



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Saken gjelder kontrakt om utvikling av omsorgsboliger med kommunal driftsdel. Innklagede avventet inngåelse av kontraktene som gjaldt oppføring av 24 boliger og formålsbygg i påvente av klagenemndas avgjørelse. Av denne grunn kom klagenemnda til at det ikke var inngått noen avtale som kunne klassifiseres som en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 21. august 2015 i sak 2015/57

Klager: Wiig og Horgmo AS

Innklaget: Trøgstad kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Gro Amdal og Finn Arnesen

Bakgrunn:

- (1) Trøgstad kommune (heretter innklagede) kunngjorde 15. mars 2013 en åpen anbudskonkurranse for etablering av boliger for personer med nedsatt funksjonsevne. Anskaffelsens verdi ble estimert til mellom 20 og 30 millioner kroner. Tilbudsfrist var 20. mai 2013.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen punkt II.1.4 at "[l]everansen består i utvikling av bofelleskap med 12 boliger med kommunal driftsdel. Det omfatter et selskap som skal være tiltakshaver som bygger, selger evt. leier ut og drifter boligene og kommunal driftsdel. Kommunen ser for seg et borettslag."
- (3) Innen tilbudsfristens utløp, mottok innklagede tre tilbud.
- (4) Innklagede opplyste i brev av 10. juli 2013 at innklagede hadde til hensikt å foreta videre avklaringsmøter med KonseptPluss AS (heretter valgte leverandør), for å finne en løsning som kunne realiseres.
- (5) 27. januar 2014 inngikk innklagede en avtale benevnt intensjonsavtale med valgte leverandør. Av avtalen fremgikk det:

"I den prosessen som har pågått er det fremkommet alternative løsninger og lokaliseringer. Kommunen har vurdert forskjellige behov og muligheter. Denne avtalen innbefatter tilbudet som konseptPLUSS leverte i tilbudskonkurransen og tilpasning og videreutvikling av dette i tråd med kommunens og brukernes behov.

Kommunen anser det som formålstjenlig at det i forkant av planarbeidet, gjennomføres en samlet vurdering av behov for boliger med heldøgns omsorg i Trøgstad kommune. Det vurderes også om andre tjenestetilbud skal utvikles og lokaliseres i tilknytning til boligene. Vurderingene pågår parallelt med reguleringsarbeidet. Denne vurderingen forventes sluttført i april 2014."

(6) Videre gikk det frem:

"Trøgstad kommune sin rolle i prosjektet

- Tildele boligene på kriterier etter helse- og omsorgslovgivningen.
- Kartlegge behovet og kommunisere meddele som ønsker å leie eller eie en slik bolig
- Leverer helse- og omsorgstjenester
- Tiltakshaver for reguleringsplanarbeid
- Kommunen skal fortrinnsvis sikre avtaler som inkluderer finansiering med eiere og leiere til flest mulig av boligene før byggestart. Evt øvrige boliger garanteres finansiert av Trøgstad kommune ved kjøp eller leie.
- Kommune forbeholder seg retten til å stoppe videreutvikling av prosjektet hvis interessen for boligene er for lav."

(7) Om innklagedes rolle i prosjektet gikk det også frem:

"Trøgstad kommune avklarer

- Formelle forhold
 - o Festekontrakt/salg av tomt til otiumPLUSS Trøgstad BRL
 - o Reguleringsforhold
 - o Infrastruktur kostnader (må spesifiseres)
- Avklaringer kommunal driftsdel
 - o Eie/leie
 - o Romprogram må spesifiseres, avhenger av driftsdel og dagsenter
 - o Tjenesteleveranse
- Kommunal prosess mot Husbanken (konseptPLUSS bidrar med nødvendig møtevirksomhet, underlagsmateriale og dokumentasjon)
 - o Investeringsstilskudd
 - o Teknisk godkjenning
- NVE foretar grunnundersøkelser som er under utarbeidelse. Partene er oppmerksomme på at grunnundersøkelsene kan konkludere med at tomten ikke er egnet for utbygging. Dersom tomten ikke egner seg for utbygging må partene finne alternativ lokalisering. Når lokalisering/grunnundersøkelser er bragt i orden overtar utbygger ansvaret for grunnen og gjør nødvendig undersøkelser for byggearbeidene."

(8) Avslutningsvis i intensjonsavtalen fremgikk det at:

"Når innholdet i denne avtale er oppfylt, vil partene inngå nødvendige avtaler for å sikre en gjennomføring av prosjektet.

Dersom Trøgstad kommune velger å realisere det foreslåtte prosjekt dekkes utviklingskostnadene av konseptPLUSS as. Dersom hele eller deler av prosjektet

bortfaller dekker Trøgstad kommune de forholdsmessige kostnadene knyttet til disse delene som er påløpt etter inngåelse av denne avtale. De tilhørende prosjektdokumenter blir da Trøgstad kommune sin eiendom.

konseptPLUSS as vil starte sine arbeider ved undertegnelse av denne avtale.

Denne avtalen skal erstattes av en ny avtale når det endelige prosjekt blir vedtatt. Ny avtale skal godkjennes av Kommunestyret i Trøgstad kommune og av styret i konseptPLUSS as."

- (9) Innklagede og valgte leverandør har utarbeidet to avtaledokumenter, "Avtale om realisering av formålsbygg" og "Avtale om realisering av 24 boliger for heldøgns omsorg". Det fremgår av avtalene at de skal erstatte den foregående intensjonsavtalen. Begge avtaledokumentene er datert 17. juni 2015, men er ennå ikke signert av partene.
- (10) I saksframlegg til kommunestyret 16. juni 2015, gikk det frem at innklagede har fått tilsagn fra Husbanken om tilskudd til prosjektet, og at alle forutsetninger for oppføring av 24 omsorgsboliger er tilstede. I kommunestyrets vedtak av samme dag, fremgikk det at avtaleinngåelse vedrørende oppføringen av byggene avventes til KOFAs avgjørelse foreligger. Det gikk likevel frem av vedtaket at nødvendig prosjekteringsarbeid vil fortsette for å sikre optimal fremdrift av prosjektet.
- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 31. mai 2015.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. august 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har foretatt en vesentlig endring av kontrakten, noe som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det nye prosjektet er om lag tre ganger større enn oppgitt i konkurransegrunnlaget. Intensjonsavtalen av 27. januar 2014 må oppfattes som en kontrakt, og arbeidene er igangsatt.
- (14) Innklagede har brutt forskriften § 3-2 og loven § 5, ved å ikke føre anskaffelsesprotokoll.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Avtalen er ikke omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, da det ikke foreligger en anskaffelse av boligene. Det foreligger ingen kontraktssum i avtalen mellom tilbyder og kommunen vedrørende boligene. I kunngjøringen punkt II.1.4 går det frem at kommunen ikke skal være tiltakshaver.
- (16) Formålsbygget (den kommunale driftsdelen) har en verdi på kroner 47 858 710. Dette er å anse som et kjøp av bygning under oppføring, og kommunen er ikke byggherre. Derfor er heller ikke denne delen av avtalen omfattet av regelverket. Oppdraget ble lagt ut på Doffin for at kommunen skulle orientere seg om det var noen som hadde ferdige prosjekter som kunne selges.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Saken gjelder hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør. Klager har ikke deltatt i konkurransen, og pretenderer heller ikke å være potensiell leverandør. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Den delen av klagen som ikke gjelder dette, men hvorvidt det er ført anskaffelsesprotokoll, avvises under henvisning til klagenemndforskriften § 6, jf. § 9. Klagen er rettidig.
- (18) Foranlediget av innklagedes anførsler om dette nevnes innledningsvis at det er kommunen som er tilskuddsmottaker fra Husbanken, og ved dette bidrar direkte til finansieringen av prosjektet. I tillegg fremgår det av intensjonsavtalen at dersom boliger ikke blir solgt, garanterer innklagede finansieringen av dem gjennom kjøp eller leie. Kommunen skal videre enten eie eller leie den kommunale driftsdelen. Samlet er det ikke tvil om at dette er av *"direct economic benefit"* for innklagede, jf. EU-domstolens sak C-451/08 (Helmut Müller).
- (19) Videre var det innklagede som selv initierte prosessen om oppføring av omsorgsboliger med kommunal driftsdel. Det må også være klart at dette behovet ikke ville kunne realiseres på annen måte enn gjennom oppførelse av et nytt bygg. Oppføring av omsorgsboligene oppfyller derfor alternativet om *"utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver"*, jf. forskriften § 4-1 bokstav c, og C-451/08 (Helmut Müller) premiss 67. Oppføringen av omsorgsboligene vil på denne bakgrunn omfattes av forskriften som en bygge- og anleggskontrakt.
- (20) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør. Klager fremholder at prosjektet har fått et langt større omfang enn det som er angitt i konkurransedokumentene. Det var angitt i kunngjøringen at det skulle bygges 12 boliger med kommunal driftsdel.
- (21) Etter forskriften § 4-1 bokstav q er en ulovlig direkte anskaffelse en *"anskaffelse"* hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen. Selv om en kontrakt er kunngjort, kan endringer av kontrakten etter omstendighetene være så vesentlige at de i realiteten representerer inngåelse av en ny kontrakt.
- (22) I tråd med den prosessen kunngjøringen og konkurransegrunnlaget legger opp til, har innklagede og valgte leverandør inngått en intensjonsavtale om den første fasen i prosjektet. Innholdet i intensjonsavtalen samsvarer med beskrivelsen av oppdraget i kunngjøringen, og representerer derfor ikke en vesentlig endring av det kunngjorte oppdraget.
- (23) Grunnlaget for klagers anførsel om vesentlig endring av kontrakten, finnes i to dokumenter, *"Avtale om realisering av formålsbygg"* og *"Avtale om realisering av 24 boliger for heldøgns omsorg"*. Innklagede avventer imidlertid inngåelsen av disse kontraktene i påvente av klagenemndas avgjørelse. Det er altså ikke inngått noen avtale som endrer omfanget av det kunngjorte oppdraget, og det foreligger derfor heller ikke en ulovlig direkte anskaffelse, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2009/1 premiss (69).

- (24) Klagenemnda finner likevel grunn til å nevne at noe annet vil gjelde dersom de ovenfor nevnte avtalene om oppføring av 24 boliger og formålsbygg inngås. En realisering av disse avtalene vil innebære en dobling av antall boliger som skal bygges, og med en samlet kontraktsverdi på mer enn 100 millioner kroner. Det er da klart at kontrakten får et vesentlig annet omfang med endringen enn det som er kunngjort, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (presstext) premiss 36.

Konklusjon:

Trøgstad kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk