



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse vedrørende leveranse, graving, legging og montering av en hovedvannledning. Etter tilbudsfristens utløp avlyste innklagede konkurransen på grunnlag av manglende tillatelse fra grunneier til å gjennomføre prosjektet, samt på grunnlag av manglende finansiering. Klagenemnda fant at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 (1).

Klagenemndas avgjørelse 24. september 2007 i sak 2007/70

Klager: Trulssen Maskin AS

Innklaget: Målselv kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Avlysning.

Bakgrunn:

- (1) Målselv kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. februar 2007 en åpen anbudskonkurranse vedrørende leveranse, graving, legging og montering av en hovedvannledning fra Andsvatnet til Sørreisakrysset.
- (2) Det ble verken i kunngjøring eller konkurransegrunnlag opplyst at konkurransen ble arrangert med økonomiske eller andre forbehold.
- (3) Det innkom syv tilbud innen tilbudsfristens utløp 19. mars 2007, herunder fra Trulssen Maskin AS (heretter kalt klager). Klager hadde det laveste tilbudet på kroner 1 887 495.
- (4) I brev av 30. april 2007 fra innklagedes konsulent Norprosjekt AS til tilbyderne opplyses det følgende:

"Tilbudet må trekkes tilbake og Målselv kommune v/Vann og avløp begrunner dette med følgende:

- 1. Forsvaret vil ikke akseptere at vannledningen føres gjennom skytefeltet på grunn av forurensing som er i grunnen.*
- 2. Kostnadene i følge de innkommende tilbud er vesentlig over det kommunen hadde i sitt budsjett."*

- (5) Klage ble inngitt til klagenemnda 7. juni 2007.

Anførsler:*Klagers anførsler:**Avlysning*

- (6) Det forelå ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf forskriftens § 13-1 og kravet til forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5. Det var ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget at konkurransen ble gjennomført med forbehold.
- (7) Oppdragsgiver burde ha undersøkt og avklart før konkurransen ble igangsatt om grunneier Forsvaret hadde innvendinger mot prosjektet. Det opplyses fra Forsvarsbygg i e-post til klager av 8. juni 2007 at innklagede tidlig i 2007 per telefon varslet om at det var planer om etablering av ny vannforsyning over Forsvarets grunn. Imidlertid fikk Forsvarsbygg aldri oversendt planene for vannforsyningen, og har således heller ikke hatt grunnlag for å vurdere gjennomførbarheten i prosjektet. Det er opplyst at forurensning i grunnen var kjent for innklagede. Det kan dermed ikke hevdes at det oppsto endrede forutsetninger som ikke kunne ha vært avhjulpet eller klarlagt forut for kunngjøringen.
- (8) De endringer det mest sannsynlig ville bli snakk om kunne uansett håndteres som endrings- og tilleggsarbeider til oppdraget. At det oppstår endringer som en følge av endringer i grunnforholdene, er ikke uvanlig ved gjennomføringen av prosjekter av denne type. Slike endringer kan håndteres innenfor NS 8406, som skulle legges til grunn for oppdraget.
- (9) Manglende budsjettmessig dekning kan heller ikke anses som en saklig grunn for avlysning. Innklagede har ikke godtgjort at budsjettprosessen var forsvarlig gjennomført. Det er innklagede som må sørge for at kunngjorte prosjekter faktisk kan gjennomføres som planlagt. Spørsmålet om finansiering må i utgangspunktet relatere seg til de budsjettmessige rammene som er gitt for prosjektet. I dette tilfellet var det i hovedplanene budsjettet med kroner 2 500 000. Rimeligste tilbud inngitt i konkurransen lød på kroner 1 887 495, altså godt innenfor budsjettets rammer. Det må forventes at det gjøres forsøk på å ombudsjettere fra andre poster, noe hovedplanene for vann og avløp viser det var rom for. Det er for 2007 budsjettet med kroner 7 000 000 til gjennomføring av ulike prosjekter. Konkurransen ble kunngjort i februar måned, altså tidlig i budsjettåret, og alle midlene var ikke disponert. Andre muligheter, som låneopptak eller andre former for finansiering, synes ikke forsøkt. Det kan også bemerkes at klager har tilbudt å utføre de aktuelle arbeidene med etterskuddsvis betaling, noe som har vært vanlig fremgangsmåte i andre saker der oppdrag har vært underbudsjettet.
- (10) Innklagede hevder at det var overraskende at Forsvaret i mars 2007 varslet om en større utbygging i Øverbygd. Det hadde imidlertid i lengre tid vært en kjent sak, fra avisoppslag og annen medieomtale, at Forsvaret satset på opprusting av det aktuelle området.
- (11) Varsel om avlysningen av konkurransen ble allikevel ikke sendt før 30. april 2007, altså mer enn en måned senere. Seneste igangsetting av arbeidene var satt til mai måned. Leverandørene var derfor i praksis forhindret fra å påta seg andre oppdrag, da ressursene var bundet opp som følge av tilbudene som var inngitt. Dette gjelder i

særlig grad klager, da det etter tilbudsåpningen var klart at klager hadde gitt det klart rimeligste tilbudet, og derfor regnet det som svært sannsynlig å få tildelt kontrakten.

- (12) I tillegg til at avlysningen må være saklig begrunnet, innfortolkes det etter gjeldende rett et krav om at avlysningen heller ikke er selvforskyldt eller kunne ha vært forutsatt av oppdragsgiver, jf klagenemndas sak 2003/3. Innklagede har i denne saken i svært liten grad gjort anstrengelser for å kunne gjennomføre konkurransen som planlagt. Både planleggingen i forkant av konkurransen og saksbehandlingen i forbindelse med gjennomføringen er kritikkverdig. Dette har vært svært uheldig for konkurransesituasjonen i distriktet og for gjennomføringen av fremtidige konkurranser. Dette gjelder i særdeleshet det aktuelle oppdraget, der prisene nå er kjent, noe som antagelig vil påvirke tilbudsprisene som blir gitt når oppdraget på nytt blir satt ut på anbud.

Erstatning

- (13) Klager anfører at det foreligger grunnlag for erstatning.

Innklagedes anførsler:

Avlysning

- (14) Innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf forskriftens § 13-1 (1).
- (15) Da konkurransen ble igangsatt, hadde innklagede tillatelse fra grunneier, Forsvaret, til å skifte ut hovedvannledningen fra vannbehandlingsanlegget og til vannkum 1. Den videre parsellen fra vannkum 1 er strekningen Andselv – Sørreisakrysset. Denne parsellen ligger på samme gårds- og bruksnummer som førstnevnte parsell. Innklagede la derfor til grunn at det ikke var behov for ytterligere tillatelse fra Forsvaret. Da innklagede tok kontakt med Forsvaret for å varsle om de aktuelle arbeider, ble det klart at Forsvaret hadde innvendinger mot traséen. Det ble opplyst at man ikke ville akseptere trasévalget uten nærmere grunnundersøkelser knyttet til forurensing. Innklagede var ikke kjent med at det å beholde opprinnelig planlagt trasé ville nødvendiggjøre ytterligere grunnundersøkelser. Dette ville føre til forsinkelser og endringer i en pågående konkurranse, ved endring av dato for igangsettelse av arbeidene, samt endret trasévalg. Også den manglende finansieringen tilsier at dette kunne bli betraktet som en ny anskaffelse. Det følger av gjeldende rett at det ved vurderingen av hvorvidt en endring er vesentlig er sentralt å vurdere om den er egnet til å påvirke markedets lyst og vilje til å delta. Igangsettesdato er per definisjon av en slik karakter. Dette støttes av klagers egne merknader om at selskapet var forhindret fra å delta i andre konkurranser grunnet de ressurser man bandt opp før avlysningen.
- (16) Under enhver omstendighet innebærer manglende budsjettdekning en saklig grunn. Innklagede var ikke forpliktet til å gjennomføre en konkurranse hvor det ikke forelå midler til å realisere anskaffelsen, jf blant annet klagenemndas sak 2006/157 premiss (27), hvor dette ble uttalt på generelt grunnlag. Klagenemnda konstaterte mellom annet at dette kan utgjøre en saklig grunn til å avlyse en konkurranse, uavhengig av hvorvidt oppdragsgiver er å bebreide. Klager har ikke sannsynliggjort at innklagede har utvist uforsvarlig økonomistyring. Innklagede hadde i hovedplanen for 2005-2008 Andsvann behandlingsanlegg – Sørreisakrysset budsjettert med totalt kroner 2 500 000. For vannbehandlingsanlegget til vannkum 1 var det kalkulert med kroner 1 650 000. Opprinnelig var disse arbeidene budsjettert med kroner 900 000, men

grunnet endret plassering av anlegget ble det en kostnadsøkning. Det innebærer at gjenstående beløp til parsellen Andselv – Sørreisakrysset var på kroner 850 000. Det var imidlertid planlagt å omdisponere midler ved at man trakk ut kroner 950 000 fra prosjekt nr 20 Høydebassen Øverbygd. Totalt hadde da kommunen kroner 1 800 000 millioner som kunne benyttes til aktuelle prosjekt. Medio mars 2007 varslet imidlertid Forsvaret om en stor utbygging av deres anlegg i Øverbygd. Dette innebar at det var nødvendig å fremskynde prosjektet høydebasseng Øverbygd til våren 2008. Innklagedes vannbehandlingsanlegg måtte også her utbygges. Øverbygd hadde derved fått førsteprioritet med hensyn til midler.

- (17) Klagers anførsler knyttet til at innklagede burde ha håndtert dette annerledes, forrykker ikke at nevnte forhold utgjør en saklig grunn til å avlyse konkurransen. Dette har kun betydning for vurderingen av om det er grunnlag for erstatning for utvist uaktsomhet, jf blant annet klagenemndas sak 2003/3. Saksbehandlingen for klagenemnda egner seg ikke for avgjørelse av om det er utvist erstatningsbetingende uaktsomhet selv om det foreligger saklig grunn. Dette krever bevisføring som går utover de rammer saksbehandlingen for klagenemnda åpner for, og aktualiserer spørsmål innenfor en annen rettsdisiplin enn anskaffelsesregelverket.

Erstatning

- (18) Det bestrides at vilkårene for å kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse er oppfylt. Allerede manglende sannsynliggjøring av kravet til årsakssammenheng, jf klar sannsynlighetsovervekt, innebærer at dette ikke kan føre frem.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift av 7. april 2006 nr. 402 del I og II.

Avlysning

- (20) Forskriftens § 13-1 (1) åpner for at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn. Hvorvidt det forligger saklig grunn, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. Det skal mindre til for at det foreligger saklig grunn dersom avlysningen foretas i god tid før tilbudsfristens utløp, enn hvor avlysningen foretas etter at tilbudene er innlevert. I vurderingen må det tas hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og til hva oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2003/75. Klagenemnda viser også til sak 2006/146 hvor nemnda uttalte at når behovet for avlysning skyldes innklagedes egne dårlige planlegging, tilfredsstillers dette ikke regelverkets krav om saklig grunn for avlysning.

- (21) Innklagede har i brevet av 30. april 2007 oppgitt at årsaken til avlysningen var blant annet at grunneier, Forsvaret, ikke ville *"akseptere at vannledningen føres gjennom skytefeltet på grunn av forurensing som er i grunnen"*. I tilsvaret til klagenemnda har innklagede forklart at de på kunngjøringstidspunktet la til grunn at tillatelse fra grunneier til å skifte ut hovedvannledningen på en annen parsell på samme gårds- og bruksnummer var tilstrekkelig; at denne også ville omfatte utskiftning av vannledningen på området for den aktuelle anskaffelse. Innklagede var ikke kjent med at den planlagte trase nødvendiggjorde ytterligere grunnundersøkelser.

- (22) Slik saken fremstår for klagenemnda må det være innklagedes ansvar å avklare at alle de nødvendige løyver og tillatelser for gjennomføring av anskaffelsen er fremskaffet ved utlysning av konkurransen. Innklagede måtte kunne forutse at manglende avklaring med grunneier, som etter det opplyste har virksomhet på det angjeldende området, ville kunne føre til problemer med gjennomføringen av arbeidet. Det antas at et slikt prosjekt krever inngrep av et visst omfang på eiendommen. Da det heller ikke er tatt forbehold i kunngjøring eller konkurransegrunnlag om at gjennomføringen av prosjektet er avhengig av tillatelse fra grunneier, vil det være i strid med kravet til forutberegnlighet i anskaffelseslovens § 5 (3) å avlyse konkurransen uten at tilbyderne var kjent med at dette kunne bli utfallet. Manglende tillatelse fra grunneier kan derfor ikke utgjøre en *"saklig grunn"* i henhold til forskriftens § 13-1 (1) for å avlyse den foreliggende konkurransen.
- (23) Videre har innklagede i brevet av 30. april 2007 forklart at en annen årsak til avlysningen var at *"Kostnadene i følge de innkomne tilbud er vesentlig over det kommunen hadde i sitt budsjett."* Det fremgår av innklagedes tilsvarende svar til klagenemnda at på grunn av at andre oppdrag måtte gjennomføres først, var den budsjettmessige dekningen på den aktuelle anskaffelsen på kroner 850 000. De inngitte tilbudene lød i henhold til protokollen fra tilbudsåpningen på fra kroner 1 887 495 til kroner 3 123 750. Det er derfor klart at disse oversteg rammen. Det fremgår videre at den budsjettmessige dekningen var antatt å være for lav, men at man planla å omdisponere midler ved at man trakk ut kroner 950 000 fra tilsvarende prosjekt i området Øverbygd. Når grunneier så fremskyndet utbygging av anlegget i området Øverbygd, ble innklagede forhindret fra å omdisponere midler fra dette prosjektet, da innklagede måtte prioritere utbygging av vannledning i dette området.
- (24) At manglende budsjettdekning kan være en saklig grunn for avlysning av en konkurranse har klagenemnda fastslått i en rekke tidligere saker, jf blant annet klagenemndas sak 2004/1 og 2006/115. Dette beror imidlertid på om den budsjetttramme som er lagt til grunn i det aktuelle tilfelle er basert på et realistisk kostnadsestimat. Det er opp til oppdragsgiver å dokumentere at fastsettelse av budsjetttrammen har skjedd på et forsvarlig grunnlag. Basert på det som er opplyst i saken legger klagenemnda til grunn at den fastsatte budsjetttramme var urealistisk lav. Innklagedes opprinnelige budsjett på kroner 850 000 var ikke tilstrekkelig til å sikre gjennomføringen av prosjektet, noe som også innklagede selv har lagt til grunn. Dette innebærer at det ikke forelå *"saklig grunn"* for avlysning av konkurransen, jf forskriftens § 13-1 (1), selv om de inngitte tilbud oversteg den fastsatte budsjetttrammen.
- (25) Som det fremgår ovenfor, ble innklagede allerede medio mars 2007 varslet om at Forsvaret ville sette i gang utbyggingen av anlegget i Øverbygd. Innklagede burde da ganske raskt ha skjønnet at den planlagte omdisponering av midler fra Øverbygd-prosjektet til hovedvannledningen fra Andsvatnet til Sørreisakrysset kunne bli vanskelig. Allikevel gikk det 1 ½ måned før tilbyderne ble gitt meddelelse om avlysning av konkurransen, noe som først skjedde i brev av 30. april 2007.

Erstatning

- (26) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt, som følge av at konkurransen ble avlyst uten saklig grunn.

- (27) Klagenemnda antar videre at det her kan ligge an til erstatning også for annet tap på grunn av at klager, som prismessig lå an til å få tildelt kontrakten, måtte holde sin arbeidsstyrke i beredskap for jobben, som etter planene skulle starte opp allerede i mai. Utsettelsen med å gi meddelelse om avlysning fra medio mars til 30. april antas å ha hatt stor betydning for klager i så måte. Klagenemnda mangler imidlertid det faktiske grunnlag for å kunne uttale seg nærmere om dette. Klagenemnda kan av samme grunn heller ikke uttale seg om det er grunnlag for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Konklusjon:

Målselv kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 13-1 (1) ved å avlyse konkurransen uten at det forelå saklig grunn for dette.

For klagenemnda
24. september 2007

Magni Elsheim

