatter også 2stk. vanlige rekkverksskinner på stålstolper samt singling av hull. De øverste 4cm i hullet fylles opp med flytende asfalt som tetter godt.*

Arbeidene utføres som nattarbeid

- b) *Stolpeavstand er 2 m. Rekkverket skal tilfredsstille krav til styrkeklasse N2. Materiell og løsninger skal være testet og godkjent i henhold til NS-EN 1317.*

c) Rekkverkshullene skal bores."

- (10) Ti dager etter kunngjøringen ble omfanget av oppdraget utvidet:

"Tilleggsopplysninger til konkurransegrunnlag TS-tiltak

Det er stor økning av rekkverksmengden på E18.

Rekkverksarbeidene er fra Drammen til Akershus fylke.

Husk dette i prosessene for rigg, trafikkulemper, oppmerking og signaler.

Rekkverksarbeidene på E18 og E16 har førsteprioritet.

Det blir lagt ut nye prisfiler som skal benyttes, de gamle utgår."

- (11) I det nye prisskjemaet var mengden i prosess 75.2321 ("***Rekkverk styrkeklasse H2/L2***") endret til 4000 meter. I tillegg kom det inn en helt ny prosess 75.2322: "***Rekkverk H2/L2 uten bakskinne***" på 7500 meter.

- (12) Vedrørende sistnevnte prosess, 75.2322, ble det publisert følgende spørsmål og svar på Doffin 23. mai 2014:

"Prosess 75.2322 Rekkverk H2/L2 uten bakskinne

a. Stålskinne uten bakskinne er ikke godkjent i klasse H2. Hva skal leveres.

Svar: Det skal være klasse H2/L2 med bakskinne.

b. Hvor skal dette utføres/ antall strekninger: Svar: På E18 fra Drammen"

- (13) Innenfor tilbudsfristen kom det inn tilbud fra AS Veisikring (heretter klager) og Billerud og Løhren AS.
- (14) Innklagede informerte tilbyderne i brev datert 17. juni 2014 om at kontrakten var tildelt Billerud og Løhren AS (heretter valgte leverandør). Av anskaffelsesprotokollen gikk det frem at klagers tilbud hadde en totalpris på 21 740 595 kroner ekskl. mva. Valgte leverandørs totalpris var 21 687 290 kroner ekskl. mva.
- (15) I innklagedes vurdering av tilbyderne ble klagers tilbudspris imidlertid oppgitt å være "27.10 mill.". Partene har forklart at grunnen til dette er at klager ikke hadde fått med seg endringen av prosess 75.2322. Klager leverte her en pris på rekkverk uten bakskinne i styrkeklasse H1, og tilbudet ble derfor tillagt ca. seks millioner kroner.
- (16) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 3. juli 2014.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. april 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Valgte leverandør oppfyller ikke kravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder erfaring med arbeid av samme art og vanskelighetsgrad. Heller ikke kvalifikasjonskravet om positiv egenkapital er oppfylt.
- (19) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å akseptere vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør. Endringene er vesentlige fordi de medfører kostnadsbesparelser for valgte leverandør, uten en tilsvarende reduksjon i innklagedes vederlag. Endringene forrykker dermed det økonomiske balansen i kontrakten i valgte leverandørs favør.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det bestrides at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen. Valgte leverandørs nøkkelpersonell har tilstrekkelig erfaring med arbeid av samme art og vanskelighetsgrad, og kravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner er dermed oppfylt. Valgte leverandør har videre en egenkapital på 17 656 kroner.
- (21) Endringene i kontrakten med valgte leverandør, innebærer ingen endring av de funksjonelle kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget. Valgte leverandør har på alle punkter levert produkter som tilsvarer de etterspurte produktene i funksjon og styrkeklasse mv. At innklagede har akseptert disse endringene, utgjør ikke en ulovlig direkte anskaffelse.
- (22) For en nærmere redegjørelse av partenes anførsler vises det til klagen, tilsvaret, og øvrige prosesskriv i saken.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder trafiksikkerhetstiltak, som er et bygge- og anleggsarbeid. Anskaffelsens verdi er av innklagede opplyst å være ca. 30 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av valgte leverandør – tekniske og faglige kvalifikasjoner

- (24) Klager anfører at valgte leverandør ikke har tilstrekkelige tekniske og faglige kvalifikasjoner til å utføre oppdraget, og at innklagede dermed har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (25) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (26) Ved vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er saklig, forsvarlig og i samsvar med de

grunnleggende kravene i loven § 5, jf. blant annet klagenemndas sak 2014/43 i premiss (23).

- (27) Klager anfører for det første at valgte leverandør ikke har erfaring med arbeid av "*samme art og vanskelighetsgrad*", jf. denne formuleringen i konkurransegrunnlaget.
- (28) Klager viser i denne sammenheng til at rekkverksarbeidet i valgte leverandørs referanseprosjekt ikke var påbegynt ved utløpet av tilbudsfristen, at arbeidet ble utført av en underleverandør, og at arbeidet uansett ikke er av samme vanskelighetsgrad som det foreliggende oppdraget. Valgte leverandør har under enhver omstendighet bare oppgitt *ett* referanseoppdrag av samme art og vanskelighetsgrad, og konkurransegrunnlaget stiller krav om tre til fem referanser. Heller ikke valgte leverandørs nøkkelpersoner har den nødvendige erfaringen med arbeid av samme art og vanskelighetsgrad. Klager viser også til at valgte leverandør ikke har den maskinparken som er nødvendig for å utføre oppdraget.
- (29) En naturlig forståelse av uttrykket "*samme art og vanskelighetsgrad*" innebærer at leverandørene må ha relevant erfaring fra alle de sentrale områdene kontrakten gjelder, jf. klagenemndas saker 2014/43 premiss (27) og 2014/81 premiss (53). En sentral del av den foreliggende kontrakten går ut på å sette opp nye rekkverk langs nærmere angitte veier. For å anses kvalifisert til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, må leverandørene derfor kunne vise til erfaring med arbeid av samme art og vanskelighetsgrad som å sette opp rekkverk. Dette innebærer at også annet arbeid enn rent rekkverksarbeid kan være relevant, såfremt det er av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad. Når det gjelder kontraktsverdien på angitte referanseprosjekter, er denne i utgangspunktet bare relevant i den grad verdien samtidig sier noe om vanskelighetsgraden på prosjektet, jf. nevnte sak 2014/43 premiss (27).
- (30) Kravet om erfaring med arbeid av "*samme art og vanskelighetsgrad*", må leses i lys av det overordnede kravet i konkurransegrunnlaget, om at leverandørene skal være "*kvalifisert for å utføre de arbeider det gis tilbud på*", og ha "*nødvendig kompetanse og erfaring, både teknisk, faglig, organisasjonsmessig og administrativt*". I konkurransegrunnlaget har innklagede også presisert at tilbydere "*... som er nyetablert firma og som ikke kan fremlegge referanser, må være særlig nøye med å sannsynliggjøre at han har forutsetninger for å gjennomføre kontrakten. Tilbyder skal redegjøre for selskapsdannelsen og ansattes kompetanse. Planlagt organisasjon for oppdraget og CV for nøkkelpersoner i prosjektorganisasjonen er særlig viktig [...]*" (uthevet her). Konkurransegrunnlaget åpnet således for at leverandører som ikke kunne fremlegge tre til fem relevante referanseprosjekter, kunne dokumentere sin kompetanse og erfaring på andre måter.
- (31) Valgte leverandør er et selskap etablert i februar 2012, som av denne grunn ikke har så mange referanseprosjekter å vise til. I valgte leverandørs besvarelse av skjemaet i konkurransegrunnlaget punkt 4.1.1, er det vist til *ett* tidligere prosjekt, Fv. 491 Lundbyvollen – Gravberget, som ble påbegynt november 2012. Klagenemnda er ikke enig med klager i at innklagede ikke hadde adgang til å ta dette prosjektet i betraktning ved kvalifikasjonsvurderingen. Konkurransegrunnlaget stilte krav om dokumentasjon på erfaring fra oppdrag som var "*utført eller under utførelse*" (uthevet her). At størsteparten av rekkverksarbeidet i dette prosjektet ble utført av en underleverandør, kan heller ikke være avgjørende. Det er enighet om at rekkverksarbeidene av denne grunn har begrenset betydning ved vurderingen av valgte leverandørs kvalifikasjoner. I prosjektet inngikk

imidlertid også flere prosesser som valgte leverandør selv utførte, og som innklagede vurderte som relevant erfaring. Klagenemnda kan ikke se at dette gir uttrykk for en uforsvarlig skjønnsutøvelse.

- (32) Innklagede har videre forklart at oppdraget ikke er særlig komplisert, og at mengden rekkverk som skal settes opp, ikke er avgjørende for vanskelighetsgraden på arbeidet. Vedlagt tilbudet fra valgte leverandør fulgte en redegjørelse for selskapet og dokumentasjon på de ansattes kompetanse (CV for nøkkelpersoner mv.), slik konkurransegrunnlaget ga anvisning på for nyetablerte selskap. Av redegjørelsen går det frem at Marius Billerud og Hans Martin Løren m.fl. har startet selskapet Skandinavisk Veibetong AS, og at dette selskapet vil utføre store deler av oppdraget som underleverandør. Av totalt fire tilbudte nøkkelpersoner er i hvert fall tre ansatt både i Skandinavisk Veibetong AS og hos valgte leverandør.
- (33) CV-ene til nøkkelpersonellet viser at dette har lang og bred erfaring med ulike typer anleggsarbeid, herunder en del erfaring med veiarbeid. På bakgrunn av denne dokumentasjonen fant innklagede at valgte leverandør hadde *"nødvendig kompetanse og erfaring"* med arbeid av samme art og vanskelighetsgrad, og at nøkkelpersonellet derfor var *"kvalifisert for å utføre de arbeider det gis tilbud på"*. Klagenemnda kan ikke se at innklagede dermed har utøvd et uforsvarlig skjønn. Når (ansatte hos) valgte leverandør oppfyller kravet om erfaring, er det videre ikke påkrevd med forpliktelseserklæring fra underleverandør, jf. blant annet klagenemndas sak 2014/81 premiss (56) med videre henvisninger.
- (34) Det kan heller ikke være riktig, slik klager anfører, at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av mangelfull dokumentasjon på nødvendige maskiner og utstyr til å utføre kontrakten. Et slikt krav kan ikke utledes av kvalifikasjonskravet om erfaring, og var ikke angitt som et selvstendig kvalifikasjonskrav.
- (35) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende tekniske og faglige kvalifikasjoner, fører ikke frem.

Avvisning av valgte leverandør – økonomisk situasjon – egenkapital og soliditet

- (36) Klager anfører også at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om positiv egenkapital, og at innklagede dermed har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav a.
- (37) Kravet var at egenkapitalen hos leverandørene skulle være positiv. Valgte leverandør har dokumentert en egenkapital på 17 656 kroner. Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravet om positiv egenkapital, kan dermed ikke føre frem.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlige endringer

- (38) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør.
- (39) Det fremgår av valgte leverandørs tilbud av 27. mai 2014, at tilbudet ble *"vurdert og prisert"* slik prosjektet var beskrevet i konkurransegrunnlaget. Av avtalen mellom klager og innklagede går det videre frem at denne er inngått i henhold til tilbudet av 27. mai 2014, jf. avtalens punkt 2.

- (40) Det er enighet om at innklagede har gjort endringer i denne kontrakten med valgte leverandør. Partene er også enige om hva disse endringene går ut på. De viktigste endringene er som følger:
- Prosess 75.221: levering av et annet rekkverk enn etterspurt.
 - Prosess 75.2311: levering av stålstooper med stooperavstand på fire meter i stedet for trestooper med stooperavstand på to meter.
 - Prosess 75.2322: levering av en annen type rekkverk enn etterspurt.
 - Prosess 75.235: banking av stooperhylser i bakken i stedet for boring av rekkverkshull.
- (41) Disse endringene, hevder klager, innebærer at valgte leverandør utfører arbeidet under de enkelte postene på en billigere måte enn etterspurt av innklagede. Besparselsene i materialkostnader og kostnader ved utførelsesmetode har ikke ført til en tilsvarende reduksjon i vederlaget som innklagede betaler valgte leverandør. Øvrige endringer i kontrakten er ifølge klager av "*mindre økonomisk betydning*", og klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på disse. Spørsmålet er om noen av de opplistede endringene, hver for seg eller samlet, er av en slik karakter at de utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (42) EU-domstolen tok i sak C-454/06 "*pressetext*" stilling til om endringer i avtalen mellom en leverandør og en oppdragsgiver var så vesentlige at man i realiteten sto overfor en ny kontrakt. I lys av regelverkets krav om gjennomsiktighet og likebehandling, uttalte domstolen, skal endringer anses vesentlige dersom de:
- "... introduces conditions which, had they been part of the initial award procedure, would have allowed for the admission of tenderers other than those initially admitted or would have allowed for the acceptance of a tender other than the one initially accepted"* (premiss 35).
- (43) En endring av en offentlig kontrakt er også vesentlig dersom den endrer:
- "... the economic balance of the contract in favour of the contractor in a manner which was not provided for in the terms of the initial contract"* (premiss 37)
- (44) Mellom disse vurderingstemaene vil det kunne være en glidende overgang. Hvilken innfallsvinkel som er mest treffende, vil også kunne variere etter de konkrete omstendighetene.
- (45) Betingelsene for hva som skulle leveres, fremgikk i det foreliggende tilfellet særlig av prisskjemaet/mengdebeskrivelsen.
- (46) Prosess 75.221 var beskrevet slik i konkurransegrunnlaget:

"75.221 Rekkverk av plastøpt betong

b) Omfatter levering og utførelse av rekkverk av plastøpt betong, inklusiv tilhørende graving, betong, ev. forskaling, tilbakefylling og borttransport av masse [...]

****Spesiell beskrivelse****

b) Det benyttes Profilbetong eller tilsvarende, type Safetybaer H2 E90."

