



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av ombyggings- og rehabiliteringsarbeider til et distriktmedisinsk senter. Klagenemnda fant at avtalen var vesentlig endret i løpet av gjennomføringsperioden, og at innklagede derfor hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Men fordi skyldkravet ikke kunne anses oppfylt, ble innklagede ikke ilagt gebyr.

Klagenemndas avgjørelse 11. juli 2014 i sak 2014/14

Klager: Lenviklista

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Vesentlig endring av kontrakt og ulovlig direkte anskaffelse

Bakgrunn:

- (1) I desember 2010 innhentet Lenvik kommune (heretter innklagede) tilbud på prosjekteringstjenester i forbindelse med ombygging og rehabilitering av Distriktmedisinsk Senter på Finnsnes. Dette arbeidet ble avsluttet i november 2011. Innklagede kunngjorde 2. november 2011 en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider til ombyggingen og rehabiliteringen – som den foreliggende saken gjelder.
- (2) Ifølge kunngjøringen punkt II.1.5 bestod arbeidene av to entrepriser, nemlig bygningsmessige arbeider og VVS-installasjoner. EL-installasjoner ble kunngjort som egen anskaffelse 7. november 2011. Omfanget av de to første entreprisene var i punkt II.2.1 beskrevet som ombygging og renovering av 1 900 m², samt et tilbygg på omtrent 25 m².
- (3) Konkurranses grunnlaget oppfordret tilbyderne til å møte på innklagedes tilbudsbehandling. Videre stod det i punkt A3.1 at det distriktmedisinske senteret inneholdt bl. a. akuttmottak, legesenter og legevakt. Bare deler av senteret skulle bygges om, og de øvrige delene skulle være i drift under byggearbeidene. I punkt A3.4 stod det at vederlagsberegningen var "*Fast pris*" med "*Oppgjør etter omforent betalingsplan*". Videre fremgikk det også at kontrakten bestod av tre delentrepriser, men at den valgte leverandøren skulle være hovedentreprenør, og at denne skulle tiltransporteres de tekniske entreprisene som underentrepriser. Punkt C1 opplyste om at NS 8405 gjaldt som alminnelige kontraktbestemmelser.
- (4) Ifølge punkt E3.1.2, med overskriften "*Administrasjon/tiltransport*", skulle tilbyderne oppgi sin påslagsprosent for "*Godtgjørelse for administrasjon og fremdriftskontroll av tekniske entrepriser*" og "*Godtgjørelse for tiltransport av tekniske entrepriser*".

Tilbyderne skulle oppgi byggetid i punkt E3.1.3. Punkt E3.2 hadde overskriften "Tilleggsarbeider" og var et prisskjema hvor tilbyderne skulle fylle inn timepriser for nærmere bestemte personell- og maskinkategorier, samt prosentmessig "Påslag på material".

- (5) Entreprenøren Bjørn Bygg AS (heretter valgte leverandør) var én av tre tilbydere som innga tilbud. Den tilbudte byggetid var 201 kalenderdager. Tilbyderen Nor-Team AS var i underkant av kr 100 000,- dyrere enn valgte leverandør, og tilbød byggetid på 240 kalenderdager.
- (6) I prisskjemaet i konkurransegrunnlaget punkt E3.2, fremgikk valgte leverandørs "Påslag på material" som 15 % av de oppgitte timesatsene. Kontrakt om generalentreprise mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 6. februar 2012. Fra kontrakten hitsettes:

"2 Kontraktssum

Kontraktarbeidet skal utføres for fast sum: kr 8 788 767,- (inkl. mva.).

Kontraktssummen fremkommer av anbudet og er ikke korrigert.

I tillegg skal [valgte leverandør] ha godtgjort for tiltransporterte underentrepriser, se punkt 11 og 14.

[...]

9 Tidsfrister

Det er avtalt følgende tidsfrister:

Ferdigstillelse bygningsavsnitt D: 4. mai 2012

Total ferdigstillelse: 24. august 2012.

[...]

11 Påslag for tiltransport eller byggeplassadministrasjon og fremdriftskontroll

Tiltransport skal godtgjøres 12 % av tiltransporterte entreprenørs endelige og totale vederlag eksklusive mva.

[...]

14 Tiltransport

[Valgte leverandør] får tiltransportert 2 sideentreprenører som dermed blir hans underentreprenører:

Det gjelder:

Midt Troms Electric AS (EL-entreprise)

YIT AS (VVS-entreprise)"

- (7) Innklagede inngikk samme dag likelydende kontrakter med to andre entreprenører, som ble tiltransportert valgte leverandør som underentreprenører. For EL-arbeidene valgte innklagede Midt Troms Electric AS, og kontraktssummen var kr 2 562 303,-. VVS-arbeidene skulle leveres av YIT AS for kr 2 659 209,-. Begge beløpene var inkl. mva. Ferdigstillelsesfristene var de samme i alle kontraktene. Til sammen skulle innklagede da betale kr $(8\,788\,767 + 1,12 \times (2\,562\,303 + 2\,659\,209))$ 14 636 860,- inkl. mva.
- (8) Fra 17. februar 2012 til 30. april 2012 betalte innklagede kr 10 381 146,- til valgte leverandør. Til sammen betalte innklagede kr 23 929 107,- til valgte leverandør for alle arbeidene. Prosjektene det ble betalt for, var i fakturaoversikten benevnt som "*Legevakt DMS*" eller "*Renovering*".
- (9) I samme periode ble det sendt 221 meldinger om endrings- og/eller tilleggsarbeider mellom valgte leverandør og innklagede. For 86 av dem var selve meldingen datert før 1. juli 2012. De kan oppstilles slik:

Nr.	Innhold	Kr inkl. mva.
1	Rivning og fjerning av himling	1 307,-
2	Rivning og fjerning av gulvfliser	7 341,-
3	Rivning og deponering av kjøkkeninnredning	3 498,-
4	Rivning og deponering av kjøkkeninnredning	6 278,-
5	Tillegg 4 stykk ID-03	30 648,-
6	Tillegg for 7 stykk rør i skap 2-5 kurser	39 963,-
7	Diverse støpearbeider	3 556,-
8	Rivning av vegg, isolering mv., listing av vinduer	8 387,-
9	Ekstra utsaging i betonggulv for 2 sluker samt tilkoblingspunkter for VVS, oppmåking av disse og igjenfylling med grusmasser, støping med normalbetong, samt støping av fall til slukene	21 372,-
10	Endring antall ID-03 og ID-07 som ikke var med i beskrivelsen	210 375,-
11	Tillegg for 52 stykk veggbokser	33 086,-
12	Demontering av eksisterende røranlegg for sentralstøvsuger	6 289,-
13	Kraner på kv/vv på rørestrekk til rør i skap	8 079,-
14	Ombygging av røropplegg for vannutkaster	3 220,-
15	Nedforing himling	5 856,-
16	Utføring av vegger grunnet for brede kassetter til vegghengte toaletter	17 131,-
17	Demontering og deponering av innredning i vaskerom	4 777,-
18	Lås og beslag i henhold til dør- og lås og beslagsskjema	973 805,-
19	Kjøkkeninnredning, skap og 4 stykk håndtak	23 488,-
20	Rivning av eksisterende kjøkkenheter	11 213,-

21	Montering og ekstra stengeventiler på varmeanlegget	5 304,-
22	Utvendig solavskjerming	98 740,-
23	Demontering kursopplegg	10 535,-
24	Rivning av vegg i tavlekott	2 150,-
25	Nytt røropplegg til utstyr som fortsatt skulle brukes i skyllerom	3 700,-
26	Eksisterende luftledning for avløp som kolliderte med nye ventilasjonskanaler	6 194,-
27	Varmeanlegg, diverse rørstrekk	3 606,-
28	Fradrag for rivning av inngangsparti	-18 802,-
29	Nødstrømsaggregat	374 282,-
30	Endring fremføring av radiatorrør	6 553,-
31	Berøringsfrie kraner	21 503,-
32	Demontering og remontering av servant	4 038,-
33	Endring av røroverføringer	8 997,-
34	Flytting av dørhull	8 525,-
35	Tillegg for antistatisk gulvbelegg	40 315,-
36	Brannskap grunnet dårlig dekning	58 267,-
37	Bytte av stoppekran	2 133,-
38	Endring dørhull	19 991,-
39	Sliping av sprang og grater, samt overganger etter revne vegger	3 500,-
40	Slissing i gulv for vann og avløp	3 986,-
41	Bortmeisling av fester mv.	3 500,-
42	Støping i slisser mv.	5 139,-
43	Mengdekontroll YIT AS	78 773,-
44	Etablering av provisorisk strømforsyning	3 894,-
45	Rivning av himlinger	8 075,-
46	Omlegging og skjøting av kabel til parkeringsautomat	2 974,-
47	Kursopplegg til slagdørautomatikk	11 455,-
48	Innredninger fra NOVA AS ferdig montert	257 416,-
49	Nedforing himlinger	35 098,-
50	Utforing i betongvegger og platekledning	46 190,-
51	Bytting av vinduer i nytt venterom, komplettering av bindingsverksvegger og fasademuring	65 034,-
52	Bytting av vinduer og balkongskyvedør	30 990,-
53	Utforing og platekledning av vegger	24 838,-

