



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende bygging av en barnehage. Klagenemnda fant at innklagede brøt de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å oppfordre tilbyderne om å forlenge vedståelsesfristen innen den opprinnelige fristens utløp. Nemnda kom til at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 11. juni 2007 i sak 2007/5

Klager: ECO Bygg AS

Innklaget: Kvinesdal kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

(1) Kvinesdal kommune ved Asplan Viak (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. mars 2006 en åpen anbudskonkurranse vedrørende bygging av en barnehage.

(2) Det fremgikk følgende av kunngjøringen pkt. II.1.6) ”Kontraktens gjenstand”:

”Arbeidene omfatter bygging av ny barnehage i Kvinesdal sentrum. Prosjektet er administrert som hovedentreprise for bygningsmessige arbeider med administrerte sideentrepriser for tekniske fag.

Denne kunngjøringen gjelder alle entrepriser.

B1 Bygningsmessige arbeider

E1 Elektrotekniske arbeider

V1 Ventilasjon

V2 Varme

S1 Sanitær”

(3) Videre hitsettes fra kunngjøringen pkt. IV.3.6) ”Minimum tidsperiode som tilbyder må opprettholde tilbudet”:

”Inntil 07-08-2006”

(4) Konkurransesgrunnlaget datert 6. april 2006 inneholdt i pkt. F ”ANBUDSREGLER” 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

”F.4 KRITERIER FOR TILDELING AV KONTRAKT

Kontrakt tildeles det for byggherren mest økonomisk fordelaktige anbud/tilbud på grunnlag av en totalvurdering.

Følgende tildelingskriterier er lagt til grunn:

1. Pris

- a. Totalpris
- b. Timepris/påslagsprosjenter

2. Leveringstid

3. Kvalitet

Faglig utførelse

4. Egenskaper

Funksjonsmessige egenskaper

Kriteriene er ikke satt opp i prioritert rekkefølge.”

- (5) I brev fra innklagede til klager av 4. juli 2006 ble følgende meddelelse gitt:

”Bygningsmessige arbeider ved barnehage i sentrum.

Ved anbudsåpningen 05.05.2006 var det innkommet 3 anbud på bygningsmessige arbeider. Det vises til kopi av anbudsprotokollen er blitt sendt samtlige anbydere.

Nr.	Firma	Anbudssum inkl. mva.	Evaluert totalpris inkl. mva
1	SKANSKA AS, Farsund	kr. 13.927.922	kr. 14.083.996
2	Eco-Bygg AS, Åseral	kr. 12.299.748	kr. 12.454.839
3	Strømland AS, Flekkefjord	kr. 13.000.000	kr. 13.086.419

Anbudene er nå kontrollregnet og sammenliknet, slik det fremkommer av tabellen ovenfor. Anbudsprisen innebar at prosjektet ikke kunne realiseres innenfor finansieringsrammen. Saken måtte derfor behandles i Kvinesdal kommunestyre. Det ble i møte 21.06.2006 vedtatt en tilleggsbevilgning, slik at prosjektet nå med visse justeringer kan realiseres.

Kvinesdal kommune vil med dette meddele at kontrakten for *Entreprise B1 – Bygg ved barnehagen i sentrum* er **tildelt Eco-Bygg AS, Åseral**. Dette tilbudet var det mest økonomisk fordelaktige for kommunen ut fra tildelingskriteriene i anbudet: pris, leveringstid, kvalitet og egenskaper.”

- (6) Innklagede informerte tilbyderne i brev av 7. september 2006 om at prosjektet var blitt forsinket som følge av klage fra en tilbyder, samt sykemelding og ferieavvikling hos de personer som arbeidet med prosjektet.

- (7) I brev fra innklagede til klager av 19. september 2006 het det:

”Innkalling til kontraktsmøte

Det vises til Deres anbud på entreprise B1 i forbindelse med ovennevnte prosjekt. Det innkalles med dette til kontraktsmøte torsdag den 28. september kl.0900. Møtet avholdes i Kvinesdal rådhus, møterom Storekvina i 3. etasje.

Vedståelsesfristen er gått ut og vi ber Dem snarest mulig og senest innen fredag den 22. september bekrefte at vedståelsesfristen forlenges med 90 dager dersom det fortsatt er interesse for oppdraget.”

- (8) Klager bekreftet i e-post til innklagede av 22. september 2006 at klager fremdeles var interessert i oppdraget. Etter å ha avholdt møter 28. september 2006 og 10. oktober 2006 vedrørende prisjusteringer, opplyste innklagede i brev til klager av 13. oktober 2006 at innklagede mente at klagers krav om dekning av prisstigning medførte at klager kun vedsto seg deler av sitt tilbud, og at innklagede derfor anså det slik at det ikke forelå gyldige tilbud i konkurransen. Innklagede opplyste videre at konkurransen ville bli utlyst på nytt. Denne oppfatningen gav innklagede igjen uttrykk for i brev av 6. november 2006.
- (9) Klager klaget på beslutningen i brev av 11. desember 2006, og fremsatte krav om erstatning. Innklagede avviste kravet i brev av 17. desember 2006.
- (10) Klager innga klage til klagenemnda 10. januar 2007.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Partene har reist en rekke anførsler knyttet til forhold som inntraff etter vedståelsesfristens utløp. På grunnlag av klagenemndas konklusjon, er ikke samtlige anførsler referert.
- (12) Klager anfører at det bryter med lovens § 5 å unnlate å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, jf blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2005/296.
- (13) Når det foreligger et gyldig anbud som er innstilt innen vedståelsesfristen, og det heller ikke foreligger feil ved tildelingen eller annen saklig grunn til avlyse konkurransen, har oppdragsgiver en plikt til å inngå kontrakt med denne tilbyder, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2005/201, 2005/296 og forskriften § 10-3 (3).
- (14) Innklagede har, ved å be klager vedstå seg sitt anbud og inngå i forhandlinger, blitt ytterligere forpliktet til å inngå kontrakt med klager. Klager har ved den samlede opptreden fått en klar forventning om å utføre jobben for innklagede. De etterfølgende kontraktsmøtene taler i seg selv sterkt for at binding foreligger. Det vises til formodningen om at en oppdragsgiver ikke forhandler i strid med regelverket, som uttalt i PEAB-dommen i Rt. 2001 s. 1288, samt Fana Boligbyggelag-dommen i Rt. 1994. s. 1222.
- (15) Klager anfører prinsipielt at klager har krav på å få erstattet den positive kontraktsinteressen, jf Rt. 2001 s. 1062. Innklagede hadde en plikt til å skrive kontrakt med klager. En unnlattelse av dette utgjør flere klare brudd på regelverket

hvor oppdragsgiver klart kan legges til last. Det er en klar sannsynlighetsovervekt for at feilene har medført at klager ikke fikk en kontrakt de i utgangspunktet ville ha fått.

- (16) Klager anfører subsidiært at klager har krav på å få erstattet den negative kontraktsinteresse, jf Rt. 1997 s. 1922. Det er klart sannsynliggjort at anbyderne ikke ville ha deltatt i verken anbudskonkurransen eller forhandlingene dersom denne saksbehandlingen hadde vært kjent for klager på forhånd. I tillegg til påførte kostnader har klager et disponeringstap i det klager har holdt av kapasitet for prosjektet i tiltro til at en fikk jobben.
- (17) Årsaken til at klagers anbud måtte prisjusteres skyldes forsinkelser i prosjektet som utelukkende lå på kommunens hånd. Innklagedes organisering av saksbehandlingen har vært kritikkverdig da det gikk flere måneder uten at noe skjedde. Innklagede, som hadde finansieringen på prosjektet i orden da tildeling skjedde, er selv årsaken til at prosjektet ble dyrere. Dette kan da ikke brukes som saklig grunn for senere å avlyse en anbudskonkurranse erstatningsfritt. Det vises til Dragsten og Lindalen kommentarutgave bind II s. 1220-1222. I mellomtiden har innklagede påført klager store utgifter ved å forhandle når realiteten var at innklagede uansett ville avlyse konkurransen tilsynelatende uavhengig av om klager aksepterte innklagedes oppfatning av prisjusteringen. Det er på det rene at det er skjedd brudd på regelverket som har medført at klager har brukt tid og kostnader på en anbudskonkurranse og etterfølgende forhandlinger som en klart ikke ville ha gjort dersom en hadde visst at innklagede ville oversittet vedståelsesfristen og deretter gjennomført kontraktsmøter for å avslutte med å avlyse konkurransen på grunn av egen fordyrende forsinkelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede erkjenner å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å la vedståelsesfristen utløpe uten å tegne kontrakt. Dette er imidlertid ikke grunnlag for krav på erstatning.
- (19) Etter at vedståelsesfristen var utløpt hadde innklagede to valg. Enten å avlyse konkurransen og lyse den ut på nytt, eller å be valgte leverandør vedstå seg sitt tilbud og eventuelt inngå kontrakt. Det siste har klagenemnda i flere saker ment var å anse som en ulovlig direkte anskaffelse ut i fra en rent formell tolking av regelverket, men i sak 2005/201 er det signalisert at når vedståelsesfristen som her var utløpt etter at leverandør er valgt, vil problemstillingen i praksis kunne stille seg noe annerledes.
- (20) Ingen av de øvrige tilbydere hadde i denne saken påklaget avgjørelsen om å tildele kontrakten til klager, og ingen andre enn klager var dermed skadelidende av at kontrakt ikke var inngått innenfor fristen. Å utlyse konkurransen på nytt ville derfor bare ytterligere skade den som var skadelidende av feilen. Forskriften har i seg selv ingen løsning på et slikt tilfelle, og vurderingen må dermed gjøres ut i fra de generelle prinsipper bak reglene. Innklagede har opptrådt mest mulig i tråd med regelverket, når det faktum at vedståelsesfristen var utløpt var på det rene. Dette kan da ikke utgjøre et nytt selvstendig brudd på regelverket. Dette er i tråd med avgjørelsen i sak 2005/201, og for øvrig så vidt innklagede kan se, også klagers syn.
- (21) Klager påstår at innklagede, ved å be valgte leverandør stå ved sitt tilbud, får en forpliktelse til å inngå kontrakt. Dette må i så tilfelle bare gjelde så langt vedståelsen er uten forbehold. Klager har ikke vedstått seg sitt tilbud etter utløpet av

vedståelsesfristen. Klager mente at innklagede måtte bære kostnadene knyttet til leveranser fra underleverandører uavkortet og etter regning. Innklagede har sett det slik at klager i realiteten vedstår seg å utføre arbeidet, men ikke betingelsene og kontraktssummen i tilbudet. Uenigheten går på om det å vedstå seg tilbudet i en lengre periode innebærer å levere til samme betingelser i en lengre periode, eller om vedståelsen innebærer å levere til de vilkår som følger av at oppdragsgiver har gjort seg skyldig i ”kontraktsbrudd” – et ”kontraktsbrudd” som i så tilfelle allerede er konstatert før kontrakt inngås, jf årsaken til at man ber om forlengelse av vedståelsesfristen. En forlenget vedståelse må i utgangspunktet innebære at man godtar at kontraktens ytelser forskyves i tid, uten ekstraordinære krav om kostnadsdekning. Det er selvsagt ikke noe i veien for å ta forbehold ved vedståelsen. Her er imidlertid forbeholdene av en slik størrelse og karakter at det i realiteten ikke gjenstår noe av det opprinnelige tilbud. I en slik situasjon ville anskaffelsesregelverket brytes dersom man inngikk kontrakt. Innklagede hadde dermed ikke noe annet valg enn å avlyse konkurransen.

- (22) Klager påstår i klagen at det er oppstått kontraktsbinding, med sin egen forståelse av hva som skulle ligge i kontrakten. I forskriften § 1-4 bokstav a, samt § 10-3, fremkommer det at kontraktsbinding foreligger ved gjensidig underskrevet skriftlig kontrakt. Klagers krav bygger på en fortolkning av NS 8406, ikke anskaffelsesregelverket. En slik påstand må avvises fra behandling i klagenemnda. Også vurderingen av hva en avtale eventuelt skulle inneholde, må avvises fra behandling i klagenemnda.
- (23) Påstanden om at reglene om offentlige anskaffelser gjør at kontraktens vilkår må følges fullt ut etter en vedståelse, herunder tidsfrister som åpenbart ikke kan oppfylles, faller på sin egen urimelighet.
- (24) Spørsmålet om grunnlag for erstatning er ikke egnet for behandling i klagenemnda. Særlig vil dette gjelde spørsmålet om klagers krav og opptreden i kontraktsmøtene, som etter innklagedes mening må få betydning ved vurderingen.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og III, jf forskriften § § 2-1 og 2-2. Klagen er rettidig.

Vedståelsesfrist

- (26) Innklagede har erkjent å ha brutt regelverket ved ikke å forlenge vedståelsesfristen.
- (27) I sak 2006/125 premiss (21) uttalte klagenemnda følgende:

”Vedståelsesfristen angir den tiden tilbudene er bindende, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 7-5. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at en tilbyder kan forlenge sin vedståelsesfrist etter at tilbud er inngitt. Det vises blant annet til sakene 2005/97, 2005/189 og 2006/69. Forlengelsen må imidlertid finne sted mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en ensidig avtalerettslig disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler, jf klagenemndas avgjørelse i sakene 2005/267 og 2005/64.”

(28) I denne saken bad innklagede klager i brev av 19. september 2006 om å vedstå seg sitt tilbud i ytterligere 90 dager. Det fremgår imidlertid av kunngjøringen pkt. IV.3.6) at vedståelsesfristen var satt til 7. august 2006. Innklagede har altså ikke forlenget fristen mens tilbudene var bindende. Hvorvidt klager faktisk vedsto seg tilbudet i e-posten av 22. september 2006, og hvorvidt det i etterkant er foretatt så vesentlige endringer i tilbudet at det er snakk om et nytt tilbud, er derfor ikke avgjørende. Uavhengig av dette, er det på det rene at kontrakt ikke ble inngått innen vedståelsesfristens utløp.

(29) Om konsekvensene av ikke å inngå tilbud innen vedståelsesfristens utløp eller unnlattelse av å forlenge denne fristen, uttalte klagenemnda dette i sak 2006/41 premiss (13):

”I klagenemndas sak 2004/48 slo nemnda fast at det var i strid med kravene til forutberegnelighet og konkurranse i lovens § 5 å tildele kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Etter nemndas syn er en konkurranse avsluttet når oppdragsgiver står igjen uten noen bindende tilbud. I klagenemndas sak 2005/296 kom nemnda til at oppdragsgiver hadde brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å be tilbyderne om å forlenge sin vedståelsesfrist innen den opprinnelige fristens utløp.”

(30) På basis av dette er nemnda i denne saken kommet til at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i anskaffelseslovens § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen innen den opprinnelige fristens utløp.

Erstatning

(31) Klagenemnda har ikke kompetanse til å uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12. Nemnda kan imidlertid uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning er oppfylt.

(32) For at positiv kontraktsinteresse skal kunne kreves erstattet, må det være begått vesentlige feil, og det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått, jf Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus). I vurderingen av om en feil er vesentlig, må det legges vekt på feilens størrelse, type feil og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilen. I den foreliggende sak har nemnda slått fast at innklagede brøt grunnleggende krav i regelverket ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen innen den opprinnelige fristens utløp. Klagenemnda finner at dette er en vesentlig feil.

(33) Klager ble i brev av 4. juli 2006 meddelt at de ville bli tildelt kontrakten. Klagenemnda kan ikke se av den fremlagte dokumentasjonen at det var grunnlag for å omgjøre denne tildelingen. Det foreligger da en klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått. Dette innebærer at vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt.

Klagers øvrige anførsler

(34) På bakgrunn av den konklusjon klagenemnda er kommet til i det ovennevnte, finner nemnda ikke grunn til å drøfte klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Kvinesdal kommune har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved ikke å slutføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, eventuelt ved ikke å oppfordre tilbyderne til å forlenge fristen innen den opprinnelige fristens utløp.

Klagers øvrige anførsler behandles ikke.

For klagenemnda
11. juni 2007

Andreas Wahl