



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for bygging av en flerbrukshall, herunder delentreprise på levering og montering av fasader og vinduer i glass og aluminium. Forut for gjennomføringen av konkurransen hadde innklagede kunngjort en lignende konkurranse, men denne hadde blitt avlyst på grunn av manglende budsjettdekning. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 3-6 da innklagede hadde gitt ut klagers tilbud i den første konkurransen til samtlige interesserte leverandører i den andre konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 20. april 2009 i sak 2008/174

Klager: Kraft Glass og Aluminium AS

Innklaget: Sørmarka flerbrukshall IKS

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Utlevering av klagers tilbud til konkurrerende leverandører. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Sørmarka flerbrukshall IKS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. desember 2007 en åpen anbudskonkurranse for bygging av Sørmarka flerbrukshall. Byggearbeidene skulle gjennomføres som delte entrepriser, hvorav en av de delte entreprisene gjaldt levering og montering av fasader og vinduer i glass og aluminium. Anskaffelsens anslåtte totalverdi for alle delentreprisene var på kr 150 millioner, mens den anslåtte verdien på delentreprisen for fasade- og glassarbeidene var på ca 21 millioner kroner. Denne klagen gjelder delentreprisen for fasade- og glassarbeider.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 14 fremgikk det følgende tildelingskriterier:

” Pris 60- 80 %
Anbudssum, timepriser, evt alternative tilbud med mer.
* Kvalitet 20 – 40 %
Referanser fra tilsvarende byggeprosjekt de siste 3 år. ”*
- (3) Når det gjelder angivelsen av tilbudspriser, inneholdt konkurransegrunnlaget et 63 siders langt prisskjema som tilbyderne skulle benytte til å opplyse sine enhetspriser, totalpris, samt gi timepris på tilleggsarbeid.
- (4) Innen tilbudsfristens utløp den 29. januar 2008 mottok innklagede tre tilbud på fasade- og glassarbeidene. Disse var fra Kraft Glass og Aluminium AS (heretter kalt klager), AS

Rubicon og Hubro AS. Klagers totale tilbudspris var på kr 13 552 050, mens totalprisen til de øvrige var på hhv kr 12 930 375 og kr 21 318 398.

- (5) Basert på at de totale tilbudsprisene for hele entreprisen oversteg innklagedes budsjett med 100 %, besluttet innklagede å avlyse hele konkurransen. Dette ble tilbyderne av fasade- og glassarbeidene meddelt i brev av 24. juni 2008, hvor det også ble gjort oppmerksom på at det ville bli gjennomført en ny konkurranse etter at innklagede hadde gjennomført endringer i utformingen av bygget. Styret i Sørmarka flerbrukshall IKS vedtok etter dette en del kostnadsreduserende tiltak, blant annet endring av fasadene med glassvegger mot nord og sør, som ble erstattet med tette vegger i tre, samt at alternative utførelser skulle vurderes for de tette sandwichveggene med metalloverflate.
- (6) Etter dette kunngjorde innklagede en ny åpen anbudskonkurranse den 3. september 2008. Syv leverandører meldte sin interesse for å få tilsendt konkurransegrunnlaget tilknyttet fasade- og glassarbeidene.
- (7) Ved en feil ble disse imidlertid tilsendt klagers tilbud i den første konkurransen, istedenfor det nye konkurransegrunnlaget. Da dette ble oppdaget, ble tilbudet hentet inn igjen, og tilbyderne ble så tilsendt konkurransegrunnlaget. Anskaffelsens anslåtte verdi for fasade- og glassarbeidene var nå estimert til ca 5 millioner kroner.
- (8) Ved tilbudsfristens utløp den 3. oktober 2008 mottok innklagede tilbud på fasade- og glassarbeidene fra de samme tre tilbyderne som hadde deltatt i den første konkurransen. Klagers totalpris var på kr 5 268 500, mens totalprisen til AS Rubicon var på kr 4 774 125 og totalprisen til Hubro AS var på kr 5 155 681.
- (9) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 2. oktober 2008. I brev av 17. oktober 2008 opplyste innklagede at kontrakt på dette tidspunkt ennå ikke var inngått, men at dette ville skje den 10. november 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Utsendelse av klagers tilbud og erstatning

- (10) Ved å sende ut klagers tilbud i den første konkurransen til samtlige syv interesserte tilbydere i den andre konkurransen har innklagede brutt bestemmelsene om taushetsplikt i forskriftens § 3-6, samt kravene til forutberegnelighet, likebehandling, konkurranse, god forretningsskikk, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5 og forskriftens § 3-1. Når de andre tilbyderne mottok klagers tilbud kunne disse innrette seg etter de beløp som fremkom der. Klager på sin side fikk ikke informasjon om de øvrige tilbydernes priser, og klager var også låst av sine tidligere inngitte priser. At anskaffelsens omfang er endret, har ingen betydning. Elementene var de samme i begge konkurransene, og klagers priser på enkeltelementene i den første konkurransen var retningsgivende for tilbyderne i den andre konkurransen. Det foreligger grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse. Det er imidlertid for tidlig å beregne noe erstatningskrav ennå. Klager ønsker derfor vurdert hvorvidt anskaffelsesregelverket er brutt på de punkter som er anført.

Innklagedes anførsler:

Utsendelse av klagers tilbud

- (11) Innklagede er enig i at det ble gjort en feil ved utsendelsen av anbudsdokumentene, men bestrider at dette har hatt betydning for utfallet av anbudskonkurransen. Det hele skjedde som følge av en beklagelig misforståelse mellom arkitekten og kopieringsfirmaet. Så snart feilen ble oppdaget, ble de utsendte anbudspapirene hentet inn igjen og erstattet med de korrekte. Etter vår oppfatning representerer den aktuelle feilen ikke et brudd på lov om offentlige anskaffelser. Klager måtte i den nye konkurransen levere et nytt tilbud helt uavhengig av forrige konkurranse og det tilbud som da ble levert. Oppdragsgiver har ikke forskjellsbehandlet leverandørene og konkurranseelementet kan ikke sies å ha bortfalt for klager. Det vises i denne sammenheng særlig til følgende momenter:

** Markedssituasjonen*

- (12) Anbudskonkurranse nr.1 foregikk i årsskiftet 2007 - 2008, hvor markedssituasjonen var preget av et meget høyt aktivitetsnivå med liten konkurranse og høye priser. Anbudskonkurranse nr. 2 foregikk i september 2008, hvor markedssituasjon hadde endret seg betydelig. Vår erfaring fra de siste årene, fram til sommeren 2008, er at prisnivået på anbudene for de fleste entrepriser var unormalt høyt, med til dels store fortjenestemarginer. Det er flere eksempler på at byggherrer i det siste har gått ut på nye anbudsrunder og fått inn reduserte priser som en følge av en mer reell konkurransesituasjon.

** Anbudets omfang*

- (13) Anbudets omfang er betydelig redusert, fra en antatt verdi på fasade- og glassarbeidene i anbudsrunde nr.1 på ca. 21 mill.kr., til en verdi av ca. 5 mill. kr. i anbudsrunde nr.2. Anbudsprisene vil vanligvis være påvirket av omfanget av leveransen. Dette gjelder spesielt rigg og drift poster, men kan også ha innflytelse på enhetsprisene ellers.
- (14) Klager viser videre til at utsendelse av det tidligere tilbudet har medført at oppdragsgiver ikke har ivaretatt hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Innklagede vil avvise klagers påstand og vil hevde at lovens grunnleggende krav er ivaretatt under gjennomføringen av konkurransen. Selv om konkurrentene hadde tilgang til klagers priser, var anbudsrunde nr.2 en helt ny konkurranse med et sterkt redusert omfang i en endret markedssituasjon. Klager sto helt fritt til å vurdere sin deltakelse og sine priser på ny i denne situasjonen, og konkurrentene kunne umulig vite om klager ville opprettholde sine priser, eller om firmaet ville vurdere disse på ny i den nye konkurransen.

Erstatning

- (15) Ettersom det ikke foreligger brudd på lov og forskrift om offentlige anskaffelser og det heller ikke kan påvises noe økonomisk tap, og følgelig heller ikke noen årsakssammenheng, kan innklagede ikke se at det er grunnlag for et krav om erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (16) 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 om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Utleveringen av klagers tilbud til de interesserte leverandørene i den andre konkurransen

- (17) Av forskriftens § 3-6 følger det at oppdragsgiver har plikt til å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf forvaltningslovens § 13.
- (18) I aktuelle sak er det på det rene at innklagede har utlevert klagers tilbud i den første konkurransen til samtlige av de interesserte leverandørene i den andre konkurransen. Det er videre, slik klagenemnda forstår det, også på det rene at tilbudet inneholdt enhetspriser, og eventuelt andre forhold, som må klassifiseres som drifts- eller forretningshemmeligheter. Det kan da ikke være særlig tvilsomt at innklagedes opptreden er i strid med forskriftens § 3-6. Dette uavhengig av hvilken betydning dette konkret har hatt for klager eller de øvrige leverandørene i den andre konkurransen. Innklagede har dermed brutt denne bestemmelsen ved utleveringen av tilbudet.
- (19) Basert på det resultat klagenemnda her er kommet til, finner nemnda ikke grunn til å vurdere hvorvidt innklagedes opptreden også må anses i strid med andre bestemmelser i regelverket, jf klagers anførsler knyttet til de grunnleggende prinsippene i lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

Erstatning

- (20) Det er noe uklart for nemnda om klager faktisk har bedt om en uttalelse vedrørende erstatningsspørsmålet. Klagenemnda vil likevel kort bemerke at det neppe kan være særlig tvilsomt at klager ikke vil ha krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse hvis dette utelukkende skal vurderes ut fra den feil innklagede her har begått, det vil si å sende ut klagers tilbud i den første konkurransen til de interesserte leverandørene i den andre konkurransen. Det følger av Rt 2001 s 1062 (Nucleus) at vilkåret for erstatning for den positive kontraktsinteresse er at det må foreligge en vesentlig feil, samt at klager må påvise med klar sannsynlighetsovervekt at vedkommende skulle fått kontrakten dersom feilen ikke var blitt begått. Ut fra den feil som her er konstatert, er det klart at klager ikke kan få erstatning for den positive kontraktsinteresse kun basert på denne feilen.

Konklusjon:

Sørmarka flerbrukshall IKS har brutt forskriftens § 3-6 ved å utlevere klagers tilbud i den første konkurransen til de interesserte leverandørene i den andre konkurransen.

For klagenemnda,

20. april 2009

Jakob Wahl