54	Etablering av føringsveier for kabler	5 763,-
55	Gulvbelegg som ikke ble beskrevet	8 105,-
56	Endring av gulvbelegg	8 098,-
57	Tillegg for omramming av vinduer samt hjørnebord	44 300,-
58	Nye lysarmaturer	25 264,-
59	Ventilasjon ifm. sikkerhetsbenk	36 159,-
60	Forlenging av ventilasjonskanaler	29 855,-
61	Avretting av gulv	53 753,-
62	Boning av gulvbelegg	47 807,-
63	Sparkling av hjørneband etter revne vegger, og helsparkling av vegger i bygningsavsnitt D	56 905,-
64	Rivning av gulvfliser i nytt venterom	12 095,-
65	Bortmeisling av dårlig betong, uttransport og støping av nytt gulv	10 751,-
66	Ny fasthimling	1 892,-
67	Utforing vegger	7 316,-
68	Kasse i himling	11 502,-
69	Gjenkledning vinduer	4 198,-
70	Resterende bygningsmessige poster, ikke tatt med tidligere	21 426,-
71	Rivning gulvbelegg	2 897,-
72	Utvendig belysning akuttmottak	167 768,-
73	Innregulering av ventilasjonsanlegg	36 525,-
74	Tillegg kjøkkeninnredning	23 438,-
75	Endring laboratorieavdeling	50 068,-
76	Endring fra ARK	5 062,-
77	Semberitt fronteks montert	17 135,-
78	Kjøleskap	4 677,-
79	Midlertidig kundemottak	6 136,-
80	Ventiler med gjennomføring saget ut i vegg, og montert i vegg med katastrofelager	4 130,-
81	Nødstrøm fra nybygg	256 267,-
82	Avlåsning av bygg pga. manglende adgangskontroll	38 961,-
83	Adgangskontroll	287 110,-
84	Trekkør og koblingsboks	4 456,-
85	Kursopplegg til avtrekksvifte mv.	14 891,-
86	Panikkbeslag dør	6 302,-

- (10) Disse 86 endringsmeldingene hadde til sammen en verdi på kr 3 976 581,- inkl. mva. Endringsmelding 18 knyttet seg til uenighet mellom innklagede og valgte leverandør om hvorvidt posten inngikk i kontrakten. En oppmannsavgjørelse av 13. august 2012 bestemte at beslagene ikke var omfattet av kontrakten, og derfor måtte inntas gjennom tilleggsmelding.
- (11) Videre var en rekke av meldingene datert etter 1. juli 2012, men hvor bilagene klart oppga at arbeider var bestilt eller utført før denne dato. Disse kan sammenstilles slik:

Nr.	Innhold	Kr inkl. mva.
87	Levering og montering av speil. Faktura fra valgte leverandørs underentreprenør var datert 25. juni 2012.	15 343,-
89	Timer og deler medgått til omkobling av varmekurser, demontering og remontering av baderomsutstyr, samt utbedring av avløpsrør. Endringsmeldingene fra YIT AS var datert 28. juni 2012.	20 727,-
90	Timer og deler medgått til røropplegg i møterom/kjøkken og demontering av varmepumper. Endringsmeldinger fra YIT AS var datert 28. juni 2012.	15 214,-
95	Avretting av gulv.	23 563,-
96	Sparkling av hjørneband etter revne vegger, helsparkling av vegger og reparasjoner av hull og skader i gamle vegger.	35 118,-
98	Timer medgått til diverse malearbeid. Avviksmelding fra valgte leverandørs underleverandør datert 15. mars 2012.	15 109,-
99	Timer og varer medgått til demontering av solavskjerming. Valgte leverandørs underentreprenørs faktura oppga ordredato 21. juni 2012.	5 360,-
103	Forsterkning av tak til ambulanse. Underentreprenørens faktura oppga timepriser for arbeid utført 5., 6. og 15. juni 2012.	22 742,-
104	Forsterkning av tak til katastrofelager. Underentreprenørens faktura oppga timepriser for arbeid utført 7. og 13. juni 2012.	8 494,-
106	Ombygging av elektrisk anlegg fordi arbeidstegninger ikke samsvarte med det faktisk utførte arbeidet. Avviksmeldingen var datert 27. april 2012.	5 251,-
107	Arbeid relatert til jording og gulvbelegg. Avviksmeldingen var datert 4. mai 2012.	6 292,-
108	Sambandskabel til legevaktens nødtelefoni. Avviksmeldingen var datert 15. juni 2012.	22 691,-
109	Montering av flere uttak for stikk i kabelkanal i laboratoriet. Avviksmeldingen var datert 16. juni 2012.	6 582,-
142	Endringer i laboratoriet, bl. a. flytting av dør, oppussing av nytt rom, fjerning av toaletter mv. Endringsliste var datert 23. mai 2012.	50 069,-

