



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Krav til ytelsen. Avvisning av tilbud. Vesentlige endringer.

Innklagede gjennomførte en minikonkurranse om levering av paviljonger til Mortensrud skole. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av avvik fra kravspesifikasjonen, herunder krav til universell utforming i TEK10. Klagenemnda fant ikke grunnlag for å konstatere at valgte leverandørs tilbud måtte tolkes slik at det inneholdt vesentlige avvik eller forbehold. Klagers anførsel om avvisning førte således ikke frem. Klagenemnda fant imidlertid at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i valgte leverandørs tilbud i perioden mellom tildeling og signering av kontrakt.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2016 i sak 2016/63

Klager: Indus Norge AS

Innklaget: Undervisningsbygg Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Bakgrunn:

- (1) Undervisningsbygg Oslo KF (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. september 2012 en konkurranse med forhandling for inngåelse av parallelle rammeavtaler om levering av paviljonger.
- (2) Anskaffelsen ble i konkurransegrunnlaget punkt 1 beskrevet som "*totalleveranse av paviljonger*". Kontrakt skulle ifølge punkt 6 baseres på "*NS 3431 [Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser] og Undervisningsbygg standard husleieavtale samt husleielovens bestemmelser (lov av 26.03.1999 nr. 17 - Lov om husleieavtaler)*".
- (3) Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.4) anslått til 40 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i punkt IV.3.3) angitt til 5. oktober 2012.
- (4) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 15 tildeles på bakgrunn av pris (80 %) og oppgaveforståelse (20 %).
- (5) I konkurransegrunnlagets vedlegg 1 ("*Orientering om oppdraget*") punkt 6 gikk det frem at avrop på rammeavtalen ville bli gjennomført ved bruk av minikonkurranser:

"Avrop gjøres ved at det gjennomføres minikonkurranse mellom leverandørene i rammeavtalen.

Alle leverandørene inviteres til å levere tilbud i minikonkurransen. Den enkelte leverandør er ikke forpliktet til å levere tilbud. For denne delen av anskaffelsen vil ikke alle vilkårene for utførelsen av det enkelte oppdrag være fastsatt i rammeavtalen.

Aktuelle tildelingskriterier i minikonkurransene er:

- *Kapasitet/leveringsdyktighet/mobiliseringstid*
- *Pris*
- *Kvalitet*
- *Tilbudt løsning/løsningsforslag*

Alle tildelingskriteriene vil ikke nødvendigvis benyttes i hver minikonkurranse. Det vil fremgå av den enkelte minikonkurransen hvilke tildelingskriterier som vektlegges.

[...] Minikonkurransen gjennomføres ved at leverandørene oversendes et konkurransegrunnlag som angir konkurransereglene, oppdragsbeskrivelsen og prisskjema. Konkurransegrunnlaget oversendes til den e-postadresse som leverandøren har oppgitt som konkurransepostkasse i kontrakten. [...]

Leverandørene behøver ikke å levere samme dokumentasjon som for rammeavtalen på nytt i minikonkurransen, men kun forholde seg til minikonkurransegrunnlaget og de krav som stilles i det".

- (6) *Kravspesifikasjonen fulgte som vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget. I punkt 1 sto det at "Felles kravspesifikasjon for Oslo kommune – Skoleanlegg 2012" (FKOK) ligger til grunn for alle innklagedes prosjekter.*
- (7) *I punkt 2 ble det gitt bestemmelser om utforming:*

"[...] Modulbygg skal brukes til skolebygg i opptil 2 etasjer og med arealer iht Bygg for læring – standard-program for nye grunnskoler.

De generelle læringsarealene organiseres i hjemmeområder for 60 eller 120 elever. [...] Det vil være lokal brukermedvirkning om inndeling av hjemmeområdene. Rektor skal kunne tilpasse undervisningsarealene til ønsket organisering av skolen. [...]

Planløsning planlegges og prosjekteres spesielt for hvert enkelt byggeprosjekt, og dimensjoneres i samsvar med spesifikasjoner angitt i konkurransegrunnlag for minikonkurranse. [...]."

- (8) *Av kravspesifikasjonen punkt 3 gikk det videre frem at;*

"[f]erdige paviljonger [skal] tilfredsstille myndighetenes samlede krav som minimumskrav. Krav utover dette er listet i Omfangskjema paviljonger 2012, se Vedlegg 2.1 Modulbygg-FKOK omfangsskjema del 1-2 og Vedlegg 2.2 Modulbygg-FKOK omfangsskjema del 2.

