



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for byggeledelse. Totalentreprenør var valgt etter en forutgående konkurranse. Innklagedes konsulent i totalentreprisekonkurranse var tilbyder i konkurransen om byggeledelse. Klagenemnda fant at vedkommende hadde en fordel av å kjenne til totalentreprenørens tilbud, og at relevant informasjon fra denne kontrakten skulle vært tatt inn i konkurransegrunnlaget. Vedståelsesfristen utløp før kontrakt ble inngått, og innklagede konkluderte dermed med at konkurransen var avsluttet, og valgte å utføre oppgaven selv. Klagenemnda fant at det brøt med lovens § 5 å unnlate å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristen.

Klagenemndas avgjørelse 8. mai 2006 i sak 2005/296

Klager: Kåre Hagen Byggelederfirma AS

Innklaget: Oppegård kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen

Saken gjelder: Likebehandling. Bruk av rådgivere. Utforming av konkurransegrunnlag. Vedståelsesfrist. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Oppegård kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. august 2005 en åpen anbudskonkurranse for byggeledelse for ”bygging/ombygging/rehabilitering av nåværende brannstasjon for Nordre Follo Brannvesen IKS”. Kontraktens verdi var anslått til å være under den daværende kunngjøringsgrensen på kr 200.000, og det er opplyst at konkurransegrunnlaget var blitt sendt ut direkte til enkelte leverandører 10. august 2005, altså noen dager før kunngjøringen.
- (2) Vedlagt konkurransegrunnlaget for byggeledertjenestene fulgte konkurransegrunnlaget for totalentreprisen. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at Ilje Prosjekt- og byggeledelse (heretter kalt Ilje) hadde bistått innklagede med forprosjektet. Det er senere opplyst at Ilje hadde utarbeidet konkurransegrunnlaget for totalentreprisen og vært innklagedes konsulent ved evaluering av tilbud i denne konkurransen. Den 15. august inngikk innklagede kontrakt med Multibygg AS om totalentreprisen.
- (3) Tildelingen av kontrakt om byggeledelse skulle skje til leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende uprioriterte tildelingskriterier:

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

”

Kvalitet, herunder faglig kompetanse og erfaring fra relevant byggeledelse

Pris

Kapasitet med vekt på stabil leveringssikkerhet”

- (4) Tilbudsfristen var satt til 2. september 2005. Det var oppgitt at leverandørene var forpliktet til å vedstå sitt tilbud i 30 dager fra denne datoen.
- (5) Åtte leverandører innga tilbud, blant dem Kåre Hagen Byggelederfirma AS (heretter kalt klager) og Ilje. Av tilbudsevalueringen fremgår det at innklagede vurderte Iljes tilbud som best. Innklagede gjorde så en vurdering av om Iljes deltakelse i konkurransen var problematisk tatt i betraktning den rådgiveroppgaven Ilje hadde hatt for innklagede ved anskaffelsen av totalentreprenør. Innklagede konkluderte med at det ikke var grunnlag for å avvise Ilje, og i brev av 12. september 2005 ble det meddelt at Ilje var tildelt kontrakten, først og fremst på grunn av prisen. Tilbyderne fikk klagefrist til 21. september.
- (6) I brev av 20. september påklaget klager kontraktstildelingen. Den 28. september meddelte innklagede at klagen var avslått. Klager fulgte opp med et brev av 5. oktober 2005 der det blant annet ble gjort oppmerksom på at vedståelsesfristen var utløpt.
- (7) I brev av 11. oktober 2005 sa innklagede seg enig i at vedståelsesfristen var utløpt, og konkluderte dermed med at konkurransen var avlyst. Innklagede bestemte seg så for å gjennomføre byggelederoppgaven med egne ansatte.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Innklagede har latt vedståelsesfristen utløpe uten å ha inngått kontrakt. En plikt til å inngå kontrakt innen utløpet av vedståelsesfristen må følge av de grunnleggende kravene i lovens § 5 og forskriftens § 3-1.
- (10) Det var heller ikke saklig grunn for avlysning av konkurransen. At kommunen har valgt å utføre byggeledearbeidene i egen regi, begrunnes med omdisponering av interne ressurser. Dette er ikke en saklig grunn. Testing av markedet er klart i strid med regelverket, jf NOU 1997:21 s 139, der det blant annet fremgår at oppdragsgiverens vurdering av om en anskaffelse skal foretas i egen regi, skal gjøres forut for en eventuell konkurranse. Videre har innklagede begrunnet avlysningen med de forsinkelsene konkurransen har medført. Dette er et forhold innklagede selv må bære ansvaret for. I realiteten har altså innklagede avlyst konkurransen uten saklig grunn.
- (11) Innklagede har også brutt forskriftens § 3-6 om bruk av rådgivere ved utarbeidelsen av spesifikasjoner og det grunnleggende kravet til likebehandling ved å la Ilje delta i konkurransen. Gjennom sitt arbeid for innklagede i dette prosjektet har Ilje tilegnet seg kunnskap som har gitt selskapet et konkurransefortrinn. Blant annet har Ilje bistått innklagede med kontrahering av totalentreprisen, og Ilje er dermed eneste tilbyder som har hatt fullstendig informasjon om den kontrakten som er inngått om entreprisarbeidene. Ilje har derfor mer presist enn de andre tilbyderne kunnet

kalkulere den innsatsen byggelederoppgaven krever, og har unngått et påslag i prisen for risikoen som usikkerhet om slike vesentlige forhold medfører. Det arbeidet Ilje har gjort for innklagede, er derfor ”*av en slik art at det vil kunne utelukke konkurranse*”, og Ilje skulle vært utelukket fra deltakelse.

- (12) Det er ikke korrekt når innklagede hevder at § 3-6 bare gjelder for den konkurransen firmaet har bistått oppdragsgiveren med. Riktignok er dette kjernen i bestemmelsen, men i lys av prinsippet om likebehandling må bestemmelsen også omfatte tilfeller der en rådgiver på annen måte har fått informasjon som vil kunne utelukke konkurranse, for eksempel ved rådgivning i forbindelse med en annen kontrakt.
- (13) Konkurranses grunnlaget for byggeledertjenestene er ikke tilstrekkelig klart utformet, ved at vesentlig informasjon om totalentreprisen mangler. Dette gjelder informasjon om størrelsen på prosjektet og prosjektets enkelte deler, en nærmere beskrivelse av hvilke krav som gjelder, og de økonomiske rammene for oppdraget. Slik informasjon skulle vært lagt frem ettersom innklagede allerede hadde inngått kontrakt om totalentreprisen.
- (14) Innklagede har gjort flere selvstendige og vesentlige brudd på anskaffelsesregelverket. Dersom feilene ikke var begått, ville klager blitt tildelt kontrakten. Det er derfor grunnlag for erstatning, prinsipalt for den positive kontraktsinteressen, subsidiært for den negative kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestriker å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (16) En konkurranse er avsluttet i det oppdragsgiveren står tilbake uten bindende tilbud. Når konkurransen ikke førte frem til kontraktsinngåelse, skyldtes dette altså ikke at innklagede avlyste konkurransen, og tilbudene ble heller ikke forkastet. Om oppdragsgiveren har en plikt til å ta initiativ til å få forlenget vedståelsesfristen, må vurderes etter kravene til likebehandling og god forretningsskikk, jf lovens § 5. I den forbindelse kan det opplyses at innklagede har oversett denne fristen som følge av et hendelig uhell. Innklagede ble først oppmerksom på at vedståelsesfristen var utløpt etter at klager anførte dette i klageskrift av 5. oktober 2005.
- (17) Da innklagede så at vedståelsesfristen var utløpt, ble konkurransen betraktet som avsluttet. Det ble da foretatt en ny vurdering av hvordan oppgaven skulle utføres, og innklagede bestemte seg da for å gjøre arbeidene selv.
- (18) Når det gjelder bruken av Ilje som rådgiver, gjaldt dette i forbindelse med anskaffelse av totalentreprise. Konkurranses grunnlaget for entreprisen, som Ilje utarbeidet, var lagt ved konkurranses grunnlaget for byggeledelse. Det er tale om to forskjellige anskaffelser som må vurderes separat. På det tidspunktet rådgivningsavtale ble inngått med Ilje, hadde innklagede ikke engang kunnskap om at det senere ville bli en konkurranse om byggeledelse. Forskriftens § 3-6 kommer derfor ikke til anvendelse.
- (19) Rådgivningsoppdraget har heller ikke gitt Ilje kunnskap av betydning som ikke de andre tilbyderne var kjent med.

