



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokathuset Helgeland DA
Postboks 305

8601 MO I RANA
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0305-12

Dato:
23.04.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 28. oktober 2011 vedrørende anskaffelse av nyanlegg av Mosjøen torg. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Vefsn kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. februar 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygging av scene og ombygging av torg i Mosjøen. Tilbudsfrist var angitt til 9. mars 2011, men ble senere utsatt til 16. mars 2011.
- (2) I konkurransegrunnlaget, kalt bok 0, fremgikk det at arbeidene omfattet "gartnerarbeider, belegg, murer, lekeplass med fallunderlag, utrustning, bygging av scene i betong og granitt, VA-arbeider, og EL-arbeider".
- (3) Planleggingen av en scene på torget i Mosjøen hadde pågått siden 1997. Ved vedtak av 17. mars 2010 besluttet kommunestyret at et skisseprosjekt fra Rambøll skulle legges til grunn ved bygging av scene på torget. Dette skisseprosjektet var søkt gjennomført ved foreliggende anskaffelse.
- (4) Innklagede mottok 16. desember 2010 et brev fra den nystiftede "Gårdeierforening Mosjøen Sentrum". Gårdeierforeningen ba om utsettelse av avgjørelsen om å igangsette arbeidet med å renovere torget og bygge av ny scene. Dette var begrunnet med at gårdeierforeningen ønsket en annen plassering av scene og lekeplass enn det vedtatte

skisseprosjektet, og at nye skisser, samt en kort- og langsiktig tiltaksplan ville presenteres innen utgangen av januar.

- (5) Innklagede besluttet å gjennomføre anskaffelsen, og denne ble som nevnt kunngjort 4. februar 2011.
- (6) I planutvalgsmøte, den 15. mars 2011, presenterte den nevnte gårdeierforeningen en såkalt "*Mulighetsstudie Mosjøen*".
- (7) Innen tilbudsfristen 16. mars 2011 mottok innklagede tilbud fra to tilbydere, blant disse Magne Opland AS (heretter kalt klager).
- (8) Saken skulle behandles i kommunestyret den 12. april 2011. Rådmannen innstilte til kommunestyret at forhandlinger skulle igangsettes med klager. Fra innstillingen gjengis:

"Mulighetsstudie Mosjøen - Planfaglig vurdering

(...)

Den store utfordringen og usikkerheten som er knyttet til mulighetsstudien sett i forhold til opprusting av øvre torg og bygging av scene er hvilket tidsperspektiv som er realistisk for å reetablere det historiske kvartalet og etablere nytt torg med scene i Petter Dassgt. Dersom det er realistisk å tro at dette kan gjennomføres i nær framtid bør ikke kommunen starte arbeidet med å gjennomføre Skisseprosjektet alternativ 1 som planlagt og finansiert.

Etter administrasjonens vurdering kan det ta relativt lang tid å få på plass grunnlaget for å gjennomføre ideene i Mulighetsstudie Mosjøen. Dette betyr at opprustingsarbeidet på torget med bygging av scene bør kunne gjennomføres uavhengig av at det foreligger ideer for å utnytte torget til annet formål enn dagens bruk en gang inn i framtiden. Torget kan ikke ligge som det ser ut i dag på ubestemt tid uten å få en ansiktsløftning. Dersom kommunen gjennomfører en opprusting av torget nå og etter relativt kort tid reetablerer det historiske kvartalet må det forventes at tilskudd blir krevd tilbakebetalt helt eller delvis. På den andre siden vil materialer og utstyr som blir brukt til å ruste opp torget i stor grad kunne brukes om igjen. På scenen kan granittelementene i avtrappingen, tredekke, gummidেকে og klatreknastene brukes om igjen, men all plasstøpt betong må anses som tapt dersom scenen må rives.

Ettersom det er behov for å oppruste torget og bygge ny scene, må dette kunne betraktes som relativt små tiltak og investeringer sett i forhold til verdien på Mosjøens indrefilet inklusiv de investeringer som må på plass for å gjennomføre de ideene som har blitt presentert i mulighetsstudien. Dette forholdet blir selvfølgelig gunstigere jo lenger tid det tar før det eventuelt er aktuelt å endre reguleringsplanen og gjøre denne delen av torget om til byggeområde med parkeringskjeller.

