



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Kluge Advokatfirma DA
v/advokat Live Lindholm
Postboks 1548 Vika
0117 OSLO

E-post: live.lindholm@kluge.no

Deres referanse

Vår referanse
2010/280

Dato
22. desember 2010

KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: PROFILTEAM AS - STATSBYGG

Sekretariatet besluttet ved brev av 09.12.2010 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9 som uhensiktsmessig for behandling fordi klagen klart ikke kan føre frem. Klage over avvisningsbeslutningen ble inngitt 13.12.2010, dvs. innenfor fristen på tre virkedager som følger av klagenemndsforordningen § 9.

Etter at klagen innses, er alle saksdokumentene sendt til klagenemndas leder, som ifølge klagenemndsforordningen § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak.

I klagen anføres at en avlysning begrunnet i budsjettoverskridelser ikke er saklig når det ikke er laget et forsvarlig budsjett for anskaffelsen. Denne anførselen har sekretariatet ikke tatt stilling til under saklighetsvurdering. Dette er gal rettsanvendelse. Klager mener, med støtte i uttalelser i forarbeidene, NOU 1997:21 til loven og forskriften om offentlige anskaffelser, rettspraksis og teori at saklighetskravet inneholder både "objektive" og "subjektive" sider. Dersom avlysningen skyldes forhold innklagede burde ha tatt i betraktning, kan det ikke bli snakk om at det foreligger en saklig grunn til avlysning. De innkomne tilbud viser at innklagede ikke har foretatt noen forsvarlig vurdering av budsjettet, og avlysningen kan derfor etter klagers oppfatning ikke være saklig.

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

Videre stiller klager seg uforstående til at klagenemnda mangler tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre hvorvidt avlysningen er erstatningsbetingende. Innklagede har i sitt tilsvare innrømmet at det ikke har vært laget budsjetter for den konkrete anskaffelsen, og det er nettopp dette ubestridte faktum klagenemnda er bedt om å vurdere.

Klagenemndas leder har gått gjennom samtlige dokumenter i saken.

Saken dreier seg om hvorvidt innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen når det viste seg at tilbudene som ble mottatt langt overskred budsjettet på kr 5 mill inkl mva som var satt av til entreprisen for innerdører i stål og glass. Klager hadde det rimeligste tilbudet på kr 8 790 387,50 inkl mva, og tildeling skulle skje utelukkende på bakgrunn av pris.

På tross av det som er sagt om ”saklig grunn” i NOU 1997:21 og uttalelser i tidligere kommentarutgaver som klager viser til, har klagenemnda for offentlige anskaffelser gjennom sin praksis arbeidet seg frem til at en ren objektiv vurdering av kravet til ”saklig grunn” må være den korrekte tilnærmingssmåte. Bakgrunnen for dette er at en oppdragsgiver ikke skal måtte være forpliktet til å gjennomføre en anskaffelse som det viser seg at man ikke har behov for, eller ikke har budsjettmessig dekning for. Dersom man bommer grovt på kostnadene og dermed ikke har råd til å foreta anskaffelsen, vil dette allikevel være en saklig og forretningsmessig grunn for avlysning. Vurderingen på dette trinn er altså objektivisert og må tas etter en helhetsvurdering av oppdragsgivers situasjon på avlysningstidspunktet. Dette anses for å være i full overensstemmelse med Høyesteretts praksis. Om det subjektivt er noe å legge oppdragsgiver til last må tas i en etterfølgende vurdering om mulig erstatningsansvar.

Det vises her til klagenemndas sak 2008/60. I premiss (33) annet ledd er Høyesteretts Kjæremålsutvalgs gjengivelse av lagmannsrettens uttalelser i Concordesaken, som Kjæremålsutvalget slutter seg til, tatt inn (Rt. 2001 side 473):

” Et kjernespørsmål blir etter dette om avlysningen var saklig. Dette 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. Lagmannsretten finner at det ikke i seg selv kan anses som en usaklig grunn for avlysningen at en annen løsning enn det som var beskrevet i innbydelsen, oppfattes å være økonomisk gunstigere. Økonomiske og andre forretningsmessige hensyn må generelt anses som legitime. I hvert fall må dette som utgangspunkt være en grunn som ikke gir grunnlag for å sette avlysningen til side. Som antydning ovenfor, vil spørsmålet om anbyderne har krav på erstatning kunne stille seg annerledes, for eksempel hvis avlysningsgrunnen kunne forutses.”

Klagenemnda trekker følgende konklusjon av dette i saken 2008/60, premiss (34):

”Dette betyr 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. Hvis det på avgjørelsestidspunktet ikke foreligger en saklig grunn, vil det etter omstendighetene også kunne foreligge grunnlag for positiv kontraktsinteresse, dersom vilkårene for dette for øvrig er oppfylt. I dette tilfellet er det på det rene at de innkomne tilbud langt oversteg det fastsatte budsjett. Klagers pristilbud, som var det rimeligste, var på 45, 2 mill kr (det rimeligste alternativet), mens det fastsatte budsjett var på 30 mill kr, senere økt til 33 mill kr. Kommunen hadde videre blitt klar over at man kunne oppnå fordeler ved samlokalisering, og ønsket å utrede dette nærmere.”

Også Reno-Vest dommen i Rt. 2007 side 983 er nevnt i klagenemndas sak. I tilknytning til den saken skal det for øvrig bemerkes at det faktisk ikke hadde skjedd noen avlysning, men mulig avlysning ble påberopt som et forsvar mot saksøkers krav om positiv kontraktsinteresse. Det forelå således en spesiell situasjon hvor budsjettet for anskaffelsen dessuten sannsynligvis ble satt opp etter at tilbudene var innkommet.

Denne linjen med en ren objektiv vurdering av saklighetskravet i anskaffelsesforskriften §§ 13-1 og 22-1 har senere konsekvent vært fulgt opp av klagenemnda. Først foretas en vurdering på objektivt grunnlag av om det foreligger en saklig grunn for avlysning, og dernest vurderes spørsmålet om subjektive forhold kan medføre at oppdragsgiver pådrar seg et erstatningsansvar ved en avlysning. Det vises her til klagenemndas behandling i sakene 2008/78 premiss (59) flg, 2008/97 premiss (39) flg, 2008/177 premiss (31) flg, 2008/207 premiss (29) flg, 2009/135 premiss (15) flg og 2009/214 premiss (23) flg.

På bakgrunn av denne faste praksis, som sekretariatet har støttet seg på, er det ikke tvilsomt at innklagede i nærværende sak hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen med den begrunnelse at tilbudene oversteg budsjettet. Situasjonen er i så måte helt parallell med saksforholdet i sakene 2008/60, 2008/78 og 2008/207. Sekretariatet har derfor helt rett når det fastslås at denne delen av klagen åpenbart ikke ville føre frem.

Hvis anskaffelsen er igangsatt ut fra forutsetninger som ikke holder mål, og dette kan bebreides oppdragsgiver, kan det være rom for erstatningsplikt selv om det foreligger saklig grunn til å avlyse. Når det foreligger saklig grunn for avlysning, kan en slik plikt til å betale erstatning ikke strekke seg lengre enn for det tap tilbyderne er påført ved å ha blitt forledet til å utarbeide tilbud, altså den negative kontraktsinteresse. Skulle man kunne pådra seg ansvar

for positiv kontraktsinteresse, ville det jo i realiteten innebære at man ble ansett forpliktet til å foreta anskaffelsen. Positiv kontraktsinteresse kan derimot bli resultatet hvis det ikke finnes å foreligge noen saklig grunn for en avlysning.

I denne saken kan det altså eventuelt kun bli snakk om erstatning av den negative kontraktsinteresse. Hvorvidt det i nærværende tilfelle var uaktsomt av innklagede å legge til grunn det anslaget de mottok fra prosjektets arkitekt over kostnadene ved innerdører i stål og glass, vil bero på nærmere forklaringer fra de involverte og egner seg ikke for skriftlig behandling i nemnda. Klagenemnda har heller ingen plikt til å uttale seg om erstatningsspørsmål, jf forskrift om klagenemnd § 12 annet ledd. Også denne del av klagen kan dermed avvises etter klagenemndsforskriften § 9, hvilket klagenemndas leder også finner hensiktsmessig.

Sekretariatets avvisningsbeslutning blir dermed å opprettholde.

Avgjørelsen sendes klager pr. e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.

Björg Ven
Klagenemndas leder