



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Klagenemnda la til grunn at klager ikke hadde forlenget vedståelsesfristen før denne løp ut, og at innklagede ikke brøt regelverket ved å anse konkurransen som avsluttet. Klagenemnda tok ikke stilling til om kontrakt likevel kunne anses inngått.*

**Klagenemndas avgjørelse 15. august 2005 i sak 2005/189**

Klager: Medi 3 AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

**Klagenemndas medlemmer:** Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Siri Teigum

**Saken gjelder:** Inngåelse av bindende avtale, vedståelsesfrist.

**Sakens bakgrunn:**

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. januar 2005 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av kirurgisk behandling innenfor seks kategorier.
- (2) I konkurransegrunnlaget ble vedståelsesfristen satt til 7. april 2005 kl. 09:00.
- (3) Konkurransegrunnlagets punkt 11. "Tildelingskriterium" første avsnitt lød slik:  
  
*"Oppdragsgiver vil velge leverandør(er) utelukkende ut fra hvilke(t) tilbud som innebærer den **laveste** kostnaden knyttet til behandlingen for hvert av fagområdene og til dekning av pasientenes reise tur/retur bostedsområde og behandlingssted [...]"*
- (4) Videre oppga konkurransegrunnlaget at tilbudene skulle vurderes på følgende måte:  
  
*"I prissammenligningen vil de tilbudte prisene gis en DRG-vekt på 0,6 for dagkirurgi og 1,2 for innleggelse. Dette er gjennomsnittlig DRG-vekt for henholdsvis all dagkirurgi og alle innleggelser for pasienter fra Midt-Norge som ble behandlet hos de private sykehusene i 1. og 2. tertial i 2004. I tillegg vil de tilbudte prisene bli vektet med henholdsvis 85% (0,85) for dagkirurgi og 15% (0,15) for innleggelser for å relatere dette til pasientssammensetningen som behandles. På denne måten beregnes **behandlingskostnaden pr. pasient** ut fra de prisene som tilbys for dagkirurgi og innleggelse. I tillegg utgjør dette en sammenlignbar størrelse i forhold til kostnadene for hver pasientreise."*
- (5) Flere leverandører leverte inn tilbud, herunder Medi 3 AS (heretter kalt "klager"). Den 10. februar besluttet innklagede å avvise klagers tilbud, fordi klager hadde benyttet egne anslag og kalkyler med hensyn til prissettingen i forhold til

pasientfordeling på henholdsvis dag- og døgnbehandling. Avvisningen ble påklaget og behandlet i Kofa sak 2005/57. Kofa konkluderte 30. mars 2005 med at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise tilbudet fra klager uten å ha dokumentert grunnlag for dette.

- (6) Den 8. april 2005, dvs. dagen etter at den opprinnelige vedståelsesfristen var utløpt, sendte innklagede ut en revidert tildeling av kontrakt, der klager ble tildelt kontrakt innen kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi, som opprinnelig hadde vært tildelt Moxness klinikken. Den 13. april 2005 ble det sendt ut kontraktsforslag til alle leverandørene som var tildelt kontrakt. Kontraktsforslaget inneholdt blant annet følgende passus i punkt 8:

*”For hvert fagområde i avtalen skal 85 % av alle pasientbehandlingene faktureres til pris for dagkirurgi og 15 % til pris for innleggelse i henhold til forutsetningene i konkurransegrunnlaget om relasjon mellom tilbudspriser og fremtidig pasientsammensetning. Det betegnes som normert fordeling mellom dag- og døgnbehandling.”*

- (7) Samtlige leverandører reagerte på formuleringen den 14. april 2005.
- (8) Samme dag mottok innklagede en klage fra Moxness klinikken, som prismessig lå som nummer to for de kategoriene der klager var innstilt som leverandør. På de øvrige fire kategoriene hadde flere kvalifiserte leverandører bedre pris enn Moxness klinikken. I klagen ble det varslet at Moxness klinikken ville begjære midlertidig forføyning dersom innklagede ikke ville vente med å inngå kontrakter i saken til klagen var behandlet.
- (9) Innklagede vurderte forholdet slik at Moxness klinikken hadde en legitim interesse i å få tildelingene av de to kategoriene, ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi, vurdert på nytt av Kofa. Innklagede antok at Moxness klinikken hadde en mulighet for å vinne frem i en eventuell ny anbudsrunde, dersom Kofa skulle konkludere med at konkurransen måtte avlyses. For de øvrige kategoriene var det imidlertid flere leverandører som hadde tilbudt lavere pris enn Moxness klinikken, og innklagede mente at disse kontraktene kunne inngås uten å avvente behandling i Kofa.
- (10) På ettermiddagen den 14. april 2005 sendte innklagede ut nye kontraktsutkast til de tre leverandørene som var innstilt for andre tjenester enn ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi. Her var punkt 8 om fakturering endret. Det ble ikke sendt nytt avtaleutkast eller innledet forhandlinger om ordlyden i kontraktens punkt 8 med klager, i det innklagede hadde bestemt seg for å vente med kontraktsunderskrift til klagen fra Moxness klinikken var behandlet i Kofa.
- (11) Den 15. april signerte klager avtalen, men tok uttrykkelig forbehold om at avtalens punkt 8 om fakturering ikke ble akseptert. I samme brev ble tildelingen av de andre tjenestekategoriene påklaget.
- (12) Samme dag inngikk innklagede kontrakter med de øvrige leverandørene og orienterte Moxness klinikken om dette. Samtidig ble det bekreftet at kontrakter innenfor kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi, ikke ville bli inngått før Moxness klinikkens klage var behandlet av Kofa.

- (13) I brev til klager datert 6. mai 2005 skrev innklagede blant annet dette:

*”Forbehold til signert avtale.*

*I klagen omhandles i avsnitt 2 forbehold fra Medi 3 AS til signert avtale. Helse Midt-Norge RHF finner det mest hensiktsmessig å avvente videre dialog vedrørende dette punkt.*

*Som Medi 3 AS er gjort kjent med pr telefon, foreligger det også en klage fra Moxness-klinikken, som omfatter blant annet tildelingen på de aktuelle områder: ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi. Den endelige tildeling av disse to fagområder er dermed ikke avklart, og vil måtte utstå til klagen fra Moxness-klinikken er endelig avgjort, hos oss eller i Klagenemnda for offentlige anskaffelser.*

*Skulle klagen ikke føre frem, vil man måtte komme tilbake til saken.”*

- (14) Den 25. mai 2005 mottok innklagede brev fra Kofa i sak 2005/152 som gjaldt klagen fra Moxness klinikken. Da innklagede skulle utarbeide tilsvaret i sak 2005/152, ble innklagede oppmerksom på at vedståelsesfristen var utløpt 7. april. Dette gjaldt både i forhold til de leverandørene som innklagede hadde inngått kontrakt med, Moxness klinikken og klager. Innklagede avlyste konkurransen for kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi. Dette ble meddelt klager telefonisk den 14. juni 2005 og bekreftet i brev den 15. juni 2005.
- (15) I brev til innklagede datert 14. juni anfører klager prinsipielt at klager ved å signere avtaleutkastet innen fristen 15. april hadde inngått en bindende avtale, subsidiært ble det ”for god ordens skyld” bekreftet at vedståelsesfristen var forlenget. Det ble henvisning til at det på bakgrunn av den dialog som hadde vært mellom partene, ”er naturlig å anse at vedståelsesfristen ble utsatt til denne prosess var avsluttet”. Av hensyn til inflasjon og den videre fremdrift, presiserte klager at vedståelsesfristen ble begrenset til 1. oktober 2005.
- (16) I faks til innklagede datert 16. juni 2005 ble avgjørelsen om å avlyse resten av konkurransen påklaget av klager. Den 27. juni 2005 ble klagen fra Moxness klinikken avvist av Kofas sekretariat.

