



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for bygging av tilførselsveier med tunneler til Rv7/Rv13 Hardangerbroen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen etter forskriftens § 22-1 (1), og at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse ikke var oppfylt. Klagenemnda fant videre at unnlatelsen av å gi klager innsyn i det fullstendige kostnadsoverslaget, ikke var i strid med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5, og heller ikke med kravet til begrunnelse i forskriftens § 20-16 (2) bokstav d.

Klagenemndas avgjørelse 10. november 2008 i sak 2008/78

Klager: Skanska Norge AS

Innklaget: Statens vegvesen

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Bjørg Ven og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning. Erstatning. Innsyn i totalt kostnadsoverslag.

Bakgrunn:

- (1) Statens vegvesen (heretter kalt innklagede) utlyste den 16. mai 2007 en åpen anbudskonkurranse for bygging av tilførselsveier med tunneler til Rv7/Rv13 Hardangerbroen. Entreprisen for tilførselsveier var del av et større prosjekt for oppføring av en hengebro på Rv7/Rv13 i Hordaland. Prosjektet "Hardangerbrua med tilførselsveger" var delt inn i flere delentrepriser, hvorav "Entreprise TV-02 Tilførselsveger med tunneler" (entreprise TV-02) utgjorde en av disse.
- (2) I kunngjøringens punkt IV.2 fremgikk det at tildelingskriteriet var laveste pris.
- (3) Frist for innlevering av tilbud var opprinnelig fastsatt til 6. juli 2007, men ble forlenget til 15. august 2007.
- (4) Innen tilbudsfristens utløp 15. august 2007 mottok innklagede tre tilbud.
- (5) I protokoll fra tilbudsåpning av 15. august 2007, fremgår det at Skanska Norge AS (heretter kalt klager) hadde levert det laveste tilbudet. Dette var på kr 292,4 millioner, mens de øvrige tilbudene var på kr 315,7 millioner og kr 370,2 millioner.
- (6) I brev av 24. september 2007 ble tilbyderne bedt om å forlenge vedståelsesfristen for tilbudene med en måned, fra 1. oktober 2007 til 1. november 2007;

"Avgjerd om tildeling av entreprise TV-02 ligg no i Vegdirektoratet.

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

Vegdirektoratet treng meir tid til handsaminga av saka og vi ber difor tilbydarane om utsetting av vedståingsfristen med 1 (ein månad). Ny vedståingsfrist 01.11.2007."

(7) Klager aksepterte forlengelsen av vedståelsesfristen i brev av 26. september 2007:

"Vi aksepterer at vedståelsesfristen forlenges fra 01.10 til 01.11.2007. Vi ber likevel for prosjektets skyld, om at man ikke bruker mer tid enn nødvendig på den videre saksbehandlingen."

(8) I brev av 22. oktober 2007 og 8. november 2007 ba innklagede om ytterligere to forlengelser av vedståelsesfristen, med henholdsvis 14 dager og én uke. Begrunnelsen var at behandlingen av saken hadde tatt lenger tid enn ventet. Klager aksepterte forlengelsene i brev av 23. oktober 2007 og 12. november 2007.

(9) Den 16. november 2007 fikk leverandørene oversendt et utkast til brev med melding om at konkurransen om entrepriser TV-02 var avsluttet. Ved brev av 20. november 2007 opplyste innklagede igjen om at konkurransen var avsluttet, og bad samtidig tilbyderne se bort fra utkastet av 16. november 2007:

"Vi viser til tidlegare dokument/korrespondanse i denne saka. Vi ber om at ein ser bort i frå utkast til brev i vedlegg til mail av 16.11.2007."

Konkurransen er gjennomgått i Vegdirektoratet og Samferdselsdepartementet. Det vises til St.prp. nr. 24 (2007-2008), se punkt 4. Det går fram av denne at det er fatta vedtak om at konkurransen skal avsluttast utan tildeling av kontrakt.

Konkurransen er avslutta som følge av stor kostnadsauke for tilførselsvegane, og ein monaleg risiko for overskriding av kostnadsramma for heile prosjektet, dvs brua og vegane.

Grunnlaget for avslutning av konkurransen er Forskrift om offentlige anskaffelser § 22-1.

Som det går fram av St.prp. nr. 24, ligg vedtaket om bygging av Hardangerbrua fast. Konkurransen om arbeida vert kunngjort seinare."

(10) Klager påklaget avlysningen i brev av 3. desember 2007, og fra brevet hitsettes følgende:

"I brev til Stortingets Presidentskap datert 21. november 2007 har samferdselsminister Navarsete opplyst at budsjettet for denne entreprisen er fastsatt til kr. 215 millioner. For å avklare om det i dette tilfellet foreligger "saklig grunn", ber vi om å få tilgang til budsjettgrunnlaget, herunder dokumentasjon for hvilke arbeider som er omfattet av budsjettet, og eventuell dokumentasjon for kvalitetssikringen av budsjetteringen. Vi ber også opplyst om når budsjettet ble utarbeidet."

(11) I brev av 20. desember 2007 ble klagen besvart av innklagede, og herfra hitsettes:

"Kostnadsoverslag

Det ble gjennomført kostnadsoverslag for Hardangerbrua med tilførselsveger i februar 2005. Dette var en oppdatering av tidligere kostnadsoverslag fra 2004.

Prosjekter over 500 millioner skal i tillegg gjennom ekstern kvalitetssikring. Samferdselsdepartementet var oppdragsgiver for denne kvalitetssikringen. Firmaet Metier ble engasjert av departementet til å gjennomføre den. Rapporten fra Metier er datert 12. august 2005.

[...]

Kostnadsoverslaget i St prp nr 2 (2005-2006) er utgangspunktet for vedtaket om bygging. Dette overslaget blir senere årlig oppdatert med byggekostnadsindeksen, og i tilfelle denne ikke foreligger, med budsjettindeksen fastlagt av Finansdepartementet.

Som De peker på er 215 mill kr. nevnt som gjeldende overslag for entreprisen TV-02 Tilførselsveger med tunneler. Vi bekrefter at dette er et sammenlignbart overslag i forhold til mottatt tilbud på 292 mill kr.

Ellers viser en til at prosjektet skal kunngjøres på nytt jfr. brevet fra departementet, se vedlegg, og at man på nåværende tidspunkt av hensyn til fremtidige konkurranser ikke ønsker å legge frem våre kostnadsoverslag nå, jfr. offentlighetsloven § 6 nr. 2 bokstav a."

(12) Vedlagt brevet fra innklagede av 20. desember 2007, lå et brev fra Samferdselsdepartementet til Vegdirektoratet av 19. november 2007. Herfra hitsettes følgende:

"Samferdselsdepartementet vurderer det slik at det er en betydelig risiko for overskridelse av kostnadsrammen for hele prosjektet, dvs. brua og tilførselsvegene samlet. Da Samferdselsdepartementet ikke har fullmakt til å pådra staten forpliktelser ut over de fullmakter som er gitt av Stortinget, har vi funnet det nødvendig å be om at Statens vegvesen avslutter konkurransen på tilførselsvegene.

Vi ber Vegdirektoratet følge opp dette, og samtidig snarest gjøre forberedelser til en ny begrenset kvalitetssikring, dvs. en oppdatering av den eksisterende. Vi understreker at dette ikke innebærer noen endring mht. tidligere vedtak om bygging av prosjektet. Vegdirektoratet må således samtidig sette i gang arbeidet med å forberede en utlysing av hele prosjektet, innretta slik at tilbud kan gis inn også på de enkelte deler (tilførselsvegene og selve brua).

Dersom det skulle vise seg at kostnadsrammen for hele prosjektet overskrides i forhold til kostnadsrammen som ble presentert for Stortinget, må saken legges fram for Stortinget på nytt."

(13) I brev av 21. januar 2008 bad klager på nytt om å få fremlagt dokumentasjon/opplysninger om budsjettgrunnlaget.

(14) I brev av 11. februar 2008 oversendte innklagede en offentlig rapport av 12. august 2005 fra Metier AS (som hadde kvalitetssikret kostnadsoverslaget for Hardangerbroprosjektet, jf brev av 20. desember 2007). Fra side 6 i rapporten hitsettes:

"Samferdselsdepartementet må besørge at det etableres rutiner som sikrer kostnadsestimering i prosjektene i henhold til anerkjent beste praksis. Estimeringen må

omfatte bruk av dokumenterte konsistente og sporbare estimater, som gjøres gjenstand for en usikkerhetsanalyse. Både estimatene og usikkerhetsanalysen må holdes oppdatert. [...]

Det må etableres et konsistent og sporbart kostnadsestimat for Hardangerbrua, herunder oppdatere forprosjekt 2004 og entydig dokumentere de deterministiske estimater for hver av postene. [...] Dokumentasjonen av kostnadsestimatet må være på nødvendig detaljeringsnivå før prosjektets oppstart."

(15) I brev av 4. april 2008 og e-post av 7. april 2008, gav innklagede ytterligere opplysninger om kostnadsoverslaget for entreprise TV-02.

(16) I brevet av 4. april 2008 ble det opplyst at innklagede benyttet den såkalte Anslagsmetoden ved utarbeiding av kostnadsoverslag, og det ble utdypet hvordan denne metoden fungerte. Videre informerte innklagede om at klager skulle få innsyn i visse dokumenter, og fra brevet hitsettes:

"For at De og Deres klient på en bedre måte kan vurdere rettmessigheten av beslutningen om å avslutte konkurransen uten tildeling av kontrakt, oversendes summasjonsdelen i kostnadsoverslaget, samt tre oversikter som viser hvordan kostnadsoverslaget for tilførselsvegene er bygget opp. Da kostnadsoverslaget og konkurransegrunnlaget har en noe ulik struktur, er dette kostnadsoverslagets faktorer transformert til konkurransegrunnlagets oppsett. Dette bør - sammen med rapporten fra Metier - gi en oversikt over hvordan kostnadsoverslaget er bygget opp.

Oversiktene viser differansen mellom tilbudet fra Skanska og overslaget fra 2004.

Det bemerkes for ordens skyld at det opprinnelige kostnadsoverslaget er 2004-kroner, mens tabellene benytter 2007-kroner.

Det opprinnelige kostnadsoverslaget var på 221,7 mill. kroner. Tilbudet fra Skanska var som kjent på 306,8 mill. kroner. Skanska sitt tilbud var dermed 85 mill. kroner dyrere enn kostnadsoverslaget tilsa. Dette tilsvarte en fordyrelse på drøyt 38 %.

Da det er skjedd noen planendringer etter det opprinnelige kostnadsoverslaget, er det markert hvilke deler av differansen som skriver seg fra planendringer. Planendringene var nødvendige som følge av ulike løsninger som ble fremarbeidet forut for kunngjøring av konkurransen. Dette vedrører blant annet bompengerevisjonssystem som ikke tidligere var forutsatt, samt pålagte endringer etter raset i Hanekleivtunnelen. Det siste omhandler blant annet utspregning av ekstra rom rundt tunnelhvelvet, økt krav til tidsbruk ved kartlegging av fjellet samt mer omfattende sikringstiltak.

Planendringene utgjør 26,6 mill. kroner, mens den resterende differansen mellom kostnadsoverslaget og tilbudet fra Skanska utgjør om lag 58,5 mill. kroner. Dette tilsvarer henholdsvis 31 og 69 % av differansen."

(17) I det følgende hitsettes den første av de tre oversiktene som var vedlagt brevet av 4. april 2008:

"Rv.7 / rv.13 Hardangerbrua m/tilførselsveger

Oversikten bygger på de elementer som er med i tilbudet fra entreprenøren. Dette avviker noe fra det som ble med i anslaget.

Alle tall i 07-kr						
Element	Overslag fra 2004	Overslag korrigert for å korrespondere med tilbudet	Tilbud inkl for mva (6 %) og tillegg (5%)	Differanse	Planendringer	Marked
Veg	32 140	39 740	87 971	(48 232)		48 232
Tunnel	176 122	181 970	218 832	(36 862)	26 600	10 262
Totalt	208 263	221 709	306 803	(85 094)	26 600	58 494

Korreksjoner til anslaget:

Korreksjon Veg:

TV-01 Forberedende arbeider redusert for andel bro-elementet	(4 500)
TV-03 Elektro	(16 975)
Byggegrep for tårn, Bu og Vallavik, sprengn av 14500 m3, jfr anslag B112	12 254
Forankringskammer, jfr anslag B117 og B118	16 821
SUM	7 599

Tunnel:

Portaler mot broen. Anslag-beløp. Portalene skal nå dekkas av bro	(3 077)
Manuell bompengennekting, andel knyttet til fjell	3 925
2 tunneler med portaler g/s-veger	5 000
SUM	5 848

Indekser

Fra år	Til år:	Indeks	Akk.indeks
2004	2005	1,052	1,052 Indeks for betongbroer
2005	2006	1,043	1,097 Indeks for betongbroer
2006	2007	1,022	1,121 Indeks for budsjett"

(18) Videre hitsettes den andre av de tre oversiktene som var vedlagt brevet av 4. april 2008:

Rv. 7/rv 13 Hardangerbrua

Alle tall i hele 1000 kr (2007-kr)

Opprinnelig anslag	SUM
Veg	32 140
Tunnel	176 122
Sum	208 263
Manuell innkreving – andel knyttet til fjell	3 925
Sum	212 187

Frdrag:

Forberedende arbeider i TV-01	(4 500)
TV-03 Elektroarbeid	(17 000)
Portaler mot broen inngår i bru-entreprisen	(3 100)
Sum fradrag	(24 600)

Tillegg:

Byggegrøp tårn	12 300
Forankringskammer inkl tilkomst	16 800
G/s-vegssystem BU	5 000
<u>Sum tillegg</u>	

Netto endringer 9 500

Justert overslag som stemmer overens med TV-02 221 687

Tilbud fra Skanska	
Sum tilbud ekskl mva	292 400
Fradrag for arbeid knyttet til eksisterende Vallviktunnel	(10 500)
Fradrag for fylling i Bugjelet	(5 500)
Justert tilbudspris som korresponderer med justert anslag for TV-02	276 400
Forventet mva (6%)	16 584
<u>Forventet tillegg inkl mva (5%)</u>	<u>13 820</u>
Forventet utbetalt på TV-02 og som skal belastes Hardangerbrua	306 804"

- (19) I den tredje oversikten som var vedlagt brevet av 4. april 2008, fremgikk det at Hardangerbroen den 3. februar 2005 var anslått å koste 1 666 mill kr. Fra oversikten hitsettes:

"Prosjektbeskrivelse:

Hardangerbrua med tilførsleveggar. Byggetrinn 1. Revidert kostnadsoverslag februar 2005 representerer ikkje ei komplett ny runde med Anslag, eller ein ekstern kvalitetssikring. Det er eit nytt kostnadsoverslag bygd på 2 tidlegare kostnadsoverslag (frå januar og april 2004) der bru og tilførsleveggar var rekna kvar for seg. Det er korrigert for ny informasjon som har kome til sidan primo 2004. I den grad det var trong for det, er nye vurderingar lagt til grunn."

- (20) I e-post av 7. april 2008 presiserte innklagede følgende:

"Delen av overslaget som følger vedlagt originalen som er sendt per post, er Statens vegvesen sitt overslag. Konsulentens overslag lå om lag 40 mill. kroner over dette kostnadsoverslaget. Det presiseres at det er konsulentens overslag som ble lagt til grunn i St.prp. og i de oversikter som prosjektet har utarbeidet i etterkant."

- (21) Den 5. mai 2008 ble det avholdt et møte mellom klager og innklagede. Under møtet ble det opplyst at Hardangerbroprosjektet som helhet (bro og tilførselsveier) var besluttet utlyst på nytt, basert på et kostnadsgrunnlag utarbeidet i desember 2007. Den nye utlysningen ville bestå av to tilbudspakker (bro og tilførselsveier), der det ville være adgang til å inngi tilbud på deler av oppdragene.

- (22) I e-post av 6. mai 2008 fikk klager oversendt en korrigert kostnadsmatrise for entrepriser TV-02:

Element	Overslag fra 2004	Tilbud Skanska	Differanse	Plan- endrin	Marked
---------	-------------------	----------------	------------	-----------------	--------

	(alle tall inkl mva)			REV
Veg	32 140	52 560		
Korreksjoner fra opprinnelig anslag:				
-TV-01 Forberedende arbeid	(4 500)			
+ Byggegrøp idm	12 254	16 138		
+Forankringskammer	16 821	16 027		
Korreksjoner				
-Fylling i Bugtelet (dekket av Bu-Brinnes)		(5 471)		
Delsum	56 715	79 253		
Mva (6%)		4 755		
Tillegg inkl mva (5%)		3 963		
SUM Veg	56 715	87 971	(31 257)	31 257
Tunnel	176 122	207 661		
Korreksjoner:				
-Portaler mot broen. Anslag-belap. Portalene skal nå dekket av bro	(3 077)			
- TV-03 Elektro	(16 975)			
+ Manuell bompengestrukering, andel knyttet til fjell	3 925			
+ 2 tunneler med portaler g/s-veger	5 000			
Arb i eksisterende Vallavikini (ikke bet av Hardangerbrua)	-	(10 515)		
Delsum	164 995	197 146		
Mva (6%)		11 829		
Tillegg inkl mva (5%)		9 857		
SUM TUNNEL	164 995	218 832	53 837	26 600
Totalt	221 709	306 803	(85 894)	26 600
				58 494

Sammenligning kun veg:

Element	Overslag fra 2004 (alle tall inkl mva)	Tilbud Skanska	Avvik
Veg	32 140	52 560	
Korreksjoner fra opprinnelig anslag:			
-TV-01 Forberedende arbeid	(4 500)		
+ Byggegrøp idm			
+Forankringskammer			
Korreksjoner			
-Fylling i Bugtelet (dekket av Bu-Brinnes)		(5 471)	
Delsum	27 640	47 089	
Mva (6%)		2 825	
Tillegg inkl mva (5%)		2 354	
SUM Veg	27 640	52 269	24 628

Planendringer

Arkitektonisk løsning portaler	12 mill.kr
Bompengestrukeringssystem	8 mill.kr
Rundkjøringer: Ø er redusert fra 60 til 40 meter	- 10 mill.kr
Strengere krav etter ulykken i Hanekleivtunnelen	16,6 mill.kr
Sum planendringer	26,6 mill.kr

Indekser

Fra år	Til år:	Indeks	Akk.indeks
2004	2005	1,052	1,052 Indeks for betongbroer
2005	2006	1,043	1,097 Indeks for betongbroer

- (23) I en e-post fra Norges Miljøvernforbund til klager av 7. august 2007, ble klager informert om følgende:

"Vi kan ikke se at entreprenørene som deltok på veikontorets tilbudsbehandling på Hardangerbroen tilførselsveier er gjort kjent med at det ikke foreligger godkjent reguleringsplan for tiltaket som gjelder prosjektets Ullensvangsdel og ønsker å gjøre dere oppmerksom på at en ny reguleringsplanprosess er startet i Heradet og veikontoret erkjenner at dette skyldes en såkalt "vesentlig endring" av godkjent reguleringsplan.

Vi kan heller ikke se at entreprenørene er gjort kjent med at det ikke foreligger godkjent reguleringsplan for den del av tilførselsveiprojektet som ligger i Eidfjord kommune.

[...]

Den nye reguleringsplanen for Ullensvangdelen av tilførselsveien til Hardangerbroen kan tidligst foreligge godkjent sent høsten 2007 og lenge etter at den nye tilbudsfristen og vedståelsesfristen utløper.

[...]

Veikontoret har i brev til Fylkesrådmannen i Hordaland 10. juli d.å varslet om betydelig kostnadssprekk for tilførselsveien til Hardangerbroen og de konsekvenser dette får for det planlagte prosjektet. Vi kan ikke se at entreprenørene har fått kopi av brevet. Veikontoret var kjent med kostnadssprekken og problemet det skaper under befaringen med entreprenørene i juni."

- (24) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 16. mai 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (25) Innklagede hadde ikke "saklig grunn" til å avslutte konkurransen uten tildeling av kontrakt, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 22-1. For at en oppdragsgiver skal ha saklig grunn til å avslutte en konkurranse uten å bli erstatningsansvarlig, må to vilkår være oppfylt. For det første må det foreligge en saklig grunn som sådan, og for det andre må avslutningsgrunnen enten være uforutsigbar for oppdragsgiver, eller det må være tatt forbehold mot dette forholdet i anbudsdokumentene. Etter klagers syn oppfyller avslutningen av konkurransen ingen av de to vilkårene.
- (26) Når det gjelder kravet til saklig grunn som sådan, bestrides det ikke at økonomiske/forretningsmessige hensyn i utgangspunktet er legitime. For at avlysning av en konkurranse av budsjettmessige grunner skal være saklig i henhold til anskaffelsesforskriften § 22-1, må imidlertid budsjetttrammene for konkurransen være forsvarlig vurdert på forhånd.

- (27) Klager har ikke fått anledning til å etterprøve i tilstrekkelig grad om innklagede hadde gjort en forsvarlig vurdering av budsjetttrammene, da innklagede har nektet å legge frem det fullstendige kostnadsoverslaget. Innklagede har vist til offentlighetslovens § 6 nr 2 bokstav a som hjemmel for å nekte innsyn i dette kostnadsoverslaget. Etter klagers oppfatning er imidlertid ikke tilbyders innsynsrett regulert av denne bestemmelsen, men av anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesreglene oppstiller ingen taushetsplikt for oppdragsgivers egne forhold, og de grunnleggende kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet tilsier at oppdragsgiver må redegjøre for bakgrunnen for sine beslutninger slik at tilbyderne (og eventuelle tredjemenn) kan kontrollere om regelverket er fulgt. Også oppdragsgivers plikt til å gi en begrunnelse for avlysning av en konkurranse, jf forskriftens § 22-1 (3) smh § 20-16 (2), tilsier at leverandørene skal kunne etterprøve de faktiske omstendigheter som påberopes og om disse er å anse som en "saklig grunn". Det vises til klagenemndas sak 2006/128, og det danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 13. september 1996. Unnlatsen av legge frem det fullstendige kostnadsoverslaget er således i strid med kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5 og forskriftens § 3-1, samt med kravet til begrunnelse i forskriftens § 22-1(3) smh § 20-16 (2).
- (28) Innklagede kan for øvrig ikke høres med begrunnelsen om at det vil være uheldig for de senere anbudskonkurranser at noen av aktørene kjenner til de beregninger som er foretatt. Dette fordi det må forutsettes at innklagede omarbeider prosjektet og/eller oppdaterer kostnadsberegningene før det lyses ut en ny konkurranse.
- (29) Selv om den fremlagte dokumentasjon ikke gir tilstrekkelige opplysninger om innklagedes budsjettgrunnlag, har klager likevel merket seg tre forhold som viser at det er tvilsomt om innklagede har gjort en forsvarlig vurdering.
- (30) For det første er de prosjektmessige endringer fra budsjettfasen til tilbudsfasen innberegnet i den påberopte kostnadsoverskridelsen (på 38 prosent). Uten disse planendringene ville overskridelsen kun utgjort 26,3 prosent (kr 58,5 millioner). Innklagede har opplyst at overskridelsen på 38 prosent – sett i lys av faren for en "tilsvarende trend" for resten av prosjektet – medførte at konkurransen om entreprise TV-02 "akkurat oversteg grensen" for å måtte avlyses.
- (31) For det andre fremgår det av summarisjonsdelen i kostnadsoverslaget, at den største budsjettoverskridelsen knytter seg til elementet "veg i dagen". Overslaget viser at innklagede beregnet ca kr 27,6 millioner til veibygging, mens klager tilbød kr 52,6 millioner. Innklagedes beregningsrutiner må her ha sviktet, da klagers tilbud utvilsomt gir uttrykk for markedsprisen for slike arbeider. Denne feilen kan skyldes at innklagede har operert med feil mengdeforutsetninger, det vil si en gal beregning av hvilke masser veiarbeidene skulle inkludere. Dokumentasjonen fra innklagede gir imidlertid ikke grunnlag for å vurdere forsvarligheten av mengdeberegningene.
- (32) For det tredje gir den oversendte dokumentasjonen grunn til å spørre om avslutningen av konkurransen var knyttet til forhold vedrørende byggingen av selve Hardangerbroen, i stedet for til kostnadsoverskridelser for tilførselsveiene. Det vises til at det i brevet fra Samferdselsdepartementet av 19. november 2007 heter at det er en betydelig risiko for overskridelse av kostnadsrammen for hele prosjektet, dvs broen og tilførselsveiene samlet. Et ønske om å avslutte hele Hardangerbroprosjektet kan ikke uten videre tjene som saklig grunn for avlysningen av entreprise TV-02, ettersom bygging av

tilførselsveiene til Hardangerbroen var skilt ut i en egen entreprise og gjort til gjenstand for en egen anbudskonkurranse.

- (33) Til dette kommer at det fra februar 2005 til tilbudsfristen 15. august 2007, med unntak av regulering basert på byggekostnadsindeksen, ikke ble foretatt noen prismessig revurdering/oppdatering av Hardangerbroprosjektet, til tross for den sterke prisstigningen i markedet i perioden. Unnlåtelsen av å oppdatere prosjektet skjedde på tross av en klar anbefaling fra Metier AS, og på tross av det i innklagedes egen årsrapport fra 2006 heter at prognosene for forventet prisstigning, spesielt for anleggsvirksomheten, blir systematisk undervurdert av Finansdepartementet. Videre har innklagede de siste årene opplevd betydelige budsjettoverskridelser på sammenliknbare prosjekter, og det burde være klart at en årlig budsjettmessig oppdatering kun basert på byggekostnadsindeksen, ikke ville være tilstrekkelig til å reflektere prisveksten i entreprenørmarkedet. Klager vil dessuten bemerke at innklagede ved sin årlige oppdatering av kostnadsoverslaget, ikke foretok en oppdatering i henhold til reell prisstigning som beregnet av Statistisk Sentralbyrå (SSB). SSBs kostnadsindeks for betongbro ville vist at det måtte påregnes en prisstigning på hele 20,1 prosent i forhold til overslaget fra andre kvartal 2004. Innklagede har i sin sammenstilling benyttet en sats på 12,1 prosent for samme periode. Endelig nevnes at Metier AS flere steder i sin rapport kritiserer både det kostnadsestimat og den kalkuleringsmetode som innklagede har brukt for Hardangerbroprosjektet.
- (34) Når det gjelder innklagedes henvisninger til at det ved utformingen av kostnadsoverslaget ble benyttet ekspertise ved ekstern kvalitetssikring, er dette av mindre betydning, da denne kvalitetssikringen ble foretatt i august 2005, altså to år før anbudskonkurransen om entreprise TV-02 ble kunngjort.
- (35) Selv om klagenemnda skulle komme til at avslutningen av konkurransen var saklig og legitim i seg selv, må det vurderes om overskridelsene var forutsigbare for innklagede. Det burde i så tilfelle vært tatt inn et forbehold i konkurransegrunnlaget om mulig avlysning ved overskridelser av kostnadsoverslaget.
- (36) Etter klagers syn var budsjettoverskridelsen forutsigbar for innklagede, både fordi muligheten for prisvekst og budsjettoverskridelser generelt er særlig til stede i bygge- og anleggsektoren, og fordi innklagede uansett må ha kjent til risikoen for budsjettoverskridelser for entreprise TV-02 isolert, og for hele Hardangerbroprosjektet. Det vises til at Vegdirektoratet i brev til fylkesmannen av 10. juli 2007, altså før tilbudsfristen løp ut, varslet om betydelig kostnadssprekk for tilførselsveiene til Hardangerbroen. Videre forelå det ved tilbudsbehandling 15. juni 2007 ikke godkjent reguleringsplan verken for den delen av tilførselsveiene som skulle gå gjennom Ullensvang eller for den delen som var lokalisert til Eidfjord kommune. Innklagede var således klar over at det måtte foretas vesentlige endringer i godkjente reguleringsplaner, noe som igjen kunne få kostnadsmessige konsekvenser. Leverandørene ble for øvrig ikke opplyst om noen av disse forholdene.
- (37) Også erfaringen med tidligere, sammenliknbare prosjekter må ha gjort innklagede oppmerksom på budsjetttrisikoen både hva angår entreprise TV-02 og Hardangerbroprosjektet som helhet. At innklagede var fullt klar over risikoen for budsjettoverskridelser på sine prosjekter fremgår også klart av St.prp. nr 1 (2007-2008), Samferdselsdepartementet, s 39, der det heter at:

"Statens vegvesen har erfart at prisnivået i anleggsmarkedet er økende. I senere tid har flere tilbudskonkurranser gitt som resultat tilbud som ligger til dels høyt over kostnadsoverslaget. Kostnadsøkningene varierer noe mellom fagområdene. Vegvesenet understreker at det er knyttet stor usikkerhet til utviklingen framover.

Statens vegvesen påpeker at det i en slik situasjon kan være aktuelt å avlyse anbudskonkurranser."

- (38) I brev av 4. april 2008 synes innklagede selv å erkjenne kjennskap til prisøkningen, og innklagede bekreftet slik kjennskap i møtet av 5. mai 2008. Før øvrig er det vanlig å ta budsjettforbehold hos andre oppdragsgivere i anleggssektoren, og også innklagede har i senere konkurranser tatt inn slike forbehold.
- (39) Når innklagede – til tross for kunnskapen om den sterke kostnadsøkningen i markedet – verken oppdaterte kostnadsoverslaget fra 2005 utover en ren indeksregulering, eller tok budsjettmessig forbehold i konkurransegrunnlaget, brøt dette med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og god forretningskikk.
- (40) Til sist nevnes det at innklagedes fremgangsmåte i denne konkurransen har visse likhetstrekk med ulovlig markedstesting, da formålet med avlysningen og den fornyede kunngjøringen klart nok var å få prosjektpriene ned på ønsket nivå.
- (41) Ettersom kontraktstildeling skulle skje på grunnlag av laveste pris, og klager hadde det laveste tilbudet i konkurransen, foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville blitt tildelt kontrakten om konkurransen ikke var blitt avsluttet. Innklagede har videre begått vesentlige feil, og vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse kan således være til stede. Under enhver omstendighet vil vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse være oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (42) Når det gjelder klagers anførsler om at det ikke var saklig grunn til avlysning av konkurransen, vises det til at økonomiske hensyn kan være en saklig grunn til avlysning. Det ligger innenfor oppdragsgivers skjønn å vurdere om de innkomne tilbud er gode nok til å kontrahere, men oppdragsgiver må kunne vise til en forsvarlig forretningsmessig vurdering. Etter innklagedes syn sikrer Anslagmetoden en god vurdering av kostnadene, og prosessen i den foreliggende sak var fullt ut forsvarlig. Det vises til at kostnadsoverslaget som Vegdirektoratet fant forsvarlig og hensiktsmessig ble behandlet av Samferdselsdepartementet, og videre ble gjenstand for ekstern kvalitetssikring i regi av Finansdepartementet. Det som senere ble oversendt Stortinget for behandling tok opp i seg de innspill som kom gjennom den eksterne kvalitetssikringen.
- (43) Videre bestrides klagers anførsel om at ekstern kvalitetssikring er av mindre betydning fordi kvalitetssikringen er foretatt to år før kunngjøringen av prosjektet. Det vises til at kostnadsoverslaget ble løpende justert og oppdatert til virkelig indeks, og dermed oppdatert i henhold til virkelig prisvekst.
- (44) Klager har også anført at innklagede burde ha forskuttert de høye prisene på tilførselsveiene. I en ekstern kvalitetssikring foretatt etter avslutningen av konkurransen

er det imidlertid foreslått at kostnadsrammen reduseres, noe som viser at klagers anførsel ikke er treffende.

- (45) Ettersom det opprinnelige kostnadsoverslaget på kr 221,7 millioner, ble oppjustert til kr 248,3 millioner, var klagers tilbud 23 prosent (kr 58,5 millioner) høyere enn kostnadsoverslaget. Det høye kostnadsnivået som blant annet klagers tilbud ga anvisning på var ikke forutberegnelig for innklagede, og det forelå derfor saklig grunn til å avslutte konkurransen uten tildeling av kontrakt.
- (46) Når det gjelder klagers anførsel om at dokumentasjonen som er fremlagt ikke gir grunnlag for å etterprøve rettmessigheten av avlysningsbeslutningen, er innklagede av den oppfatning at klager har et godt grunnlag for å vurdere kostnadsoverslagets holdbarhet basert på de dokumenter som er fremlagt (rapporten fra Metier, og tre oversikter som viser en sammenligning mellom kostnadsoverslaget og tilbudet fra klager).
- (47) Innklagede har ikke fremlagt det fullstendige kostnadsoverslaget, da dette vil være grunnlag for videre konkurranseutsetting av prosjektet. Det vil være uheldig for de senere anbudskonkurransen at noen eller alle aktører kjenner til de beregninger som er foretatt. For ordens skyld er også summasjonsdelen av kostnadsoverslaget fremlagt for klager, som dokumentasjon på at tallene i matrisen er korrekte.
- (48) Til klagers anførsel om rett til innsyn etter anskaffelsesregelverket, bestrides det at deltagerne i en anbudskonkurranse har noe forvaltningsrettslig krav på partsinnsyn. Visse opplysninger på oppdragsgivers side må kunne unntas fra offentlighet, også i forhold til deltagerne i konkurransen.
- (49) Når det gjelder klagers anførsel om at oppdragsgiver må ta forbehold mot forutsigbare avlysningsgrunner i konkurransegrunnlaget, kan innklagede ikke se at denne problemstillingen er aktuell i den foreliggende sak. Det er på det rene at det ikke er tatt noe forbehold i konkurransen. Dersom klagers anførsel skulle føre frem, måtte store byggherrer ha tatt forbehold i de fleste konkurranser som er kunngjort de siste årene, siden anleggsmarkedet har vært preget av prisoppgang, men med uforutsigbare utslag. Den virkning et forbehold ville hatt er uansett bare at potensielle deltagere i konkurransen kunne fått beskjed om at konkurransen berodde på et gitt budsjett. Dette burde imidlertid være godt kjent for profesjonelle aktører i anleggsmarkedet.
- (50) Til klagers anførsel om at innklagedes fremgangsmåte i saken har visse likhetstrekk med ulovlig markedstesting, bemerkes det at innklagede er den som har størst interesse i at prosjektet gjennomføres på tiltenkt måte, og det er uforståelig at klager kan mene at innklagede skulle ha en slik holdning til konkurransen.
- (51) Videre vil erstatning for den positive kontraktsinteresse være utelukket, dersom klagenemnda legger til grunn at det var saklig grunn for avslutning av konkurranse uten tildeling av kontrakt. Dette fordi ingen av deltagerne i konkurransen vil kunne påvise at de har gått glipp av en kontrakt de ellers ville fått.
- (52) Det er også tvilsomt om det foreligger grunnlag for den negative kontraktsinteressen. Dette er utelukket dersom klagenemnda skulle komme til at det var saklig grunn for

avslutning av konkurransen uten tildeling av kontrakt, og hvor innklagedes behandling av saken ikke kan sies å være klanderverdig.

Klagenemndas vurdering:

- (53) 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.

Innsyn i det fullstendige kostnadsoverslaget

- (54) Klager anfører at innklagede handlet i strid med kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5, samt kravet til begrunnelse i forskriftens § 22-1 (3) jf § 20-16, ved å nekte å fremlegge det fullstendige kostnadsoverslaget for entreprise TV-02.
- (55) Ettersom avlysning av en konkurranse om offentlig anskaffelse ikke er et enkeltvedtak, gjelder ikke forvaltningslovens regler. Nemnda antar derfor at spørsmålet om innsyn i det fullstendige kostnadsoverslaget må vurderes ut fra offentlighetslovens regler. I henhold til offentlighetslovens § 2 er forvaltningens saksdokumenter offentlige så langt det ikke er gjort unntak i eller i medhold av lov. Innklagede har vist til at det fullstendige kostnadsoverslaget ikke er fremlagt, fordi kostnadsoverslaget vil være grunnlag for videre konkurranseutsetting av prosjektet, og det vil være uheldig for den senere anbudskonkurransen at noen eller alle aktørene kjenner til beregningene som er foretatt. I offentlighetslovens § 6 (2) bokstav a er det fastsatt at forvaltningen kan unnta dokumenter hvor dette er påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av statens, kommunens eller vedkommende organs økonomiforvaltning. En vurdering av denne bestemmelsen ligger utenfor klagenemndas mandat, jf klagenemnds forskriftens § 6 (1), og nemnda behandler ikke dette spørsmålet.
- (56) Innklagedes unnlatelse av å fremlegge det fullstendige kostnadsoverslaget kan heller ikke sies å være i strid med de grunnleggende kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5, da klager må sies å ha fått tilstrekkelig innsyn til å kunne vurdere hvorvidt kostnadsoverslaget bygget på et forsvarlig grunnlag. Det vises til at klager har fått innsyn i den samme dokumentasjonen som klagenemnda har benyttet ved vurderingen av om kostnadsoverslaget var forsvarlig, jf premiss (62)-(66). Videre kan klagenemnda ikke se at det ut fra kravet til en begrunnelse etter forskriftens § 20-16 (2) bokstav d, skulle følge en plikt for innklagede til å fremlegge det fullstendige kostnadsoverslaget.

Hvorvidt innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen uten kontraktstildeling

- (57) Forskriften § 22-1 (1) om avlysning av konkurransen og totalforkastelse lyder slik:

"Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn."

- (58) I Samferdselsdepartementets brev heter det bl a at departementet *"ikke har fullmakt til å pådra staten forpliktelser ut over de fullmakter som er gitt av Stortinget"*. Pga risikoen for kostnadsoverskridelser fant departementet det derfor *"nødvendig å be om at Statens*

vegvesen avslutter konkurransen" om tilførselsveiene. Spørsmålet er om innklagede hadde "saklig grunn" til å avlyse konkurransen.

- (59) I sak 2008/60 (premiss 36) uttalte klagenemnda bl a at "(s)iden spørsmålet om saklig grunn til avlysning etter forskriftens § 13-1 i forhold til nemndas tidligere praksis bør skilles fra spørsmålet om mulig erstatningsansvar, finner nemnda grunn til å kommentere forholdet mellom avlysning og ansvar, særlig i forhold til spørsmålet om situasjonen som har oppstått kan sies å være selvforskyldt og derfor ansvarsbetingende". Nemnda behandler først spørsmålet om det var saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (60) I Rt 2001 s 473 siterte Høyesteretts kjæremålsutvalg lagmannrettens tolking av saklighetskravet, og sluttet seg til tolkingen. Lagmannsretten uttalte at spørsmålet om en avlysning var saklig "må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, der det tas hensyn så vel til hvilken omstendighet som utløste avlysningen som til hva byggherren ønsket å oppnå med den. [...] Økonomiske og andre forretningsmessige hensyn må generelt anses som legitime." Budsjettmessige begrensninger kan være slike økonomiske hensyn. I sak 2008/60 uttalte klagenemnda i premiss (32) bl a at "(i) Rt 2007 s 983, *Reno-Vest*, har Høyesteretts flertall, med tilslutning fra mindretallet, under henvisning til *Concord-kjennelsen* i Rt 2001 s 473, presisert saklighetskravet til et spørsmål om avgjørelsen 'ville ha hvilt på en fullt ut forsvarlig økonomisk vurdering'. Det fremgår at det ikke stilles krav til noen kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at en avlysning skal være saklig; spørsmålet er om vurderingen var forsvarlig."
- (61) Det er på det rene at innklagedes kostnadsoverslag for tilførselsveiene var på kr 248,3 millioner inkludert planendringer, at klagers tilbud var på kr 306,8 millioner og at klagers tilbud var det billigste. Differansen mellom kostnadsoverslaget og det billigste tilbud var således på kr 58,5 millioner. I brev av 19. november 2007 bad søm nevnt Samferdselsdepartementet innklagede om å avslutte konkurransen. Begrunnelsen var at det forelå stor risiko for overskridelse av kostnadsrammen for hele prosjektet, dvs broen og tilførselsveiene samlet. Departementet hadde ikke fullmakt til å pådra staten forpliktelser utover de fullmakter som var gitt av Stortinget. Klager har i denne sammenheng anført at det ikke kan være saklig å vise til fare for budsjettoverskridelser for hele prosjektet samlet. Klagenemnda har forstått det slik at differansen mellom tilbudene og kostnadsoverslaget for tilførselsveiene er hovedårsaken til avlysningen av konkurransen. Selv om det ble vist til faren for kostnadsoverskridelse for hele prosjektet, var således avlysningen begrunnet i forhold knyttet til den foreliggende anbudskonkurransen. En kostnadsoverskridelse for tilførselsveiene vil naturlig nok i sammenhengen kunne føre til en kostnadsoverskridelse for hele prosjektet (Hardangerbroen og tilførselsveiene). Klagenemnda kan da ikke se at det i seg selv skulle være usaklig å vise til faren for kostnadsoverskridelse for hele prosjektet. Avgjørelsen om å avlyse konkurransen på grunn av manglende fullmakter til å pådra staten økonomiske forpliktelser utover kostnadsoverslaget, må etter dette sies å bygge på en forsvarlig økonomisk vurdering. Innklagede hadde dermed "saklig grunn" til å avlyse konkurransen etter forskriftens § 22-1 (1).

Erstatning

- (62) Etter klagenemndsforordningen § 12 skal nemnda ikke uttale seg om rettsvirkninger av regelbrudd, men kan, når den finner grunn til det, likevel uttale seg om hvorvidt vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt. Av klagenemndas sak 2008/60 i

premiss (34) følger det at "hvis det på avgjørelsestidspunktet objektivt sett foreligger en saklig grunn kan konkurransen avlyses, men etter omstendighetene vil det likevel kunne foreligge grunnlag for negativ kontraktsinteresse. Ut fra kravet til god forretningsskikk i lovens § 5, jf lovens § 10, vil det kunne være tilfelle der anskaffelse ikke skulle vært igangsatt, eller avlyst på et tidligere tidspunkt." Spørsmålet blir etter dette om avlysningen av konkurransen kan gi grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteresse.

- (63) For at oppdragsgiver ansvarsfritt skal kunne avlyse som følge av manglende budsjettdekning, følger det av klagenemndas praksis at "de innkomne pristilbud må overstige det fastsatte budsjett for anskaffelsen, og at det fastsatte budsjett er basert på et realistisk kostnadsestimat, og ikke på overoptimistiske kalkyler", jf klagenemndas sak 2008/60 (premiss 37) med videre henvisninger til klagenemndas praksis. Det er opp til oppdragsgiver å dokumentere at fastsettelsen av budsjettrammen har skjedd på et forsvarlig grunnlag, jf klagenemndas sak 2008/60 og 2006/115.
- (64) Slik klagenemnda har forstått opplysningene fra klager og innklagede, baserte vurderingen av anskaffelsens verdi seg på et kostnadsoverslag fra 2004, som ble oppdatert i februar 2005. Innklagede har opplyst at det opprinnelige kostnadsoverslaget ble behandlet av både Vegdirektoratet og Samferdselsdepartementet, kvalitetssikret eksternt i regi av Finansdepartementet, og til sist behandlet i Stortinget. Klagenemnda har ikke grunnlag for å overprøve forsvarligheten av dette opprinnelige kostnadsoverslaget. Klager har vist til at det, i lys av den sterke prisstigningen i markedet, var uforsvarlig at kostnadsoverslaget kun ble oppdatert med byggekostnadsindeksen fra februar 2005 til tilbudsfristen 15. august 2007. Slik klagenemnda har forstått opplysningene i innklagedes brev av 20. desember 2007 og i den korrigerte kostnadsmatrisen som var vedlagt e-post av 6. mai 2008, ble kostnadsoverslaget fra februar 2005 og frem til 2006 oppjustert etter Statistisk sentralbyrås (SSBs) byggekostnadsindeks, og fra 2006 og frem til tilbudsfristen 15. august 2007 etter budsjettindeksen fastlagt av Finansdepartementet. Klager har ikke dokumentert at det har forekommet en prisstigning utover dette som innklagede burde tatt i betraktning i tillegg til indeksreguleringene. En oppjustering av et kostnadsoverslag basert på SSBs byggekostnadsindeks og Finansdepartementets budsjettindeks, må etter klagenemndas syn normalt anses forsvarlig.
- (65) Det blir også anført at innklagede ved sin årlige oppdatering etter byggekostnadsindeksen, ikke har oppdatert kostnadsoverslaget i henhold til reell prisstigning som beregnet av Statistisk sentralbyrå. SSBs kostnadsindeks for betongbro ville etter klagers oppfatning vist at det måtte påregnes en prisstigning på 20,1 prosent i forhold til overslaget fra andre kvartal 2004, mens innklagede har benyttet en sats på 12,1 prosent for denne perioden. Klagenemnda kan ikke se at klager har begrunnet hvorfor innklagede skulle ha benyttet en sats på 20,1 prosent ved oppjusteringen av kostnadsoverslaget andre kvartal 2004, og har derfor ikke grunnlag for å ta stilling til dette, slik saken er opplyst for klagenemnda.
- (66) Etter dette legger klagenemnda til grunn at fastsettelsen av budsjettrammen har skjedd på et forsvarlig grunnlag.
- (67) Klager har videre anført at kostnadsoverskridelsene var forutsigbare for innklagede, og at det derfor burde ha vært tatt inn et forbehold i konkurransegrunnlaget. I sak 2006/129

premiss (34) uttalte klagenemnda bl a at "(k)unngjøring av konkurranser med knapp budsjettdekning utsetter markedet for å måtte regne på oppdrag som ikke lar seg gjennomføre innen de rammer som oppdragsgiver selv har satt for gjennomføringen. Dette er svært uheldig og kan føre til at konkurransen ender som en markedstest der leverandørene i realiteten gjennomfører en kostnadsberegning med prosjekteringsunderlag som oppdragsgiveren selv skulle sørget for i forkant." Klagenemnda har tidligere kommet til at kostnadsoverslaget ble fastsatt på et forsvarlig grunnlag, jf premiss (66). Det kan derfor etter nemndas syn ikke kreves at innklagede skulle tatt forbehold om at kostnadene var underlagt budsjettbegrensninger. Nemnda kan heller ikke se at det i saken foreligger opplysninger som underbygger klagers syn om at konkurransen og avlysningen har "visse likhetstrekk med ulovlig markedstesting". At dette skulle være tilfelle er også bestridt av innklagede.

- (68) Klagenemnda kan etter dette ikke se at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse skulle være oppfylt.

Konklusjon:

Statens vegvesen har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
10. november 2008

Per Christiansen
Per Christiansen