



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede avlyste en anskaffelsesprosess etter at meddelelse om tildeling av kontrakt var gitt. Klagenemnda kom til at § 17-1 P(1) gir hjemmel for avlysning også etter at det er gitt meddelelse i henhold til § 17-3 (1). Videre fant klagenemnda at det innklagede hadde saklig grunn for avlysningen.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2004 i sak 2004/165

Klager: Per Nordhagen Entreprenørforretning AS

Innklaget: Forsvarsbygg

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avlysning av konkurransen.

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. januar 2004 en åpen anbudskonkurranse for utskiftning av to oljetanker i Kolsås leir. Tilbud skulle velges etter laveste pris.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

- (2) Anskaffelsen var nærmere beskrevet slik:

" Det skal fjernes 2 stk 50 m3 oljetanker (GUP), demontering av innvendig liner og tankutrustning. Fjerning av olje-forurensset masse. Levering og montering av 2 stk 50m3 oljetanker (stål), remontering av liner og tankutrustning."

- (3) Anskaffelsen inkluderte fjerning av forurensede masser etter et større oljeutslipp i desember 2003.

- (4) Per Nordhagen entreprenør AS (heretter kalt klager) var en av syv leverandører som inga tilbud. Klagers tilbud hadde laveste pris, og klager ble dermed valgt som kontraktspart.

- (5) I brev av 5. februar 2004 ble valget meddelt leverandørene. Innklagede skrev:

" Tildeling av kontrakt 02/2004 MOOS

Vi takker for mottatt tilbud, og vi vil i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 17.3 meddele at Forsvarsbygg Eiendomsforvaltning Markedsområde Oslo har intensjon om å inngå kontrakt med

Per Nordhagen Entreprenørforretning AS

Kontrakten tildeles denne tilbyder på grunn av laveste pris."

- (6) På grunn av nedbør og snøsmelting, oppstod det i mars 2004 en akutt situasjon med spredning av olje i grunnen. Innklagede besluttet etter muntlig pålegg fra SFT å få

fjernet de forurensede massene umiddelbart. Den 22. mars 2004 ble arbeidene bestilt fra en annen leverandør, og jobben ble utført i løpet av to uker.

- (7) **Undertegning av kontrakt med klager drøyde, og 24. mars 2004 ble klager tilskrevet for å få forlenget vedståelsesfristen. I svarbrev av 30. mars skrev klager at firmaet anså kontrakt for å være inngått, da det ikke hadde kommet noen innsigelser.**
- (8) **Den 1. april 2004 meddelte innlagede at konkurransen var avlyst. I brevet het det:**

" Forsvarsbygg avlyser med dette ovennevnte tilbudskonkurranser i samsvar med § 17-1 (1) i forskrift om offentlige anskaffelser.

Vår begrunnelse for denne beslutning er at vi har valgt en annen teknisk løsning enn det som er angitt i tilbudskonkurransen. En har ansett denne endringen å være så vesentlig at den ikke kan anses som en ordinær endring av et eventuelt kontraktsarbeide. Det er heller ikke enhetspriser på alle de nye arbeidene som vil inngå.

På grunn av fare for ytterligere spredning av olje i grunnen har vi fått pålegg om å fjerne forurensede masser omgående. Dette arbeidet er satt bort til annen entreprenør som hadde arbeid for oss i nærheten.

Forsvarsbygg takker for Deres deltakelse i denne tilbudskonkurransen, og De vil få tilbud om å delta i en fornyet tilbudskonkurranse."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at en konkurranse ikke kan avlyses til etter at det er gitt meddelelse om tildeling av kontrakt, jf § 17-3 (1).
- (10) Avlysning er hjemlet i forskriftens § 17-1 (1). Denne gir oppdragsgiver adgang til å avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn. Når meddelelse om tildeling av kontrakt er gitt, er konkurransen avsluttet, og den kan derfor ikke avlyses. § 17-1

(1) gir følgelig ikke hjemmel til å avlyse anskaffelsen etter at meddelelse om tildeling av kontrakt er gitt.

- (11) Av § 17-3 (3) følger at frem til kontraktsundertegning kan beslutningen om tildeling av kontrakt annulleres dersom tildelingen ikke har vært i samsvar med § 17-2 (kriterier for valg av tilbud). I de tilfeller feilen ligger i konkurransegrunnlaget, og feilen bare kan rettes ved gjennomføring av en ny konkurranse, følger adgangen til å avlyse konkurransen av § 17-3 (3). Meddelelse om tildeling av kontrakt har privatrettslige løftevirkninger, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2003/183, og § 17-3 (2) må derfor angi uttømmende i hvilke situasjoner oppdragsgiver likevel ikke er bundet av løftet.
- (12) Subsidiært anføres at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Endringen av teknisk løsning besto i at oljetankene skulle plasseres i tankrom av betong i stedet for pukk. Dette kunne blitt gjennomført som endrings- og tilleggsarbeider til den tildelte kontrakten.
- (13) Det kreves erstatning for den positive, subsidiært negative, kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

- (14) Innklagede anfører for det første at adgangen til å avlyse en anskaffelsesprosess etter § 17-1 (1) ikke avskjæres av at oppdragsgiver gir meddelelse om tildeling av kontrakt.
- (15) Forskrift om offentlige anskaffelse innebærer et brudd med tradisjonell anbudsrett ved at avtale er inngått først når kontrakt er undertegnet av begge parter, jf § 17-3 (1), og først på dette stadiet er konkurransen avsluttet.
- (16) I NOU 1997:21 uttales at en beslutning om å avlyse konkurransen " kan tas på alle stadier i anskaffelsesprosessen" . Denne fortolkningen støttes av klagenemndas avgjørelse i sak 2003/190, der klager hadde mottatt innstillingsskriv for senere å bli avvist før kontrakt var undertegnet. Klagenemnda uttalte at innklagedes eneste mulighet til å rette feilen som var begått var å avlyse konkurransen. § 17-3 (3) er ikke avlysningshjemmel i slike tilfeller, da bestemmelsen bare gir anledning til å omgjøre tildelingsbeslutningen, dersom denne ikke er i samsvar med § 17-2.

- (17) Subsidiært anføres at innklagede ikke er bundet på bakgrunn av alminnelige avtaleslutningsmekanismer. Innklagedes brev av 6. februar gir ikke uttrykk for annet enn en intensjon om å inngå avtale på et senere tidspunkt.
- (18) Videre anføres det at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Konkurransen ble avlyst fordi innklagede ønsket å legge en endret teknisk løsning til grunn for oppdraget. Grunnet behovet for å minimere faren for oljeutslipp, ble det besluttet at oljetankene skulle plasseres i tankrom i betong i stedet for direkte i grunn. Betongarbeidene kan ikke gjennomføres som endringsarbeid. For det første var betongarbeider ingen del av den opprinnelige ytelsesbeskrivelsen, for det andre var tilbudssummene i den nye konkurransen over det dobbelte av den opprinnelige.
- (19) Innklagede er ikke erstatningsansvarlig, verken for negativ eller positiv kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.
- (21) Klagenemnda behandler først spørsmålet om en konkurranse kan avlyses etter at oppdragsgiver har gitt meddelelse om tildeling av kontrakt, jf § 17-3 (1).
- (22) Hjemmel for avlysning er gitt i § 17-1 (1). Etter denne bestemmelsen kan konkurransen avlyses dersom det foreligger saklig grunn. Klagenemnda har i tidligere saker godtatt avlysning av konkurransen etter meddelelse om tildeling av kontrakt, jf blant annet sakene 2003/190 og 2003/192.
- (23) Bestemmelsen i forskriftens § 17-3 (3) gjelder et annet spørsmål, nemlig omgjøring av tildelingsbeslutning ved utviste feil i saksgangen, typisk uriktig bruk av tildelingskriterier etter § 17-2. Bestemmelsen er ikke aktuell i det foreliggende tilfelle. Den utelukker ikke avlysning av konkurransen etter § 17-1 (1).
- (24) Klagenemnda bemerker for øvrig at konkurransen ikke kan anses avgjort i og med tildelingsbeslutningen. Den foreløpig innstilte tilbyder kan ikke bygge krav om å få

utføre oppdraget før bindende kontrakt er inngått – etter regelverket forutsetningsvis ved tidspunktet for undertegning av kontrakt. Tilbyder kan før bindende avtale måtte avfinne seg både med avlysning etter § 17-1 (1) og omgjøring etter § 17-3 (3). Konkurransen mellom leverandørene pågår i prinsippet helt frem til avtaleslutning ettersom det inntil dette er hjemmel både for avlysning, klage og omgjøring.

- (25) Spørsmålet er så om innklagede hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen. Slik klagenemnda har forstått faktum, skjedde avlysningen som følge av at innklagede først etter meddelelse om valg av tilbud etter pålegg innså at oljetankene måtte plasseres i tankrom av betong for å unngå en uforsvarlig risiko for oljesøl til grunnen. Etter det innklagede har forklart klagenemnda, vil oljetankene måtte bygges annerledes som følge av dette – og under helt andre tidsfrister enn først påtenkt. Når innklagede vurderer det slik at tankrom av betong nå er blitt nødvendig, er dette en vurdering som i stor grad må være underlagt innklagedes skjønn, og som klagenemnda ikke har foranledning til å overprøve. Spørsmålet om tildeling av formløst hasteoppdrag til annen oppdragstager foreligger ikke i saken.
- (26) En oppdragsgiver kan pådra seg ansvar for å erstatte den negative kontraktsinteressen selv om det foreligger en saklig grunn for avlysning. Et slikt tilfelle kan foreligge dersom årsaken til avlysning er selvforskyldt eller burde vært forutsett, jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/3. Likedan kan det være grunnlag for ansvar for tapt tid og spilte utgifter dersom oppdragsgiver drøyer urimelig lenge med å varsle om at konkurransen vil bli avlyst. Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å vurdere om innklagede har pådratt seg erstatningsansvar i denne saken.

Konklusjon:

Forsvarsbygg har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

22. november 2004

Kai Krüger