***Klager har i det vesentlige anført:***

Det foreligger bindende avtale

- (17) Vedtaket om å avlyse anbudskonkurransen med virkning for kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi er ikke gyldig, ettersom det for disse kategoriene foreligger bindende avtale med klager.
- (18) Når det gjelder spørsmålet om bindende avtale er inngått, må prinsippene i avtalelovens kapittel 1 i utgangspunktet legges til grunn. Dersom et tilbud aksepteres innen akseptfristen, og aksepten stemmer med tilbudet, skapes en gjensidig bindende avtale mellom partene.
- (19) Forskriftens § 17-3 (1) 2 punktum om at bindende avtale foreligger når begge parter har signert, kan ikke tas på ordet. Begrunnelsen for regelen er leverandørenes rett til å

kreve en beslutning om tildeling satt til side før bindende avtale er inngått. Det er alminnelig antatt at kravet til signering fra begge sider ikke er ubetinget. Etter omstendighetene vil det ha oppstått en bindende avtale uavhengig av om kravet i forskriften § 17-3 (1) 2 punktum er oppfylt, som for eksempel hvis en leveranse tar til, selv om kontrakt ikke er signert.

- (20) Innklagede foretar en for snever tolking av forskriften § 17-3 (1) 2. punktum. Innklagede har allerede ved meddelelsen til klager blitt rettslig forpliktet, med mindre det siden kan påvises forhold som faller inn under § 17-3 (3), jf. for eksempel Kofa sak 2003/183. Noe slikt forhold foreligger ikke i denne saken, og innklagede kan ikke fri seg fra kontraktsforpliktelsen ved å nekte å underskrive kontrakten. Bestemmelsen kan ikke tolkes så formalistisk at oppdragsgiver ansvarsfritt skal kunne ombestemme seg etter kontraktstildeling.
- (21) Klagers aksept var i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget, og ”stemte med tilbudet”. Klager ville akseptert den ordlyden på avtalen som de andre leverandørene signerte på. Det var utelukkende avtalens punkt 8 som klager ikke kunne akseptere. Klagers aksept må i avtalelovens forstand anses som ren, og ikke som en avvikende aksept.
- (22) Det fremgår også av Kofas avgjørelse i sak 2005/57 premiss 25 at faktureringen skulle skje i henhold til den faktiske fordelingen mellom døgn- og dagbehandling, og ikke etter 85/15 -fordelingen i konkurransegrunnlagets prissammenligningsformel. Dette har også tidligere vært innklagedes syn på saken. Det fremgår blant annet av tilsvaret til Kofa datert 8. mars 2005 der innklagede skrev: *”Det er altså riktig, som anført av klager, og som nevnt av Kofa i brev av 25. 2.05, at den endelige fordeling av pasienter mellom dagbehandling og døgnbehandling beror på en rent medisinsk vurdering.”* Forholdet ga derfor ikke innklagede noen saklig grunn til å nekte å signere avtalen med klager.
- (23) Innklagede har anført at det forhold at Moxness klinikken klaget, ga dem anledning til å vente med å skrive kontrakt med klager. Klagen fra Moxness klinikken til Kofa forelå ikke før 25. mai 2005, dvs 40 dager etter at de øvrige avtalene ble signert. Klager fikk imidlertid bare fire dager på å ta ut klage til Kofa, og dette er i seg selv en oppsiktsvekkende forskjellsbehandling.
- (24) Moxness klinikkens klage er dessuten ikke en klage på tildelingen til Medi 3, eller en klage som innebærer at Moxness klinikken vil kunne få tildelt klagers tjenestekategorier. Klagen går utelukkende på at innklagede skulle ha avlyst hele konkurransen når klagers tilbud ikke ble avvist. Det forelå ingen reell begrunnelse for å avvise å skrive kontrakt med klager.
- (25) Det foreligger heller ikke bestemmelser i EU-direktivet som tilsier at den særnorske regelen i forskriften § 17-3 (1) 2. punktum ikke kan fortolkes med unntak for misbruk og brudd på likebehandlingsprinsippet.

#### Brudd på likebehandlingsprinsippet

- (26) Klager har først under saksbehandlingen i Kofa blitt gjort oppmerksom på at innklagede sendte likelydende kontraktsforslag (inneholdende punkt 8) til samtlige leverandører den 13. april, og at det ble innledet forhandlinger den 14. april om

innholdet i kontrakten, uten at klager ble inkludert. Dette utgjør i seg selv et brudd på likebehandlingsprinsippet.

- (27) Det forhold at klager heller ikke ble meddelt resultatet av disse drøftelsene, understreker alvoret som bruddet på likebehandlingsprinsippet innebærer. Endringen som ble foretatt som følge av forhandlingene, berørte nettopp det forhold klager hadde betegnet som kontraktsvilkår som avvek fra konkurransegrunnlaget. Når innklagede holder det skjult for klager at kontrakten ble endret på dette punktet, og kontraktpunktet samtidig benyttes som argument for ikke å inngå kontrakt med klager, må innklagede sies å ha søkt å føre klager bak lyset med hensyn til hvilke kontraktsvilkår som ville bli krevd.

#### Vedståelsesfristen er utsatt

- (28) Dersom Kofa ikke finner at bindende avtale er inngått, må vedståelsesfristen anses for å ha vært forlenget.
- (29) Klager var klar over vedståelsesfristen, men anså det som åpenbart at konkurransen ville bli avsluttet på normal måte. Dette fremstår klart som partenes felles forståelse. Uansett er dette strengt tatt et forhold som klager selv ensidig kan bevirke.
- (30) Det erkjennes at dersom vedståelsesfristen er gått ut, er det normalt ikke adgang til å inngå avtale, og vedståelsesfristen kan da normalt ikke forlenges.
- (31) At avtale om utsettelse av vedståelsesfristen må anses for å foreligge, følger imidlertid av korrespondansen og forståelsen som forelå mellom klager og innklagede.
- (32) Kravet til etterprøvbarhet kan ikke tolkes slik at en utsettelse av vedståelsesfristen må fremgå uttrykkelig og skriftlig. Det må foretas en konkret vurdering av den enkelte prosess for å avgjøre hvorvidt kravet til etterprøvbarhet er oppfylt.
- (33) I denne konkrete saken må det hensyntas at klager er avhengig av innklagede som dominerende kjøper av kirurgiske tjenester i Midt-Norge, og som monopolist på kjøp av offentlige finansierte kirurgiske tjenester. Formålet med vedståelsesfristen er normalt at oppdragsgiver skal sikre seg at tilbudene er bindende for leverandøren inntil kontrakt er inngått. Innklagede har med sin markedsmakt ikke slike behov.
- (34) Da klager aksepterte at innklagede ventet med å skrive kontrakt inntil Kofas klagebehandling i sak 2005/57 var avsluttet, forutsatte klager selvsagt at vedståelsesfristen ble forskjøvet tilsvarende, slik at man rakk å foreta tildeling samt å inngå avtaler etter 1. april 2005.
- (35) Forholdet til vedståelsesfristen ble ikke nevnt av innklagede da de i brev datert 8. april tildelte klager kontrakter. Dette må tolkes slik at innklagede anså at vedståelsesfristen var forlenget. Det er ingen annen måte å forstå en slik utsendelse av kontraktsforslag på, tatt i betraktning at ingen av tilbyderne ville ha noen interesse i ikke å forlenge vedståelsesfristen.
- (36) Den 13. april ble det sendt ut et kontraktsutkast. På dette tidspunktet var det naturlig å anta at vedståelsesfristen var ytterligere utsatt. Klager signerte kontraktsutkastet innen

tidsfristen. Dersom dette ikke skulle utgjøre en bindende avtale, må det i hvert fall kunne sies å være en ytterligere utsettelse av vedståelsesfristen.

- (37) Klager har uttrykkelig utsatt vedståelsesfristen frem til 1. oktober.

#### Ikke saklig grunn for å avlyse konkurransen

- (38) Når innklagede nekter å inngå avtale med klager fordi vedståelsesfristen anses utløpt, er dette et brudd på likebehandlingsprinsippet. Det er ikke saklig grunn til å stille klager i en annen posisjon enn de øvrige tilbydere som ble tildelt kontrakt etter vedståelsestidspunktet. Klagers forbehold gjaldt et tillegg i kontrakten som var i strid med konkurransegrunnlaget, og som ble rettet opp i de øvrige kontraktene. Moxness klinikkens klage rettet seg heller ikke særskilt mot kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi.
- (39) Dersom man legger til grunn at avtale ikke er inngått, og at vedståelsesfristen er utløpt, må innklagede velge mellom to regelbrudd; enten å inngå kontrakt etter fristen med klager eller å bryte likebehandlingsprinsippet på dette punkt, hvorav det siste regelbruddet vil være det alvorligste.
- (40) Dersom innklagede ved å avvente at vedståelsesfristen går ut, uten å forlenge denne, kan velge hvilke kontrakter de vil inngå, og hvilke de ønsker å si nei til, vil kravet om saklig grunn for avlysning bli illusorisk.
- (41) Det bemerkes at også et uaktsomt brudd på reglene vil være i strid med anskaffelsesreglene.

#### Erstatning

- (42) Forutsatt at Kofa kommer til at det foreligger saklig grunn for avlysning, bes Kofa ta stilling til spørsmålet om det foreligger erstatningsansvar for den positive kontraktsinteresse for de to tjenestekategoriene klager ble tildelt. Feilen er vesentlig. Subsidiært er vilkåret for erstatning for den negative kontraktsinteresse oppfylt.

#### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

##### Foreligger det bindende avtale?

- (43) Det foreligger ikke bindende avtale med klager innen kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi.
- (44) Forskriften § 17-3(1) 2. punktum er lex specialis i forhold til avtalelovens kapittel 1.
- (45) Innklagede er ikke enig i den juridiske vurderingen som er gjort av klager, når det gjelder anførselene om tilbud og (avvikende) aksept.
- (46) Årsaken til at innklagede avventet signering av kontrakt med klager, var nettopp at Moxness klinikken skulle kunne kreve tildelingsbeslutningen satt til side før bindende avtale ble inngått, hvilket de da også krevde i form av klage til Kofa. Innklagede har forholdt seg til forskriften § 17-3(1) 2. punktum i tråd med formålene bak denne bestemmelsen, og anførselen om brudd på likebehandlingsprinsippet og misbruk må avvises.

#### Vedståelsesfrist utsatt?

- (47) Behandlingen av klagesak 2005/57 var forutsatt avsluttet senest 1. april. Uttalelsen fra nemnda forelå imidlertid først pr telefaks 6. april kl 14:00. Vedståelsesfristen utløp 7. april kl 09:00. En eventuell utsettelse av denne måtte vært uttrykkelig avtalt av partene før dette tidspunktet. Dette ble ikke gjort. Innklagede overså fristen, og klager brakte heller ikke temaet på bane.
- (48) Da innklagede sendte ut et revidert varsel om tildeling den 8. april, fulgt av kontraktsutkast den 13. april, hadde innklagede fremdeles ikke oppdaget at fristen var utløpt.
- (49) Innklagede mener det vil utgjøre et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser dersom man i ettertid søker å innfortolke i korrespondanse mv. en avtale om utsettelse, så lenge slik utsettelse ikke er uttrykkelig avtalt, og ikke engang forutsatt av partene.
- (50) I sak 2004/48 har Kofa uttalt at en eventuell forlengelse av vedståelsesfristen må skje slik at lovens krav til etterprøvnbarhet overholdes. Ut fra det faktum at temaet ikke har vært nevnt mellom innklagede og klager før 14. juni 2005, anser innklagede at kravet til etterprøvnbarhet uansett ikke er oppfylt.
- (51) Anskaffelsesregelverket er ikke entydig med hensyn til om forlengelse av vedståelsesfristen kan bevirkes ensidig av tilbyder eller ei. Reglene om vedståelsesfristen er satt av hensyn til tilbyderne, men ordlyden i forskriften § 7-5 fastslår uttrykkelig at det er oppdragsgiver som skal fastsette fristen. Ut fra prinsippet om likebehandling, må utgangspunktet være at forlengelse krever en aktiv handling fra oppdragsgiver, slik at man sikrer at alle tilbyderne gis mulighet til å forlenge vedståelsesfristen.

#### Saklig grunn for avlysning

- (52) Innklagede vurderte Moxness klinikken til å ha sjanse til å få kontrakt på kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi i en eventuell ny konkurranse. Derfor valgte innklagede å avvente signering av disse kontraktene inntil Kofas avgjørelse forelå. På de øvrige kategoriene vurderte innklagede det som lite sannsynlig at Moxness klinikken ville kunne bli innstilt som leverandør. Da risikoen for rettstap for Moxness klinikken ble ansett for svært liten, valgte innklagede å inngå kontraktene på disse områdene uten å avvente Kofas avgjørelse. Innklagede var på dette tidspunktet ikke klar over at vedståelsesfristen var utløpt.
- (53) Da tilsvaret til Moxness klinikken skulle utformes, oppdaget innklagede at vedståelsesfristen var løpt ut, og konkurransen ble følgelig avlyst for de områdene der kontrakt ennå ikke var inngått.
- (54) Innklagede hadde ikke bare saklig grunn, men også en plikt til å avlyse konkurransen på områdene for ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi.

#### Erstatning

- (55) Innklagede bestrider at innklagede har begått vesentlige feil.

- (56) Da innklagede ikke tok initiativ til å forlenge vedståelsesfristen, hadde klager en oppfordring til å sende en erklæring om at fristen ble forlenget.
- (57) Klager hadde dermed en enkel og reell mulighet til å avverge den påståtte økonomiske skaden som nå søkes erstattet.
- (58) Da klager ble klar over at vedståelsesfristen var i ferd med å løpe ut, hadde de all mulig oppfordring til å gjøre innklagede oppmerksom på dette, slik at innklagede kunne tatt kontakt med alle tilbyderne og bevirke en utsettelse av fristen. Så lenge klager bevisst unnlot å varsle innklagede om dette, er selskapet også nærmest til å bære den konsekvens at kontrakt ikke kan inngås.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (59) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen reguleres av forskriftens del I og III.

#### Foreligger det bindende avtale?

- (60) Det første spørsmålet er om det foreligger en bindende avtale mellom klager og innklagede for kategoriene ryggkirurgi og ikke-kosmetisk plastikkirurgi, selv om kontrakten ikke er undertegnet av begge parter. Forskriften § 17-3 (1) lyder slik:

*”Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skal skriftlig meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås. Med ”kontrakt er inngått” menes tidspunktet for undertegning av kontrakt av begge parter.”*

- (61) Forskriftens ordlyd legger opp til et avvik fra det som ellers følger av alminnelig avtalerett, der det ikke gjelder slike formkrav for avtaleinngåelse. Klagenemnda uttalte følgende i sak 2004/165, premiss 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.”*

- (62) Tildelingsbeslutningen og meddelelsen av denne anses altså ikke som en aksept av den valgte leverandørens tilbud.
- (63) Meddelelsen om tildeling må skje i rimelig tid før tidspunktet for undertegning. Hensynet bak denne formregelen i § 17-3 (1) 2. punktum, er at det skal være mulig å imøtegå tildelingsbeslutningen før det inngås en rettslig bindende kontrakt, som etter lovens § 7 vil stenge for tilsidesettelse eller omgjøring, jf. forskriftens § 17-3 (3). Kravet om skriftlighet gjør det retts teknisk enklere å konstatere skjæringstidspunktet for når leverandører ikke lenger kan få stanset kontraktsinngåelsen.
- (64) Det kan imidlertid tenkes særlige tilfeller der formkravet i forskriften § 17-3 (1) 2. punktum ikke kan tolkes bokstavelig, for eksempel der leverandøren har iverksatt

oppfyllelse som er irreversibel. Også i et slikt tilfelle må ikke-innstilte leverandører ha rimelig mulighet for å anfekte beslutningen om tildeling.