148	Endringer i elektriske punkter.	18 556,-
152	Arbeids relatert til ombygging av sprinkleranlegg. Endringsmelding datert 29. juni 2012.	63 176,-
174	Endringer i systemhimlinger. Oppdragsbekreftelse og avviksrappporter fra valgte leverandørs underentreprenør datert 9. mai 2012 og 11. juni 2012.	25 230,-
182	Gulvretting og gulvsparkling. Endringsmeldingen var datert 16. mai 2012.	120 750,-
183	Sparklingsarbeid utført av valgte leverandørs underentreprenør (maler). Endringsmelding var datert 9. og 15. mars 2012.	28 770,-
184	Helsparkling av strievegger. Endringsmelding datert 15. mars 2012.	64 131,-

- (12) Disse meldingene beløp seg samlet sett til kr 573 438,- inkl. mva. Til sammen betalte innklagede følgelig kr 4 550 019,- for endrings- og tilleggsarbeider som ble bestilt, igangsatt eller utført før 1. juli 2012.
- (13) Etter det opplyste ble bygget levert tilbake til innklagede 6. desember 2012. Klager har forklart at noe arbeider fortsatte etter dette tidspunktet. Siste faktura fra valgte leverandør var datert 10. juni 2013.
- (14) Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. januar 2014. Med brev av 30. januar 2014 sendte klagenemnda saken til innklagede, og informerte om at klagen inneholdt en anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, og at dette brevet var fristavbrytende i så måte.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 9. juli 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta vesentlige endringer i kontrakten som ble inngått med valgte leverandør. Leverandøren utførte over 221 endrings- og tilleggsmeldinger i løpet av byggeperioden. Med en byggeperiode på 24 uker (pluss fire uker sommerferie), ble det i gjennomsnitt fremsatt omtrent to meldinger hver eneste dag. Kontrakten var fastprisavtale, og skulle således ikke være mulig å endre. Likevel utgjorde endringene 71,4 % av den opprinnelige kontraktsverdien. Ifølge kontrakten var avtalt ferdigstillelse 24. august 2012. Overlevering skjedde imidlertid 6. desember 2012. Fakturering skjedde også etter dette, og at den siste fakturaen er datert i juni 2013, viser at endelig sluttdato for kontrakten var 10. juni 2013. Til sammen ble byggetiden overskredet med nesten 10 måneder.
- (17) I innklagedes budsjett var det avsatt 10 mill. kr til anskaffelsen. I tillegg kom 2,115 mill. kr fra 2011-budsjettet, slik at innklagede hadde 12,115 mill. kr til rådighet. De innkomne tilbudene var på over 14 mill. kr. Til dette kom også at innklagede måtte legge til påslaget til de tiltransporterte underentreprenørene, lønns- og prisstigning, kjøp av arkitekt- og rådgivertjenester i byggetiden, byggeledelse, egne byggherrekostnader, nytt inventar og utstyr, byggelånsrenter osv. Sannsynlige prosjektkostnader ville derfor

bli mellom 16 og 17 mill. kr. Følgelig måtte innklagede redusere kostnadene med 30 % for ikke å overskride rammen på litt over 12 mill. kr. Imidlertid vedtok innklagede å øke budsjettramma til 25 mill. kr. Endringsmeldingene skyldtes således utvidet kostnadsramme, ikke uforutsette omstendigheter. Videre anskaffet innklagede omfattende prosjekteringsarbeider i forkant, som ble ferdigstilt 6. februar 2012 – tre måneder etter tidsskjemaet. Med dette som bakteppe, skulle man tro konkurransegrunnlaget var såpass gjennomarbeidet, at det ikke ville avstedkomme endringsmeldinger i noen særlig grad.

- (18) Det er svært sannsynlig at valgte leverandør fikk bedre betingelser for endrings- og tilleggssarbeidene. Kontrakten oppgir en påslagsprosent på 12 %, mens 15 % fremgår av endringsmeldingene. I seg selv representerer dette en økning på 25 %. Innklagede viser i denne forbindelse kun til punktet i kontrakten som gjelder bygningsmessige arbeider som godtgjøres etter medgått tid. For de tiltransporterte entreprisene VVS og EL skulle påslagsprosenten vært 12 %. Enhetsprisene burde bli redusert ved større omfang. At de i stedet øker, viser at den økonomiske balansen i kontrakten forskyves i favør av valgte leverandør.
- (19) Innklagede har derigjennom vesentlig endret kontrakten, og dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (20) Videre har innklagede latt valgte leverandør benytte egne underentreprenører. For disse fakturerte valgte leverandør innklagede et påslag på 15 %, i tillegg til administrasjonskostnader. Det fremgår verken av konkurransegrunnlaget, tilbudet eller kontrakten at valgte leverandør hadde hjemmel til å kreve påslag for egne underentreprenører. De egne underentreprenørene kan ikke sammenstilles med de to tiltransporterte underentreprenørene som fremgår av kontrakten. Påslaget skulle således vært 0 %.
- (21) I tillegg har valgte leverandør krevd et administrasjonsgebyr i endringsmeldingene vedrørende de to tiltransporterte underentreprenørene. Valgte leverandør kunne ikke kreve dette i tillegg til påslaget på 12 %. Uriktig krevd administrasjonsvederlag utgjør alene nesten kr 200 000,-. Videre stilte ikke valgte leverandør sikkerhet for 10 % av kontraktssummen, hvilket representerer en endring av konkurransegrunnlaget.
- (22) Det bestrides at klagenemnda kun har kompetanse til å se på endringer foretatt før 1. juli 2012. Nemnda må vurdere gjennomføringen av hele byggeprosjektet.

Innklagedes anførsler:

- (23) Innklagede bestrider å ha foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Kontrakten ble kunngjort før inngåelse, og ble ikke vesentlig endret. Det erkjennes at det ble nødvendig med flere endrings- og tilleggsmeldinger, men det er vanlig i kontrakter som den foreliggende. Antallet meldinger i seg selv kan ikke anses som en vesentlig endring. Bare 86 av endringsmeldingene var fra før 1. juli 2012. Siden nemnda mistet sin gebyrmyndighet da, er det kun endringsmeldinger før denne dato som kan vurderes. Årsakene til endringene skyldtes til dels dårlig grunnarbeid fra engasjert arkitekt ved utarbeidelse av kravspesifikasjonene, og til dels behov som ble avdekket underveis i arbeidet. Men endringene var stort sett av beskjeden størrelse, innenfor det som kunne forventes og lå klart innenfor kontraktens rammer. Kontraktens gjenstand ble ikke endret i forhold til det kunngjorte. Endringene er derfor ikke vesentlige, verken hver for seg eller samlet sett.

- (24) Vurderingen av om det foreligger vesentlige endringer, må skje i lys av forskriften § 2-1 (2) bokstav d, om at det kan inngås kontrakt direkte med én leverandør dersom uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser. Flere av tilleggsytelsene kunne ikke forutsees, og de var strengt nødvendige for gjennomføringen av arbeidene.
- (25) At kontrakten var en fastpriskontrakt, innebærer ingen hindring i adgangen til å utføre endrings- og tilleggsarbeider etter behov. Det er ikke avgjørende at disse arbeidene nødvendigvis utgjør en stor del av kontrakten eller forlenger byggetiden, så lenge de ligger innenfor det som kan forventes ut fra kontraktens karakter. Mange av endringene og utvidelsen av byggetiden lå uansett tidsmessig etter 1. juli 2012, og klagenemnda har da ikke kompetanse til å vurdere dem. Enhetsprisene i kontrakten ble lagt til grunn for endrings- og tilleggsarbeidene. Det ble ikke foretatt en prisøkning fra 12 til 15 %, ettersom det følger av kontrakten punkt E3.2 at påslagsprosenten skulle være 15 % for tilleggsarbeider.
- (26) Uansett har ikke innklagede opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig. Anskaffelsen ble kunngjort. Innklagede hadde aldri intensjon om å unnta kontrakten fra konkurranseutsetting. Tilleggsarbeidene hadde nær sammenheng med det kunngjorte, og det var derfor forsvarlig fra innklagedes side å bestille disse arbeidene direkte fra den valgte leverandøren. All den tid arbeidet først var i gang, var det uhensiktsmessig å la andre leverandører utføre tilleggsarbeidene.