- (47) Innklagede har forklart at det leverte rekkverket er et H2 D90-rekkverk med samme styrkeklasse, skadeklasse og arbeidsbredde. Eneste forskjellen er at det leverte rekkverket tåler påkjøring fra to sider, hvilket nemnda oppfatter som et kvalitativt fortrinn sammenlignet med den betongtypen som var beskrevet. Det leverte rekkverket er altså av *"tilsvarende type"* som konkurransegrunnlaget foreskriver. Ettersom det i konkurransegrunnlaget er åpnet for å levere et produkt med tilsvarende egenskaper, kan det som utgangspunkt ikke anses som en endring at dette aksepteres.
- (48) Under henvisning til informasjon på innklagedes nettsider har klager anført at det er et krav til forhåndsgodkjenning for alle rekkverk som skal benyttes, og at det leverte betongrekkverket er et plagiatprodukt uten slik godkjenning. Slik saken er opplyst, har nemnda ikke holdepunkter for å konkludere med at kravet til godkjenning, som altså ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, er av en slik karakter at manglende godkjenning representerer et avvik.
- (49) I prosess 75.231 ba innklagede om *"Enkelt rekkverk av stål på trestolper"* (uthevet her):

"75.2311 Rekkverk styrkeklasse N2

****** Spesiell beskrivelse ******

c) [...] Standard stolpeavstand for stålskinnerekkverk på trestolper i styrkeklasse N2 er 2 m. Tillegg for tettere stolpeavstand skal prises under prosess 75.91 [...]"

- (50) Innklagede har her altså bedt om et rekkverk på trestolper, med stolpeavstand på to meter. Rekkverket som valgte leverandør har oppført, står på stålstoelper og har en stolpeavstand på fire meter. At stolpene settes med fire meters avstand i stedet for to, betyr at det er behov for færre stolper, hvilket representerer en besparelse for valgte leverandør. Samtidig er det nærliggende å anta at stålstoelper koster mer enn trestolper, og at besparelsene ved å sette stålstoelper med fire meters avstand kanskje ikke er så stor. Klager har heller ikke dokumentert omfanget av eventuelle besparelser ved denne endringen. I en annen konkurranse om rekkverk i Buskerud kommune, har klager også priset de aktuelle rekkverkene likt for tre- og stålstoelper. En uakseptabel endring foreligger således ikke.
- (51) Under prosess 75.2322 ble leverandørene bedt om å prise oppføring av *"Rekkverk H2/L2 uten bakskinne"* på 7500 meter langs E18. Via publisering av spørsmål og svar på Doffin, ble denne prosessen endret:

"[...] Stålskinne uten bakskinne er ikke godkjent i klasse H2. Hva skal leveres [?]"

Svar: Det skal være klasse H2/L2 med bakskinne."

- (52) Av innklagedes svar går det klart frem at leverandørene, under prosess 752322, skulle levere et rekkverk i styrkeklasse H2/L2 med bakskinne. Det er enighet om at rekkverket som valgte leverandør har oppført, er et rekkverk uten bakskinne i styrkeklasse H2/L2, altså det rekkverket som innklagede opprinnelig etterspurte, og som på dette tidspunktet ikke var godkjent. Et slikt rekkverk, hevder klager, er billigere enn et rekkverk i styrkeklasse H2/L2 med bakskinne. Til støtte for dette har klager vist til en prisliste fra Vik Ørsta AS, og et tilbud fra Ata Hill & Smith AS. Dokumentasjonen viser at et rekkverk

i nevnte styrkeklasse med bakskinne, koster ca. 40 % mer enn et rekkverk uten bakskinne i samme styrkeklasse. Det er også vist til at det ble lagt til ca. seks millioner kroner i klagers tilbud som følge av at klager leverte et rekkverk uten bakskinne i styrkeklasse H1, i stedet for et rekkverk med bakskinne i styrkeklasse H2.

- (53) Når det gjelder prosess 75.235 ("*Dobbelt rekkverk av stål på stålstolper*"), var det gitt følgende beskrivelse i prisskjemaet:

"a) Prosessen gjelder midtrekkverk av stål på E16 fra Nestunnelen og ca. 3400 m mot Sundvollen. Prosessen omfatter også 2stk. vanlige rekkverksskinner på stålstolper samt singling av hull. De øverste 4cm i hullet fylles opp med flytende asfalt som tetter godt.

Arbeidene utføres som nattarbeid

b) Stolpeavstand er 2 m. Rekkverket skal tilfredsstille krav til styrkeklasse N2. Materiell og løsninger skal være testet og godkjent i henhold til NS-EN 1317.

c) Rekkverkshullene skal bores" (uthevet her).

- (54) Prisskjemaet angir altså at det skal leveres et rekkverk i styrkeklasse N2, hvor stolpene settes med to meters avstand, og hvor det bores rekkverkshull. Rekkverket som valgte leverandør har oppført, er i den etterspurte styrkeklassen (N2). I stedet for boring av rekkverkshull, er stolpehylsene imidlertid banket ned i bakken. Stolpeavstanden er videre på fire meter i stedet for to. Økningen i stolpeavstand fra to til fire meter representerer en besparelse for valgte leverandør. Klager hevder også at valgte leverandør oppnår besparelser ved å banke stolpene ned i bakken i stedet for å bore rekkverkshull.
- (55) Innklagede har forklart at man ikke hadde noen motforestillinger til endringen, fordi det var et nytt rekkverk i samme styrkeklasse som oppfylte samme funksjon. Endringen kan med andre ord ikke sies å gi innklagede et bedre rekkverk enn det som var etterspurt. Til innklagedes anførsel har klager påpekt at rekkverket som valgte leverandør har oppført, ikke er nytt, men har vært godkjent i styrkeklasse N2 siden 2009.
- (56) Oppsummert har altså innklagede akseptert visse endringer i utførelsen, som har medført besparelser for valgte leverandør, uten at vederlaget fra innklagedes side er redusert. Endringene er foranlediget av leverandørens forslag om å utføre arbeidene på en annen måte enn foreskrevet i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda tar først stilling til om endringene endrer kontraktens økonomiske balanse i valgte leverandørs favør.
- (57) Som grunnlag for at endringene ikke kan anses vesentlige, har innklagede vist til at anskaffelsen reguleres av NS 8406, hvor oppdragsgiver i punkt 19.1 første ledd gir adgang til å "*pålegge entreprenøren endringer*".
- (58) Endringsklausulen i NS 8406 punkt 19.1 gir oppdragsgiver adgang til å gjøre visse kontraktsendringer. Endringene må "*stå i sammenheng med det kontrakten omfatter, og ikke være av en vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid*". Byggherren kan i utgangspunktet heller ikke pålegge entreprenøren endringer ut over 15 % netto tillegg til kontraktssummen. Punkt 22.1 bestemmer videre at partene "*har krav på den justering av vederlaget som endringen gir grunnlag for*", jf. nedenfor om vederlagsjusteringen i standardens punkt 22.2.

- (59) Som innklagede har fremholdt, er endringsbestemmelsene i NS-en ment å gi byggherren en nødvendig fleksibilitet ved gjennomføringen av bygge- og anleggskontrakter. En viss fleksibilitet til å gjøre tilpasninger, uten at det nødvendigvis må anses som endringer i avtalen i anskaffelsesrettslig forstand, synes også akseptert i "*presstext*", som avgrenser mot endringer "*provided for in the terms of the initial contract*", jf. premiss 37.
- (60) I relasjon til anskaffelsesregelverket beror likevel lovligheten av en endringsklausul på om denne er utformet i samsvar med kravene i loven § 5, herunder kravene til gjennomsiktighet og likebehandling, jf. blant annet Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2013) på s. 174. Som fremhevet i "*presstext*" premiss 34, er det avgjørende for adgangen til å gjøre endringer, at dette skjer i samsvar med kravene til gjennomsiktighet og likebehandling. Endringsklausulen i NS 8406 punkt 19.1, som gir oppdragsgiver adgang til å gjøre "*endringer*", vil nok etter omstendighetene kunne stå i et spenningsforhold til anskaffelsesregelverket. Men eksistensen av endringsbestemmelsen har begrenset betydning for den foreliggende problemstillingen. Endringene er som nevnt foranlediget av valgte leverandørs forslag om å utføre arbeidene på en annen måte enn foreskrevet i konkurransegrunnlaget. Endringene har medført besparelser for valgte leverandør, uten at vederlaget fra innklagedes side er redusert. Spørsmålet om kontraktens økonomiske balanse er endret i valgte leverandørs favør, må vurderes i lys av dette. Det er ikke anført, eller holdepunkter for, at endringene i foreliggende sak er foranlediget av løpende prosjektering eller tilpasning til behov som ikke kunne forutses ved oppstart. Det er heller ikke anført, eller holdepunkter for, at endringene har sin årsak i feil eller uklarheter i konkurransegrunnlaget, eller at det er tale om beskjæringer som er blitt nødvendige som følge av budsjettoverskridelser. Det har heller ikke vært et tema i saken at det kunne være aktuelt å la andre enn valgte leverandør utføre arbeidet, eller at oppdraget skulle kanselleres og utlyses på nytt.
- (61) Innklagede har hevdet at enkelte av endringene er foranlediget av den teknologiske utviklingen, og at dette er relevant ved spørsmålet om innklagede kunne akseptere endringene, jf. i denne retning EU-domstolens avgjørelse i sak C-337/98 (Kommisjonen mot Frankrike). Dette gjelder for eksempel utførelsen av prosess 75.2322. Rekkverket som er oppført her, i styrkeklasse H2 uten bakskinne, er et rekkverk av den typen som innklagede opprinnelig etterspurte, men hvor det på tilbudstidspunktet ikke var godkjent noe rekkverk i denne styrkeklassen.
- (62) Innklagede har ikke anført at endringene representerer noen kvalitativ merverdi ved leveransen. Det er likevel ikke tvilsomt at endringer i utførelsen samtidig kan endre egenskapene ved leveransen. Det er altså mulig å se for seg at innklagede kan ha en viss fordel av endringen i utførelse, selv om disse er av underordnet betydning. Eksempelvis vil endringen i prosess 75.231, "*Enkelt rekkverk av stål på trestolper*", hvor stålstolper leveres i stedet for trestolper, kunne føre til en forlenget levetid for stolpene.
- (63) I foreliggende sak er endringene foranlediget av valgte leverandørs forslag om å utføre arbeidene på en annen måte enn angitt i konkurransegrunnlaget. Når leverandøren, som her, ser at oppdraget kan utføres på en annen og rimeligere måte enn foreskrevet i konkurransegrunnlaget, og denne utførelsen gir samme kvalitet for oppdragsgiver, bør ikke dette uten videre anses som en endring av kontraktens økonomiske balanse i leverandørens favør. Det er altså rom for en viss fleksibilitet i kontraktsgjennomføringen også innenfor rammene av anskaffelsesregelverket. Prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet setter imidlertid grenser for hvilke endringer som lovlig kan aksepteres.