- (20) Subsidiært anføres det at forskriftens § 3-6 er en ren prosessregel som avgrenser seg til å gjelde valg av rådgivere. Verken denne bestemmelsen eller prinsippet om likebehandling kunne anvendes til å avvise Ilje.
- (21) Videre var konkurransegrunnlaget tilstrekkelig klart utformet. Konkurransegrunnlaget inneholder informasjon om arbeidsoppgaver, tidsramme, omfang og størrelse, økonomiske rammer og kontraktsvilkår. At kontrakten om totalentreprisen ikke er sendt tilbyderne i konkurransen om byggeledelse, skyldes at denne ikke ble inngått før 15. august 2005, fem dager etter at konkurransegrunnlaget var sendt ut. I alle tilfelle ville en fremleggelse av dette tilbudet vært i strid med forskrift til offentlighetsloven kap V, pkt 12.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransegrunnlaget opplyste at konkurransen skulle avvikles i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser del III, og innklagede var dermed forpliktet overfor tilbyderne til å følge dette regelsettet, jf kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (23) Forskriftens § 3-6 lyder:
- ”Oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse.”*
- (24) Det fremgår ikke direkte, men bestemmelsen må nødvendigvis forstås slik at dersom en oppdragsgiver har mottatt slik rådgivning fra et firma, må dette firmaet avvises hvis det senere inngir tilbud i konkurransen, jf kravet til likebehandling av leverandørene i lovens § 5.
- (25) Klagenemnda kan ikke se at innklagede brøt regelverket for offentlige anskaffelser ved å engasjere Ilje som rådgiver. Spørsmålet blir derfor om Ilje gjennom å bistå innklagede i konkurransen om totalentreprisen, fikk en fordel i konkurransen om byggeledelse som er i strid med kravet til likebehandling.
- (26) Etter å ha evaluert det valgte tilbudet om totalentreprise hadde Ilje etter klagenemndas vurdering en del viktig informasjon om denne kontrakten som de andre tilbyderne manglet. Dette gjelder særlig opplysninger om total sum for byggearbeidene og sum for de enkelte delene. Slik konkurransegrunnlaget var utformet, finner klagenemnda derfor at Ilje hadde bedre forutsetninger for å utforme tilbud enn de andre tilbyderne.
- (27) Dette medfører imidlertid ikke nødvendigvis at Ilje skulle vært avvist. Kravene til konkurranse og likebehandling tilsier at oppdragsgiveren innen rimelige grenser forsøker å utligne de fortrinnene en enkelt leverandør kan ha, slik at også vedkommende kan delta i konkurransen. Klagenemnda antar at det hadde vært mulig å utligne Iljes kunnskapsfortrinn ved å inkludere de vesentligste opplysningene fra entreprisekontrakten i konkurransegrunnlaget for byggeledelse. Selv om konkurransegrunnlaget var sendt ut til noen leverandører 10. august 2005, ble konkurransen kunngjort først den 16. august, og tilbudsfristen var 2. september.

Innklagede hadde derfor anledning til å ettersende de vesentligste opplysningene fra entreprisekontrakten til de leverandørene som hadde mottatt konkurransegrunnlaget for byggeledelse.

- (28) Innhold i tilbudene er i utgangspunktet offentlig, selv om oppdragsgiver har adgang til å unnta det fra offentlighet, jf § 3-2. Tilbudets totalpris og pris på enkelte deler kunne iallfall vært oppgitt uten at dette hadde vært i strid med taushetsplikten i § 3-3. All den tid Ilje hadde kjennskap til vesentlige forhold som de andre tilbyderne var ukjent med, skulle konkurransegrunnlaget inneholdt opplysninger av betydning fra kontrakten. Konkurransegrunnlaget for byggeledelsen var derfor i strid med forskriftens § 12-1 (2) bokstav l) og kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5.
- (29) Klagenemnda har i tidligere saken uttalt at en konkurranse er avsluttet når vedståelsesfristen er utløpt, og oppdragsgiveren derfor ikke har noen bindende tilbud å forholde seg til. Denne regelen forutsetter at oppdragsgiveren i utgangspunktet har en plikt til å inngå kontrakt mens tilbyderne ennå vedstår seg sine tilbud, eller iallfall at tilbyderne får en oppfordring om å forlenge sin vedståelse før den opprinnelige fristen utløper, slik at konkurransen kan slutføres i tråd med regelverket. Dette har innklagede ikke gjort, og klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5.
- (30) Klagenemnda har konkludert med at konkurransegrunnlaget for byggeledelse skulle inneholdt mer informasjon, slik at Ilje og de andre tilbyderne hadde konkurrert på så like vilkår som mulig. Klagenemnda har ingen forutsetninger for å vurdere utfallet av konkurransen dersom konkurransegrunnlaget hadde vært riktig utformet, og har dermed ikke grunnlag for å uttale seg om erstatning for den positive kontraktsinteressen. Når konkurransen, med de feil som var blitt begått, ikke kunne gjennomføres i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser, antar klagenemnda imidlertid at klager kan kreve dekket sine utgifter til å delta i konkurransen, den negative kontraktsinteressen.

Konklusjon:

Oppegård kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 12-1 (2) bokstav l) og kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 ved å utelate informasjon som én av tilbyderne hadde kjennskap til, fra konkurransegrunnlaget.

Oppegård kommune har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at konkurransen ikke ble slutført innen vedståelsesfristens utløp.

For klagenemnda,
8. mai 2006

Morten Goller