Klagenemndas vurdering:

Klagenemndas myndighet til å behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse

- (27) Klagenemnda har siden 1. januar 2007 hatt hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge offentlige oppdragsgivere som har foretatt ulovlige direkte anskaffelser, et gebyr for overtredelsen.
- (28) Den 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomførte EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebar at dersom kunngjøringen eller inngåelsen av kontrakten som utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, skjedde etter 1. juli 2012, så kan ikke klagenemnda ilegge overtredelsesgebyr for denne. Sanksjoner for slike kontraktsinngåelser, ilegges nå av domstolene. Klagenemnda kan imidlertid avgi en rådgivende uttalelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Dersom kunngjøringen eller kontraktsinngåelsen for kontrakten som utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse, skjedde før 1. juli 2012, har klagenemnda myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. Ved endringer i en inngått kontrakt, vil det være tidspunktet for endringene som er det aktuelle, hvis det er endringene som skal vurderes om utgjør en ulovlig direkte anskaffelse (ved vesentlig endring av den opprinnelig inngåtte kontrakt). Regelendringen påvirket således kun klagenemndas myndighet til å eventuelt ilegge overtredelsesgebyr, ikke kompetansen til å avgi en rådgivende uttalelse.
- (29) 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.
- (30) Av klagenemndsforordningen § 13a (slik den lyder etter regelendringen av 1. juli 2012) fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes overfor klagenemnda inntil to år fra kontrakt er inngått. Før regelendringen måtte klagen fremsettes slik at

klagenemnds fikk meddelt denne til oppdragsgiver før det var gått to år siden kontraktsinngåelsen. Begge klagefristene refererer seg til kontraktsinngåelsen av den kontrakt (det forhold) som påstås å utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. I dette tilfellet er de påståtte vesentlige endringene av den opprinnelige kontrakten av 6. februar 2012, skjedd både før og etter 1. juli 2012. Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble oversendt innklagede ved klagenemndas brev 29. januar 2014. Klagen er derfor rettidig.

- (31) Innklagede inngikk avtalen med valgte leverandør 6. februar 2012. I foreliggende sak er det et spørsmål om denne avtalen ble vesentlig endret etter inngåelsen. Klagen er dermed rettidig.
- (32) Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (33) Av loven § 7b (1), slik den lød før 1. juli 2012, 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.
- (34) Innklagede anskaffet prosjekteringstjenester i 2010 og 2011. Klagenemnda behandlet den anskaffelsen i sak 2013/6, hvor innklagede ble ilagt et overtredelsesgebyr på 9 %, tilsvarende kr 200 000,-. Den foreliggende saken gjelder bygge- og anleggsarbeid i kjølvannet av arkitekt- og prosjekteringstjenestene behandlet i klagenemndas sak 2013/6. Disse arbeidene ble kunngjort på Doffin 11. februar 2011, og det foreligger da i utgangspunktet ingen ulovlig direkte anskaffelse. Klager har imidlertid anført at innklagede har endret kontrakten i så stor grad etter inngåelsen av kontrakten, at det i realiteten er tale om en ny kontrakt.
- (35) Partene har for klagenemnda fremlagt en stor mengde endrings- og tilleggsmeldinger. I det følgende tar nemnda utgangspunkt i meldingene fra perioden mellom kontraktsignering 6. februar 2012 og til 1. juli 2012, samt de meldingene etterpå hvor nemnda finner det klart at underlagsdokumentasjonen viser til arbeid bestilt, igangsatt eller utført før 1. juli 2012. Slik saken er opplyst, legger klagenemnda til grunn at innklagede ble fakturert for kr 10 381 146,- før 1. juli 2012, hvorav meldingene om endrings- og tilleggsarbeid i seg selv utgjorde kr 3 976 581,-. Til dette kom også til kr 573 438,- som ble fakturert etter 1. juli 2012, men for endrings- eller tilleggsarbeid som ble bestilt, igangsatt eller utført før 1. juli 2012. Spørsmålet er således om dette medførte at kontrakten ble vesentlig endret før 1. juli 2012.
- (36) I sak C-454/06 (Pressetext) tok EU-domstolen stilling til om endringer i avtalen mellom partene måtte anses som så vesentlige at en i realiteten stod ovenfor 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 henblik på at sikre gennemsigtighed 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."

- (37) Disse problemstillingerne er også behandlet av klagenemnda i en rekke saker. Det avgjørende er om endrings- og tilleggssarbeidene etter en helhetsvurdering anses som vesentlige endringer av bygge- og anleggskontrakten, slik at de representerer en ny kontrakt som krever kunngjøring. I vurderingen er det sentralt hvorvidt endringen har rimelig kommersiell og funksjonell sammenheng med den opprinnelige avtalen, og om den med endringen får et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, jf. blant annet klagenemndas sak 2012/127 premiss (31) med videre henvisninger.
- (38) I den foreliggende saken fremstår flere av endrings- og tilleggsmeldingene, som relaterer seg til forhold før 1. juli 2012, som typiske ombyggings- rehabiliteringsrelaterte arbeider, eksempelvis rivning, fjerning og deponering av himlinger, gulvbelegg (og annet gulvarbeid), kjøkkeninnredning osv. Omfanget og den økonomiske verdien av hver slik melding isolert sett, virker relativt beskjedent i forhold til de samlede endringene eller tilleggene i denne perioden. Imidlertid er svært mange av de over hundre relevante endringsmeldingene av denne typen, noe som gir dem et ikke ubetydelig omfang samlet sett. Meldingen med størst økonomisk verdi (lås og beslag i henhold til lås- og beslagsskjema, verdsatt til kr 973 805,-) var ifølge oppmannsavgjørelsen av 13. august 2012 ikke omfattet av den opprinnelige kontrakten.
- (39) I perioden fra kontraktsinngåelse og til 1. juli 2012, ble innklagede, etter det nemnda kan se og legger til grunn, fakturert for kr 10 381 146,-. Av dette utgjorde endrings- og tilleggsmeldingene alene kr 3 976 581,-. Ut fra dette fremstår det som om innklagede ut fra den opprinnelige kontrakten kun skulle betalt kr 6 404 565,- for de arbeidene som ble utført i denne perioden. Meldingene representerte dermed en økning på omtrent 62 % i favør av valgte leverandør i summen innklagede skulle betale før 1. juli 2012. I tillegg ble innklagede fakturert for ytterligere kr 573 438,- etter 1. juli 2012, for arbeid utført før

denne datoen. Dette er betydelig mer enn endringer og tillegg på inntil 15 % av kontraktssummen som NS 8405 åpner for. Det er heller ikke noe som tyder på at situasjonen med stort antall endrings- og tilleggsmeldinger avtok nevneverdig etter 1. juli 2012. For arbeid etter denne datoen ble over hundre nye meldinger sendt. De senere meldingene beløp seg til omtrent 9,3 mill. kr og arbeidene fortsatte helt til sommeren 2013, i stedet for ferdigstillelse som avtalt 24. august 2012.

- (40) På denne bakgrunnen finner klagenemnda derfor at kontrakten ble vesentlig endret før 1. juli 2012. Det er da ikke nødvendig å i tillegg drøfte om endringene etter 1. juli 2012 isolert sett også var vesentlige. Nemnda finner det heller ikke nødvendig å ta stilling til partenes anførsler om hvordan kontrakten skal forstås vedrørende påslaget på 12 eller 15 %, påslaget vedrørende valgte leverandørs egne underentreprenører, administrasjonskostnader og sikkerhetsstillelse.
- (41) I mangel av andre holdepunkter for hva som ville vært et forsvarlig anslag av endrings- og tilleggsarbeidenes verdi, finner klagenemnda at det beløp innklagede faktisk har betalt for de aktuelle endrings- og tilleggsarbeidene, må legges til grunn, jf. blant annet klagenemndas sak 2013/6 premiss (42) med videre henvisninger. Ettersom den opprinnelige kontraktsinngåelsen var hjemlet i en kunngjøring, er det kun verdien av endrings- og tilleggsarbeidene som skal legges til grunn ved vurderingen av om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. klagenemndas sak 2011/49 premiss (25) og (26). For disse arbeidene frem til 1. juli 2012 er det lagt til grunn at innklagede betalte kr 4 550 019,- inkl. mva. Fratrullet mva. blir dette kr 3 640 015,-, hvilket klart overstiger terskelverdien i forskriften § 2-1 (2).

Unntak fra kunngjøringsplikten

- (42) Innklagede har vist til forskriften § 2-1 (2) bokstav d. For anskaffelser som er omfattet av forskriften del II, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 2-1 (2). Det er opp til oppdragsgiver å godtgjøre at et unntak kan komme til anvendelse, og unntaksbestemmelser skal uansett tolkes strengt.
- (43) Av forskriften § 2-1 (2) bokstav d følger det at dersom "*uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er strengt nødvendige for kontraktens fullføring, forutsatt at tildelingen skjer til samme leverandør*", gjelder kun forskriften del I, og således ikke kunngjøringsplikten. I ordlyden "*uforutsette omstendigheter*" ligger det at det må foreligge forhold utenfor oppdragsgiverens kontroll, jf. også Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser* (2013) side 163.
- (44) Slik saken er opplyst, finner klagenemnda det tilstrekkelig å vise til at kjernen i flesteparten av de over hundre meldingene som er referert ovenfor, synes å være forhold som det ikke er unaturlig eller urimelig å forvente at en byggherre avklarer før kunngjøring eller oppstart av et ombyggings- og rehabiliteringsarbeid. Innklagede har også erkjent at det store antallet meldinger delvis skyldtes dårlig grunnarbeid fra engasjert arkitekt ved utarbeidelse av kravspesifikasjonene. Innklagede har heller ikke godtgjort at det ikke var mulig å utsette gjennomføringen av de aktuelle endringene i den tiden det ville tatt å gjennomføre en kunngjort konkurranse. Unntaket i bokstav d kommer derfor ikke til anvendelse.
- (45) Innklagede har etter dette foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

Skyldkravet – loven § 7b (1)

- (46) For at det skal kunne ilegges overtredelsesgebyr, kreves det at oppdragsgiver, eller noen som handler på dennes vegne, har opptrådt "*forsettlig eller grovt uaktsomt*", jf. loven § 7b (1). Det fremgår av forarbeidene i Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) på side 26 at:

"Det er et vilkår for å legge overtredelsesgebyr at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Skyldkravet gjelder både det faktiske og rettslige grunnlaget for overtredelsen. Det understrekes i denne forbindelse at offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over regelverket for offentlige anskaffelser og at det derfor ikke vil være noen høy terskel for å anse en rettsuvidenhet som grovt uaktsom. Ved vurderingen bør det tas hensyn til om regelverket eller den konkrete subsumsjonen fremstår som uklar, og hvilke tiltak som er truffet for å sikre god regelkunnskap og -innsikt."

- (47) Det forutsettes i forarbeidene at offentlige oppdragsgivere har god oversikt over regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke dokumentert at innklagede vurderte anskaffelsesregelverkets betydning etter hvert som omfanget og verdien av endrings- og tilleggsarbeidene ble påtakelige. Som vist ovenfor, er det ikke tvilsomt at kontrakten ble vesentlig endret. Det synes også som innklagede med fordel kunne forberedt anskaffelsen grundigere, slik at færre utforutsette behov oppstod. Likevel vil arbeider relatert til ombygging og rehabilitering ofte ha en iboende risiko for justeringer underveis i arbeidsutførelsen. Slik saken er opplyst, legger nemnda også til grunn at det var en reell uenighet mellom innklagede og valgte leverandør om hvorvidt lås og beslag var inkludert i leveransen. Innklagede synes å ha rettet seg etter oppmannsavgjørelsen, noe som i seg selv neppe kan være grovt uaktsomt. Videre ble anskaffelsen opprinnelig kunngjort, og innklagede synes ikke å ha hatt noe formål om å unndra anskaffelsen fra markedet i så måte. Innklagedes samlede opptreden kan etter nemndas vurdering således ikke karakteriseres som grovt uaktsom.
- (48) Skyldkravet er etter dette ikke oppfylt, jf. loven § 7 b, og gebyr ilegges ikke.

Konklusjon:

Lenvik kommune har brutt forskriften § 9-1 ved ikke å kunngjøre kontrakten med det omfang den fikk etter de vesentlige endringer som ble gjort.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl