



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokatfirmaet Stenersen

Postboks 138
1300 SANDIKA

Deres ref.: Adv.
Stenersen

Vår ref.: 2016/0148-7

Saksbehandler: Alette B. Schreiner

Dato: 04.04.2017

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 1. oktober 2016 på offentlig anskaffelse av vei- og VA-arbeider i Havøysund. Vi 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 frem.

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

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen kunngjorde 1. april 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vei- og VA-arbeid i Havøysund.

- (1) Av konkurransegrunnlaget fulgte det:

"Statens vegvesen region nord v/vegavdeling Finnmark skal bygge ca 800 meter fortau langs gjeldende vegstrekning på FV 889 HP 03 Havøysund sentrum. Prosjektet har en utstrekning fra profil 0 – profil ca 825. Bredde på fortauet variere fra 2 – 2,5 meter. Det skal anlegges granitt kantstein og drensytstem for overflatevann.

Prosjektet skal gjennomføres i tett samarbeid med Måsøy kommune som skal oppgradere sitt VA-anlegg i samme anledning som etablering av nytt fortau.

Kontrakten vil bli todelt en for Statens vegvesen og en for Måsøy kommune. Alle poster med rundsum blir samlet fordelt mellom Statens vegvesen og Måsøy kommune ut fra forholdstallet mellom produksjonsposter."

- (2) Konkurransegrunnlagets del D1, D2 og D3 inneholdt en beskrivelse av vei- og VA-arbeidet som skulle gjøres på "Fv. 889 Fortau Havøysund, HP3".

Postadresse:

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00
Telefaks: +47 55 59 75 99

post@kofa.no
www.kofa.no

- (3) Ett av vedleggene til konkurransegrunnlaget, kalt "*Måsøy kommune- G- prog massebeskrivelse*" inneholdt en detaljert prosjektbeskrivelse. Her fremgikk det av punkt 08 at Fjellveien og Sturvannsveien (kommunale veier) skulle asfalteres.
- (4) Tildelingen skulle ifølge kunngjøringen skje basert på laveste pris.
- (5) I konkurransegrunnlagets del C, under overskriften "*C1 Alminnelige kontraktsbestemmelser*" ble det vist til NS 8406:2009 som alminnelige kontraktsbestemmelser.
- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud. Ett av dem var fra Tormod Kristensen Maskin AS (heretter valgte leverandør), som det ble inngått kontrakt med. Dette tilbudet var ifølge anbudsprotokollen priset til kroner 14 363 744 eksklusive merverdiavgift. Det andre tilbudet var fra Mesta AS og lød på kroner 18 304 769,43 eksklusive merverdiavgift.
- (7) I forbindelse med en befaring ble det senere oppdaget at det var nødvendig å utbedre VA-anlegget i Sturvannsveien. Innklagede foretok derfor en tilleggsbestilling fra valgte leverandør. Tilleggsarbeidene innebar å legge nytt vann- og avløpssystem i Sturvannsveien. Prisen på arbeidet var kroner 1 370 000. Det er ikke opplyst om hvorvidt denne prisen inkluderte merverdiavgift eller ikke.
- (8) R. Jørgensen Maskin AS (heretter klager) klaget saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 1. oktober 2016.

Sekretariatets vurdering:

- (9) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a at det ikke gjelder noe krav om saklig interesse i slike saker. Klagen er rettidig.
- (10) Den opprinnelige kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør, inngått 13. mai 2015, omfattet etablering av fortau, samt vann- og avløpsarbeid på en bestemt strekning på fv. 889 i Havøysund sentrum. Videre omfattet avtalen asfaltering av kommunale veiarelaer i Fjellveien og Sturvannsveien i Havøysund.
- (11) Deler av kontraktsarbeidet, hovedsakelig VA-arbeid, skulle gjøres for Måsøy kommune, og andre deler av arbeidet skulle gjøres for Statens vegvesen. I kontrakten ble kostnadene fordelt som henholdsvis kostnader knyttet til VA-arbeid og arbeid med fortau. Enkelte kostnader ved arbeidet ble i avtalen omtalt som felleskostnader, som skulle fordeles mellom oppdragsgiverne ut fra forholdstallet for produksjonsprosessene for VA-arbeid og arbeid med bygging av fortau.
- (12) Ettersom det ved befaring viste seg at VA-anlegget i Sturvannsveien var i dårlig forfatning og i løpet av få år ville måtte utbedres, fant innklagede det hensiktsmessig å utføre utbedringsarbeidet samtidig med asfalteringsarbeidet på denne strekningen. Det ble derfor inngått en tilleggsavtale med valgte leverandør om utbedring av VA-anlegget i Sturvannsveien. Utbedringsarbeidene beløp seg til kroner 1 370 000.
- (13) Klager anfører at avtalen om tilleggsarbeider utgjør en vesentlig endring og at innklagede dermed har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

- (14) I sak C-454/06 (presstext) 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. De i denne sammenheng sentrale delene av avgjørelsen, premissene 34 til 37, lyder slik:

"34 Med henblik på at sikre gennemsigtighet 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.

[...]

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".

- (15) Det vurderes først om tilleggsarbeidene i dette tilfellet er *"avgørende forskjellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer"*. Klager har anført at kontrakten er endret både i art og omfang. Det kan imidlertid ikke være tvilsomt at VA-arbeid artsmessig står i sammenheng med det kontrakten omfatter, som er vei- og VA-arbeid. Riktignok var VA-arbeidet i den opprinnelige kontrakten knyttet til én bestemt strekning (Strandgaten), og tilleggsarbeidet gjelder en annen strekning (Storvannsveien). Sistnevnte strekning inngikk imidlertid også i den opprinnelige kontrakten, ettersom denne skulle asfalteres.
- (16) Klager fremholder at en i vurderingen av om kontrakten er endret må ta utgangspunkt i bare den delen av den opprinnelige kontrakten som skulle utføres for Måsøy kommune. Konkurransen var imidlertid utlyst som én konkurranse om én kontrakt, nettopp på grunn av den nære sammenhengen mellom vei- og VA-arbeid. Det var under enhver omstendighet svært liten avstand mellom stedet der det opprinnelige VA-arbeidet skulle skje (Strandgata) og Storvannsveien. Det er på denne bakgrunn klart at det er tilstrekkelig nær sammenheng mellom den opprinnelige avtalen og tilleggsarbeidene til at det ikke er tale om en avgjørende forskjell som innebærer at partene har vist vilje til å reforhandle avtalens grunnleggende elementer.
- (17) Klager har anført at det ville være mulig for andre leverandører å delta i konkurransen dersom tilleggsarbeidene inngikk i den opprinnelige utlysningen. Den opprinnelige kontrakten gjaldt etablering av fortau, VA-arbeider og asfaltering. Tilleggsarbeidene gjelder VA-arbeider på strekningen som opprinnelig bare skulle asfalteres. Når kontrakten allerede gjaldt en kombinasjon mellom VA- og vei-arbeid, introduserer ikke tilleggsarbeidene noe nytt element som kunne medført at andre leverandører kunne deltatt i konkurransen.

- (18) Det er videre klart at konkurransen ikke kunne fått et annet resultat dersom tilleggsarbeidene var en del av den opprinnelige konkurransen. Det var kun to leverandører som innga tilbud, og leverandørene konkurrerte bare på pris. Valgte leverandørs tilbudspris var ifølge anbudsprotokollen på kroner 14 363 744, og Mesta AS sitt tilbud lød på kroner 18 304 769,43. Valgte leverandørs tilbud er dermed kroner 3 941 025,43 rimeligere enn Mesta AS sitt tilbud. Tilleggsarbeidene er priset til kroner 1 370 000. Selv dersom Mesta AS hadde tilbudt å gjøre de aktuelle tilleggsarbeidene for kroner 0, ville valgte leverandør fortsatt hatt det rimeligste tilbudet.
- (19) Det er for øvrig ikke noen holdepunkter for at avtalens økonomiske balanse er endret til fordel for valgte leverandør, og dette er heller ikke anført.
- (20) Det er følgelig klart at det ikke foreligger noen vesentlig endring i henhold til retningslinjene EU-domstolens avgjørelse i pressetext.
- (21) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Jonn Sannes Ramsvik
nestleder i sekretariatet
Dokumentet er godkjent elektronisk

Alette B. Schreiner
førstekonsulent

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Advokatfirma Stenersen	Postboks 138	1300 SANDVIKA Norge	gms@advokat-stenersen.no
Advokatene Rønning og Kirkesæther AS	Postboks 475	9615 HAMMERFEST Norge	
<i>Kopi til:</i>			
Advokat Alf Kirkesæther AS	Postboks 475	9615 HAMMERFEST Norge	alf@ljkadvokat.no
Advokatfirma Stenersen	Postboks 138	1300 SANDVIKA Norge	Gun Marit Stenersen gms@advokat-stenersen.no