- (64) For endringen vedrørende prosess 75.231, *"Enkelt rekkverk av stål på trestolper"*, oppnår leverandøren, som nevnt i premiss 50, en besparelse ved at avstanden mellom stolpene økes. Samtidig må det antas at det er merkostnader forbundet med å levere stålstopler i stedet for trestolper. Klager har heller ikke dokumentert omfanget av eventuelle besparelser, og innklagede har påpekt at klager i en annen konkurranse har priset disse prosessene likt. Klager har på denne bakgrunn ikke sannsynliggjort at det er tale om en endring i avtalens økonomiske balanse i leverandørens favør.
- (65) For endringen av prosess 75.2322, hvor det ble levert et rekkverk uten bakskinne i stedet for et rekkverk med bakskinne, stiller dette seg annerledes. Klager har utførlig redegjort for konsekvensene av denne endringen og fremlagt dokumentasjon som viser en stor prisforskjell på henholdsvis det leverte og det etterspurte rekkverket. Klager har blant annet vist til at klagers tilbud ble tillagt en pris på ca. seks millioner kroner som følge av klagers feilprising av denne posten. Rekkverket som klager priset, er ifølge klager det rekkverket som senere ble levert, og prisen som ble tillagt må således antas å reflektere innklagedes estimat over merkostnadene ved levering av rekkverk med bakskinne i styrkeklasse 2.
- (66) Partene er uenige om hvorvidt rekkverket som ble levert, er et nytt rekkverk, eller om det er det samme rekkverket som klager uriktig priset i sitt tilbud, og som senere ble godkjent i en annen styrkeklasse. Dette er imidlertid ikke avgjørende for saken. Klager har også fremlagt dokumentasjon på forskjellen i innkjøpspris for de ulike rekkverkene. Innklagede har ikke fremlagt noen dokumentasjon som tilbakeviser dette. Klagers dokumentasjon viser en forskjell i innkjøpspris på 456 kroner per meter. Den aktuelle posten gjaldt 7 500 meter med rekkverk. Basert på de tallene som klager har fremlagt, utgjør forskjellen i innkjøpspris 3 420 000 kroner. Dette beløpet overskrider alene 15 % av valgte leverandørs tilbudssum. I tillegg har klager påpekt at endringen i utførelse vil føre til ytterligere besparelser. Rekkverket som ble levert, har lengre stolpeavstand enn det etterspurte og er derfor mindre arbeidskrevende å montere. For den aktuelle kontrakten har dette særskilt betydning, ettersom arbeidene skulle utføres om natten.
- (67) Klagers dokumentasjon viser altså at endringen vedrørende prosess 75.2322 sannsynligvis har medført flere millioner i besparelser for valgte leverandør. For å unngå at den foreslåtte endringen medførte en forskyvning av kontraktens økonomiske balanse i valgte leverandørs favør, skulle innklagede undersøkt hvilke besparelser leverandøren oppnådde, og tatt initiativ til å få redusert vederlaget. At dette ikke ble gjort, innebærer derfor at den økonomiske balansen ble endret i leverandørens favør. Dette utgjør en vesentlig endring. Det nevnes for øvrig at innklagede også i medhold av NS-standardene kunne krevd å ta del i besparelsen. Det rekkverket som ble levert som følge av endringen i prosess 75.2322, var ikke godkjent på tilbudstidspunktet, og kan ikke ha vært priset i valgte leverandørs tilbud. Da gjelder ikke standardens 22.2 første ledd om *"forhold der kontraktens enhetspriser er anvendelige"*. Standardens 22.2 andre ledd om *"ytelser som i det vesentligste er likeartet med ytelser det er fastsatt enhetspriser for"* gir partene rett til å kreve enhetsprisene justert for avviket, hvilket innklagede altså skulle ha gjort.
- (68) Tilsvarende gjelder for endringen vedrørende prosess 75.235. Selv om klager ikke her har dokumentert omfanget av eventuelle besparelser, er stolpeavstanden økt, og stolpene bankes ned i bakken i stedet for å bores. Rekkverket er ikke nytt som innklagede hevder, men har vært godkjent siden 2009. Endringen gjelder totalt 3400 meter med oppføring av rekkverk, og det må antas at endringen har ført til besparelser. Innklagede skulle også krevd å få del i disse besparelsene.

