



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Saken gjelder et sluttoppgjør i en sak som klagenemnda behandlet i sak 2015/57, om en åpen anbudskonkurranse for etablering av boliger for personer med nedsatt funksjonsevne. Klagenemnda kom til at avtalen om sluttoppgjøret ikke utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2017 i sak 2016/168

Klager: Arkitekt Steinar Wiig AS

Innklaget: Trøgstad kommune

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Sakskomplekset i denne saken har tidligere vært gjenstand for klagenemndas behandling i sak 2015/57. Premiss (2) – (11) nedenfor er en gjengivelse av sakens bakgrunn slik den ble presentert i sak 2015/57.
- (2) Trøgstad kommune (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.
- (3) 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."
- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud.
- (5) Innklagede opplyste i brev av 10. juli 2013 at innklagede hadde til hensikt å gjennomføre videre avklaringsmøter med KonseptPluss AS (valgte leverandør), for å finne en løsning som kunne realiseres.
- (6) Det ble inngått en avtale benevnt intensjonsavtale mellom innklagede og valgte leverandør av 27. januar 2014. 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

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

vurderes også om andre tjenestetilbud skal utvikles og lokaliseres i tilknytning til boligene. Vurderingene pågår parallelt med reguleringsarbeidet. Denne vurderingen forventes slutført i april 2014."

- (7) Dette fremgikk også av intensjonsavtalen:

"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."

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

"Trøgstad kommune avklarer

- Formelle forhold
 - Festekontrakt/salg av tomt til otiumPLUSS Trøgstad BRL
 - Reguleringsforhold
 - Infrastruktur kostnader (må spesifiseres)
- Avklaringer kommunal driftsdel
 - Eie/leie
 - Romprogram må spesifiseres, avhenger av driftsdel og dagsenter
 - Tjenesteleveranse
- Kommunal prosess mot Husbanken (konseptPLUSS bidrar med nødvendig møtevirksomhet, underlagsmateriale og dokumentasjon)
 - Investeringsstilskudd
 - 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."

- (9) Avslutningsvis i intensjonsavtalen fremgikk det:

"Når innholdet i denne avtalen 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 prosjektet blir vedtatt. Ny avtale skal godkjennes av Kommunestyret i Trøgstad kommune og av styret i konseptPLUSS as."

- (10) Innklagede og valgte leverandør utarbeidet to avtaledokumenter, "Avtale om realisering av formålsbygg" og "Avtale om realisering av 24 boliger for heldøgns omsorg". Det fremgikk av avtalene at de skulle erstatte den foregående intensjonsavtalen. Før avtaledokumentene var signert, ble saken brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser, ved klage av 31. mai 2015.
- (11) I saksframlegg til kommunestyret 16. juni 2015, gikk det frem at innklagede hadde fått tilsagn fra Husbanken om tilskudd til prosjektet, og at alle forutsetningene for oppføring av 24 omsorgsboliger var tilstede. I kommunestyrets vedtak av samme dag, fremgikk det at avtaleinngåelse vedrørende oppføringen av byggene ville avvendes til klagenemndas avgjørelse forelå. Det gikk likevel frem av vedtaket at nødvendig prosjekteringsarbeid ville fortsette for å sikre optimal fremdrift av prosjektet.
- (12) Innklagede utbetalte 2,5 millioner kroner til valgte leverandør 3. juli 2015. Fakturaen var beskrevet som "Risiko- og ansvarskapital knyttet til videreføring av prosjektet otiumPLuss Trøgstad i henhold til Formannsskapets vedtak 03.07.15". Det var videre angitt at:

"Dersom prosjektet videreføres etter avgjørelse i KOFA vil dette beløpet dekkes av nåværende kontraktssummer og beløpet tilbakebetales uten opphold når byggelånet er åpnet.

Dersom prosjektet stanses etter avgjørelse i KOFA vil dette beløpet bli å avregne i forbindelse med endelig oppgjør mot konseptPLUSS."

- (13) Klagenemnda traff avgjørelse i sak 2015/57 den 21. august 2015. Klagenemnda kom til at det ikke var inngått noen avtale som kunne klassifiseres som en ulovlig direkte anskaffelse. Dette var fordi innklagede avventet inngåelse av kontraktene som gjaldt oppføring av 24 boliger og formålsbygg i påvente av klagenemndas avgjørelse. Klagenemnda uttalte likevel at det ville representere en ulovlig direkte anskaffelse dersom de overfor nevnte kontraktene ble inngått, jf. avgjørelsen premiss (24). Grunnen var at kontrakten med endringen ville få et vesentlig annet omfang enn den kontrakten som var kunngjort.
- (14) Avtale om sluttoppgjør mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 8. desember 2015. Oppgjøret utgjorde 9 millioner kroner. Det fremgikk blant annet av avtalen at:
- "For at Trøgstad kommune skal kunne gå videre uten for store prosessuelle*

risikoelementer besluttet kommunen å foreta et minnelig oppgjør med konseptPLUSS as for selv å realisere otiumPLUS i tråd med vedtatt prosjekt."

- (15) I henhold til avtalen av 8. desember 2015, ble 6,5 millioner kroner overført til valgte leverandør, i tillegg til den tidligere utbetalingen på 2,5 millioner kroner.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. november 2016. Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. juni 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av prosjektmateriale. Beløpet for materialet er omtalt å være 9 millioner kroner. Intensjonsavtalen, som eneste offisielle avtale, ga ikke grunnlag for erstatningsansvar.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Avtalen mellom innklagede og valgte leverandør er ikke omfattet av regelverket. Regelverket gjelder ordinære kjøpsavtaler der et offentlig organ går ut i markedet for å kjøpe inn varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeid, jf. loven § 3. Regelverket gjelder ikke utenomrettslige forlik, selv om forliket inneholder overføringer mellom partene. Et forlik har ikke kjøp som sitt formål, men å få fastsatt en pris på et mulig erstatningsansvar ut fra prosessrisikoen som ligger i saken. I denne saken var den maksimale prosessrisikoen vurdert til å være 20 millioner kroner, i tillegg til saksomkostninger i tilfelle tap i en rettsak. Forliket var på 9 millioner.
- (19) Subsidiært anføres det at prosjektdokumentene ikke gjelder bygge- og anleggsarbeid, men kjøp av bygg under oppføring og dermed ikke er omfattet av regelverket. Innklagede er uenig med klagenemndas vurdering i sak 2015/57 om at det ikke var tvil om at kontrakten hadde direkte økonomisk interesse for kommunen.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. 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. Innklagede og valgte leverandør inngikk en avtale om sluttoppgjør 8. desember 2015. Klager brakte saken inn for klagenemnda 8. november 2016, og klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (21) Innklagede kunngjorde en konkurranse om utvikling og etablering av omsorgsboliger 15. mars 2013, og inngikk en intensjonsavtale med valgte leverandør 24. januar 2014. Innholdet i intensjonsavtalen samsvarte med oppdragets første fase som beskrevet i kunngjøringen, og representerte derfor isolert sett ikke en vesentlig endring av det kunngjorte oppdraget, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2015/57 premiss (22). Klagenemnda uttalte imidlertid at noe annet ville gjelde dersom det ble inngått avtaler om oppføring av 24 boliger og formålsbygg, jf. premiss (24).
- (22) På bakgrunn av nemndas avgjørelse i sak 2015/57, unnlot innklagede å inngå avtalene om oppføring av boligene. Klager anfører at avtalen om sluttoppgjør mellom innklagede og valgte leverandør utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

- (23) Etter forskriften § 4-1 bokstav q, er en ulovlig direkte anskaffelse en "*anskaffelse*" hvor oppdragsgiver i strid med reglene i forskriften ikke har kunngjort konkurransen. Selv om en kontrakt er kunngjort, er det i praksis fra klagenemnda og EU-domstolen lagt til grunn at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse dersom kontrakten er vesentlig endret, jf. senest EU-domstolens avgjørelse i sak C-549/14 (Finn Frogne).
- (24) Etter håndhevingsdirektivet er primærsanksjonen ved ulovlige direkte anskaffelser at kontrakten kjennes "*uten virkning*". Håndhevingsdirektivet gir medlemsstatene anledning til å begrense sanksjonen til fremtidig kontraktsoppfyllelse, hvilket er hovedregelen i norsk rett, jf. forskriften § 22A-1 (5). At innklagede ikke inngikk avtalen om oppføring av de 24 omsorgsboligene, men i stedet valgte å terminere intensjonsavtalen, er i tråd med dette. Det representerer heller ikke noen endring av avtalen at innklagede betalte for kostnadene ved utarbeidelsen av prosjekteringsdokumentene. Dette er i tråd med reguleringen i intensjonsavtalen.
- (25) I tillegg til å betale for prosjekteringsdokumentene, har innklagede også betalt valgte leverandør erstatning, ut fra prosessrisikoen i saken. Dette utgjør ikke en kontrakt om "*levering av varer, tjenester eller utførelse av bygge- og anleggsarbeider*", jf. forskriften § 1-3 (1), og er derfor ikke omfattet av regelverket.
- (26) Avtalen om sluttoppgjør mellom innklagede og valgte leverandør utgjør på denne bakgrunn ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Trøgstad kommune har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk