



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandlinger for prosjektering og utførelse av tilbygging og ombygging av Levanger videregående skole. Innklagede sendte en meddelelse om kontraktstildeling til klager, som ikke hadde innlevert tilbud i konkurransen. Klagenemnda fant at innklagede hadde anledning til å annullere beslutningen om kontraktstildeling, og at innklagede ikke hadde brutt regelverket på de punkter klager hadde anført.

Klagenemndas avgjørelse 26. januar 2009 i sak 2008/137

Klager: Fuglesang-Dahl AS

Innklaget: Nord-Trøndelag fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Omgjøring av kontraktstildeling.

Bakgrunn:

- (1) Nord-Trøndelag Fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. juni 2007 en konkurranse med forhandling for prosjektering og utføring av tilbygging og ombygging av Levanger videregående skole.
- (2) Av anskaffelsesprotokollen datert 22. februar 2007 fremgikk det at anskaffelsens verdi var anslått til kr 40 millioner.
- (3) Innklagede mottok tilbud fra fem leverandører, hvorav Fuglesang & Olesen AS var en av tilbyderne.
- (4) 12. september 2007 mottok Fuglesang & Olesen AS en e-post fra innklagede hvor det fremgikk følgende:

"Hei.

Vi har gjennomført første del av utvelgelsesprosessen for totalentreprisen ved Levanger vgs, og ønsker å forhandle videre med dere som ett av tre firma."

- (5) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøte med Fuglesang & Olesen AS den 12. september 2007. Den 15. november 2007 sendte Fuglesang & Olesen AS et brev til innklagede hvor det fremgikk følgende:

"Som nevnt i pressemelding overtar Fuglesang-Dahl AS Fuglesang & Olesen AS avdeling Trøndelag f.o.m. 1. januar 2008. Det er fattet formelt styrevedtak i Fuglesang & Olesen AS.

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

Sentral godkjenning vil være det samme som tidligere.

Ansatte og kvalifikasjoner vil være som tidligere.

Rutiner og systemer videreføres som før.

Vi oppfatter det som mest ryddig å informere om denne endringen i god tid før formell overdragelse. Formelt sett skal ikke virksomhetsoverdragelse innvirke på vurdering av kvalifikasjoner så sant virksomheten videreføres uten større endringer.

Det nye firmaet vil få en aksjekapital på syv millioner. ”

- (6) Den 26. november 2007 sendte innklagede en e-post til Fuglesang & Olesen AS hvor det fremgikk følgende:

”Hei

Vi ønsker nå å gjenoppta forhandlingene med Fuglesang & Olesen om totalentreprisekontrakten på Levanger vgs.

Dere kalles derfor inn til møte på Fylkets Hus torsdag 29. november 2007, kl 09.30. Møterom ”Glassburet” i tredje etasje.”

- (7) Den 30. november 2007 sendte Fuglesang & Olesen AS en e-post til innklagede hvor det fremgikk følgende:

”Hei

Viser til møte vedr. Levanger vgs. og bekrefter følgende:

Vi vedstår vårt tilbud til 30.01.2008. Forutsetter at forhandlinger og kontrakt inngås med Fuglesang-Dahl AS.”

- (8) Den 20. desember 2007 sendte innklagede en e-post til Fuglesang-Dahl AS (heretter kalt klager) hvor det fremgikk følgende:

”Hei.

Med bakgrunn i siste forhandlingsrunde har Eiendomsavdelingen ved NTFK besluttet å tildele kontrakten for totalentreprisen ved Levanger vgs til firma Fuglesang-Dahl AS. Dette som en foreløpig orientering. Formelt tildelingsbrev vil bli utsendt primo januar 2008.”

- (9) Etter innlevering av oppbudsbegjæring ble det den 11. januar 2008 åpnet konkurs i firmaet Fuglesang & Olesen AS. Etter forhandlinger mellom klager, panthaver, og Fuglesang & Olesen AS konkursbo, ble det den 23. januar 2008 inngått avtale mellom partene. Avtalen innebar at klager i hovedsak skulle overta Fuglesang & Olesen AS virksomhet i Nord-Trøndelag, herunder alt av driftstilbehør. Avtalen innebærer i forhold til boet at klager har rett til å videreføre prosjekter ved inngåelse av nye avtaler eller videreføring av eksisterende avtaler med byggherrene. Klager har opplyst at de fleste tidligere ansatte i Fuglesang & Olesen AS virksomhet i Nord-Trøndelag er ansatt hos klager.

