



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Oslo kommune v/Park og Idrett Oslo KF innhentet tilbud fra tre entreprenører vedrørende opparbeidelse av kunstgressbaner, men avlyste konkurransen på grunn av fare for å foreta en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda la til grunn at bindende avtale ikke var inngått og at det forelå saklig grunn for avlysning, men uttalte at vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse likevel kunne være oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 25. januar 2010 i sak 2009/93

Klager: Anleggsgartner John Helgeland AS

Innklaget: Oslo kommune v/Park og Idrett Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Tone Kleven og Kai Krüger

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse. Erstatning.

Bakgrunn:

(1) Oslo kommune v/Idrettsetaten bestilte våren 2008 fire oppdrag fra Oslo kommune v/Park og Idrett Oslo KF (heretter kalt innklagede) vedrørende grunnarbeid på idrettsbanene Abildsø, Trasop, Rommen og Furuset. Forespørsel om deltakelse i denne konkurransen (heretter kalt den første konkurransen) ble sendt ut til tre entreprenører, herunder Anleggsgartner Johan Helgeland AS (heretter kalt klager). Etter det opplyste ble det foretatt en befaringsreise hvor på entreprenørene leverte tilbud.

(2) Innklagede avlyste den første konkurransen i brev av 11. mars 2009. Fra brevet hitsettes følgende:

"Vi viser til samtale 10. mars 2009 og vil for ordens skyld bekrefte at etaten ikke går videre med kontrahering av oppdrag Trasop kunstgressbane i påvente av utlysning etter regelverket om offentlig anskaffelser."

(3) I brev av 18. mars 2009 ble avlysningen påklaget av klager:

"Entreprenørene¹ vant anbudsrundene som ble avholdt i juni 2008 vedrørende opparbeidelse av kunstgressbanene.

Partene ble enige om at oppstart av arbeidene med kunstgressbanene ble satt til medio september 2008, men på møte i Sinseneveien 53, blir Anleggsgartner Johan Helgeland AS informert om at det var glemt å søke om midler til å utføre arbeidene på Trasop. Oppstarten

¹ Klagenemnda tolker klager dit hen at med "entreprenørene" menes klagers selskap og Torstein Skjaker som senere trakk sin klage vedrørende Rommen og Abildsø kunstgressbane.

ble derfor utsatt, og ny oppstartsdato skulle avtales senere. Kontrakt for arbeidene var ikke ferdig utarbeidet. Kontraktsfesting av arbeidene ble derfor midlertidig utsatt.

I desember 2008 ble Anleggsgartner Johan Helgeland AS oppringt av Per Lasse Langli i Park og Idrett. Han kunne informere om at den finansielle situasjonen nå var i orden, og at de ønsket umiddelbar oppstart. Kontrakt var fremdeles ikke utarbeidet, men arbeidene skulle påbegynnes og kontrakten signeres så snart den forelå. På grunn av tele i grunnen og snøfall, ble imidlertid oppstarten ytterligere utsatt, men Anleggsgartner Johan Helgeland AS ble påminnet av Park og Idrett om at arbeidene skulle være utført innen slutten av juni 2009.

Anleggsgartner Johan Helgeland AS har purret opp skriftlig avtale gjentatte ganger, men Park og Idrett har gjentatte ganger utsatt den endelige undertegnelsen av kontrakten. Anleggsgartner Johan Helgeland AS purret senest mandag 9.3.2009. Det ble da opplyst om at det fremdeles ikke var utarbeidet et kontraktsdokument, og at arbeidene sannsynligvis ville bli lagt ut på ny anbudsrunde. [...]

Oppstartmøte for Trasop ble avholdt i januar 2009 hvor Anleggsgartner Johan Helgeland AS deltok. Oppstartsmøtet ble holdt på anlegget. Det ble samtidig gått en befaring hvor det blant annet ble avtalt hvor anleggsvei skulle anlegges og begrensninger for utbyggingen av denne av hensyn til eksisterende vegetasjon og allmenn ferdsel. Det ble også anvist rigg område og eventuell adkomst mellom anlegg og riggområdet.

[...]

Entreprenørene har innrettet seg etter at de er forpliktet til å opparbeide kunstgressbanene. Entreprenørene har derfor tilpasset arbeidsmengden slik at det skal være mulig å utføre arbeidene innen tidsfristen og har derfor unnlatt å ta på seg andre større oppdrag i og med at det ble opplyst at banene skulle være ferdigstilt i slutten av juni 2009. Det har også blitt nedlagt betydelig arbeid i anbudsfasen. Det har blitt innhentet priser, inngått intensjonsavtaler med forhandlere samt foretatt innkjøp av varer.

Videre har entreprenørene blitt opplyst av Park og Idrett at det ikke aksepteres konkurrerende virksomhet i deres nedslagsfelt. I så tilfelle, kunne det bli aktuelt med søksmål mot entreprenørene. Når Park og idrett nå ikke ønsker at entreprenørene skal utføre arbeidene med kunstgressbanene, har ikke entreprenørene mulighet til å tilegne seg andre lignende arbeider i stedet for opparbeidelse av kunstgressbanene i og med at de har unnlatt å legge inn anbud i Park og Idrett sitt nedslagsfelt på denne type arbeider. Entreprenørene har regnet med disse arbeidene i sine ordrereserver, og en eventuell kansellering av arbeidene vil medføre opphold i driften og store tap for bedriftenes inntjening. Med dagens finans- og arbeidsmarked, er det også spesielt viktig at de oppdragene som entreprenørene har påtatt seg blir gjennomført.

Selv om avtalene ikke foreligger skriftlig, kan det ikke være tvil om at partene har inngått bindende avtaler. Det faktum at entreprenørene ble tildelt oppdraget etter en prosedyreriktig anbudsrunde er i seg selv nok til at partene er gjensidig forpliktet etter avtalen. Videre har Park og Idrett de siste 9 månedene handlet som om avtalen er inngått og således bindende. Park og Idrett er derfor forpliktet til å la Anleggsgartner Johan Helgeland AS [...] utføre arbeidene med opparbeidelse av kunstgressbanene i henhold til de inngåtte avtalene.”

- (4) I innklagedes brev av 26. mars 2009 ble klagen ikke tatt til følge. Fra brevet hitsettes følgende:

"Som forutsatt i vårt brev av 11. mars 2009 foreligger ikke bindende avtale mellom Dem og Oslo kommune. Vi kan ikke se at det skulle være inngått noen muntlig avtale mellom kompetent myndighet (direktøren) og Dem om de aktuelle arbeider.

Kommunen bestrider at det er grunnlag for krav om erstatning. Det vises i den forbindelse også til at ny utlysning er nødvendig som følge av prosedyrefeil ved den opprinnelige konkurransen, og til at Deres firma har hatt anledning til å delta i den nye konkurransen."

- (5) Innklagede kunngjorde 24. januar 2009 en konkurranse vedrørende rammeavtale på utomhusanlegg med avrop i form av minikonkurranser. Kontraktene ble inngått 24. mars 2009. Minikonkurransen vedrørende grunnarbeid på Trasop kunstgressbane (heretter kalt den andre konkurransen) ble utlyst 30. mars 2009. Klager nådde ikke opp i denne konkurransen.
- (6) Fra e-post av 21. april 2009, sendt klager av tidligere ansatt hos innklagede, hitsettes følgende:

"I 2008 ga jeg tilsagn til [...] Johan Helgeland om at han fikk oppdraget med å bygge Trasop kunstgressbane.

Tilsagnene ble gitt over telefon etter sammenligning av innkommende priser i konkurranse med andre entreprenører."

- (7) Saken ble deretter brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 26. april 2009.
- (8) Innklagede inngikk kontrakt vedrørende Trasop kunstgressbane 14. mai 2009 med Askim Entreprenør AS.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse den første konkurransen uten at det forelå en saklig grunn. Etter klagers oppfatning var anskaffelsesprosessen formriktig og i henhold til tidligere praksis hos innklagede.
- (10) Klager anfører at innklagede har brutt grunnleggende krav i loven §§ 1 og 5, og forskriften § 3-1 ved en rekke utsagn som har hatt til hensikt å "disiplinere" aktuelle leverandører, herunder at det ikke aksepteres konkurrerende virksomhet i innklagedes nedslagsfelt.
- (11) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk og høy forretningsetisk standard i denne saken ved verken å kunngjøre konkurranser eller inngå skriftlige avtaler.
- (12) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved ikke å kontrahere etter at klager var tildelt kontrakt.

- (13) Klager anfører til slutt at innklagede har brutt kravet i loven § 5 ved å offentliggjøre prisene fra den første anbudsrunden. Prisene har dermed vært kjent blant de entreprenørene som ikke nådde opp. Dette har hatt direkte innvirkning på anbudskonkurranse nummer to. Forkastelsen av anbudskonkurranse nummer en medførte at runde to fikk skinn av en underbudskonkurranse.
- (14) Klager ber avslutningsvis klagenemnda om å ta stilling til hvorvidt det foreligger grunnlag for erstatning for positiv og negativ kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede erkjenner at den første konkurransen som ble gjennomført våren 2008 skulle vært kunngjort i henhold til lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Det var derfor det ble besluttet å avbryte konkurransen for å gjennomføre en anskaffelsesprosess i tråd med regelverket. En slik konkurranse ble gjennomført fra januar til mars 2009.
- (16) Innklagede anfører at det var saklig grunn til å avlyse den første konkurransen idet formålet med avlysningen var å gjennomføre en ny konkurranse i henhold til regelverket. Feilen som innklagede hadde begått kunne ikke rettes på annen måte enn ved at konkurransen ble avlyst og ny konkurranse lyst ut.
- (17) Forholdet mellom innklagede og klager dreier seg utelukkende om hvorvidt kontrakt er inngått eller ikke etter den første konkurransen. Innklagede anfører at det ikke er inngått kontrakt og viser til forskriftens § 13-3 hvor det fremgår at kontrakt er inngått når den er signert av begge parter. Det foreligger ingen skriftlig kontrakt mellom partene. Det er heller ikke utført arbeid av klager.
- (18) Innklagede stiller seg videre uforstående til klagers påstander om at innklagede skal ha offentliggjort prisene fra den første konkurransen. Påstanden er ikke underbygget og innklagede vil på det sterkeste avvise at prisene er gjort kjent for tilbyderne som deltok i konkurranse nummer to.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Innklagede erkjenner at den første konkurransen skulle vært kunngjort i henhold til anskaffelsesregelverket. Klager har oppgitt verdien på anskaffelsen til mellom 3 og 5 millioner kroner. Dette er ikke bestridt av innklagede. Klagenemnda legger dermed til grunn at anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt som etter sin opplyste verdi følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 (2) og 2-2 (1).

Hvorvidt det i foreliggende sak kan anses for å være inngått kontrakt med klager etter den første konkurransen

- (20) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har inngått kontrakt med klager all den tid en konkurranse kan avlyses inntil bindende avtale foreligger, jf. forskriften § 13-3 (2) sammenholdt med § 13-1 (1), Borgarting lagmannsretts dom av 30. mars 2009 LB-2008-135286 og klagenemndas sak 2009/74 (premiss 28).

- (21) Det må ut fra e-posten av 21. april 2009 fra tidligere ansatt hos innklagede legges til grunn at klager i desember 2008 over telefon fikk meddelt tildeling av kontrakt etter den første konkurransen. Spørsmålet blir således hvorvidt innklagede med dette kan anses for å ha inngått en bindende kontrakt med klager i regelverkets forstand.
- (22) Det vises til forskriftens § 13-3 (1) annet punktum hvor det fremgår at med kontrakt inngås menes *"tidspunktet for signering av kontrakt [...] av begge parter"*. En telefonisk melding fra en saksbehandler uten slutningskompetanse kan etter nemndas syn i høyden anses som en melding om at man er innstilt til oppdraget. Oppstart var i følge klager stilt i bero til utarbeidelse av kontrakt (jf. ovenfor under premiss 3) og forholdet ligger dermed annerledes an enn i Rt. 1994 s 1222 (Sjøen), der omforent iverksettelse av massekontroll ble ansett som ensbetydende med bindende avtale selv om kontrakten ikke var signert.

Hvorvidt innklagede hadde saklig grunn til avlyse den første konkurransen

- (23) Det følger av anskaffelsesforskriften § 13-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger *"saklig grunn"*. Nemnda har tidligere tolket dette dit hen at det må foreligge en objektivt sett saklig grunn til avlysning, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/60 (premiss 34) og 2008/216 (premiss 39). Hvorvidt kravet om saklig grunn for avlysning er oppfylt, beror på en helhetsvurdering av omstendighetene som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 side 473 (Concord), Rt. 2007 side 983 (Reno-Vest IKS), sml. klagenemndas saker 2008/60 (premiss 29) og 2008/216 (premiss 34). Klagenemndas praksis viser at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, sml. også Rt. 2001 side 473 (Concord). En oppdragsgiver kan også ha saklig grunn til å avlyse konkurransen når det erkjennes å være gjort feil som ikke kan rettes ved andre tiltak enn avlysning, jf. klagenemndas sak 2009/50 (premiss 74) og 2008/44 (premiss 28):

"Når en situasjon som dette oppstår som følge av innklagedes egne forhold, og feilen ikke kan repareres ved andre tiltak, vil det riktige være å avlyse konkurransen og starte prosessen på nytt. Det er adgang til å avlyse konkurransen på alle stadier i anskaffelsesprosessen inntil kontrakt er inngått så lenge det foreligger "saklig grunn", jf forskriftens § 22-1(1)."

- (24) Innklagede avlyste den første konkurransen ettersom det for innklagede var klart at denne burde vært kunngjort. Det var således risikoen for å foreta en ulovlig direkte anskaffelse som begrunnet innklagedes avlysning av konkurransen. Etter nemndas syn må innklagedes ønske om å ivareta anskaffelsesregelverkets krav til kunngjøring anses som en *"saklig grunn"* til avlysning av et ikke fullført direkte kjøp, jf. klagenemndas sak 2009/135 (premiss 16).