Oppsummering

Etter administrasjonens vurdering kan gjennomføringen av ideene i mulighetsstudien ligge noen år fram i tid før de eventuelt kan realiseres. På denne bakgrunn finner administrasjonen å tilrå at planene for opprusting av torget med bygging av scene gjennomføres."

- (9) Utvalg for kultur og samfunnsutvikling behandlet saken i møte 30. mars 2011, og konkluderte enstemmig:

"Utvalg for kultur og samfunnsutvikling ber om at realitetsbehandling av sak 37/11 utsettes til mai-møtet i kommunestyret. Det etableres en hurtigarbeidende gruppe fra kommunestyret og administrasjonen som gjennomfører en dialog med gårdeiere og mulige investorer for å avklare realitet og evt. Fremdrift av anlegging av parkeringskjeller og nytt bygg på vestsiden av Strandgata."

- (10) Klager ble informert 15. april 2011 av kommunegartneren om at sak om finansiering og antakelse av entreprenør skulle behandles i kommunestyret 12. mai 2011, og at administrasjonen innstilte på at klager skulle inviteres til avklarende møte med intensjon om å inngå kontrakt. Saken ble behandlet i kommunestyret den 11. mai 2011. Kommunestyret fulgte ikke innstillingen fra administrasjonen, og fattet følgende vedtak:

"Bygging av ny scene på Mosjøen Torg utsettes inntil videre for avklaring for eventuell utbyggingsprosjekt på Mosjøen Torg. Frist for avklaring 1. mai 2012, for arealbruken."

- (11) Beslutningen ble meddelt klager av kommunegartneren, i brev av 23. mai 2011:

"MOSJØEN TORG—FORELØPIG UTSETTING AV PROSJEKTET

Vi viser til deres tilbud for opprusting av Mosjøen Torg med bygging av ny scene samt vårt skriv datert 15.04.11.

Vefsn kommunestyre behandlet den 11.05.11 (sak 46/11) saken om fullfinansiering og antakelse av anbud for opprustingen av torget.

Kommunestyret fattet følgende vedtak:

Bygging av ny scene på Mosjøen Torg utsettes inntil videre for avklaring for eventuell utbyggingsprosjekt på Mosjøen Torg. Frist for avklaring 1. mai 2012, for arealbruken.

Dette innebærer at prosjektet ikke kan gjennomføres som forutsatt i tilbudet.

"Eventuelt utbyggingsprosjekt" som det er vist til i kommunestyrets vedtak, har bakgrunn i et initiativ fra gårdeierforeningen, som har fått utarbeidet en mulighetsstudie, som ledd i et prosjekt for vitalisering av Mosjøen sentrum. Mulighetsstudien viser blant annet at opprinnelig kvartalsstruktur i sentrum bør gjenopprettes, noe som eventuelt innebærer at deler av torget med parkeringsplassen mot Helgeland Sparebank skal kunne bebygges. Videre bygger ideene i mulighetsstudien på at det etableres parkering under hele torget.

Kommunestyret har med sitt vedtak gitt initiativtakerne frist fram til 1. mai 2012 for å utrede prosjektet nærmere, før kommunen tar endelig stilling til opprustingen av Mosjøen torg med bygging av ny scene. Dersom prosjektet blir vedtatt gjennomført og fullfinansiert etter denne datoen, må kommunen legge prosjektet ut på ny tilbudsrunde.

Vi beklager bryderiet dette har medført og håper at dere vil være med å konkurrere om dette og andre prosjekt i Vefsn kommune i framtida."

- (12) Klager henvendte seg til innklagede ved brev 25. mai 2011:

"I Deres brev fremgår det at aktuelle prosjekt eller evt nytt prosjekt uansett vil bli lagt ut på ny anbudsrunde.

Slik dette forstås, så avlyses aktuelle anbudsrunde. Hjemmelen må her være anbudsforskriftens § 13-1.

Det bes om en skriftlig bekreftelse på om anbudsprosessen er avlyst, evt om samtlige anbud er forkastet. Mener kommunen at saken har en annen status, så bes dette opplyst med begrunnelse.

For det tilfelle anbudsprosessen er avlyst, så bes det om at det begrunnes om det foreligger nødvendig saklig grunn."

