



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede inngikk en kontrakter om diverse bygge-, elektriker- og rørleggerarbeid i Gloppen kommune uten å kunngjøre anskaffelsen. Klager anførte at kontraktsinngåelsen innebar en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at det forelå uforutsette omstendigheter som innebar at unntaket for direkte anskaffelser i forskriften § 5-2 kom til anvendelse. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse, førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. juni 2023 i sak 2022/1807

Klager: OSR Eiendom AS

Innklaget: Gloppen kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Gloppen kommune (heretter *innklagede*) inngikk kontrakt om totalentreprise for ombygging av deler av et bygg, fra omsorgsboliger til kontorlokaler, med Åsen & Øvrelid AS 3. januar 2023. Videre ble det inngått avtaler med elektriker Henden Elektro AS og Husevåg Rør AS samme dato. Kostnadsestimatet for arbeidet var totalt 2 738 000 kroner ekskl. mva.
- (2) Bakgrunnen for totalentreprisen var at Nav i Gloppen kommune (heretter Nav) hadde behov for nye lokaler. Nav fylkeskontor avdeling Vestland (heretter Nav Vestland) hadde ansvaret for å holde lokaler for Nav. Frem til 29. mai 2019 hadde Nav Vestland en avtale med Kråna Eigedom AS om leie av lokaler i Sandane senter, som Nav benyttet seg av. Kråna Eigedom AS var etter det opplyste et kommunalt eiendomsselskap. Nav Vestland hadde videre en opsjon i leieavtale for nye fem år, men benyttet seg ikke av denne. Nav Vestland og Kråna Eigedom AS inngikk forhandlinger om endring av lokalene, og leieavtalen løp videre etter 29. mai 2019 som tidsubestemt og oppsigelig etter gjeldende regler for husleie.
- (3) I 2021 ble eiendommen solgt til Codee Holding AS, og forhandlingene mellom Nav Vestland og utleier om endringer ble stoppet på grunn av selskapets planer for bygget. Nav Vestland lyste ut en konkurranse om leie av lokaler for Nav 14. august 2022.
- (4) Codee Holding AS sa opp leieforholdet 28. oktober 2022 med virkning fra 31. desember 2022. Datoen ble senere endret til 28. januar 2023, og senere 1. mars 2023.
- (5) OSR Eiendom AS var eneste interessent i den utlyste konkurransen, men trakk seg 7. november 2022. Det ble ikke inngitt andre tilbud.

- (6) Det er etablert et partnerskap mellom kommunen og staten som har et felles ansvar for driften av Nav-kontorene og for å sikre et samordnet tjenestetilbud til brukerne. Bakgrunnen for dette er at Nav består av både kommunale og statlige tjenester. Nav og kommunene skal ha felles kontorer som dekker alle kommuner, jf. lov 16. juni 2006 nr. 20 om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsforvaltningsloven) [Nav-loven] § 13 første ledd. Da det viste seg vanskelig å finne egnede lokaler, gjorde Gloppen kommune en kartlegging av om kommunen hadde tilgjengelige lokaler som kunne brukes som midlertidig løsning. Et av alternativene var å bruke en del av Gloppen omsorgssenter. I ekstraordinært partnerskapsmøte (mellom Gloppen kommune og staten) 10. november 2022 ble det bestemt at deler av Gloppen omsorgssenter skulle ombygges slik at dette kunne brukes som lokaler for Nav. Alternativene, som var å stenge for publikum eller flytte til midlertidige kontorlokaler i nabokommunene, ble ikke vurdert som akseptable.
- (7) Gloppen kommune kontaktet deretter aktører som kort tid før hadde deltatt i en større totalentreprise for ombygging av og tilbygg til omsorgssenteret. Disse hadde kapasitet til å ta på seg prosjektet. På denne bakgrunn inngikk Gloppen kommune avtalene som er nevnt i avsnitt 1 ovenfor. Gloppen kommune var byggherre for prosjektet og skulle ta kostnaden ved ombyggingen og deretter kalkulere dette inn i leieprisen.
- (8) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 27. desember 2022.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. juni 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom prosjektet er over terskelverdi og skulle vært lyst ut på anbud. Kommunen er underlagt reglene om offentlige anskaffelser når de skifter rolle fra leietaker til utbygger og kan ende som utleier til en av to/tre statlige leietakere i konkurranse med andre aktører.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede erkjenner at verdien av de kontraherte ytelsene utgjør bygge- og anleggskontrakter som overstiger gjeldende terskelverdi, og at del II i forskrift om offentlige anskaffelser med tilhørende kunngjøringsplikt i utgangspunktet gjelder for innkjøpet. Det er ikke imidlertid ikke gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Oppsigelsen av leieavtalen med Codee Holding AS og manglende tilbydere i konkurransen om leie av lokaler innebar et uforutsette forhold som ga grunnlag for å inngå kontrakt etter hasteprosedyren i forskriften § 5-2 første ledd bokstav c.
- (12) Behovet for å anskaffe ytelsen oppstod fordi man brått stod overfor et fastsatt tidspunkt der man ikke hadde lokale for å kunne tilby innbyggerne lovpålagte og tjenester fra Nav. Dette er ikke noe innklagede kunne ha forutsett, eller som skyldes dårlig planlegging fra innklagedes side.
- (13) Håndteringen av lokaler var Nav Vestlands ansvar, og ikke Gloppen kommunes. Først etter 7. november 2022 var Gloppen kommune klar over at Nav sto uten lokaler fra 1. mars 2023.
- (14) Innklagede plikter å sikre at kommunens innbyggere får tilbud om tjenester fra Nav. Dette forutsetter at Nav har lokaler som er tilgjengelige for ansatte og brukerne. Kommunen

hadde ingen andre aktuelle løsninger enn ombygging av del av kommunens omsorgssenter. Lokalene var ikke utformet til å yte slike tjenester, og det var nødvendig med byggearbeid for å kunne tilrettelegge for publikumsmottak og kontorarbeidsplasser med tilhørende fasiliteter. Dette forutsetter lokaler av en viss standard og tekniske løsninger, for eksempel sikkerhetstiltak for både ansatte og brukere. Det er derfor årsakssammenheng mellom manglende lokaler for Nav og kontrahering av bygge- og anleggstjenester for ombyggingsarbeidet på Gloppen omsorgssenter.

- (15) Det var heller ikke tid til å gjennomføre konkurranse etter forskriftens del II dersom lokalene skulle være klare til 1. mars 2023. Det ville da medgå tid til å utforme et konkurransegrunnlag med detaljert kravspesifikasjon, kvalifisering, evaluering og forhandlinger. Det er generelt krevende å kunngjøre og konkurranseutsette bygge- og anleggskontrakter, særlig når de er spesielt tilpasset brukerne.
- (16) Navs tilbud må være tilgjengelig for publikum til enhver tid. Tjenesten må anses som et behov for å sikre liv og helse, og det var ikke et alternativ å stanse tjenesten. Kontrakten er begrenset til det som var nødvendig for de behovene Nav har og kravet til deres tjenester. En direkte anskaffelse var det mest ressurseffektive og ga best kvalitet for samfunnet og allmennheten.
- (17) Klagenemnda finner ikke grunn til å gjengi innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Saken gjelder spørsmål om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør uten forutgående kunngjøring. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (19) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (20) Utgangspunktet er at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre i Doffin alle anskaffelser som overstiger 1,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 §§ 5-1 andre ledd og 8-17. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-datasen. For bygge- og anleggskontrakter, er denne for tiden 51,5 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskriften § 5-3 første ledd bokstav c.
- (21) Klagenemnda legger til grunn at tilbudet som ble inngitt av leverandøren er representativt for det arbeidet vil koste. Dette utgjør en verdi på 2 738 000 kroner ekskl. mva., som er under EØS-terskelverdi, men over nasjonal terskelverdi. Det legges i det følgende til grunn at anskaffelsen derfor reguleres av forskriften del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (22) Det følger av forskriften § 5-2 første ledd bokstav c at unntak fra forskriften del II, herunder plikten til å kunngjøre en anskaffelse over nasjonalt terskelverdi, gjelder dersom oppdragsgiver *«på grunn av uforutsette omstendigheter»* ikke kan avvente kontraktsinngåelsen i den tidsperioden det vil ta å få gjennomført en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse.

- (23) Bestemmelsen gir uttrykk for et snevert unntak, og det er oppdragsgiver som må vise at vilkårene er oppfylt. Av bestemmelsens ordlyd kan det utledes tre kumulative vilkår for at anskaffelsen skal være unntatt kunngjøringsplikten: Det må ha oppstått uforutsette omstendigheter som ikke kan tilskrives oppdragsgiver. Videre må anskaffelsen ikke kunne utsettes i påvente av en tilbudskonkurranse. Endelig må det foreligge årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og det oppståtte anskaffelsesbehovet. I dette ligger det også at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakter som har en lengre varighet eller er mer omfattende enn det som er nødvendig, se eksempelvis NOU 2014, side 112. Det legges til grunn at oppdragsgiver på dette punktet har et noe større handlingsrom etter del II enn det som følger av forskriften § 13- 3 bokstav e, hvor det heter at kontraktens omfang ikke kan være «*større enn strengt nødvendig*».
- (24) Spørsmålet blir dermed om innklagede hadde hjemmel til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring som en hasteanskaffelse etter forskriften § 5-2 første ledd bokstav c.
- (25) I NOU 2014:4, punkt 12.5.2.4 fremgår det:
- «For at oppdragsgiver skal kunne påberope seg unntaket, må det for det første ha oppstått «uforutsette omstendigheter». Kjernen i dette uttrykket er force majeure-lignende forhold som flom, jordskjelv, brann og lignende. Men også ellers kan det oppstå situasjoner som oppdragsgiver etter en objektiv vurdering ikke kunne ha forutsett, som for eksempel når eksisterende leverandør går konkurs, eller oppdragsgiver hever kontrakten på grunn av vesentlig kontraktsbrudd fra eksisterende leverandør. KOFA har i sin praksis lagt til grunn at bestemmelsen ikke kan påberopes i situasjoner som skyldes oppdragsgivers mangel på egen planlegging av anskaffelsen; dårlig planlegging er ikke en uforutsett omstendighet.»*
- (26) Det fremgår videre her at en konkurranse etter del II i forskriften vil kunne gjennomføres forholdsvis raskt fordi det ikke gjelder minimumsfrister for levering av forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud, og at dette har betydning for spørsmålet om anskaffelsen ikke kan utsettes.
- (27) Bakgrunnen for anskaffelsen er at Nav Vestland hadde en tidsbegrenset leieavtale med utleier. Nav Vestland valgte imidlertid i 2019 ikke å benytte seg av opsjonen for å forlenge leieavtalen med fem år. Nav Vestland hadde dermed tre måneders oppsigelsestid i henhold til lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler § 9-6. Nav Vestland utlyste 14. august 2022 en konkurranse om tilbud om leie av lokaler til Nav, formodentlig på et tidspunkt da Nav Vestland forstod at leieavtalen kunne bli oppsagt. Leieavtalen ble deretter oppsagt 28. oktober 2022. Den eneste interessenten etter utlysningen trakk seg 7. november 2022, og på dette tidspunktet var det klart at Nav ikke ville ha lokaler etter 28. januar 2023. Nav Vestland avtalte senere med leietaker en utvidet leieperiode frem til 1. mars 2023.
- (28) Etter det opplyste fikk Gloppen kommune informasjon om at Nav sto uten lokaler 7. november 2022. Gloppen kommune har sammen med staten ansvar for driften av Nav-kontorene og for å sikre et samordnet tjenestetilbud til brukerne. Videre skal Nav og kommunene skal ha felles kontorer som dekker alle kommuner, jf. Nav-loven § 13 første ledd. Slik nemnda forstår det, er Gloppen kommune eier av bygget (omsorgsboliger) som delvis skal leies ut til Nav Vestland etter at det er ombygget. Gloppen kommune tok

derfor på seg ansvaret for ombyggingen av lokalene, innhentet tilbud og inngikk kontrakter med leverandørene.

- (29) Klagenemnda legger til grunn Gloppen kommunes opplysninger om at det var Nav Vestland som hadde ansvaret for å sikre lokaler til Nav-tjenester, og at innklagede fikk opplysninger om at de sto uten lokaler 7. november 2022. På denne bakgrunn har nemnda kommet til at mangelen på lokaler til Nav var en uforutsett situasjon som ikke kunne tilskrives Gloppen kommune. Innklagede har forklart at det ikke var aktuelt å stenge kontoret for en periode eller flytte ut av kommunen, ettersom Navs tjenester er særlig viktig for brukerne. Nemnda vil legge til at Nav-loven § 13 første ledd krever at det er lokaler for Nav og kommunens felles tjenester i hver kommune. Klagenemnda legger tilsvarende til grunn at å stenge kontoret for en såpass lang periode som ville være aktuelt her, ikke er forsvarlig med hensyn til de viktige oppgavene Nav har overfor sine brukere, særlig med hensyn til brukernes helse. Som innklagede har vist til, yter Nav lovpålagte tjenester som blant annet økonomisk sosialhjelp i en nødssituasjon og midlertidige botilbud for de som mangler et sted å sove og oppholde seg det neste døgnet. I tillegg vil det være i strid med den nevnte Nav-loven ikke å ha lokaler i Gloppen kommune.
- (30) Videre er det klagenemndas syn at det ikke ville være mulig å gjennomføre en konkurranse for en bygge- og anleggskontrakt i henhold til forskriften del II, og få det aktuelle bygget klart, i løpet av den fire måneders perioden innklagede hadde til rådighet. Forskriften del II har ikke bestemte frister for prosessen, men det stilles krav om hva konkurransegrunnlaget skal inneholde, hva kravspesifikasjonene skal angi, at det skal stilles tildelingskriterier og enkelte andre lovbestemte krav. Det er i tillegg en bygge- og anleggstjeneste, der et bygg skal tilpasses innklagedes spesielle behov. I en slik situasjon må både anskaffelsesprosessen og byggingen forventes å kunne ta tid, og totalt mer enn fire måneder. I referat fra ekstraordinært partnerskapsmøte 10. november 2022 fremgår det at det anslås at arbeidet vil ta tre måneder. Kontrakten kunne dermed ikke utsettes i påvente av en tilbudskonkurranse.
- (31) Det er også årsakssammenheng mellom det at innklagede manglet lokaler til Nav og behovet for å få ombygget omsorgsboligene til spesialtilpassede kontorlokaler for Nav. Slik klagenemnda forstår det, har ikke innklagede inngått kontrakt om arbeider som ikke er nødvendig for å få de aktuelle lokalene klare til 1. mars 2023. Dette er heller ikke anført. Lokalene var ikke utformet til å yte Navs tjenester, og det var nødvendig med byggearbeid for å kunne tilrettelegge for publikumsmottak og kontorarbeidsplasser med tilhørende fasiliteter, samt sikkerhetstiltak. I referat fra ekstraordinært partnerskapsmøte 10. november 2022 fremgår det at lokalene er midlertidige, og at dersom det kommer konkrete planer om nybygg i sentrum, må en være klare til å sette i gang. Bakgrunnen er at det er ønskelig at Nav har kontorer i sentrum av Sandane. Nemnda har i lys av dette kommet til at anskaffelsen ikke var mer omfattende enn nødvendig.
- (32) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, har ikke ført frem.

Konklusjon:

Gloppen kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent, og har ingen signatur.