



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Finn AS
Att. advokat Pål Henrik Løftingsmo
Postboks 265
9483 HARSTAD

Deres referanse

Vår referanse
2008/207

Dato
27.04.2009

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på avlysning av konkurranse for inngåelse av kontrakt om totalentreprise for oppføring av skolebygg. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Fylkestinget i Troms fylkeskommune (heretter kalt innklagede) fattet 11. juni 2007 følgende vedtak:

"Fylkestinget vedtar at det bygges nye lokaler for restaurant og matfag på Rå videregående skole. Foreløpig kostnadsramme er 27 millioner eksklusiv inventar, utstyr og prisstigning. Kostnadene innarbeides i budsjett for 2008 og økonomiplan for 2008 til 2011."

- (2) Den 20. august 2008 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om totalentreprise for oppføring av lokalene.

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.14 var det tatt følgende forbehold:

*"Det tas forbehold om offentlig godkjenning av prosjektet.
Det tas også forbehold om finansiering av prosjektet."*

- (4) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 26. september 2008 kl. 14.00. Blant leverandørene som leverte tilbud var Nilsen & Haukland AS (heretter kalt klager).

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

- (5) Den 13. oktober 2008 sendte innklagede et brev til klager der det fremgikk hvem som deltok i konkurransen, og den enkelte leverandørs tilbudspris. Det laveste tilbudsprisen var på cirka 33 millioner kroner.
- (6) Konkurransen ble avsluttet ved brev fra innklagede av 7. november 2008:

"RÅ VIDEREGÅENDE SKOLE – TALENTREPRISE NYBYGG RESTAURANT OG MATFAG – AVLYSNING AV KONKURRANSE OG TOTALFORKASTELSE

Det vises til Deres tilbud på totalentreprise for ovennevnte prosjekt.

Fylkestinget i Troms fylkeskommune bevilget i sak 59/07 kr 27 millioner til prosjektet. I kostnadsrammen inngår alt eksklusiv inventar og utstyr, men rammen skal prisreguleres.

Det kom inn fem anbud i konkurransen. De innkomne anbud ligger over den økonomiske rammen som er stilt til disposisjon for prosjektet. Troms fylkeskommune har derfor besluttet å avlyse konkurransen og forkaste alle tilbudene jfr. § 13-1 (2) i Lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Troms fylkeskommune takker for interessen Dere har vist ved å delta i konkurransen. Vi håper Dere vil være med å konkurrere om oppdrag ved en senere anledning."

- (7) Klager påklaget denne beslutningen ved brev av 13. november 2008. Det ble vist til at budsjettet ikke var forsvarlig, at oppdragsgiver hadde plikt til å gi beskjed om stramme budsjetter på forhånd og at det på grunn av den økonomiske situasjonen skulle mer til før det var akseptabelt at oppdragsgiver trakk en anskaffelse fra markedet. Videre ble det vist til at en ny konkurranse ville være urimelig mot leverandørene, da innklagede hadde gjort tilbudsprisene kjent blant tilbyderne, og at innklagede i dette tilfellet hadde andre muligheter til å løse problemet enn å totalforkaste tilbudene.
- (8) Innklagede besvarte klagen ved brev av 19. november 2008:

"Det vises til Deres brev av 13.11.2008. Saken er behandlet i styringsgruppen for byggesaker den 18.11.2008.

Åpenhet

Ønsker en leverandør å orientere seg om godkjent kostnadsnivå for et prosjekt, så finnes det tilgjengelig informasjon på nettet under tromsfylke.no. Videre har det framkommet i Harstad Tidende i mai 2007 at fylkestinget ville bevilge penter til prosjektet. Leverandørene har dermed hatt mulighet til å orientere seg om den økonomiske rammen som var stilt til disposisjon for prosjektet.

Budsjett

I konkurransegrunnlaget punkt 1.14 så tas det forbehold om finansiering av prosjektet. Leverandøren har således på forhånd fått varsel om begrensninger i anskaffelsens økonomi.

Kostnadsnivået ble antatt ut fra for oss sist kjente kostnader for byggeprosjekt gjennomførte av Troms fylkeskommune. Dette tilsa en kostnad på kr 24-25 000,- per m2

inklusive merverdiavgift. I m2 prisen inngår også inventar og utstyr. Kostnadsnivå ble også kontrollert ved å benytte Holte Prosjekts kalkulasjonsprogram.

Prosjektrammen ble fastsatt i fylkestingsak 59/07. Kostnadsramme skulle prisreguleres, men inventar og utstyr inngikk ikke. På det tidspunkt rammen ble vedtatt anså vi rammen som tilfredsstillende, stram, men ikke urovekkende stram. At kostnadsramma var stram ble også Rå videregående orientert om da prosjektet startet opp. Arealene ble derfor satt så lave som mulig for å komme innenfor ramma.

Budsjett for 2009

Fylkesrådet har nylig presentert forslaget til budsjett for 2009. Her fremgår det at de foreslår å øke budsjettrammen til kr 33,5 millioner. Økningen i budsjettet skyldes at rammen på kr 27 millioner er prisregulert og at det er avsatt kr 4,5 millioner til inventar og utstyr. Fylkesrådet forutsetter at Bygg- og eiendomssenter iverksetter tiltak for å holde seg innenfor rammen.

Kostnadsnivå anbud

Den totale kostnadsrammen for prosjektet ut fra laveste anbud er blitt anslått til kr 40,5 millioner inklusive merverdiavgift. I dette beløpet inngår arkitekt, konsulenter, forventet prisstigning, inventar og utstyr, gebyrer og uforutsette kostnader. Etter å ha prisregulert rammen, så er det en budsjettsprikk på 7 millioner. Anslått kostnadsnivå, eks inventar og utstyr, gir en m2 pris på omkring kr 31 700,- inklusiv merverdiavgift. For oss en uakseptabel høy pris. Troms fylkeskommune ser ingen mulighet til å redusere kostnadene så mye på det foreliggende prosjektet at vi skal kunne gjennomføre det. Alternativet med å bytte ut falsede takplater med bølgeblekk gir for liten prisreduksjon. Å redusere kostnadsnivået med flere millioner kroner etter å ha inngått kontrakt, anser vi ikke som en reell mulighet.

Konklusjon

Troms fylkeskommune fastholder sin beslutning om å totalforkaste tilbudene.”

(9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 26. november 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(9)(10) Innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen og totalforkaste tilbudene, da kravet til saklig grunn i forskriften § 13-1 (2) ikke er oppfylt. Selv om manglende budsjettdekning er et forhold som kan berettige en totalforkastelse, må det foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Etter det klager kjenner til bygger innklagedes budsjett på kostnad per kvadratmeter for én tannklinikk. Dette er åpenbart et spinkelt grunnlag for et budsjett. Prisene i de innkomne tilbudene ligger i dette tilfellet i normalsjiktet for dette konkrete prosjektet. Det vises til at fire av de fem tilbudene som kom inn i konkurransen var priset mellom 33 og 35,4 millioner kroner. Innklagedes budsjett er heller ikke gjort kjent for tilbyderne. Det er ikke tilstrekkelig at opplysningene er offentlige eller mulige å få tak i. Budsjettet vil normalt sett heller ikke være avgjørende for realiseringen av et prosjekt. Det er vanlig å fremskaffe tilleggsbevilgninger, eller bruke lovlige kostnadsreduserende virkemidler.

| ~~(10)~~(11) Oppdragsgivers interesse i å avlyse konkurransen må også veies opp mot leverandørenes interesse i at konkurransen fortsetter, en vurdering det ikke ser ut til at innklagede har foretatt i dette tilfellet. Ved å totalforkaste tilbudene påfører innklagede klager en stor belastning. For det første på grunn av klagers kostnader til å inngi tilbud i konkurransen. Videre har innklagede gjort det klart at prosjektet skal gjennomføres, og at dette skal skje så snart som mulig. Innklagede har imidlertid bekjentgjort tilbudsprisene i de innleverte tilbudene, og dermed ødelagt konkurranseforholdet mellom tilbyderne. Den nye konkurransen skal også, etter det klager kjenner til, gjennomføres som en konkurranse med forhandling. Tilbyderne skal således med nye virkemidler tvinges til ytterligere prisreduksjoner i forhold til de inngitte tilbudene. Dette skal skje i en krisepreget økonomisk situasjon, hvor mange utbyggere utsetter prosjekter, ut fra en tanke om at prosjektene blir billigere jo verre situasjonen blir på leverandørsiden. Når det private markedet opptre på denne måten, skal det offentlige opptre motsatt, nettopp for å motvirke effekten av finanskrisen og ringvirkningene av investeringsuviljen. Dette må påvirke tolkningen av regelverket for offentlige anskaffelser, og tilsier at det må stilles strengere krav til oppdragsgivers handlemåte. Regelverket bør ikke sanksjonere en handlemåte som oppfordrer til useriøse anbud i en presset markedssituasjon, slik innklagede legger opp til i dette tilfellet.