- (65) Den nærmere vurderingen av hvorvidt det faktisk er inngått en bindende avtale i forhold til en part som hevder at avtale foreligger, ligger utenfor det klagenemnda har kompetanse til å behandle.

#### Er vedståelsesfristen forlenget?

- (66) I klagenemndas avgjørelse i sak 2004/48 synes det forutsatt i premiss 37 at partene kan forlenge vedståelsesfristen i en åpen anbudskonkurranse. Vedståelsesfristen berører ikke det materielle innholdet i tilbudene, verken kontraktsytelsen eller kontraktsvilkårene, og fristen må derfor kunne forlenges uten at dette kommer i strid med forbudet mot endring i tilbudet etter anbudsfriestens utløp ved anbudskonkurranser (forskriftens § 16-1 (1)).
- (67) Forskriften § 14-2 bestemmer at ”*oppdragsgiver skal fastsette den tiden tilbudene er bindende (vedståelsesfrist).*” Det er oppdragsgiver som har ansvaret for å sørge for en tilstrekkelig lang vedståelsesfrist. Dersom vedståelsesfristen er i ferd med å løpe ut, og oppdragsgiver vil iverksette fristutsettelse, er det således dennes ansvar å kontakte samtlige tilbydere med forespørsel om de vil forlenge vedståelsesfristen. Dette må også gjøres dersom en tilbyder på eget initiativ forlenger fristen før denne utløper. Dette er nødvendig for å ivareta likebehandlingsprinsippet.
- (68) Forskriften § 14-2, 2. punktum bestemmer at ”*fristen skal angis med dato og klokkeslett*”. Når en så presis frist skal forlenges, kreves det en tydelig angivelse av den nye fristen. Det kan således ikke avtales at tilbudet fremdeles holdes gyldig i ”rimelig tid” eller lignende. Det må være den som påstår at en tilbyder har utsatt vedståelsesfristen, som har bevisbyrden for dette ved en eventuell tvil. I denne saken foreligger det ingen dokumentasjon for at fristen før 7. april kl 09:00 ble forlenget til et nærmere bestemt tidspunkt. Hvorvidt det er andre forhold som likevel tilsier at det er inngått en avtale om forlenget vedståelse for klagers del, må eventuelt prøves for domstolene. Ut fra de opplysningene som foreligger, må klagenemnda legge til grunn at vedståelsesfristen løp ut 7. april kl 09:00 uten å være forlenget.

#### Saklig grunn for å avlyse konkurransen?

- (69) Etter klagenemndas syn er en konkurranse avsluttet når oppdragsgiver står tilbake uten bindende tilbud. Det dreier seg således ikke om en avlysning etter § 17-1 (1). Når det ikke lenger foreligger bindende tilbud, er konkurransen de facto avsluttet.

#### Erstatning

- (70) Det forhold at en vedståelsesfrist er oversittet, innebærer ikke i seg selv at erstatning for positiv kontraktsinteresse er utelukket. Klagenemnda har imidlertid ikke vurdert dette spørsmålet i nærværende sak. Nemnda antar under enhver omstendighet at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

#### **Konklusjon:**

Helse Midt-Norge RHF har ikke brutt regelverket ved å legge til grunn at konkurransen var avsluttet som følge av at vedståelsesfristen var utløpt.

For klagenemnda, Oslo 15. august 2005

Inger Marie Dons Jensen