- (69) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede, ved å akseptere endringer i utførelsen som endrer den økonomiske balansen i valgte leverandørs favør, i realiteten har inngått en ny kontrakt. Derved foreligger også en ulovlig direkte anskaffelse.
- (70) Nemnda finner imidlertid også grunn til å behandle spørsmålet om endringene er av en slik karakter og omfang at de, *"had they been part of the initial award procedure, would have allowed for the admission of tenderers other than those initially admitted or would have allowed for the acceptance of a tender other than the one initially accepted"*.
- (71) Under anførselen om manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, har klager utførlig argumentert for at markedet for denne typen arbeid er begrenset, og at det er få aktører. Slik saken er opplyst, finner nemnda derfor ikke grunnlag for å konstatere at endringene ville ha gjort det mulig for andre tilbydere å delta, hvis de hadde vært en del av den opprinnelige anskaffelsesprosedyren. Spørsmålet er derfor om endringene ville ha gjort det mulig å akseptere et annet tilbud, hvis de hadde vært en del av den opprinnelige anskaffelsesprosedyren. Relevante momenter kan blant annet være varigheten av kontrakten, når endringene skjer, hva som begrunner endringene, og kompleksiteten på ytelsene i oppdraget.
- (72) Også for dette spørsmålet må det tas utgangspunkt i at endringene er foranlediget av leverandørens forslag om å utføre arbeidene på en annen måte enn foreskrevet i konkurransegrunnlaget. Endringene har medført besparelser for valgte leverandør, uten at vederlaget fra innklagedes side er redusert. Endringene har videre skjedd kort tid etter kontraktsinngåelse og gjelder store deler av leveransen. Innklagedes begrunnelse for å akseptere endringene er sammenfallende for de forskjellige endringene, nemlig at den alternative og rimeligere utførelsen har tilsvarende funksjon.
- (73) For prosess 75.2322 ble klagers tilbud tillagt et beløp på kroner seks millioner som følge av at klager innga pris på rekkverk uten bakskinne i styrkeklasse 1. Uten dette tillegget var det liten forskjell i tilbudsprisene. Partene er riktignok uenige om hvorvidt rekkverket som ble levert er et nytt rekkverk, eller om det er det samme rekkverket som klager uriktig priset i sitt tilbud, og som nå er blitt godkjent i en annen styrkeklasse. Dette er imidlertid ikke avgjørende. Det er ikke holdepunkter for annet enn at pristilbudene fra klager og valgte leverandør ville ha ligget meget nær hverandre dersom de gjennomførte endringene *"had [...] been part of the initial award procedure"*. Det er derfor en nærliggende mulighet for at utfallet av konkurransen under denne forutsetningen kunne ha blitt et annet.
- (74) Nemndsmedlem *Krüger* er kommet til at endringene ikke utgjør et ulovlig direkte kjøp fordi endringen følger bestemmelsen i NS8406 pkt. 19.1 og fordi den heller ikke bryter med EU-domstolens avgjørelse C-454/06 *"presstext"*.
- (75) Som sitert ovenfor under (43) vil en endring som går lenger enn hva som er *"provided for in the terms of the initial contract"* måtte kunngjøres for konkurranse – *"presstext"* premiss 37. Bestemmelsene om endrings- og tilleggsarbeider i NS8406 pkt. 19.1 annet ledd åpner for tillegg som står i sammenheng med det kontrakten omfatter, som ikke er av vesentlig annen art enn det opprinnelig avtalte arbeid - og som ikke går ut over 15 % tillegg til kontraktssummen. Standardens pkt. 28 gir dessuten rett til avbestilling av hele eller deler av arbeidet – og gir i sammenhengen reglene om endringsarbeider anvendelse dersom reduksjonen i arbeidet ligger under 15%. Standarden gir også regler om varsling (pkt. 19.2 og pkt. 19.3) og priskonsekvenser ved endringer – pkt. 22: *«Partene har krav*

på den justering av vederlaget som endringen gir grunnlag for». Etter dette medlems oppfatning må det godtas at kontrakten "provide[s]" for de aktuelle endringer i dette tilfellet. Varslingsreglene i pkt. 19.1 syvende ledd, 7. jfr. pkt. 19.3, gjelder entreprenørens krav ved endringer, men ikke for byggherren – jfr. pkt. 19.1 sjette ledd om at «Partene har krav på justering av vederlaget og tidsfrister som endringen medfører (---)». Innklagede har imøtegått anførselen om at endringene har forrykket den økonomiske balanse og har med henvisning til NS8406 pkt. 22.2 vist til at dette var det tatt høyde for ettersom kontrakten var basert på enhetspriser. Forholdet er ikke nærmere belyst.

