



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Akershus Fjernvarme AS gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av betongentreprise (B12) for et nytt bioenergianlegg på Lillestrøm. Klagenemnda fant at innklagedes kontraktsinngåelse i saken ikke hadde skjedd etter vedståelsesfristens utløp for valgte leverandørs tilbud. Det forelå derfor ikke noen ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag, slik klager hadde anført.

Klagenemndas avgjørelse 8. februar 2010 i sak 2009/112

Klager: Trio Entreprenør AS

Innklaget: Akershus Fjernvarme AS

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Jakob Wahl og Tone Kleven

Saken gjelder: Påstand om ulovlig direkte anskaffelse og ileggelse av overtredelsesgebyr.

Bakgrunn:

(1) Rambøll Norge AS kunngjorde den 14. oktober 2008, på vegne av Akershus Fjernvarme AS, (heretter benevnt innklagede), en konkurranse med forhandling for anskaffelse av betongentreprise (B12) for et nytt bioenergianlegg på Lillestrøm. I kunngjøringsteksten punkt I.1) er det opplyst at Akershus fjernvarme AS er et energiselskap som er 100 % eid av det offentlige. Av kunngjøringsteksten punkt II.2.1) fremgår det videre at anskaffelsens omfang er estimert til 45 MNOK. Tilbudsfristen var i kunngjøringens punkt IV.3.4) satt til 7. november 2008.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 6 ”Spesielle tilbudsbestemmelser” er anskaffelsesprosessen beskrevet på følgende måte i punkt 6.1 ”Generelt”:

”Tilbudskonkurransen gjennomføres i henhold til Forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (FOR 2006-04-07-403), med forhandlet prosedyre)”

(3) Fra konkurransegrunnlagets punkt 6 *Spesielle tilbudsbestemmelser* fremgår følgende vedrørende vedståelsesfristen under punkt 6.3 ”Tilbudet”:

"[...]"

6.3.7 Vedståelsesfrist

Med mindre annet fremgår av anbudsinnbydelsen er anbudet bindende i 90 kalenderdager, regnet fra og med anbudsfristens utløp".

- (4) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "pris", "byggetid", "kvalitet" og "referanser".
- (5) I e-post av 4. november 2008 fra Rambøll Norge AS, ble det informert om at innleveringsfristen for tilbud i konkurransen var utsatt fra 14. november 2008 til 21. november 2008.
- (6) Ti leverandører leverte inn tilbud innen tilbudsfristens utløp. I e-post av 5. desember 2008 inviterte Rambøll Norge AS, på vegne av oppdragsgiver, fire tilbydere til forhandlingsmøter den 15. desember 2008. Dette var Trio Entreprenør AS (heretter kalt klager), Agathon Borgen A/S, Hent og Peab Anlegg AS (heretter kalt valgte leverandør),
- (7) I e-post av 22. januar 2009 fra Rambøll Norge AS ble det meldt om at prosjektet var noe utsatt som følge av offentlig saksbehandling, og det ble bedt om en forlengelse av tilbudenes vedståelsesfrist til 1. mars 2009. Klager besvarte e-posten samme dag, hvorav følgende hitsettes:

"Vi bekrefter å akseptere en forlengelse av vedståelsesfrist på vårt tilbud på entreprise B12 til 1. mars - 09".

- (8) Agathon Borgen A/S bekreftet forlengelsen av vedståelsesfristen for sitt tilbud til 1. mars 2009 i e-post av 22. januar 2009 og Hent bekreftet det samme i e-post av 26. januar 2009. Valgte leverandør bekreftet forlengelse av tilbudets vedståelsesfrist i e-post av 23. januar 2009, hvorav følgende hitsettes:

"Vi bekrefter med dette aksept for å forlenge vedståelsestid for entreprise B 12 til 1. mars 2009".

- (9) Rambøll Norge AS sendte deretter den 25. februar 2009 en e-post til tilbyderne med informasjon og spørsmål vedrørende framdrift, hvor de siste tegningene for bioenergianlegget også var vedlagt. Senere samme dag ble det presisert i en ny e-post at fristen for kommentarer til framdriftsplanen var innen fredag 27. februar 2009 kl 12.00. Fra den første e-posten av 25. februar 2009 hitsettes følgende:

"Pga. tapt tid, vil byggherren vektlegge framdrift og vi ber tilbydere gå nøye gjennom planen.

Vi innkaller til evalueringsmøte mandag 2. mars og der vil vi ha fokus på framdrift. Vi regner med etter dette møte å velge entreprenør for B12 i løpet av uke 10."

- (10) Agathon Borgen AS besvarte e-posten den 25. februar 2009, hvor det ble bekreftet at selskapet hadde ressurser til å takle prosjektet, og at selskapet ville stille med positiv innstilling på møtet den 2. mars 2009.
- (11) Revidert tilbud av 26. februar 2009 fra valgte leverandør ble oversendt som vedlegg til e-post av samme dag, hvor det samtidig ble bekreftet at valgte leverandør ville stille på møtet den 2. mars 2009. Fra revidert tilbud hitsettes følgende vedrørende fremdrift:

"Viser også til vårt tilbud av 21.11.08 og deres mail av 25.02.09 vedrørende fremdrift.

Vi har gått gjennom sistnevnte mail med vedlagte fremdriftsplan og har funnet at vi kan tilby arbeidene utført for kr 19 689 693,- eksklusive merverdiavgift iht. beskrivelsens prisbærende poster.

Vi har lagt til grunn følgende i vårt tilbud:

Fremdrift

[...].

Vi vil ferdigstille alle kontraktsarbeider vedrørende B 12 innen 12.09.09.

- (12) Klager besvarte innklagedes henvendelse vedrørende framdrift i e-post av 27. februar 2009 kl 10:19, hvor det ble skissert behov for en bemanningsplan frem til og med uke 40 dersom byggherrens ønske skulle følges.
- (13) Fra e-post av 2. mars 2009 fra Hent til Rambøll Norge AS hitsettes følgende:

"Viser til møte i dag og mail datert 25.02.09 angående fremdriftsplan og vil med dette bekrefte følgende:

- Etter grundig gjennomgang med vår UE (Lågen AS) vil vi akseptere fremdriftsplanen som er tilsendt oss."*

- (14) I e-post av 3. mars 2009 fra Peab Anlegg AS til Rambøll Norge AS bekreftes følgende:

"Vårt reviderte pristilbud av 26.02.09 er basert på mengder i beskrivelse og tegninger oversendt i opprinnelig tilbudsinnbydelse.

Vi stiller garanti gjennom Atradius.

Vi vil nå de milepæler (uke 24 og uke 33) for del 1 og del 2 som det ble opplyst om i møtet, slik vi ser fremdriften vil milepælsdatoer for del 1 bli satt til 12.06.09 og for del 2 bli 14.08.09.”

- (15) Klager innga revidert tilbud i e-post av 6. mars 2009. Fra e-posten hitsettes følgende:

”Viser til vårt svar av 27.02.09 på deres framdriftsplan, og påfølgende evalueringsmøte av 02.03.09.

Da vi ikke har mottatt noe referat fra møte av 02.03.09, så tillater vi oss og komme med eget initiativ ifbm tilbudets andre forhold.

Vi har oppfattet at våre kommentarer til den reviderte framdriftsplanen var i samsvar med deres forventninger, ref møte av 02.03, og at dette igjen vil danne grunnlag for en eventuelt videre avtale.

Vi har deretter gått gjennom vårt tilbud av 21.11.08 på bakgrunn av ny omforent framdriftsplan, og har kommet til at vi kan redusere vårt tilbud på alle poster vedr armering og at vinterkostnader på rigg- og drift vil bortfalle.

[...]

Vi imøteser deres videre evaluering av tilbudskonkurransen”.

- (16) I brev av 6. mars 2009 fra Rambøll Norge AS til Peab Anlegg AS ble det informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Peab Anlegg AS, og selskapet ble i tillegg innkalt til et forhandlingsmøte den 11. mars 2009. Fra brevet hitsettes følgende:

”Akershus Fjernvarme AS har til hensikt å inngå kontrakt med Peab Anlegg AS på bakgrunn av de mottatte tilbud og de gjennomførte evalueringsmøter 15.12. 2008 og 02.03. 2009.

[...]

I mail av 25.02.2009 og i møte 02.03.2009 ble det stilt spørsmål om framdrift, økonomi og til revidert tilbud av 26.02.2009. Vi fikk svar på disse spørsmål i mail av 03.03. 2009.

På bakgrunn av dette, innkaller vi Peab Anlegg AS til kontraktsforhandlingsmøte onsdag 11.03.2009 kl 1400 hos Rambøll Norge AS på Skøyen.”

- (17) Rambøll Norge AS meddelte de 4 leverandørene om tildelingsbeslutningen i brev av 8. mars 2009, hvorav følgende hitsettes:

"Pga. utsettelse av byggestart ifm. offentlig saksbehandling av rammesøknaden, ble prosjektet utsatt og man har vært nødt til å omarbeide framdriftsplanen ift. planen som ble vedlagt i tilbudsforespørselen. Det ble derfor utsendt en likelydende mail med den reviderte framdriftsplan til de 4 overnevnte tilbydere 25.02. 2009 som de ble bedt om å bekrefte.

I evalueringsmøte 02.03.2009 med de 4 utvalgte entreprenører, ble framdriften gjennomgått og alle 4 firmaer fikk frist til 03.03.2009 kl 1000 om å bekrefte at de kunne overholde planen. I møte ble alle firmaer også spurt om å komme med det mest økonomiske tilbud for byggherren med den samme tidsfrist. En tilbyder valgte å gi et revidert pristilbud ifm. spørsmål om framdrift i mail av 25.02. 2009 og to andre tilbydere reviderte sitt pristilbud innenfor fristen kl. 1000 03.03. 2009 på bakgrunn av evalueringsmøte 02.03. 2009.

I evalueringen av de 4 utvalgte tilbydere, ble alle firmaer vurdert på kompetanse og kvalitet. Alle firmaer hadde relevante referanser og alle firmaer garanterte å utføre prosjektet innenfor angitt tidsfrist. Som det framgår av vedlagte oversikt, ble det pristilbudet som ble avgjørende for byggherrens valg av entreprenør. Det vises til vedlagt evalueringsoversikt.

På bakgrunn av dette, har byggherren til hensikt å inngå kontrakt på entreprise B12 Betongarbeider med PeaB Anlegg AS. Revidert tilbudssum er kr 19.689.693 ekskl.mva. "

- (18) Fra kontraktsforhandlingsmøte den 11. mars 2009 mellom representanter fra Rambøll Norge AS, fra innklagede og fra valgte leverandør, hitsettes følgende fra referatet:

"4 Fremdrift

Forslag til framdriftsplan fra byggherren er bekreftet i evalueringsmøte 2009. 03.04.

Revidert foreløpig framdriftsplan med oppstart uke 16 er overlevert i møte.

[...]

5 Kontrakt

5.1 Kontrakt/bestilling

Hvis ikke byggherren ferdigstiller kontrakt, vil Peab motta et bestillingsbrev slik at de kan mobilisere."

- (19) Klager sendte brev til innklagede v/Rambøll Norge AS den 12. mars 2009 angående gjennomføringen av konkurransen og tildelingen av kontrakt. Fra innklagedes brev av 17. mars 2009, vedrørende revidering av tilbud i forbindelse med evalueringsmøtet den 2. mars 2009, hitsettes følgende:

”Revidering av tilbud

[...]

Det ble ikke sendt ut referat fra dette møtet på grunn av den konsensus deltakerne på møtet uttrykte vedrørende tidsfristen og tilbakemeldingens art, og fordi møtet kun var en del av endringsprosessen som ble initiert i e-post av 25. februar 2009. Samtidig var det svært kort tid å utforme og distribuere et referat innen tidsfristens utløp.

Forståelsen for tidsfristen og tilbakemeldingens art underbygges ved at tre leverandører leverte endrete pristilbud. Én leverandør reviderte sitt pristilbud i forbindelse med spørsmål om framdrift i e-post av 25. februar 2009, to andre leverandører reviderte sine tilbud på bakgrunn av den nye fremdriftsplanen innen fristen kl 10.00, 3. mars 2009. Trio leverte revidert pristilbud 6. mars, etter at leverandørene muntlig hadde blitt informert om utfallet av konkurransen.

Konklusjon

Vedlagte e-post og brevdokumentasjon viser at det er gjennomført en konkurranse som oppfyller de grunnleggende krav som er nedfelt i forsyningsforskriften.

Det ble orientert om endringer i fremdriftsplanen i e-post av 25. februar 2009. Leverandørene ble bedt om å kommentere endringene. Det bør være utvilsomt at kommentarene måtte baseres på leverandørenes respektive tilbud og at dette også kunne innebære en revidering av prisen i tilbudene og ikke bare fremdriften. Det forhold at det ikke er ført referat fra møtet 2. mars 2009 har derfor ingen betydning for sakens utfall, siden leverandørene i realiteten ble bedt om å revidere sine tilbud i e-post 25. februar 2009 og ikke i møtet 2. mars 2009.

AFV opprettholder derfor sin avvisning av Trios reviderte tilbud og sitt valg av leverandør.”

- (20) Fra Rambøll Norge AS sitt brev av 24. mars 2009 til valgte leverandør, betegnet som ”bestillingsbrev”, hitsettes følgende:

”Det vises til kontraktsforhandlingsmøte 11.03. 2009, til vår mail 19.03, til tidligere møter, mail- og brevkorrespondanse og til tilbud fra Peab av 21.11.2008. På bakgrunn av dette og på vegne av Akershus Fjernvarme AS, bestilles arbeidet med utførelse av entreprise B12 med følgende forutsetninger:

[...]

Kontrakt vil bli utarbeidet innen 30.03. 2009 og oversendes Peab Anlegg AS for underskrift.

Vi ønsker tilbakemelding på hvilke konstruksjoner som skal ha glid innen fredag i denne uke”.

- (21) I klagers e-post av 25. mars 2009 til Rambøll Norge AS ble det bemerkt at den riktige fremgangsmåten for innklagede var å avlyse konkurransen på grunn av at deltakerne kun har blitt bedt om å forlenge vedståelsen av tilbudene til 1. mars 2009. Rambøll Norge AS besvarte e-posten i brev av 3. april 2009, hvorav følgende hitsettes:

”I tillegg anføres det at vedståelsesfristen for de innkomne tilbudene gikk ut 1. mars 2009, og at en signering av kontrakt i en slik situasjon vil være en forsettelig ulovlig direkte anskaffelse. Vi kan ikke se at dette er tilfellet.

Etter vårt syn har det, rent faktisk, skjedd en forlengelse av vedståelsesfristen, jf. møteinnkallelsen som ble sendt 25. februar 2009 til alle leverandører og hvor det ble gitt uttrykk for at AFV – etter det planlagte evalueringsmøtet – tok sikte på å velge entreprenør i løpet av uke 10. At alle leverandørene forlenget vedståelsesfristen, bekreftes av at alle – Trio inkludert- bekreftet møteinnkallelsen og innga revidert tilbud etter møtet.

På bakgrunn av dette, anses fremgangsmåten ikke å være i strid med anskaffelsesregelverket. Det å inngå kontrakt med PEAB vil derfor ikke være en ulovlig direkte anskaffelse.

Trios anførsler tas derfor ikke til følge, og kontrakt vil bli signert med valgte leverandør som planlagt”.

- (22) Rambøll Norge AS og valgte leverandør innledet deretter kontraktsforhandlinger for å enes om en endelig kontrakt. I brev av 4. mai 2009 fra Rambøll Norge AS til valgte leverandør vedrørende utarbeidelse av kontrakt og prising av betongarbeider som ikke var med i opprinnelig tilbudsforespørsel fremkommer følgende:

”Det vises til vårt brev 009 av 24.03. 2009 hvor vi hadde satt opp en oppstilling av arbeider som ikke er medtatt i beskrivelsen og hvor vi mente at dette kunne avregnes med priser i eksisterende tilsvarende poster.

Vi ba om en tilbakemelding straks, hvis Peab var uenig i dette. Vi mottok imidlertid ikke noen tilbakemelding før 14.04. 2009.

Vi er ikke enig i de priser Peab foreslår, utgangspunktet vårt er at dette arbeidet er del av kontrakten og det må brukes priser som for tilsvarende poster priset i tilbudsforespørselen.[...].

Vi ber Peab gjennomgå vårt forslag og ønsker en forklaring hvis firmaet har avvikende meninger om enhetsprisene vi har foreslått.

Kontrakt vil bli underskrevet når det er oppnådd enighet om prisen på tilleggsbeskrivelsen.”

- (23) Fra notat av 7. mai 2009, utarbeidet av Rambøll Norge AS, vedrørende oppsummering av grunnlag for utarbeidelse av kontrakt mellom Akershus Fjernvarme AS, som byggherre og Peab hitsettes følgende:

” 1. Innledning

[...].

Det har vært avholdt et avklaringsmøte 15.12. 2008, et evalueringsmøte 02.03. 2009 og et forhandlingsmøte 11.03. 2009 for å avklare uklarheter i tilbudet, diskutere framdrift og pristilbudet på grunnlag av korrespondanse i evalueringsperioden. Pga. utsettelse av byggestart er denne periode strukket seg fra desember 2008 til mai 2009.

[...]

3. Dokument/korrespondanse fra evaluerings/forhandlingsfasen

Pga. utsettelse av byggestart ifm offentlig saksbehandling av rammesøknaden, ble prosjektet utsatt og man har vært nødt til å omarbeide framdriftsplanen ift .planen som ble vedlagt i tilbudsforespørselen. Det ble derfor utsendt en mail med den reviderte framdriftsplanen til Peab 25.02. 2009 som firmaet ble bedt om å bekrefte. Peab bekreftet at de kunne følge de nye tidsfristene og kom samtidig med et revidert pristilbud i brev av 26.02. 2009. I evalueringsmøte 02.03. 2009 ble framdriften gjennomgått sammen med andre forhold og Peab fikk frist til 03.03. 2009 kl 1000 om å bekrefte spørsmål som ble stillet i møte. Svar fra Peab ble gitt på mail 03.03. 2009.

Peab ble innkalt til kontraktsmøte 11.03. 2009.”

- (24) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 18. mai 2009.
- (25) Rambøll Norge AS oversendte utkast til kontrakt til valgte leverandør i brev av 4. juli 2009, hvor det også opplyses at arbeidet er igangsatt. I perioden fra 4. juli og frem til kontrakten ble signert av begge partene har det vært ytterligere korrespondanse mellom partene vedrørende detaljer i kontraktsutformingen. Fra brevet av 4. juli 2009 hitsettes følgende:

"Uten å ta stilling til andre påstander i brevet, har Akershus Fjernvarme besluttet at kontrakt med Peab Sverige AB NUF skal baseres på tilbudet av 26.02. 2009 og revidert for utgåtte arbeider i hht. kontraktsmøte 11.03. 2009. [...].

Korrigert kontraktssum er kr 18.751.380 ekskl. mva.

At Akershus Fjernvarme AS inngår kontrakt uten å ta med oversendt mengdebeskrivelse av 26.03. 2009, betyr ikke at det mottatte pristilbud fra Peab av 14.04. 2009 er godkjent. Disse arbeidene behandles i hht. Inngått kontrakt.

Vedlagt følger revidert notat "Oppsummering av grunnlag for utarbeidelse av kontrakt" som vedlegg 2.01.

[...]

Kontrakten er vedlagt i 2 eksemplarer som undertegnes og sendes byggherren for undertegning.

[...]

En lang kontraheringsperiode er nå avsluttet og bygging er i gang".

- (26) Kontrakt i saken ble signert av valgte leverandør den 17. august 2009 og av innklagede den 11. september 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (27) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og at det må ilegges overtredelsesgebyr, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b.
- (28) Det er vist til at tilbudsfristen opprinnelig var satt til den 14. november 2008 i konkurransegrunnlaget, og at vedståelsesfristen var satt til 90 dager etter tilbudsfristen. I følge klager ble tilbudsfristen senere utsatt til 21. november 2008 og vedståelsesfristen ble da tilsvarende forskjøvet. Det er videre vist til at deltakerne ble bedt om å forlenge vedståelsen av tilbudene til 1. mars 2009 i e-post fra innklagede av 22. januar 2009. Etter dette har deltakerne ikke blitt bedt om å forlenge vedståelsen av tilbudene.
- (29) Per møte den 2. mars 2009, forelå det i følge klager ingen gyldige tilbud. Konkurransen skulle derfor vært avlyst, jf blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2008/107.

- (30) I følge klager bør det ha stor betydning for overtredelsesgebyrets størrelse at innklagede forsettlig har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

- (31) Innklagede anfører at vedståelsesfristen ble forlenget innenfor fristens utløp, og at det dermed ikke er grunnlag for anførselen om ulovlig direkte anskaffelse.
- (32) I følge innklagede er konkurransen gjennomført etter de grunnleggende prinsipper i lov om offentlige anskaffelser, selv om innbydelsen til å forlenge vedståelsesfristen kunne vært uttrykt mer spesifikt. Dette forholdet ville imidlertid etter innklagedes mening likevel ikke hatt noen betydning for utfallet av konkurransen. For så vidt gjelder selve forlengelsene av vedståelsesfristen, vises det til at vedståelsesfristen er blitt forlenget i flere omganger som følge av manglende offentlig godkjenning av prosjektet. Invitasjonen til å inngi revidert tilbud, og dermed også forlenge vedståelsesfristen, ble gitt ved innkallingen til siste forhandlingsmøte vedrørende framdriften den 25. februar 2009. I følge innklagede ble invitasjonen sendt ut før vedståelsesfristens utløp, og alle leverandørene bekreftet at de ville delta på møtet.
- (33) Videre er det vist til at alle leverandørene innga reviderte tilbud etter møtet den 2. mars 2009. I følge innklagede ble imidlertid klagers tilbud innlevert etter fristen som var satt, og tilbudet ble derfor ikke vurdert. Dette viser at alle leverandørene, herunder også klager, har vedstått seg sine tilbud. Etter innklagedes syn følger det av dette at vedståelsesfristen ble forlenget i tide i denne saken.
- (34) Innklagede viser også til at bestillingsbrev ble oversendt til valgte tilbyder den 24. mars 2009, og at oppstartsmøte fant sted den 16. april 2009. Kontrakten ble oversendt i begynnelsen av mai 2009, men først signert på et senere tidspunkt. Innklagede anser oppdraget som plassert fra den dato bestillingsbrevet ble oversendt.
- (35) For det tilfellet at klagenemnda kommer til at det ikke er skjedd en rettidig forlengelse av vedståelsesfristen, anfører innklagede at det under enhver omstendighet ikke er grunnlag for noe overtredelsesgebyr. Det vises til at det er en fakultativ adgang til å ilegge slikt gebyr, og at de hensyn som er nevnt i lov om offentlige anskaffelser § 7 b, 2. ledd uansett ikke vil tilsi at det er grunnlag for slikt overtredelsesgebyr.

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse, hvor fristen for å klage er to år etter kontraktsinngåelse, jf klagenemndforskriftens § 13a (2). Klagefristen er dermed overholdt. Etter klagenemndforskriftens § 13a er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker med påstand om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (37) Ut fra de opplysninger klagenemnda har mottatt vedrørende Akershus Fjernvarme AS, må det legges til grunn at dette selskapet er et "*offentlig foretak*", jf. forskrift om

innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) (forsyningsforskriften) av 7. april 2006 nr 403 § 1-2 (1) bokstav a, jf § 4-1 bokstav c, og utøver aktivitet omfattet av forskriften i henhold til § 1-3 bokstav a. Dette er heller ikke bestridt av innklagede. Anskaffelsen omfattes derfor av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69, og forsyningsforskriftens del I og del II.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved at innklagede har inngått kontrakt etter vedståelsesfristens utløp

- (38) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp, jf loven § 7b.
- (39) Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at en kontrakt som inngås etter at vedståelsesfristen er utløpt, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, se blant annet klagenemndas sak 2007/108 premiss (33) til (43) med videre henvisninger. I denne avgjørelsen ble det lagt til grunn at dette gjelder selv om tildelingsbrevet er sendt forut for vedståelsesfristens utløp. Problemstillingen i det følgende er på denne bakgrunn hvorvidt kontrakten ble inngått etter utløpet av vedståelsesfristen for valgte leverandør.
- (40) Det første spørsmålet blir på hvilket tidspunkt kontrakten kan sies å være inngått. Innklagede anfører at oppdraget ble plassert den dagen bestillingsbrevet ble sendt ut, dvs 24. mars 2009. Skriftlig avtale er imidlertid først underskrevet av valgte leverandør den 17. august 2009 og av innklagede den 11. september 2009.
- (41) Det følger av anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a, at en kontrakt i forskriftens forstand er en *"gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører"*. Rekkevidden av bestemmelsen er imidlertid ikke helt klart, siden oppdragsgivere ikke kan unngå at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse bare ved å inngå muntlige avtaler. Det vises videre til anskaffelsesforskriften § 22-3 (1) annet punktum hvor det fremgår at med inngått kontrakt menes *"tidspunktet for signering av kontrakt [...] av begge parter"*. Forsyningsforskriften legger også opp til at kontrakt først er inngått ved signering, selv om det ikke er sagt like klart her, jf forsyningsforskriften § 11-4 (1) første punktum om at *"Oppdragsgiver skal i rimelig tid før kontrakt [...] signeres, gi en skriftlig melding om hvem som skal tildeles kontrakt"*.
- (42) Etter dette er det klare utgangspunktet at kontrakter i relasjon til anskaffelsesretten først kan anses inngått når de er underskrevet av begge parter. Det kan likevel neppe utelukkes at en kontrakt også på dette området etter omstendighetene kan anses inngått uten en slik formalisering, eller på et tidligere tidspunkt, ut fra mer alminnelige avtalerettslige regler. Spørsmålet kommer imidlertid ikke på spissen i den foreliggende sak, da vedståelsesfristen – som det skal redegjøres nærmere for i det følgende – uansett må anses forlenget frem til kontrakten var underskrevet av begge parter.
- (43) Klagenemnda har i tidligere saker til grunn at en tilbyder gyldig kan forlenge sin vedståelsesfrist muntlig eller ved konkludent atferd, jf. sak 2009/46 premiss (73) og sak

2008/13 premiss (30) med videre henvisninger. Forlengelsen må skje mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en ensidig bindende disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2005/267 og 2005/64. Klagenemnda har videre stilt et krav om at en forlengelse av vedståelsesfristen må angis tilstrekkelig presist. Det fremgår av sak 2009/46 premiss (74) at fristen etter bestemmelsen skal angis med *"dato og klokkeslett"* og at *"når en så presis frist skal forlenges, kreves det en tydelig angivelse av den nye fristen. Det kan således ikke avtales at tilbudet fremdeles skal holdes gyldig i rimelig tid eller lignende. Det må være den som påstår at en tilbyder har utsatt vedståelsesfristen, som har bevisbyrden for dette ved en eventuell tvil"*.