- (10) Fuglesang & Olesen AS deltok også som tilbyder ved en anskaffelse om bygging av Steinkjer videregående skole. I forbindelse med konkursen i Fuglesang & Olesen AS ble

det av en av de øvrige tilbyderne stilt spørsmål ved Fuglesang-Dahl AS deltakelse i denne konkurransen. Dette ble besvart i brev fra innklagede den 5. februar 2008:

"2. Fuglesang & Olesen har i brev til oss før prekvalifiseringsbeslutning, informert om etableringen av nytt firma Fuglesang-Dahl med virksomhetsoverdragelse av avdelingen i Trøndelag. Prekvalifiseringen er derved gjort med kunnskap om dette, herunder med forutsetninger om kvalifikasjoner. Vi registrerer at virksomhetsoverdragelsen ikke ble gjennomført før etter konkurs i det overdragende selskapet.

Vi forutsetter at alle prekvalifiserte grupper fremstår med samme kompetanse på tilbudsstadiet som på kvalifiseringsstadiet."

(11) Den 7. februar 2008 sendte klager en telefaks til innklagede hvor det fremgikk følgende:

"Det vises til tidligere kontakt i anledning Fuglesang-Dahl AS sin overtakelse av Fuglesang og Olesen AS sin virksomhet i Trøndelag.

Fuglesang-Dahl AS har nå hørt rykter om at Nord-Trøndelag Fylkeskommune er i ferd med å inngå avtale med Byggmester Grande A/S. Denne side forutsetter at dette kun er rykter.

Som kjent er det er inngått avtale mellom Fuglesang-Dahl AS og Nord-Trøndelag Fylkeskommune i forhold til de løpende prosjekter under utførelse av Fuglesang & Olesen AS på Inderøy og Mære.

I forbindelse med møte mellom advokat Østerås, Venås, Fuglesang og advokat Ertsaas ble det fra Fuglesang-Dahl AS sin side tatt forbehold om å hevde, at det var inngått bindene avtale i tilknytning til prosjektet Levanger videregående skole mellom Nord-Trøndelag fylkeskommune og Fuglesang-Dahl AS.

Det gjøres det gjeldende at Nord-Trøndelag Fylkeskommune har inngått bindene avtale med Fuglesang-Dahl AS, vedrørende utbygging av Levanger videregående skole. Det er ikke her nødvendig med noen ytterligere avtale mellom Fuglesang-Dahl AS og Nord-Trøndelag Fylkeskommune etter åpning av konkurs i Fuglesang & Olesen AS. Begrunnelsen for dette, er at kontrakten i utgangspunktet er tildelt Fuglesang-Dahl AS. Det er ikke Fuglesang & Olesen AS som har fått tildelt kontrakten. Det at det har oppstått en konkurs Fuglesang & Olesen er uten rettslig betydning i så måte. Realiteten er den samme nå som tidligere. Det vises her også til brev fra Dem til Byggmester Grande A/S, datert 5. februar 2008 i anledning spørsmål om Steinkjer videregående skole. Kvalifikasjonene/kompetansen er som det fremgår i brevet fra Dem de samme i selskapet Fuglesang-Dahl AS.

Denne side viser til mail fra Rune Gjermo, datert 20. desember kl. 11:40 hvorfra det siteres:

"Hei

*Med bakgrunn i siste forhandlingsrunde har Eiendomsavdelingen ved NTFK besluttet å tildele kontrakten for totalentreprisen ved Levanger vgs til firma **Fuglesang-Dahl AS**. Dette som en foreløpig orientering. Formelt tildelingsbrev vil bli utsendt primo januar 2008". (Min utheving)*

Det fremgår klart av denne mailen at kontrakten er tildelt Fuglesang-Dahl AS. Det forutsettes videre i brev fra Fuglesang-Dahl AS i brev av 17. desember at forhandlinger og kontraktsinngåelse skjer med firmaet Fuglesang-Dahl AS, jf. brevets siste side, samt mail fra Erling Fuglesang datert 30. november 2007. Dette brev er som kjent datert og sendt i god tid før tildeling fant sted fra Gjerme pr. mail. Innholdet synes også å være kjent før tildeling fant sted.

Under enhver omstendighet er ryktene svært overraskende da det er gitt klare signaler om at Nord-Trøndelag Fylkeskommune alternativt ville vurdere å åpne ny anbudskonkurranse, hvis man ikke ville akseptere den tidligere tildeling. Det gjøres gjeldende at det nå ikke kan inngås en direkte kontrakt med en annen entreprenør. Det viser her særlig til gjentatte uttalelser vedrørende dette fra advokat Østerås og Venås i forbindelse med møte. Fuglesang-Dahl AS fikk en klar forståelse for at en anbudskonkurranse ville være alternativet, hvis man ikke ville akseptere den tidligere tildeling. Dette er også grunnen til at Fuglesang-Dahl AS ikke har gjort noe ytterligere frem til nåværende tidspunkt på dette punktet.

Nord-Trøndelag Fylkeskommune bes redegjøre for situasjonen og hvordan man tenker å løse dette. Det varsles med dette også mulig erstatningskrav hvis Fuglesang-Dahl AS ikke får gjennomføre kontrakten i henhold til avtale."

(12) Innklagede besvarte telefaksen ved brev datert 12. februar 2008:

"Jeg viser til Deres skriv av 7.2.d.å. sendt til fylkeskommunen og hit pr. telefax.

Det var Firmaet Fuglesang & Olesen AS som forhandlet om den aktuelle totalentreprise. Under forhandlingene framkom at det skulle skje virksomhetsoverdragelse fra Fuglesang & Olesen AS til firmaet Fuglesang-Dahl AS. Dette var en sentral forutsetning for meddelelsen gitt i e-post 20.12.2007 på vegne av fylkeskommunen.

Ved Oslo byfogdembetes kjennelse av 11.1.2008 ble konkurs åpnet i boet til Fuglesang & Olesen AS. Forutsetningen om virksomhetsoverdragelse og dermed grunnlaget for den meddelelse som ble gitt i e-post av 20.12.2007 var dermed bortfalt, og det bestrides på denne bakgrunn at fylkeskommunen har inngått bindende avtale med Fuglesang-Dahl AS vedrørende Levanger videregående skole.

De vurderinger som er gjort i forbindelse med prekvalifisering i konkurranse om utbygging av Steinkjer videregående skole gjelder selvstendige vurderinger om et helt annet prosjekt og på et annet nivå av konkurransen, uten faktisk og rettslig betydning for konkurransen om oppdraget ved Levanger videregående skole.

Det medfører riktighet at det i forbindelse med forhandlinger vedrørende kontrakter om overtakelse av løpende prosjekter ved Inderøy videregående skole og Veksthuset Mære Landbruksskole muntlig ble opplyst at det ville bli nærmere vurdert hvorvidt det var grunnlag for å utlyse ny konkurranse. Denne vurdering resulterte i at man ikke fant grunnlag for dette og at det riktige var å innlede forhandlinger med firmaet Byggmester Grande AS i samsvar med konkurransegrunnlaget for det aktuelle prosjekt.

Forhandlinger er på denne bakgrunn innledet og spørsmålet om kontrakt vil avhenge av resultatet av forhandlingene, som så langt ikke foreligger."

- (13) Klager begjærte midlertidig forføyning for Inderøy Tingrett med påstand om at innklagede pliktet å stanse kontraktsinngåelse med andre enn klager. Ved kjennelse datert 27. februar 2008 ble begjæringen ikke tatt til følge. Begrunnelsen for dette var at kravet ikke var sannsynliggjort.
- (14) Ved brev datert 6. mars 2008 meddelte innklagede at Byggmester Grande AS (heretter kalt valgte leverandør) var tildelt kontrakt.
- (15) Ved telefaks datert 27. mars 2008 påklagde klager tildelingsbeslutningen. Ved brev datert 10. april 2008 meddelte innklagede at klagen ikke ble tatt til følge.
- (16) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 2. juni 2008. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 11. juli 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Innklagede har inngått kontrakt med klager. Det vises i denne forbindelse til e-post fra innklagede datert 20. desember 2007 hvor det klart fremkommer at kontrakt er tildelt klager. Denne e-posten sendes på et tidspunkt hvor innklagede er kjent med at disse arbeidene må utføres av klager. Det er også fra Fuglesang og Olesen AS' side forutsatt at kontrakt inngås med klager, jf e-post fra Fuglesang og Olesen AS datert 30. november 2007. Det at det har oppstått konkurs i selskapet Fuglesang & Olesen AS er uten rettslig betydning. Det er klager, og ikke Fuglesang & Olesen AS, som er tildelt kontrakt. Klager viser også til at innklagede har vurdert konkursen i Fuglesang & Olesen AS til å være uten betydning i forbindelse med konkurransen om bygging av Steinkjer videregående skole. Når innklagede i ettertid har inngått kontrakt med valgte leverandør er dette klart i strid med regelverket.
- (18) Subsidiært gjøres det gjeldende at den situasjonen som oppstod i selskapet Fuglesang & Olesen AS er uten rettslig betydning. Problemstillingen er hvorvidt det er fortsatt identitet i selskapene. Identifikasjonen er knyttet til å undersøke kvalifikasjonen. Dette er tilfellet i nærværende sak. Kontrakt er tildelt klager. Klager overtok alle aktiva og alle aktiviteter i Fuglesang & Olesen AS avdeling i Nord Trøndelag. Dette inkluderer alt nøkkelpersonell. Overdragelsen er en virksomhetsoverdragelse i både merverdiavgiftslovens og konkurslovens forstand. Ettersending av skatteattest og HMS-erklæring vil ikke være betenkelig ut fra et konkurranserettslig synspunkt, da leverandørene ikke har innvirkning på innholdet i skatteattesten. Klager har heller ingen problemer med å stille de nødvendige garantier. Klager har også bedre egenkapital enn det som var situasjonen i selskapet Fuglesang & Olesen AS.

Innklagedes anførsler:

- (19) Det er ikke inngått noen kontrakt, jf definisjonen i forskriftens § 4-1. Den meddelelse som innklagede gav klager ved e-post datert 20. desember 2007 var i strid med gjeldende anskaffelsesrett, og kunne ikke gi grunnlag for formell kontraktsinngåelse. Dette uavhengig av den etterfølgende konkurs i Fuglesang & Olesen AS. Innklagede hadde både adgang og plikt til å avvise den inntreden i tilbudet som ble gjort gjeldende av klager. E-posten datert 20. desember 2007 var gitt før meddelelse av

kontraktstildeling i medhold av forskriftens § 13-3 (1). Det vises i denne forbindelse til adgangen til å omgjøre tildelingsbeslutninger etter forskriftens § 13-3 (2). Også andre feil må kunne korrigeres når de avdekkes.

- (20) Til klagers subsidiære anførsel bemerkes det at identifikasjon må vurderes etter gjeldende anskaffelsesrett. Fuglesang & Olesen AS og klager er to forskjellige og selvstendige rettssubjekter. At klager er vurdert som prekvalifisert i en annen konkurranse er uten relevans for denne saken.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har anført at innklagede har inngått, eventuelt tildelt, kontrakten til klager og at innklagede av denne grunn ikke senere kunne inngå kontrakt med en annen leverandør. Klager har også anført at klager må identifiseres med selskapet Fuglesang & Olesen AS som har deltatt i konkurransen. Klagenemnda finner at klager etter sine pretensjoner har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og del II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt e-posten fra innklagede av 20. desember 2007 utgjør en kontraktsinngåelse med klager, eventuelt en kontraktstildeling til selskapet som ikke kunne annulleres

- (22) Klager har under henvisning til e-posten fra innklagede av 20. desember 2007, anført at innklagede har inngått en bindende avtale med klager, og at innklagede derfor ikke i ettertid kunne inngå kontrakt med en annen tilbyder. Etter forskriftens § 13-3 (1) er det klart at meddelelse om tildeling av kontrakt ikke er ensbetydende med kontraktsinngåelse. Meddelelsen skal etterfølges av kontrakt og slik at det skal gå rimelig tid for å muliggjøre eventuell klage over tildelingen med krav om at tildelingen omgjøres. E-posten fra innklagede kan ikke klassifiseres som noen kontraktsinngåelse mellom klager og innklagede om utførelse av det kunngjorte oppdraget.
- (23) Klager har også anført at e-posten må innebære at kontrakten er tildelt klager. Innklagede har anført at den meddelelsen som e-posten inneholdt ikke kan anses som noen kontraktstildeling, og videre anført at siden meddelelsen var i strid med gjeldende anskaffelsesrett måtte den uansett kunne omgjøres.
- (24) I e-posten som innklagede sendte til klager stod det følgende:

"Hei.

*Med bakgrunn i siste forhandlingsrunde har Eiendomsavdelingen ved NTFK **besluttet å tildele kontrakten** for totalentreprisen ved Levanger vgs til firma Fuglesang-Dahl AS. Dette som en foreløpig orientering. Formelt tildelingsbrev vil bli utsendt primo januar 2008. (Vår utheving)."*

- (25) Dette innebærer etter nemndas oppfatning at det er fattet en beslutning om å tildele kontrakten til klager. Det neste spørsmålet blir da om innklagede kunne annullere denne beslutningen.
- (26) Av forskriftens § 13-3 (2) fremgår det at:

"Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått."

- (27) I Dragsten/Lindalen side 1814 er det i tillegg antatt at bestemmelsen må fortolkes utvidende slik at en tildelingsbeslutning som er i strid med andre bestemmelser i anskaffelsesregelverket enn § 13-2 også må kunne medføre annullering av den opprinnelige kontraktstildeling. Dette er klagenemnda enig i.
- (28) I foreliggende sak tildelte innklagede kontrakt til klager den 20. desember 2007 uten at klager hadde innlevert bindende tilbud i konkurransen. Innklagede hadde imidlertid mottatt et brev fra Fuglesang & Olesen AS (som hadde innlevert tilbud i konkurransen) datert 15. november 2007 om at klager ville overta Fuglesang & Olesen AS sin virksomhet i Trøndelag fra 1. januar 2008, og at det var fattet formelt styrevedtak om dette.
- (29) Endringer i partsforholdet før tildeling av kontrakt vil normalt være til hinder for tildeling, jf EF-domstolens avgjørelse i C-454/06 (premiss 40) og klagenemndas avgjørelser i sak 2003/163 der det ble uttalt:

"Da den valgte leverandøren gikk konkurs, kunne innklagede ikke uten videre fortsette forhandlingene med henholdsvis morselskap, og deretter et nytt datterselskap. Dette er ulike rettssubjekter, og skifte av kontrakts-, eller forhandlingsmotpart kan i den foreliggende sak ikke skje uten å gjennomføre en ny anskaffelsesprosess"

- med tilslutning i sak 2008/37 premiss 23 om at prinsippet må være

"...at innklagede kun kan inngå kontrakt med det rettssubjekt som innleverte tilbud i konkurransen".

- (30) Som allerede nevnt var det etter klagenemndas oppfatning feil å tildele kontrakten til klager den 20. desember 2007, og innklagede hadde dermed anledning til å annullere denne tildelingsbeslutningen etter forskriftens § 13-3 (2). Nemnda tilføyer: Går en tilbyder konkurs under konkurransen, vil dette bety at oppdragsgiver kan velge å se bort fra tilbudet, jf hjemmelen for avvisning i forskriftens § 11-10 (2) a. Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til hvorvidt en virksomhetsoverføring i forbindelse med konkursbehandling ville kunne gi grunnlag for kontraktsinngåelse med klager, da grunnlaget for innklagede for å tildele kontrakt, brevet fra Fuglesang & Olesen AS datert 15. november 2007, uansett ikke medfører at klager heretter skal anses som deltager i konkurransen.
- (31) Klager har subsidiært anført at den situasjon som oppstod i selskapet Fuglesang & Olesen AS er uten rettslig betydning, og at problemstillingen er hvorvidt det er fortsatt identitet i selskapene. Det må antas at kontraktstildelingen til klager var basert på en evaluering av tilbudet til Fuglesang & Olesen AS, og at dette tilbudet må ha vært ansett som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Nemnda er enig med innklagede i at Fuglesang & Olesen AS og klager er forskjellige rettssubjekter. At klager er vurdert som prekvalifisert i en annen konkurranse er uten betydning i denne saken. Nemnda tar ikke stilling til hvordan situasjonen ville vært for klager dersom Fuglesang & Olesen AS først hadde blitt tildelt kontrakten. Nemnda har heller ikke tatt stilling til hvilken

betydning partsendringer ville hatt i en eventuell senere kontraktsavvikling, jfr lov om fordringshavernes dekningsrett 8.6.1984 § 7-3.

Konklusjon:

Nord-Trøndelag Fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å annullere beslutningen om å tildele kontrakten til Fuglesang-Dahl AS.

For klagenemnda,

26. januar 2009



Kai Krüger