Modulbygg skal bygges slik at interne vegger hovedsakelig består av lettvegger/systemvegger uten tekniske installasjoner, og at ventilasjon/øvrige tekniske anlegg er så fleksible at de interne veggene lett kan flyttes.

For tilbud i Prisskjema skal det vedlegges tegninger med tilbyders løsning for følgende funksjoner/rom (Eksempler på inndeling er vist i bilag prinsippskisse):

1. *Elevenes hjemmeområder: Generelle læringsarealer (150), Elevgarderober og toaletter (31) Lærerarbeidsplassen (40) (se Vedlegg 2.3 Prinsippskisse 5 - Hjemmeområdet for 60 elever - Areal = 221 m²) [...]*".
- (9) Parallele rammeavtaler ble inngått 8. februar 2013 med Indus Norge AS (heretter klager), Uniteam AS (heretter valgte leverandør) og Expandia Moduler AS.
- (10) Den 9. oktober 2015 inviterte innklagede til minikonkurranse for levering av paviljonger til Mortensrud skole. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1 at "[a]nskaffelsen gjennomføres på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtale for paviljonger". I punkt 2 ble det gitt en generell beskrivelse av oppdraget:
- "Mortensrud skole er bygget som en tre-parallell barneskole lokalisert i 12 bygninger. To av bygningene, bygg 11 og bygg 12 skal rives i februar/mars 2016 av annen entreprenør.*
- Det [er] behov for å leie inn en midlertidig paviljong som omfatter fire klasserom med tilhørende grupperom og nødvendige støttearealer som erstatning for bygg 11 og 12.*
- [...] Leieperioden vil være fra 1. august 2016 til nye Mortensrud skole er planlagt ferdigstilt til skoleslutt 1. juli 2021, ca. 60 leiemåneder".*
- (11) Kontrakten ville ifølge punkt 4 tildeles tilbudet med "[Lavest] totalpris for beskrevet løsning/tilbudt løsning".
- (12) I punkt 5 ble det gitt bestemmelser om avvik og forbehold:
- "Det skal utarbeides et eget underskrevet tilbudsbrief hvor det opplyses om tilbudt pris på den løsning som er beskrevet i tilbudsgrunnlaget. Tilbyder skal i tilbudsbriefet, eller i eget vedlegg til dette, gjøre uttrykkelig oppmerksom på eventuelle avvik fra tilbudsgrunnlaget. Det vil si at alle avvik og eventuelle forbehold som forekommer i tilbudet, skal gjentas og samlet oppsummeres i tilbudsbriefet eller et eget vedlegg til dette. Tilbyder kan ikke påberope seg avvik eller forbehold som ikke er nevnt i tilbudsbriefet eller vedlegg til dette.*
- Forbehold mot konkurransegrunnlaget vil kunne føre til at det blir gitt tillegg i tilbudssummen i oppdragsgivers tilbudsvurdering. Forbehold som ikke lar seg kostnadsberegne, kan føre til at tilbudet anses ufullstendig og avvises.*
- Det er ikke adgang til å ta forbehold mot grunnleggende elementer i minikonkurransegrunnlaget, med mindre annet uttrykkelig fremgår av dette. Tilbud som inneholder forbehold av denne art vil kunne bli avvist."*
- (13) Tilbyderne ble i punkt 6 bedt om å levere et tilbud med følgende dokumenter:
- "1. Signert tilbudsbrief med eventuelle vedlegg.*
- 2. Dokumentasjon produktkvalitet og produksjonsmetode for komponenter og utstyr.*
- 3. Tilbyders fremdriftsplan med vedlagt redegjørelse for gjennomføring av arbeidene [...]*".

- (14) Både klager, valgte leverandør og Expandia Moduler AS deltok i konkurransen.
- (15) Fra valgte leverandørs tilbud gjengis følgende:

"Vi har valgt å tilby vårt svært solide og fleksible modulsystem bestående av stålmoduler. Ytterveggen er kledd med korrugerte stålplater lakkert i RAL7036.

Dette konseptet benyttes av en rekke kunder både innenfor privat og offentlig sektor. Modulene kan leveres i ulike størrelser, basert på internasjonale ISO standarder.

Her er det valgt 16 stk. moduler med bredde på 2990 mm, lengde på 9125 mm. Modulene monteres i henhold til vedlagte plantegning. [...]

Romplan:

Bygget er som vist på vedlagte tegning og samsvarende med planen i tilbudsgrunnlaget [...]".

- (16) Ved e-post datert 4. november 2015, informerte innklagede om at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Kontrakten ble signert 1. april 2016.
- (17) I anskaffelsesprotokollen, datert 28. oktober 2015, gikk det frem at valgte leverandørs tilbud var på totalt 4 231 152 kroner (1 117 872 kroner i etableringskostnader og 51 888 kroner i månedsleie). Klagers og Expandia Modulers tilbud var på henholdsvis 5 063 000 og 5 288 000 kroner.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 3. mai 2016.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24.oktober 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Rammeavtalen hadde en estimert verdi på 40 millioner kroner ekskl. mva. Både rammeavtalen og minikonkurransen om levering av paviljonger til Mortensrud skole, reguleres dermed av forskriften del III. Avvisningsreglene i forskriften del III gjelder videre ved gjennomføringen av en minikonkurranse, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/154.
- (21) Valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik. Valgte leverandørs plantegninger viser blant annet flere avvik fra forskrift om tekniske krav til byggverk av 26. mars 2010 nr. 489 (TEK10). I valgte leverandørs tilbud er det videre tatt flere vesentlige forbehold, blant annet ved at ansvaret for "godkjenning av oppsett" er lagt på innklagede. Disse avvikene og forbeholdene medfører også tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene i konkurransen. Innklagede har dermed brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d, e og f, alternativt kravet til likebehandling i loven § 5.
- (22) Innklagede har videre gjort flere endringer i kontrakten med valgte leverandør, som har gitt store utslag i prisen. Endringene må samlet anses vesentlige, og innklagede har dermed foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Rammeavtalen hadde en absolutt øvre grense på 40 millioner kroner ekskl. mva. Den estimerte verdien på kontrakten er i realiteten langt lavere enn dette. Det er derfor ikke riktig at anskaffelsen reguleres av forskriften del III. Forskriftens regler om avvisning i §§ 11-11 / 20-13, gjelder videre ikke ved gjennomføringen av en minikonkurranse.
- (24) Valgte leverandør har uansett levert et tilbud i minikonkurransen uten noen forbehold eller avvik. I e-post har valgte leverandør bekreftet at det som kan se ut som avvik i de opprinnelige plantegningene, er hensyntatt ved de ferdigprosjekterte modulene.
- (25) I konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen er det lagt opp til en utstrakt brukermedvirkning og et samspill mellom innklagede og valgte leverandør. Endringene som er gjort i valgte leverandørs opprinnelige tilbud, er en konsekvens av denne tilpasningsadgangen. Leveransen går fortsatt ut på 4 klasserom med tilhørende støttearealer, og endringene kan således ikke anses vesentlige.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Ved minikonkurranser under rammeavtale beregnes klagefristen fra inngåelse av hver enkelt kontrakt, jf. klagenemndas sak 2009/148 premiss (29), og klagen er dermed rettidig. Konkurransen gjelder levering av paviljonger, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Rammeavtalens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4) estimert til 40 millioner kroner ekskl. mva. Kontrakten om levering av paviljonger til Mortensrud skole, har en estimert verdi på 4 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402.
- (27) Klager anfører at konkurransen om inngåelse av rammeavtalen, og dermed også minikonkurransen om levering av paviljonger til Mortensrud skole, reguleres av forskriften del III. Den delen av klagen som knytter seg til inngåelsen av rammeavtalene den 8. februar 2013, er imidlertid foreldet, jf. klagenemnds forskriften §§ 6 andre ledd og 13a andre ledd. Klagenemnda må uansett ta stilling til hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse på denne konkurransen. Innklagede har forklart at estimatet på 40 millioner kroner ekskl. merverdiavgift var en øvre grense, og anskaffelsen overstiger da ikke terskelverdien for bygge- og anleggsanskaffelser, jf. forskriften § 2-2 (1). Det konkrete avropet som den påklagede minikonkurransen gjelder, er dessuten langt under terskelverdien. Nemnda legger derfor til grunn at denne anskaffelsen reguleres av forskriften del II, med de regler for rammeavtaler i del II som gjaldt på tidspunktet for gjennomføringen av konkurransen om rammeavtalen.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra minikonkurransen. Tilbudet skulle ifølge klager ha vært avvist fordi det inneholder flere avvik og forbehold.
- (29) Det følger av forskriften § 6-1 (1), slik den lød på kunngjøringstidspunktet, at oppdragsgiver skal *"følge prosedyrereglene som følger av denne forskrift, inntil tildeling av kontrakter foretas innenfor rammeavtalen"*.

- (30) Om den likelydende bestemmelsen i forskriften § 15-1 har klagenemnda i sak 2011/154 uttalt at *"forskriftens prosedyreregler også gjelder ved gjennomføringen av en minikonkurranse under en rammeavtale, men at spesialregelen i forskriften § 15-3 får forrang"*, jf. avgjørelsen i premiss (23). Hvilke avvisningsregler som kommer til anvendelse, er imidlertid avhengig av hvilken anskaffelsesprosedyre – konkurranseform – innklagede har valgt, jf. forskriften § 11-11, som har noe forskjellige regler for åpne anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling. Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, vil for øvrig som ellers bero på de krav konkurransegrunnlaget stiller til innholdet i tilbudene.
- (31) De parallelle rammeavtalene ble inngått etter en konkurranse med forhandling. Verken i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, eller i minikonkurransegrunnlaget, er det sagt noe om hvilken anskaffelsesprosedyre minikonkurransen skal følge. Minikonkurransegrunnlaget angir at *"[a]nskaffelsen gjennomføres på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtale for paviljonger"*, men det er ikke konkretisert hva som ligger i dette. Innklagedes manglende angivelse av hvilken prosedyre som skal følges, kan ikke uten videre forstås slik at det er avvisningsreglene for åpne- og begrensede anbudskonkurranser som kommer til anvendelse. Det vil likevel gjelde visse skranker for hvordan innklagede kan håndtere tilbud med avvik eller forbehold. Allerede grunnprinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 5 tilsier dette. I denne minikonkurransen hadde for øvrig innklagede i konkurransegrunnlaget varslet at forbehold og avvik kunne medføre avvisning, jf. avsnitt (12) foran. Hvilke avvisningsregler som skal gjelde i et tilfelle som det foreliggende, vil først aktualiseres dersom det foreligger avvik eller forbehold av en slik karakter at det kan gi grunnlag for avvisning. Klagenemnda vil derfor først ta stilling til dette.
- (32) Konkurransegrunnlaget for minikonkurransen gir helt begrensede føringer for hva leverandørenes tilbud skal inneholde. Utover tilbudsbrevet og eventuelle vedlegg, skulle tilbyderne bare levere *"[d]okumentasjon [på] produktkvalitet og produksjonsmetode for komponenter og utstyr"*, og *"fremdriftsplan med vedlagt redegjørelse for gjennomføring av arbeidene"*, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6. I orienteringen til rammeavtalen er det også presisert at leverandørene *"[ikke] behøver [...] å levere samme dokumentasjon som for rammeavtalen på nytt i minikonkurransen, men kun forholde seg til minikonkurransegrunnlaget og de krav som stilles i det"*. Med dette som bakgrunn tar klagenemnda stilling til hvorvidt valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik, forbehold eller lignende som skulle ført til avvisning av tilbudet. Klagenemnda drøfter først om valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik fra kravspesifikasjonen som kunne ha medført avvisning.
- (33) Minikonkurransen skulle gjennomføres *"på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtale for paviljonger"*, jf. også forskriften § 6-3 (2). I kravspesifikasjonen som lå til grunn for inngåelsen av rammeavtalen, står det at *"Felles kravspesifikasjon for Oslo kommune – Skoleanlegg 2012"* (FKOK) ligger til grunn for alle innklagedes prosjekter. Av kravspesifikasjonen går det videre frem at *"ferdige paviljonger [skal] tilfredsstille myndighetenes samlede krav som minimumskrav"*. Sistnevnte må formodentlig forstås som en generell henvisning til blant annet forskrift om tekniske krav til byggverk av 26. mars 2010 nr. 489 (TEK10). Verken kravspesifikasjonen eller minikonkurransegrunnlaget inneholder imidlertid noen uttrykkelig henvisning til TEK10 eller bestemmelser i denne forskriften.

- (34) Klager har vist til at valgte leverandørs plantegninger inneholder avvik fra bestemmelser i både FKOK og TEK10. På tegningene ser det eksempelvis ikke ut som det er *"minimum 0,9 m fri gulvplass på begge sider av toalett"*, jf. TEK10 § 12-9 (2) bokstav b.
- (35) Slik klagenemnda forstår minikonkurransegrunnlaget, var det imidlertid ikke lagt opp til at tilbyderne – på tilbudstidspunktet – skulle dokumentere samsvar mellom de tilbudte løsningene og kravene i TEK10 mv. overfor innklagede. Konkurransegrunnlaget gir som nevnt få opplysninger om hvilken dokumentasjon som skal følge tilbudet. Dokumentasjon på oppfyllelse av TEK10 og FKOK er ikke påkrevd.
- (36) Av kravspesifikasjonen for rammeavtalen punkt 3 fremgår det at *"ferdige paviljonger [skal] tilfredsstille myndighetenes samlede krav"* (uthevet her). I innledningen til TEK10 kapittel 2 (*"Dokumentasjon av oppfyllelse av krav"*) står det også at kravene til dokumentasjon er satt for å sikre at *"at prosjektering, produkter og utført arbeid samsvarer med forutsetningene, og slik at det ferdige byggverket oppfyller myndighetskravene"* (uthevet her). Til dette kommer at anskaffelsen skal gjennomføres som en totalentreprise, hvor leverandøren har det fulle ansvaret for både prosjektering og utførelse, jf. klagenemndas sak 2011/329 i premiss (48).
- (37) Innklagede måtte på denne bakgrunn som utgangspunkt kunne legge til grunn at valgte leverandør ville levere paviljongene i tråd med de krav som var oppstilt. Foranlediget av klagers innsigelser mot tildelingsbeslutningen, og klagen til klagenemnda, har innklagede under enhver omstendighet avklart med valgte leverandør at tilbudet ikke inneholder avvik på de punktene som klager viser til. I en e-post fra valgte leverandør, går det frem at plantegningene *"kan vise avvik"*, men at klagers beregninger er *"unyansert/uriktige"*, og at de ferdig prosjekterte modulene er i henhold til kravene i TEK10 og FKOK.
- (38) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra minikonkurransegrunnlaget som følge av avvik fra kravspesifikasjonen, kan dermed ikke føre frem.
- (39) Klager anfører videre at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av vesentlige forbehold.
- (40) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 5 at det ikke er adgang til å ta forbehold mot *"grunnleggende elementer i minikonkurransegrunnlaget"* og at tilbud som inneholder forbehold av denne art *"vil kunne bli avvist"*.
- (41) Klager viser for det første til at valgte leverandørs tilbud inneholder et skjema, hvor det er krysset av for at innklagede har ansvaret for *"[g]odkjenning av oppsett"*. Dette utgjør ifølge klager et vesentlig forbehold mot konkurransegrunnlaget punkt 2. Klager anfører videre at valgte leverandørs serviceavtale inneholder forbehold mot leieavtalen. Klager viser i denne sammenheng til at serviceavtalen tilsynelatende legger ansvaret for vedlikehold av brann- og ventilasjonsanlegg på innklagede. Dette strider ifølge klager mot leiekontrakten, herunder punkt 12.1, hvor det fremgår at *"[u]tleier har ansvar for løpende vedlikehold og årlig kontroll av teknisk brannvernustyr"*.
- (42) Det er ikke klart hva som ligger i at innklagede skal ha ansvaret for *"godkjenning av oppsett"*, og hvordan dette i så fall utgjør et forbehold mot konkurransegrunnlaget. Klagenemnda er ikke uten videre enig med klager i at valgte leverandør med dette legger

risikoen for offentlige godkjenninger på innklagede. Klagers anførsler gir ikke holdepunkter for å konstatere at det foreligger et vesentlig forbehold.

- (43) Når det gjelder valgte leverandørs serviceavtale, er den aktuelle formuleringen i denne at innklagede har ansvar for *"drift, vedlikehold og fornyelse av egne innredninger, tele/data, ventilasjonsanlegg, brannvarslingssystem og brukerutstyr som er installert for eller av bruker"*. En naturlig forståelse av dette er at innklagede har ansvar for alle innretninger, herunder brannvarslings- og ventilasjonsanlegg, som de installerer selv, mens valgte leverandør har ansvar for innretninger som blir installert av dem. Klagers anførsler gir ikke holdepunkter for å konstatere at dette er et vesentlig forbehold.
- (44) Klager har også vist til at valgte leverandør har lagt ansvaret for *"[t]omt og grunnforhold"* og *"[t]ekniske fremføringer til veggliv"* på innklagede. Dette utgjør ifølge klager et vesentlig forbehold mot konkurransegrunnlaget.
- (45) Innklagede har forklart at valgte leverandørs tilbud ble tillagt en sum på 350 000 kroner for dette forbeholdet, som var klagers pris for de samme arbeidene.
- (46) Avvik og lignende skal normalt prises ut fra hva avviket maksimalt kan medføre av merkostnader for oppdragsgiver, se klagenemndas sak 2015/133 i premiss (25) med videre henvisninger, og sak 2015/134 i premiss (27). Det kan dermed spørres om innklagede har priset det nevnte forbeholdet på en forsvarlig måte. Ut fra forskjellen mellom klagers og valgte leverandørs tilbudssum, er det imidlertid vanskelig å se at forbeholdet påvirker rangeringen av tilbudene. Klager har heller ikke påvist dette. Klagenemnda kan videre ikke se at valgte leverandørs forbehold gjelder et grunnleggende element i minikonkurransegrunnlaget, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5.
- (47) Nemnda finner på denne bakgrunn at klagers anførsler om avvísning av valgte leverandørs tilbud som følge av vesentlige forbehold, ikke kan føre frem.

Vesentlig endring – ulovlig direkte anskaffelse

- (48) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør.
- (49) Det følger av praksis fra EU-domstolen at en avtale kan anses vesentlig endret dersom endringene *"... introduces conditions which, had they been part of the initial award procedure [...] would have allowed for the acceptance of a tender other than the one initially accepted"*, jf. sak C-454/06 (presstext) premiss 35.
- (50) Avgjørelsen gjelder endringer gjort i kontraktperioden, men tilsvarende må gjelde også for endringer gjort i perioden mellom tildeling og signering av kontrakt, jf. klagenemndas sak 2010/179 premiss (62) med videre henvisninger. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til når kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått.
- (51) Partene har, etter tildeling av kontrakt til valgte leverandør, avtalt flere endringer som bryter med konkurransegrunnlaget og med valgte leverandørs opprinnelige tilbud. Den største endringen består av at det skal leveres én paviljong i to etasjer, i stedet for to paviljonger ved siden av hverandre. Som følge av at dette er det blant annet satt inn en heis. Innklagede har også valgt at det skal leveres sentralventilasjon i stedet for romaggregat. Spørsmålet er om disse endringene er vesentlige.

- (52) Klagenemnda nøyer seg her med å vise til at kontraktssummen i den endelige leieavtalen er på 6 404 150 kroner ekskl. mva., mer enn to millioner over prisen i valgte leverandørs tilbud i minikonkurransen (4 231 152 kroner ekskl. mva.). Klagers og Expandia Modulers tilbud var på henholdsvis 5 063 000 kroner og 5 288 000 kroner. Ifølge kostnadsoppstillingen til valgte leverandør, skriver denne prisøkningen seg blant annet fra "*Leie tilleggsarealer sentralisert ventilasjon*" (12 930 kroner ekstra per måned) og "*Leie tilleggsarealer heis*" (10 971 kroner ekstra per måned). Totalt har månedsleien til valgte leverandør gått opp fra 51 888 til 78 439 kroner. Etableringskostnaden har økt fra 1 117 872 kroner i tilbudet, til 1 697 810 kroner i den endelige avtalen.
- (53) Disse endringene er kostnadsmessig så omfattende at de "*... would have allowed for the acceptance of a tender other than the one initially accepted*", jf. sak C-454/06 (pressetext) i premiss 35. Verken bestemmelsene om tilleggs- og endringsarbeider i NS 3431, herunder punkt 33.1 – som gir byggherren rett til å pålegge entreprenøren å utføre tilleggsarbeider på inntil 15 % netto av kontraktssummen – eller konkurransegrunnlagets bestemmelser om brukervedvirkning, fratar endringene deres karakter av å være vesentlige. Avtalen med valgte leverandør utgjør derfor en ulovlig direkte anskaffelse.
- (54) På bakgrunn av dette resultatet finner ikke klagenemnda grunn til å behandle klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen.

Konklusjon:

Undervisningsbygg Oslo KF har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i valgte leverandørs tilbud etter tildeling av kontrakt.

Klagers anførsler om avvisning av valgte leverandørs tilbud, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn

Dokumentet er godkjent elektronisk