



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Lenviklista
Postboks 102
9305 FINNSNES
Norge
Gunnar Johnsen

Deres referanse

Vår referanse
2014/0046-14

Dato:
01.07.2014

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 15. april 2014 vedrørende anskaffelse av renoveringsarbeid. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Lenvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. januar 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av renoveringsarbeid ved Trollvik skole. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.6 angitt til 5. mars 2012.
- (2) Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til mellom kroner 2 500 000 og kroner 3 500 000. Anskaffelsen ble kunngjort med skjema for anskaffelser under EØS-terskelverdi.
- (3) I konkurransegrunnlaget side 9 ble det gitt følgende generelle opplysninger om prosjektets art og omfang:

"Arbeidene utføres i hovedsak innomhus, med unntak av utskifting av vinduer og fasadekledning på deler av bygningen.

Denne prisforespørselen gjelder:

- *Rivningsarbeider (vegger, vinduer, kjøkkeninnredning m.v.)*
- *Levering og montering av nye vinduer.*

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

- *Levering og montering av komplett bindingsverksvegger.*
- *Kjøkkeninnredning demontert Fagernes skole og remontert i rom for heimkunnskap x 1006.*
- *Levering og montering av foldevegg m/lydkrav.*
- *Malerarbeider (maling av vegger og nytt golvbelegg).*
- *Flisarbeider på golv i dusjrom.*

Arbeidene og mengdeangivelser er nærmere angitt i kravspesifikasjonene og rombehandlingsskjemaene."

- (4) I konkurransegrunnlaget side 11 var det opplyst at *"Det vil i byggeperioden kunne bli behov for tilleggsarbeider"*.
- (5) Kontrakten skulle tildeles tilbudet med lavest pris, jf. konkurransegrunnlaget pkt.IV.2.1.
- (6) Innen tilbudsfristen ble det levert 6 tilbud. Bjørn Bygg AS (heretter valgte leverandør) fikk tildelt kontrakten.
- (7) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 7. mai 2012. Kontraktssummen var kroner 898 760 eks. mva.
- (8) Innklagede har opplyst at det ble utført endringsarbeider for til sammen 666 992 eks. mva. i byggeperioden. Av dette var kroner 52 553 ført som endringsarbeider før 1. juli 2012.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. april 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har foretatt ulovlig(e) direkte anskaffelse(r) ved at kontrakten med valgte leverandør fikk et vesentlig større omfang enn opprinnelig fastsatt, grunnet tilleggsarbeider. Det ble fakturert tilleggsarbeider for til sammen kroner 1 053 000 inkl. mva., som utgjør en økning på 94 % av den opprinnelig kontraktssummen.

Innklagedes anførsler:

- (11) Klagenemnda har prinsipalt ikke myndighet til å ta stilling til om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom tilleggsarbeidene hovedsakelig ble foretatt etter 1. juli 2012.
- (12) Innklagede har ikke foretatt ulovlig(e) direkte anskaffelse(r). Det var i budsjettet tatt høyde for at bygget kunne ha skjulte feil og mangler, ettersom bygget kan kategoriseres som et bygg med utgått teknisk levetid. Prosjektet ble derfor levert innenfor rammen. Etter påbegynt oppdrag, ble det oppdaget ulovlig brukt isolasjon i yttervegger. Fjerning og utbedring av vegger ble derfor umiddelbart igangsatt. I byggeperioden oppstod det også en vannlekkasje gjennom mur inn til allerede renoverte garderober. Området ble gravet opp, og utbedret med tetting av grunnmur og ny drengroft/ledning. Etter tørkeprosessen, ble det utført innvendig reparasjon av vannskader på gulv og vegger. Det

var kun disse to endringene som var av unormalt stort omfang. Utfordringer oppstod også fordi det manglet detaljtegninger over tekniske anlegg og bæresystemer. Innklagede ser ikke at prosjektet kunne vært utført på en annen måte eller til lavere kostnad.

Sekretariatets vurdering:

- (13) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved anskaffelse av renoveringsarbeid ved Trollvik skole. 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.

Klagenemndas myndighet til å behandle saken

- (14) Innklagede har gjort gjeldende at klagenemnda mangler myndighet til å ta stilling til om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, fordi tilleggsarbeidene hovedsakelig ble foretatt etter 1. juli 2012.
- (15) 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. De nye reglene innebærer at dersom kunngjøringen eller inngåelsen av den kontrakt som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, har skjedd etter 1. juli 2012, så kan ikke klagenemnda ilegge overtredelsesgebyr for denne. Sanksjoner for disse kontraktsinngåelsene, er det domstolene som eventuelt skal ilegge. Klagenemnda kan imidlertid avgi en rådgivende uttalelse på hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Dersom kunngjøringen eller kontraktsinngåelsen for den kontrakt som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, har skjedd før 1. juli 2012, har klagenemnda myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. Klagenemnda kan derfor uansett gi en rådgivende uttalelse på hvorvidt det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, så regelendringen påvirker kun myndigheten til å eventuelt ilegge gebyr.
- (16) Av klagenemndsforordningen § 13a (slik den lyder etter regelendringen av 1. juli 2012) fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes ovenfor klagenemnda inntil to år fra kontrakt er inngått. Før regelendringen måtte klagen fremsettes slik at klagenemnda 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 de påståtte vesentlige endringene av den opprinnelige kontrakt av 7. mai 2012 som skjedde hhv noe før og noe etter 1. juli 2012, jf. premiss (8) ovenfor. Klagen ble fremsatt 15. april 2014 og ble meddelt innklagede i klagenemndas brev av 24. april 2014. Klagen er derfor uansett rettidig.

Hvorvidt det er foretatt ulovlig(e) direkte anskaffelse(r)

- (17) Av loven § 7b første ledd følger det at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse "som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter i medhold av loven", jf. forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-1 og 2-2, jf. forskriften §§ 9-1 og 18-1.
- (18) Kontrakten om renoveringsarbeid ved Trollvik skole ble kunngjort i Doffin, som en anskaffelse etter forskriften del II. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til mellom kroner 2 500 000 og kroner 3 500 000 eks. mva. I kontrakten med valgte

leverandør var kontraktssummen kroner 896 760 eks. mva. Det er ubestridt at anskaffelsen fulgte forskriften del II.

- (19) Klager anfører at innklagede har foretatt ulovlig(e) direkte anskaffelse(r) ved at kontrakten med valgte leverandør fikk et vesentlig større omfang enn opprinnelig fastsatt gjennom de kontrakter om tilleggsarbeid som innklagede har inngått. Innklagede har forklart at det ble utført endringsarbeider for til sammen kroner 666 992 eks. mva., herunder var kroner 52 553 ført som endringsarbeider før 1. juli 2012. I mangel av andre holdepunkter, legges dette beløpet til grunn i det følgende.
- (20) Dersom endringsarbeidene medfører at det er inngått en avtale som er vesentlig forskjellig fra den som ble kunngjort, vil dette i foreliggende sak bety at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. En forutsetning for at klagenemnda kan ilegge gebyr, er videre at det er skjedd en vesentlig endring før 1. juli 2012, jf. klagenemndas sak 2012/222 premiss (12), slik at ny kontraktsinngåelse (ved vesentlig endring) kan anses inngått da.
- (21) Endringsarbeidene ble utført som følge av at det under oppdragsutførelsen ble oppdaget skjulte feil og mangler i skolebygget. Innklagede har forklart at endringsarbeidene i det vesentlige kom av at ulovlig brukt isolasjon i yttervegger måtte byttes ut, og at det oppstod en lekkasje gjennom mur til allerede renoverte garderober. Klager bestrider ikke at endringsarbeidene var av samme art som kontrakten og kunngjøringen omfattet.
- (22) Klager peker på at endringene utgjorde nesten det dobbelte at kontraktssummen. Selv om dette var tilfellet, var kontrakten kunngjort med en verdi på kroner 2 500 000 til 3 500 000 eks. mva. Det var opplyst i konkurransegrunnlaget at det ville bli aktuelt med tilleggsarbeider, jf. premiss (4). Det er nærliggende at kunngjøringsverdien ble anslått høyere enn kontraktssummen fordi kunngjøringen medregnet eventuelle tilleggsarbeider. Dette betyr at tilleggsarbeider, som i alle fall ikke medfører at kontraktens anslåtte totalverdi i kunngjøringen overstiges, må anses for å falle innunder den kontrakt som er kunngjort. Medregnet tilleggsarbeidene, ble den endelige kontraktssummen kroner 1 563 752 eks. mva. Dette ligger innenfor den anslåtte verdien i kunngjøringen, og den endelige kontrakten innklagede har inngått etter at endringene er medregnet, anses derfor omfattet av den kontrakten som ble kunngjort 30. januar 2012. Videre fremstår ikke de tilleggsarbeider som her er utført, som noe forsøk på å omgå regelverkets kunngjøringskrav. Totalt finner sekretariatet at det ikke foreligger en vesensforskjell mellom kontrakten (slik den endelig ble etter endringene), og den kontrakt som ble kunngjort for markedet. Innklagede har da ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (23) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Erlend Pedersen
Sekretariatsleder

Ida Grotle Frøyen
Førstekonsulent

Kopi til:

Lenvik
kommune

Postboks 602

9306 FINNSNES

Norge