



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, vesentlig endring

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en kontrakt i forbindelse med byggingen av et nytt renseanlegg. I løpet av kontraktperioden ble kontrakten utvidet til å omfatte enkelte elektroarbeider. Klager anførte at kontrakten med dette ble vesentlig endret, og at utvidelsen dermed representerte en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 17. august 2017 i sak 2016/183

Klager: EDA Elektro Data Romerike AS

Innklaget: Midtre Romerike Avløpsselskap IKS

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Midtre Romerike Avløpsselskap – Mira IKS (heretter innklagede) kunngjorde 5. juni 2013 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om totalentreprise for leveranse av prosessanlegg. Arbeidet var en del av et større prosjekt om bygging av felles renseanlegg for Fet, Gjerdrum og Sørums kommuner. Tilbudsfristen var i konkurransegrunnlaget angitt til 27. august 2013.
- (2) I kunngjøringen ble oppdraget beskrevet slik:
"Prosessanleggsleveranse – Prosjektering, innkjøp og oppføring av driftsklart prosessanlegg til nytt nøkkelferdig avløpsrenseanlegg for MIRA IKS på Tangen sør for Sørumsand."
- (3) Innklagede inngikk 30. oktober 2013 kontrakt med Krüger Kaldnes AS (heretter valgte leverandør). Kontraktsummen var på 46 078 167 kroner ekskl. mva.
- (4) Det ble også gjennomført en konkurranse om utførelse av elektroarbeider på det nye renseanlegget. Kontrakten ble inngått med EDA Elektro Data Romerike AS (heretter klager). Kontraktsummen for denne kontrakt var 17 568 935 kroner inkl. mva.
- (5) 26. august 2016 utstedte innklagede en endringsmelding til klager hvor det fremgikk at en del av arbeidet skulle tas ut av kontrakten. Innklagede har opplyst om at endringen ble gjort som en følge av problemer med gjennomføringen av elektroentreprisen. Det er imidlertid omstridt hvem som har ansvaret for disse problemene. Arbeidet som ble tatt ut av kontrakten ble i endringsmeldingen angitt å gjelde kursopplegg for driftsteknisk installasjon. Reduksjonen ble i revidert endringsmelding, utstedt 1. september 2016, anslått til 599 900 kroner ekskl. mva.

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

- (6) Arbeidet som ved endringsmeldingen ble tatt ut av kontrakten med klager, ble tatt inn i valgte leverandørs kontrakt ved endringsmelding til denne datert 29. august 2016. Arbeidet ble da angitt å gjelde "[i]nstallasjon mellom komponenter og UF ventilasjon, varmeveksler og forkammer". Arbeidet skulle utføres som regningsarbeid.
- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved e-post 29. november 2016.
- (8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. august 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (9) Innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse. Utvidelsen av kontrakten med valgte leverandør medførte en vesentlig endring av kontrakten. Endringen var av en slik karakter, både i art og omfang, at den i realiteten representerte en ny kontrakt som skulle vært kunngjort i samsvar med regelverket.
- (10) Valgte leverandør var ikke kvalifisert for den typen oppdrag som utvidelsen gjaldt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har ikke brutt regelverket. Endringene i valgte leverandørs kontrakt var ikke vesentlige, verken i art eller verdi. Det ble ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (12) Hvorvidt valgte leverandør var kvalifisert til entreprisen for elektroarbeider, er ikke relevant. For øvrig er kravene oppfylt gjennom underentreprenør.

Klagenemndas vurdering:

- (13) 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 dette. Klagen er rettidig, jf. klagenemnds forskriften § 13a andre ledd. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (14) Det fremgår av forskriften § 4-1 bokstav q at en ulovlig direkte anskaffelse er "*en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen*". I foreliggende tilfelle er det ikke tvilsomt at anskaffelsen i første omgang var gjennomført i tråd med regelverket. Kunngjøringsplikt kan imidlertid også foreligge der en inngått avtale endres i så vesentlig grad at det i realiteten dreier seg om inngåelse av en ny kontrakt, jf. blant annet EU-domstolens sak C-454/06 (Presstext).
- (15) EU-domstolen tok i Presstext-saken stilling til om endringer i avtalen mellom en leverandør og en oppdragsgiver var så vesentlige at det i realiteten dreide seg om en ny kontrakt. Domstolen uttalte at endringer, i lys av regelverkets krav om gjennomsiktighet og likebehandling, kan anses vesentlige dersom:

"... 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", (premiss 35).

- (16) En endring av kontrakt kan også anses vesentlig dersom "... den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri", (premiss 36), og dersom "den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser", (premiss 37).
- (17) Det tas først stilling til hvorvidt endringen ville gjort det mulig for andre tilbudsgivere å delta i konkurransen, jf. premiss 35.
- (18) Som nevnt innledningsvis var den opprinnelige kontrakt verdsatt til kr 46 078 167,- eksklusiv mva. Utvidelsen gjaldt arbeid som i kontrakten til klager ble verdsatt til kr 599 900,- eksklusiv mva. Det ble opplyst at dette arbeidet skulle utføres som regningsarbeid av valgte leverandør, og det er derfor noe usikkerhet knyttet til den eksakte verdi av tillegget. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at verdien vil være på omtrentlig det samme også for valgte leverandør. Utvidelsen av oppdraget vil med disse tallene være på om lag 1,3 prosent av det opprinnelige omfanget.
- (19) Innklagede har videre vist til at det var en klar sammenheng mellom arbeidet knyttet til den opprinnelige kontrakt og det arbeidet som ble tillagt ved endringsmeldingen. Den opprinnelige kontrakten omfattet også prosessinstallasjoner, som skulle utføres av Daniit AS. Det var den samme underleverandøren som skulle utføre det nye arbeidet. Arten av arbeidet skiller seg derfor ikke fra arbeidet som var omfattet av den opprinnelige kontrakt.
- (20) I dette tilfellet dreide det seg om et tillegg i elektroarbeider som kun utgjorde et svært begrenset omfang sett i forhold til totalentreprisen samlet. Det er også opplyst at det allerede var enkelte elektroarbeider i totalentreprisen. Utvidelsen introduserte dermed ikke noen ny type arbeid. Det er ingen øvrige holdepunkter for at endringen ville gjort det mulig for andre å delta i konkurransen. Anførselen kan ikke føre frem på dette grunnlaget.
- (21) Det tas så stilling til hvorvidt endringen ville gjort det mulig å akseptere et annet tilbud, jf. premiss 35.
- (22) Av tildelingsevalueringen går det frem at valgte leverandørs tilbud fikk maksimalt antall poeng på kriteriet om kvalitet. Selv om det nest beste tilbudet fikk noe høyere uttelling på kriteriet om pris, var forskjellen på dette kriteriet langt mindre enn forskjellen på kriteriet om kvalitet. Sett i sammenheng med tilleggsarbeidets liknende karakter, og at tillegget var av et lite omfang, er det ingen holdepunkter for at noe annet tilbud ville blitt akseptert. Anførselen kan derfor heller ikke føre frem på dette grunnlag.
- (23) Det er for øvrig ingen andre holdepunkter for at utvidelsen medførte noen endring i avtalens økonomiske balanse, jf. premiss 37. Klagers anførsel om at valgte leverandør manglet de nødvendige kvalifikasjoner gir heller ikke grunnlag for å konstatere at endringen representerer en ulovlig direkte anskaffelse.
- (24) Utvidelsen av avtalen medførte derfor ikke noen vesentlig endring. Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk