



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager hadde deltatt i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om totalentreprise for oppføring av en barnehage. Da innklagede senere måtte gjennomføre anskaffelsen på nytt etter forskriften del I, anførte klager at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å invitere klager til å levere tilbud. Klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. august 2009 i sak 2009/71

Klager: Willy N. Andersen AS

Innklaget: Svelvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Brudd på kravene til konkurranse, likebehandling og god forretningsskikk

Bakgrunn:

- (1) Svelvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. august 2008 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om totalentreprise for oppføring av en ny barnehage.
- (2) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 3. september 2008 klokken 14.00. Fire leverandører leverte tilbud innen fristen, herunder Willy N. Andersen (heretter kalt klager), Norgeshus KB Entreprenør AS, Grøn Entreprenør AS og Asker Entreprenør AS. Innklagede informerte klager om valg av leverandør i brev av 2. oktober 2008. Fra brevet hitsettes:

"Basert på de fire tildelingskriteriene i tilbudsgrunnlaget og gjennomgang av innkomne tilbud, har Svelvik kommune etter faglig vurdering fra Rambøll Norge AS, valgt å innlede kontraktsforhandlinger med tilbyder nr. 4, Norgeshus KB Entreprenør AS.

Dersom forhandlingene ikke fører frem, vil det tas kontakt med tilbyder nr. 1, Grøn Entreprenør AS."

- (3) Klager påklaget beslutningen om valg av leverandør i brev av 10. oktober 2008. Klagen var begrunnet med at tilbyderne som var innstilt som nummer én og nummer to i konkurransen, Norgeshus KB Entreprenør AS og Grøn Entreprenør AS, ikke hadde økonomi til å gjennomføre oppdraget, og at disse leverandørene derfor ikke oppfylte kvalifikasjonskriteriene for konkurransen.
- (4) Innklagede avsto klagen i brev av 15. oktober 2008. Det ble vist til at Norgeshus KB Entreprenør AS, var tilført cirka ti millioner kroner i frisk egenkapital, samt at innklagede hadde som rutine å gjennomgå tilbyderens regnskap, og at innklagede i dette

tilfellet hadde vurdert den økonomiske situasjonen for Norgeshus KB Entreprenør AS som tilfredsstillende.

- (5) 10. desember 2008 holdt innklagede et internt møte om anskaffelsen. Fra møtereferatet hitsettes:

"KBs konkurs – hva gjør vi?"

Også for Stoa barnehage må det lages en oppstilling med krav til boet.

Svelvik kommune har valgt å gå til direkte anskaffelse av ny entreprenør. Det holdes konkurranse etter forskriftens del I, § 2-1 c. Oppstilling med krav til boet må settes opp. Rambøll og Svelvik kommune samarbeider om dette.

Det må tas kontakt med boet for å avklare videre fremdrift.

Anskaffelse av ny entreprenør

Svelvik kommune ønsker at det skal tas kontakt med følgende entreprenører:

- *Asker Entreprenør AS*
- *Trio Entreprenør AS*
- *OBAS Entreprenør AS*
- *Arbo Entreprenør AS*
- *Senter-bygg Entreprenør AS*
- *Strøm Gundersen AS*
- *Våle bygg AS*

Konkurransegrunnlaget må revideres noe, som følge av brukeravklaringer og innspill i prosjekteringsfasen.

- *VVS – opsjon på vann til vann/vann-varmepumpe legges inn, varmesløyfer utvendig.*
- *Elektro ses gjennom, opsjon VK utvendig.*
- *ARK – redigering av planer (utomhus, V.K og HC)*
- *ARK/PL – bok 0 må redigeres iht. denne type anskaffelse, nye frister etc.*

Dator for ferdigstillelse av bygg settes til 1.11.2009."

- (6) Klager kontaktet innklagede vedrørende valg av leverandør 15. januar 2009:

"Det vises til ovennevnte sak herunder min klage på vegne av entreprenør Willy N. Andersen AS av 10. oktober 2008 og svarbrev fra Rambøll Norge AS av 15. oktober 2008.

På vegne av min klient Willy N. Andersen AS kommer jeg herved tilbake til saken. Dette idet min klient nå har fått opplyst at valgt entreprenør Norgeshus KB Entreprenør AS er gått konkurs og at det samme visstnok har skjedd med Grøn Entreprenør AS som var rangert som nr 2. Med andre ord er nettopp det som dannet grunnlag for min klage på vegne av Willy N. Andersen AS med hensyn til feil valg av entreprenør, "gått i oppfyllelse".

Videre har min klient hørt av Svelvik kommune nå har gått i forhandlinger med Asker Entreprenør AS som var innstilt som nr 4. Dette synes i så fall meget merkelig, rettsstridig og erstatningsbetingende.

Hvorfor er ikke min klient Willy N. Andersen AS kontaktet med henblikk på tildeling av dette oppdraget? Dette når min klient Willy N. Andersen AS var innstilt som nr 3, og følgelig er den best kvalifiserte gjenværende tilbyder nå som innstilt tilbyder 1 og 2 er gått konkurs.

Deres snarlige tilbakemelding/redegjørelse imøteses. Dette idet jeg formoder at Svelvik kommune nå velger min klient Willy N. Andersen AS – som har levert et godt og gjennomarbeidet tilbud (jf nest siste avsnitt i Rambøll Norge AS' brev av 15.10.08) – som utførende entreprenør. ”

- (7) Innklagede besvarte henvendelsen i brev av 21. januar 2009:

”Situasjonen vedr. Støa Barnehage er som følger:

Anbudskonkurransen for Støa Barnehage, der Deres klient Willy N. Andersen AS deltok, ble avsluttet da det ble inngått bindende kontrakt med Norgeshus KB Entreprenør AS.

Denne kontrakten ble inngått på bakgrunn av foreliggende dokumentasjon vedr. økonomi, kompetanse etc. jfr. kommunens konkurransegrunnlag.

Etter at bindende avtale var inngått, ble det dessverre meldt oppbud og konkurs. Kontrakten ble da umiddelbart hevet iht bestemmelsene i kontrakten (NS 3431 pkt 40).

Kommunen valgte deretter på grunn av tidsnød å gjennomføre en ny anskaffelse med direkte henvendelse til aktuelle leverandører. Dette iht bestemmelsene gitt i anskfo § 2-1 (2) litra c. Mao anskaffelsen gjennomføres nå kun etter bestemmelsene i forskriftens del I. De mottatte tilbud er nå under vurdering.

Det medfører ikke riktighet at man skal ha gått i forhandling med Asker entreprenør AS.”

- (8) Ved brev av 9. februar 2009 kontaktet klager innklagede igjen. Fra brevet hitsettes:

”At Svelvik kommune på grunn av tidsnød fordi opprinnelig valgt entreprenør gikk konkurs har funnet å måtte benytte seg av muligheten til direktehenvendelser til aktuelle leverandører, tas til etterretning. Det som derimot ikke aksepteres og er i strid med så vel anskfo som med alminnelig entrepriserettslige prinsipper og alminnelige lojalitetskrav, er at entreprenør Willy N. Andersen AS ikke er en av disse ”aktuelle leverandører”. Det fremstår for meg som helt åpenbart at entreprenør Willy N. Andersen AS også skulle blitt kontaktet i den foreliggende situasjon. Dette da min klient nå har rykket opp på 1. plass på opprinnelig evalueringsliste utarbeidet av kommunen basert på inngitte anbud. Dette etter at foranstående anbydere er falt bort som følge av konkurs.

Jeg viser i denne forbindelse til anskfo § 3-1. Det er et klart brudd på de prinsipper som her er nedfelt når entreprenør Willy N. Andersen AS ikke er blitt direktekontaktet.

Min klient Willy N. Andersen AS akter derfor å forfølge nærværende sak dersom Svelvik kommune fortsatt utelukker min klient som aktuell leverandør. Det vil i så fall bli fremmet erstatningskrav mot Svelvik kommune. Jeg regner dog med at dette ikke blir

nødvendig, men at Svelvik kommune nå revurderer sin behandling av nærværende sak og tar direkte kontakt med min klient entreprenør Willy N. Andersen AS med henblikk på kontraktsforhandlinger.

- (9) Innklagede besvarte henvendelsen i brev av 16. februar 2009:

"Det er vanskelig for kommunen å forstå grunnlaget for Deres krav om erstatning dersom Deres klient ikke blir tatt med i anskaffelsesprosessen for ny barnehage.

I vårt brev av 21.01.2009 redegjorde vi for situasjonen. Vi gjentar at den opprinnelige konkurransen der Deres klient deltok er avsluttet for lengst, at kontrakt ble inngått med vinneren av konkurransen, at alle andre tilbud således sluttet å være bindende. Kontrakten ble så hevet pga konkurs hos entreprenøren og det ble da pga tidsnød besluttet å foreta en direkteanskaffelse. Kommunen foretok da en henvendelse til et begrenset antall tilbydere. Flere aktuelle leverandører ble da ikke forespurt, heriblant Deres klient.

Det er vanskelig å forstå kravet om at Deres klient skulle ha en fortrinnsrett i denne situasjonen begrunnet med at man deltok i en tidligere konkurranse. Kommunen har gjort sine vurderinger av situasjonen og fastholder dette.

Vi håper nok en gang at dette klargjør prosessen for Deres klient. Kommunen anser seg nå ferdig med denne diskusjonen."

- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 31. mars 2009.
- (11) Innklagede inngikk kontrakt med Asker Entreprenør AS (heretter kalt valgte leverandør) om oppdraget i april 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling og god forretningsskikk ved gjennomføring av direkte anskaffelse av totalentreprise til Støa barnehage. Innklagede skulle ha kontaktet klager ved gjennomføring av direkte henvendelser til aktuelle leverandører. Klager hadde deltatt i den tidligere konkurransen om oppdraget, og var, etter at leverandørene som var innstilt som nummer én og nummer to gikk konkurs, den leverandøren som sto igjen med det beste tilbudet. Det var gått svært kort tid fra konkurransen ble avsluttet og til gjennomføringen av en direkte anskaffelse. Grunnlaget for anskaffelsen kan ikke ha forandret seg nevneverdig i løpet av denne perioden. Klagers tilbud ivaretok forutsetningene i konkurransegrunnlaget for anbudskonkurransen. Innklagede har begrunnet beslutningen om å foreta en direkte anskaffelse med tidsnød. Det er da vanskelig å forstå at innklagede ikke kontaktet klager, da klager allerede hadde gitt et tilbud basert på innklagedes forutsetninger. Etter klagers mening er dette i strid med kravene til konkurranse og likebehandling. Saksbehandlingen er også i strid med god forretningsskikk, og egnet til å svekke tilliten til Svelvik kommunes upartiskhet, fordi unnlatelsen av å kontakte klager ikke er saklig begrunnet.

- (13) Innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og god forretningsskikk ved å gi klager misvisende opplysninger om prosessen. Etter direkte forespørsel fra klager, ga innklagede i brev av 21. januar 2009 uttrykk for at det ikke var innledet forhandlinger med Asker Entreprenør. Kun seks dager senere avholdt innklagede møte med denne leverandøren, en leverandør som ble rangert som nummer fire, altså lavere enn klager, i den forutgående anbudskonkurransen. Innklagede tildelte kontrakt til valgte leverandør 13. februar 2009. Dette ble ikke omtalt i innklagedes brev av 16. februar 2009. Dette er en bevisst fortieelse av forhold klager var opptatt av å få klarhet i, og kan ikke forstås på annen måte enn at også innklagede anså valg av leverandør ved direkte anskaffelsen for å være i en gråsoner. Innklagede har fremholdt i tilsvaret at bygging for lengst var igangsatt. Dette er i beste fall en overdrivelse. Klager henvendte seg til innklagedes byggesaksavdeling i midten av mars, og fikk da beskjed om at prosjektet var stanset. Ved ny henvendelse 21. april 2009 ble det informert om at det var gitt igangsettelsestillatelse for deler av tiltaket 1. april 2009.
- (14) Det bes om at klagenemnda tar stilling til om vilkårene for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede har ikke brutt kravene til konkurranse, likebehandling og god forretningsskikk ved gjennomføringen av direkteanskaffelsen. Innklagede ivaretok kravet til konkurranse ved gjennomføringen av direkteanskaffelsen ved å henvende seg til flere leverandører. Slik innklagede ser det, sto innklagede fritt til å henvende seg til de leverandører innklagede så seg best tjent med. Det bestrides at en deltaker i en tidligere anbudskonkurranse har fortrinnsrett til å bli kontaktet i forbindelse med direkteanskaffelsen. Den opprinnelige anbudskonkurransen var avsluttet, kontrakt var inngått, og de øvrige tilbudene var ikke lenger bindende for leverandørene. Klager fremholder dessuten at klager alene burde vært kontaktet med henblikk på inngåelse av kontrakt, hvilket bestrides.
- (16) Vilårene for å kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse er ikke oppfylt. Erstatning for negativ kontraktsinteresse innebærer krav om dekning av kostnadene med å utarbeide et tilbud. Klagers tilbud ble behandlet grundig i anbudskonkurransen og i samsvar med forskriften og konkurransevilkårene for øvrig, men klager nådde ikke opp i konkurransen. At kostnadene til deltakelse i anbudskonkurransen senere har blitt "transportert" til en ny konkurranse, der klager ikke deltok, finner innklagede uforståelig.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager er en potensiell leverandør, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes etter sin verdi av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del II, jf. 2-2 (1), § 2-1 (2).

Likebehandling, konkurranse og god forretningskikk

- (18) Klager har anført at innklagede har brutt kravene til likebehandling, konkurranse og god forretningsskikk ved ikke å invitere klager til å gi tilbud på totalentreprise for oppføring av en barnehage. Det er vist til at innklagede inviterte en leverandør hvis tilbud var rangert dårligere enn klagers tilbud i en tidligere åpen anbudskonkurranse om den

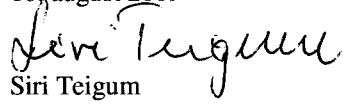
samme entreprisekontrakten, til å levere tilbud. Klager har ikke anført at innklagede i strid med forskriften inngikk kontrakt direkte, jf. unntaksbestemmelsen i forskriften § 2-1 c, og klagenemnda tar dermed ikke stilling til dette i det følgende.

- (19) Det følger av kravet til konkurranse i loven § 5 og forskriften § 3-1 at oppdragsgiver, når det foretas en anskaffelse etter forskriften del I, som hovedregel skal be om tilbud fra flere leverandører, jf. klagenemndas saker 2003/243, 2008/55 premiss (28) og 2009/6. Det fremgår av møtereferat av 10. desember 2008 at innklagede ville invitere syv leverandører til å levere tilbud på entreprisen. Etter klagenemndas mening må dette anses som tilstrekkelig til å ivareta kravet til konkurranse.
- (20) Forskriften angir ikke regler for hvilke leverandører som skal kontaktes ved gjennomføring av tildeling av kontrakter med hjemmel i forskriften § 2-1 (2) c. Når en anskaffelse foretas etter forskriften del I, må det i utgangspunktet være opp til oppdragsgiver selv å avgjøre hvilke leverandører oppdragsgiver vil invitere til å levere tilbud. Spørsmålet er om kravene til likebehandling og god forretningsskikk i loven § 5 og forskriften § 3-1 i dette tilfellet likevel medførte en plikt for innklagede til å invitere klager til å levere tilbud siden klager deltok og ble rangert som nummer 3 i den forutgående konkurransen.
- (21) Anskaffelsen etter forskriften del I må anses som en selvstendig anskaffelse uavhengig av den tidligere gjennomførte konkurransen som ble avsluttet ved inngåelse av kontrakt. I dette tilfellet var det svært kort tid, ca 2 måneder, mellom avslutningen av den forrige kunngjorte konkurransen, og den nye konkurransen med hjemmel i forskriften § 2-1 c. Det er etter klagenemndas oppfatning derfor forståelig at klager opplevde det som urimelig ikke å bli kontaktet i den nye konkurransen når den gjaldt det samme oppdraget. Det kan likevel ikke være grunnlag for å konstatere en plikt for oppdragsgiver til å gi tidligere tilbydere i en konkurranse mulighet til å delta i en ny konkurranse ut fra kravet til verken likebehandling eller god forretningsskikk. Når konkurransen er avsluttet på lovlig vis, må en oppdragsgiver være fri til å velge de tilbyderne de ønsker i en ny konkurranse som den foreliggende, uten at det innebærer en forpliktelse til å kontakte tidligere leverandører. Det foreligger for øvrig ingen holdepunkter i den fremlagte dokumentasjon for at innklagedes valg av hvilke leverandører som skulle inviteres til å inngi tilbud ved gjennomføringen av anskaffelsen del I ikke var saklig eller forsvarlig.
- (22) Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt kravet til likebehandling eller god forretningsskikk ved ikke å invitere klager til å levere tilbud på totalentreprise for oppføring av Støa barnehage.
- (23) Klager har videre anført at innklagede har brutt kravene til gjennomsiktighet og god forretningsskikk ved å gi klager misvisende opplysninger om prosessen. Dette er et bevissspørsmål, der avgjørelsen beror på en vurdering av faktiske omstendigheter. Det er for klagenemnda ikke gitt tilstrekkelige opplysninger til at klagenemnda kan ta stilling til anførselen, og anførselen vil derfor ikke tas stilling til av nemnda.
- (24) Ettersom klagenemnda har kommet til at innklagede ikke brøt regelverket ved ikke å invitere klager til å gi tilbud på totalentreprise av Støa barnehage, kan klagenemnda ikke se at det er grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Konklusjon:

Svelvik kommune har ikke brutt lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
10. august 2009


Siri Teigum