| ~~(11)~~(12) Innklagedes handlingsalternativer må også tas med i vurderingen av om det forelå saklig grunn. For det første er det på det rene at forutsatt prisregulering vil bringe bevilgningen opp i 29 millioner kroner. For det andre vil det bli gitt momsrefusjon i henhold til lov av 12. desember 2003 nr. 108 §§ 3 og 4, noe som er erkjent av innklagede. Dette bringer laveste tilbud ned i 26,4 millioner kroner. Hvordan dette teknisk regnskapsføres eller for øvrig disponeres, er saken uvedkommende.

| ~~(12)~~(13) Det forelå også muligheter til å redusere kontraktens økonomiske verdi gjennom bruk av alternativer i kontrakten. Dette er oppdragsgivers ensidige valg og rettighet etter NS 3431, som innklagede ville benytte i dette tilfellet. Reduksjonen kan for eksempel bestå i en forenkling av byggeprosjektet, altså det innklagede nå ser ut til å signalisere. Ettersom prosjektering er omfattet av kontrakten, ville det være svært enkelt å redusere kontraktsumfanget ved forenkling, og dermed oppnå full budsjettdekning for det ønskede resultat. Det er hjemmel i entreprisekontrakten til å redusere kontraktsumverdien med inntil 15 % uten avbestillingserstatning. Innklagede har erkjent at man ikke så det som en reell mulighet å redusere kontraktens verdi. Dette viser at innklagede ikke har utnyttet de mulighetene som forelå i den situasjonen som var oppstått.

| ~~(13)~~(14) Ved en slik fremgangsmåte ville en også trekke entreprenørenes kompetanse inn i arbeidet med besparelser, og dermed oppnå bedre resultater enn om de samme konsulentene igjen skal revidere prosjektet.

| ~~(14)~~(15) Det er i tillegg foreslått en budsjetttramme for 2009 på 33,5 millioner kroner, hvilket må kunne gi muligheter for overføringer. Klager går også ut fra at innklagede kan skaffe finansiering via andre kilder, ettersom den politiske viljen til å gjennomføre prosjektet finnes. Dette kan for eksempel gjøres ved overføring mellom budsjettposter, tilleggsbevilgninger, ekstern finansiering eller lånefinansiering. Det må også tas i betraktning at entreprisekontrakter betales etter fremdrift, og at innklagede dermed kan spre belastningen ut over en forutsatt byggetid på ett år.

| ~~(15)~~(16) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning for den positive eller den negative kontraktsinteressen er oppfylt. Når det gjelder den positive kontraktsinteressen, bemerkes det at tilbudene er åpnet og vurdert, og rangeringen av tilbudene er kjent.

Innklagedes anførsler:

| ~~(16)~~(17) Innklagede hadde saklig grunn til å totalforkaste tilbudene. Budsjettet på 27 millioner kroner bygget på et forsvarlig budsjett. Innklagede fastslo arealbehovet til 1 100 kvadratmeter. Kostnadsrammen for oppføringen ble regnet ut på grunnlag av kostnadene med å bygge Breivang videregående skole i Tromsø, som var ferdigstilt ved årsskiftet 2005/2006. Dette er et skolebygg som har høy standard på både utforming, teknikk og materialer. Skolen har en totalkostnad inkludert inventar og utstyr på kr 22 800,- per kvadratmeter. Denne prisen, regulert med SSBs indeks for boligblokk er lagt til grunn som enhetspris for utbyggingen av Rå videregående skole. Som en ekstra kvalitetssikring, ble kostnadene kontrollert ved bruk av Holte prosjekts kalkulasjonsprogram. Dette ga en styringsramme på 27,65 millioner kroner eksklusive inventar og utstyr.

| ~~(17)~~(18) Klager har hatt reell mulighet til å orientere seg om prosjektets kostnadsnivå. Kostnadsrammen har vært angitt når prosjektet har vært omtalt i media. Videre er det mulig å skaffe seg informasjon om hvilken kostnadsramme fylkestinget hadde godkjent på innklagedes nettsider. Innklagede har i konkurransegrunnlagets punkt 1.14 også tatt forbehold om finansiering. Tilbyderne har således fått et klart signal om at det var begrensninger i finansieringen av prosjektet, og det burde således være i anbyders interesse å innhente opplysninger om hvilke midler som sto til rådighet.

| ~~(18)~~(19) Når det gjelder spørsmålet om de prisene i de innleverte tilbudene ligger i normalsjiktet, viser innklagede til Byggfaktas byggekostnadskalkulator for tredje kvartal 2008. Den gir en gjennomsnittlig forventet totalkostnad på et skolebygg på 1 100 kvadratmeter i Tromsø på 21,7 millioner kroner, hele landet på 22,3 millioner kroner og for 23,2 millioner kroner for Oslo.

| ~~(19)~~(20) I tillegg kan det nevnes at innklagede høsten 2008 har inngått kontrakt for et nybygg på Kvaløya videregående skole i Tromsø med en totalkostnad per kvadratmeter på kr 21 900,- eksklusive inventar og utstyr. Byggene har ikke samme formål, men dette gir etter innklagedes mening en god indikasjon på kostnadsnivået i markedet.

| ~~(20)~~(21) Innklagede anså det ikke som en reell mulighet å skrive kontrakt, for så å søke å redusere kostnadene innenfor kontraktens endringsmulighet, da innsparingsbehovet er for stort. Kun en alternativ post i tilbudet, nemlig å bytte taktekke, gir prisreduksjon. For klagers del utgjør denne posten kr 461 000,- inkludert merverdiavgift.

| ~~(21)~~(22) Det er riktig at innklagede får refundert betalt merverdiavgift på sine investeringsutgifter. Disse inntektene kommer imidlertid ikke investeringsprosjektene til gode som en finansieringskomponent, men skal inntektsføres i driftsregnskapet i henhold til de reglene som gjelder for kommunale regnskap. Kompensasjon for innbetalt merverdiavgift er allerede inntektsført i budsjettet for 2008, og er således penger som ikke kan brukes flere ganger.

| ~~(22)~~(23) Klager har anført at entrepriser betales etter fremdrift, og at den økonomiske belastningen derfor kan spres utover en forutsatt byggetid. Dette vil imidlertid ikke virke

inn på de budsjетtrammer som er satt. Innklagede har avlyst konkurransen på grunn av manglende budsjетtdekning, ikke av likviditetsmessige årsaker. Klagers forslag er derfor ikke relevant.

| ~~(23)~~(24) Fylkestinget i Troms har nå vedtatt å øke kostnadsrammen for prosjektet til 33,5 millioner kroner. Økningen skyldes at totalkostnaden for bygget er prisregulert, og at det er avsatt midler til inventar og utstyr. Budsjетtrammen er i dag 29 millioner kroner til byggeprosjektet og 4,5 millioner kroner til inventar og utstyr.

| ~~(24)~~(25) For å redusere kostnadene og komme innenfor rammene av de bevilgningene som er gitt, ser innklagede det som eneste mulighet å bearbeide prosjektet på nytt. Det anses som nødvendig å se på forenklinger av blant annet byggets utforming, materialbruken og utendørs arbeider. Det er ikke tatt stilling til hvilken konkurranseform som skal benyttes når prosjektet lyses ut på nytt etter bearbeidelsen.

| ~~(25)~~(26) Innklagede har som mål å være en langsiktig og troverdig samarbeidspartner for aktørene i markedet, i så vel gode som dårlige tider. Finanskrisen var ikke kjent for innklagede da fylkestinget behandlet budsjettet for 2008, og heller ikke da prosjektet ble utredet våren 2007. I denne saken gjelder derfor vanlige krav i henhold til kommuneloven om at innklagedes budsjett skal være realistisk og i balanse. Endringer av budsjettet kan bare gjøres av fylkestinget. I budsjетtprosessen for 2008 ble andre prosjekter tatt ut på grunn av at det ikke var tilstrekkelige midler. Merforbruk på dette prosjektet, uten at den totale rammen økes, vil derfor føre til at andre prosjekter må utsettes.

Sekretariatets vurdering:

| ~~(26)~~(27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattets av Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II.

Saklig grunn til å totalforkaste tilbudene

| ~~(27)~~(28) Det følger av forskriften § 13-1 (2) at oppdragsgiver kan *”forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det”*.

| ~~(28)~~(29) Spørsmålet om manglende økonomisk dekning utgjør saklig grunn til å totalforkaste tilbudene må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle. Vurderingen er den samme som om oppdragsgiver hadde valgt å avlyse konkurransen. Økonomiske og forretningsmessige grunner vil generelt være saklige grunner, jf. klagenemndas sak 2008/14 premiss 21, som viser til klagenemndas sak 2004/1 premiss 17 og Rt. 2001 side 473 Concord II-kjennelsen. Når det gjelder spørsmålet om saklig grunn til å avlyse en konkurranse, har Høyesterett i Rt. 2007 s. 983, Reno-Vest, under henvisning til Concord-kjennelsen presisert saklighetskravet til et spørsmål om avgjørelsen *”ville ha hvilt på en fullt ut forsvarlig økonomisk vurdering”*. Det fremgår at det ikke stilles krav til noen konkret overvekt av økonomiske hensyn for at en avlysning skal være saklig, spørsmålet er om vurderingen er forsvarlig, jf. klagenemndas sak 200/60 premiss 32. Avlysning av konkurranse kan skje så lenge det ikke er inngått kontrakt, jf. Borgarting Lagmannsretts dom av 30. mars 2009.

| ~~(29)~~(30) I klagenemndas sak 2008/60 (premiss 36) uttalte klagenemnda at spørsmålet om saklig grunn til avlysning må skilles fra spørsmålet om mulig erstatningsansvar. Vurderingen i det følgende blir om det på avgjørelsestidspunktet objektivt sett forelå en saklig grunn til å totalforkaste tilbudene.

| ~~(30)~~(31) Det følger av fylkestingets vedtak av 11. juni 2007 at kostnadsrammen for oppføringen av nybygget var 27 millioner kroner. Dette beløpet er nå oppjustert til 29 millioner kroner på grunn av prisstigning. Det fremgår av brev av 13. oktober 2008 at den laveste tilbudsprisen i konkurransen var cirka 33 millioner kroner, altså 4 millioner kroner over dagens budsjett. Dette utgjør en manglende dekning i budsjettet på cirka 14 %.

| ~~(31)~~(32) Det er altså på det rene at de innkomne tilbud lå betydelig over det budsjettmessige anslaget innklagede hadde foretatt forut for kunngjøringen av konkurransen. Innklagede har på denne bakgrunn redegjort for hvorfor innklagede valgte å totalforkaste tilbudene og hvorfor det var uaktuelt å redusere kostnadene ved prosjektet i etterkant. Etter sekretariatets oppfatning viser innklagedes redegjørelse at avgjørelsen er basert på en forsvarlig vurdering. Innklagede hadde således saklig grunn for å totalforkaste tilbudene.

Erstatning

| ~~(32)~~(33) Selv om manglende budsjettdekning utgjør en saklig grunn til å totalforkaste tilbudene, kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig overfor tilbyderne. I sak 2008/60 uttalte klagenemnda i premiss 37 følgende om dette:

”For at oppdragsgiver ansvarsfritt skal kunne avlyse en konkurranse som følge av manglende økonomi følger det av klagenemndas tidligere praksis at de innkomne pristilbud må overstige det fastsatte budsjett for anskaffelsen, og at det fastsatte budsjett er basert på et realistisk kostnadsestimat, og ikke på overoptimistiske kalkyler, jf. klagenemndas saker 2006/115 og 2006/129. Det er opp til oppdragsgiver å dokumentere at fastsettelsen av budsjetttrammen har skjedd på et forsvarlig grunnlag, jf klagenemndas sak 2006/115.”

| ~~(33)~~(34) Klager har anført at innklagedes budsjett bygget på et for spinkelt grunnlag, og at dette etter klagers mening vises ved at fire av fem tilbud var priset mellom 33 og 35,4 millioner, noe som må anses som normalpris for dette prosjektet. Det fremgår av innklagedes brev av 19. november 2008 at innklagede bygget på sist kjente kostnader for byggeprosjekt innklagede hadde gjennomført ved fastsettelsen av kostnadsrammene. Innklagede har i tilsvaret opplyst at prosjektet dreide seg om var oppføringen av Breivang videregående skole i Tromsø. Kvadratmeterprisen for oppføringen av dette bygget ble justert ved hjelp av Statistisk sentralbyrås indeks for byggekostnader for boligblokk, og kvalitetssikret ved hjelp av en prosjektkalkulator. Sekretariatet kan ikke se at det var uforsvarlig av innklagede å fastsette budsjettet på denne måten.

| ~~(34)~~(35) Det bemerkes videre at innklagede ved å ta forbehold om finansiering av prosjektet i konkurransegrunnlaget punkt 1.14 hadde gitt et varsel om begrensninger i anskaffelsens verdi, og at sekretariatet ikke kan se at innklagede hadde noen forpliktelse til å redegjøre for budsjetttrammene som lå til grunn for konkurransen, jf. klagenemndas sak 2008/14 premiss 24.

| ~~(35)~~(36) _____ Som følge av det ovennevnte kan sekretariatet heller ikke se at det ikke er grunnlag for erstatning.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

Med vennlig hilsen

Linda Midtun
førstekonsulent

Kopi: Troms fylkeskommune