Erstatning - negativ kontraktsinteresse

- (25) Klagenemnda skal uttale seg om brudd på regelverket, men kan ikke tilkjenne erstatning. Etter klagenemndeforskriften § 12 annet ledd kan nemnda likevel uttale seg om erstatningsspørsmål dersom den finner grunn til det. Nemnda har valgt å uttale seg om erstatningsspørsmålene i denne saken.
- (26) Selv om risiko for å foreta en ulovlig direkteanskaffelse utgjør en saklig grunn til å avlyse konkurransen, kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig overfor tilbyderne, jf.

lovens § 10 og blant annet Rt. 2001 side 473 (Concord). I klagenemndas sak 2008/60 uttalte nemnda at erstatningsansvar særlig kan foreligge hvor den situasjonen som har oppstått anses selvforskyldt og således ansvarsbetingende, jf. (premiss 36), sml. også synspunkter i LB 2008-135286 hvor Borgarting lagmannsrett vurderte hvorvidt avlysningsgrunnen måtte anses forutberegnelig for oppdragsgiver. Spørsmålet blir etter dette om avlysningen kan gi grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteresse.

- (27) Som det går frem av premiss 15 har innklagede erkjent at den første konkurransen skulle vært kunngjort i henhold til anskaffelsesregelverket, jf. forskriftens § 9-1. Likevel gjennomførte innklagede den første konkurransen i strid med kunngjøringsreglene helt frem til kontrakt ble tildelt klager, med de økonomiske konsekvenser dette naturlig nok må ha medført for selskapet. Dette kan ikke anses som noen ubetydelig feil, og det må etter nemndas oppfatning også antas at klager ikke ville ha deltatt i konkurransen om han på forhånd hadde visst at denne feil ville bli begått, jf. Rt. 1997 s. 574 (Firesafe). Klagenemnda legger derfor til grunn at vilkårene for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.

Erstatning – positiv kontraktsinteresse

- (28) Nemnda har ovenfor lagt til grunn at det ikke foreligger bindende avtale ved tilsagnet som ble gitt klager i desember 2008. Erstatning for kontraktsbrudd kommer derfor ikke på tale. Beslutning om tildeling før bindende avtale gir for øvrig heller i seg selv ikke grunnlag for erstatning for kontraktstap når tildelingen senere trekkes tilbake eller omgjøres.
- (29) Erstatning etter loven § 10 kan allikevel tenkes dersom oppdragsgiver har begått ansvarsbetingende saksbehandlingsfeil i forhold til klagers berettigede forventninger om tildeling av oppdrag. For at det skal kunne kreves erstatning for den positive kontraktsinteresse (kontraktstap), må to kumulative vilkår være oppfylt; det må for det første være begått en eller flere vesentlige feil, og det må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville ha fått oppdraget dersom feilen ikke var begått, jf. Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) og Rt. 2008 s 1705 (Trafikk og Anlegg). Ved vurderingen av om en feil er vesentlig, må det blant annet legges vekt på feilens størrelse, type og i hvilken grad oppdragsgiver kan lastes for feilen.
- (30) I den foreliggende sak består feilen i at innklagede ved den første konkurransen i 2008 unnlot å kunngjøre anskaffelsen slik regelverket krever etter forskriften § 9-1. Konkurransen ble gjennomført som et direkte kjøp selv om det var gjort henvendelse til tre aktuelle leverandører (loven § 5 annet ledd). Klagenemnda legger til grunn at forsømt pliktig kunngjøring utgjør en vesentlig feil. Men da kontrakten etter avlysning på ny ble kunngjort i 2009, oppnådde ikke klager å komme i betraktning. Nemnda peker på at tildeling også i dette tilfelle skulle etterfølges av ny "*minikonkurranse*" etter forskriften § 6-3 (2). Klager har etter dette ikke vist at han ville fått oppdraget dersom konkurransen var blitt kunngjort allerede i 2008. Etter dette foreligger ikke vilkårene for positiv kontraktsinteresse.

Øvrige anførsler

- (31) Klager har avslutningsvis anført at innklagede har brutt grunnleggende krav i loven §§ 1 og 5, og forskriften § 3-1, ved en rekke utsagn som har hatt til hensikt å "*disiplinere*" aktuelle leverandører, herunder at det ikke aksepteres konkurrerende virksomhet i innklagedes nedslagsfelt. Klager har også anført at innklagede skal ha offentliggjort

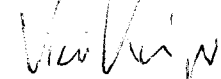
prisene fra den avlyste konkurransen. Klagenemnda kan ut fra den fremlagte dokumentasjon ikke finne holdepunkter for disse anførslene.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Park og Idrett Oslo KF har ikke brutt lov om offentlige anskaffelser ved avlysning av konkurransen.

Vilkårene for negativ kontraktsinteresse kan være oppfylt.

For klagenemnda,



25. januar 2010

Kai Krüger