- (76) Etter "presstext" premiss 35, sitert ovenfor under (42), gjelder at den aktuelle endring anses som regelstridig dersom den ved kunngjøring hadde medført tildeling til en annen tilbyder enn valgte leverandør, eller en annen markedsrespons med andre eller flere tilbydere enn de som faktisk deltok i det aktuelle tilfellet. Endringen besto i endring av materialvalg, teknisk løsning av veisikring – og innfestingsmåte. Slike endringer tilsvarende svært vanlige justeringer innen bygg- og anleggsbransjen; der det i praksis er tale om endringer som reflekterer løpende prosjektering og tilpasning til behov som ikke kunne forutses ved oppstart, undertiden også feil, uklarheter i konkurransegrunnlaget (herunder omstridte endringsmeldinger) – eller beskjæringer som blir nødvendige som følge av budsjettoverskridelser. Omstendighetene omkring sluttoppgjøret mellom partene er dårlig belyst i saken. Dette nemndsmedlem anser det som usannsynlig at en kunngjøring basert på den aktuelle utførelse ville innvirket på markedets respons. Kontrakten gjelder trafiksikkerhetstiltak der man må anta at de aktuelle to entreprenører – og bare disse – uansett ville vært de aktuelle for dette oppdraget. Det er heller ikke grunnlag for å anta at endringen ville påvirket rekkefølgen mellom klager og valgte leverandør.
- (77) Dette nemndsmedlem vil prinsipielt vike tilbake for å anse omforente standardvilkår innen BA-bransjen for å være potensielt konkurranseskadelige, slik «presstext» krever for å anta regelbrudd. Endringsklausuler som i NS8406 pkt. 19.1 gjenfinnes både i standarden for utførende entrepriser NS8405 pkt. 22 og i standarden for totalentrepriser NS 8407 pkt. 31. Lignende velinnarbeidede bestemmelser finnes også i øvrige nordiske standardvilkår for bygge- og anleggsarbeider (dansk AB 92 § 14 og ABT 93 § 14, svensk AB 04 Kap 2 § 3,¹ finsk RT 16-10660 §§ 43-46).
- (78) De norske standardene må forstås dithen at byggherren heller ikke har rett etter kontrakten til å la andre enn den valgte entreprenøren utføre endringer innen samme fag, dette fordi det vil være irrasjonelt, kostnadskrevende og ulagelig å la en annen entreprenør utføre tilleggs- og endringsarbeider på byggeplassen parallelt med den valgte entreprenøren (brakker, rigg, kraner mv.). En avlysning med ny anbudskonkurranse etter oppstart under arbeidets fremdrift vil virke kontraproduktivt og sterkt forsinkende. Men også om byggherren for å avverge klage velger å avstå fra en teknologiforbedring under utførelsen (i vår sak godkjenning av en løsning etter oppstart) vil dette være samfunnsøkonomisk irrasjonelt.
- (79) Nemndspraksis gir støtte for å godta bransjepraksis på dette område. I KOFA sak 2008/5 (Storfjord kommune) ble det under utførelsen av et entrepriseoppdrag gjort vesentlige endringer vedrørende et helsesenter. Kontrakten var kunngjort som tilbygg og ombygning

¹ I den offisielle kommentaren til AB 04 kap. 2 § 3 erindres det om anskaffelsesrettslige begrensninger: «I lagen (1992:1528) om offentlig upphandling finns regler som i vissa situationer innebär att beställaren inte utan ny upphandling är berättigad att låta entreprenören utföra arbeten.»

av eksisterende bygg, men endte opp som et nybygg med annen geografisk plassering – med betydelige kostnadsreduksjoner. Endringene ble ansett som kunngjøringspliktige. Nemnda uttalte om det prinsipielle i premiss (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."

- (80) Sak 2008/217 gjaldt totalentreprise for et bygg til barnehageformål. Det ble gjort enkelte endringer på romløsningene, og det bebygde areal ble noe redusert. Nemnda fant med henvisning til sak 2008/5 at dette ikke utgjorde "*vesentlige endringer*" etter reglene om direktekjøp. Forholdet til standardenes endringsregler er også berørt i sakene 2012/127 (med videre henvisninger) og 2013/128.
- (81) Forholdet mellom standardenes endringsregler og anskaffelsesregelverket omtales i H, Bruserud, Entrepriserett (2014) på s. 130-132 med henvisning og tilslutning til Storfjord-saken, jfr. også om endringsadgangen E. Barbo, Kontraktsomlegning i entrepriseforhold (1997) s. 657-68 (som siteres i sak 2008/5 premiss (59)).
- (82) Hvorvidt innklagede ville påberope seg nedjustering av kontraktssummen etter reglene i NS8406 pkt. 22 kan heller ikke ha betydning for spørsmålet om det er foretatt et ulovlig direktekjøp. NS8406 gir byggherren krav på vederlagsjustering, men hindrer ikke annen avtale mellom partene – eller at byggherren ut fra forholdene velger å avstå fra å kreve vederlagsreduksjon, jfr. også 15% regelen i pkt. 19.1 tredje ledd, som i tilfelle kan gi en pekepinn om grensen mellom fradrag som erstatning og fradrag som mengdereduksjon. Heller ikke dette kan ha hatt innvirkning på deltagelsen i konkurransen om oppdraget.
- (83) Dette medlem mener at det i vår sak ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Statens vegvesen Region Sør har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør.

Klagers anførsel om avvísning av valgte leverandør, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

Dokumentet er godkjent elektronisk