- (44) Om vedståelsesfristen er forlenget tilstrekkelig tydelig, beror på en helhetsvurdering. I klagenemndas saker 2005/189 og 2005/97 ble det lagt avgjørende vekt på at det ikke forelå noen dokumentasjon for forlengelsen av vedståelsesfristen. I sak 2009/46 ble det ansett tilstrekkelig at valgte leverandørs vedståelsesfrist var forlenget muntlig.
- (45) I angjeldende sak er det på det rene at den opprinnelige vedståelsesfristen etter konkurransegrunnlaget utløp 90 kalenderdager etter 21. november 2008, dvs den 19. februar 2009. Det er videre på det rene at valgte leverandør i e-post av 26. januar 2009 har bekreftet utsatt vedståelsesfrist til 1. mars 2009. I e-post av 26. februar 2009 innleverte selskapet et revidert tilbud, samt bekreftet at selskapet ville stille på møtet den 2. mars 2009. I e-post av 3. mars 2009 bekreftet selskapet så at det ville *"nå de milepæler (uke 24 og uke 33) for del 1 og 2 som ble opplyst om i møtet, slik vi ser fremdriften vil milepælsdatoer for del 1 bli satt til 12.06.09 og for del 2 14.08.09."* Etter dette ble selskapet meddelt at det var tildelt kontrakten i brev av 6. mars 2009, og innkalt til forhandlingsmøte den 11. mars 2009. I referatet fra dette forhandlingsmøte fremgår det at: *"Hvis ikke byggherren ferdigstiller kontrakt vil Peab motta et bestillingsbrev slik at de kan mobilisere"*. Slik bestillingsbrev ble sendt valgte leverandør den 24. mars 2009. Her fremgikk det at kontrakt ville bli utarbeidet og oversendt leverandøren til signering innen 30. mars 2009. Videre fremsatte innklagede en anmodning om visse tilleggsarbeider. I brev av 14. april 2009 meddelte valgte leverandør diverse innvendinger til innklagedes oppstilling av tilleggsarbeider. I brev av 4. mai 2009 fastholdt innklagede sin oppfatning vedrørende tilleggsarbeidene. Kontrakt ble så oversendt i brev av 4. juli 2009. I dette brevet fremgår det også at byggearbeidene på dette tidspunkt var igangsatt. I mellomliggende periode frem til kontraktssignering var det ytterligere korrespondanse mellom partene vedrørende den nærmere utformingen av kontrakten. Valgte leverandør signerte kontrakten den 17. august 2009, og innklagede signerte den 11. september 2009.
- (46) Etter klagenemndas oppfatning må valgte leverandør gjennom sin adferd frem til kontraktsinngåelse anses for å ha suksessivt forlenget sitt tilbuds vedståelsesfrist. Dette først ved å levere inn et revidert tilbud innen vedståelsesfristens utløp den 1. mars 2009, og senere gjennom den løpende dialog innklagede og valgte leverandør har hatt vedrørende blant annet fremdrift, tilleggsarbeider mv frem til kontrakt ble signert. Videre er det også på det rene at arbeidene aktuelle kontrakt gjelder ble igangsatt lenge før kontrakten ble signert av partene, og det er heller ingenting i fremlagt dokumentasjon som tyder på at valgte leverandør på noe tidspunkt har ansett seg ubundet av sitt tilbud i konkurransen.

- (47) På denne bakgrunn finner klagenemnda at det er godtgjort at valgte leverandør har forlenget sin vedståelsesfrist frem til kontrakt ble inngått den 11. september 2009. Innklagede har dermed inngått kontrakt med valgte leverandør innenfor vedståelsesfristens utløp, og det foreligger følgelig heller ingen ulovlig direkte anskaffelse på det grunnlag klager har anført.

Konklusjon:

Akershus Fjernvarme AS har ikke foretatt noen ulovlig direkte anskaffelse, da avtalen ikke kan anses inngått etter vedståelsesfristens utløp.

For klagenemnda

8. februar 2009



Morten Goller