- (13) Klager purret på besvarelse av brevet, og gjentok kravet om begrunnelse for avlysning i brev av 9. juni 2011. Innklagede bekreftet at konkurransen var avlyst i brev av 20. juni 2011, og ga en lengre redegjørelse for dette. Her gjengis oppsummeringen i brevet:

"Oppsummeringsvis er altså situasjonen at kommunen hadde tatt forbehold om at tilbudene måtte være innenfor budsjett, hvilket de ikke var. Kommunestyret forkastet administrasjonens forslag til tilleggsfinansiering gjennom vedtaket om å utsette hele prosjektet. Det foreligger dermed saklig grunn for å avlyse konkurransen og Vefsn kommune kan ikke se at Deres klient har noe krav på erstatning av den positive kontraktsinteressen. Det samme gjelder også kravet om erstatning for den negative kontraktsinteressen. Vefsn kommune tok forbehold ved utlysningen, budsjettets rammer kan ikke anses å ha vært uforsvarlig lave og rådmannens forslag til vedtak gikk ut på at kommunestyret skulle vedta de nødvendige tilleggsbevilgningene. Hensynet til det kommunale selvstyret veier tungt og det blir heller ikke noe erstatningsansvar for den negative kontraktsinteressen i et tilfelle som dette der tilbudet lå vesentlig over den budsjetterte finansieringen."

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda ved klage av 28. oktober 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede hadde ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (16) For vurderingen av om det forelå saklig grunn, må begrunnelsen i innklagedes brev av 20. juni 2011 legges til grunn. Det var først ved dette brevet at konkurransen ble avklart avlyst.
- (17) Den eneste begrunnelsen som gis her er *"overskridelse av budsjett"*. Klagers pristilbud representerte ikke en vesentlig overskridelse av budsjettet, og dette kunne ikke begrunne avlysning, jf. innklagedes forbehold i konkurransegrunnlaget. Budsjettoverskridelse eller andre økonomiske forhold var heller ikke nevnt tidligere i prosessen, og forholdene fremstår som oppkonstruerte. Argumentasjonen vedrørende økonomiske forhold må ses bort i fra ved vurderingen av om innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.

- (18) Når det gjelder argumentasjonen knyttet til nye torgplaner ble ikke dette nevnt i innklagedes begrunnelse for avlysningen 20. juni 2011. Dette må forstås slik at kommunen ikke anså dette for å være en tilstrekkelig saklig grunn.
- (19) Klager er på denne bakgrunn berettiget til erstatning av den positive kontraktsinteresse. Dersom klagenemnda kommer til at det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, har klager rett til å få erstattet den negative kontraktsinteresse. Klager kan også ha rett til å få erstattet den positive kontraktsinteresse selv om avlysningen var saklig begrunnet, jf. klagenemndas sak 2009/93. Det vises til at innklagede, gjennom prosessen der konkurransen ble utsatt har begått en vesentlig feil som har innvirket på resultatet. Informasjonen som ble gitt klager var ikke tilstrekkelig informativ, inneholdt motstridende opplysninger, og det ble presentert ulike begrunnelser for avlysningen. Saksbehandlingen har med dette vært uryddig og kritikkverdig.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (21) For det første representerte gårdeierforeningens forslag endrede faktiske omstendigheter for anskaffelsen. Forslaget, som ble presentert én dag før tilbudsfristens utløp, var nyskapende og omfattende. Det representerte noe helt annet enn de tidligere antydningene fra samme hold om å flytte scenen litt nordover, jf. brevet av 16. desember 2010. Det ble også opplyst at investorgrupperinger med gjennomføringsevne, og vilje, var med på prosjektet. Forslaget var dermed langt mer konkret enn tidligere utspill.
- (22) På bakgrunn av sakens lange forhistorie var det ikke påregnelig at det fra private aktører plutselig skulle komme et forslag med reelle forutsetninger for å kunne fullføres. En potensiell nedrivning av scenen etter kort tid, som følge av realiseringen av gårdeierforeningens forslag, fremstod som uhensiktsmessig.
- (23) Tilbudene som innkom i konkurransen var heller ikke innenfor budsjettet. Tilleggsfinansiering ble ikke vurdert av kommunestyret, fordi det var ønskelig med en nærmere vurdering av forslaget fra gårdeierforeningen.
- (24) Kommunegartneren, som var innklagedes prosjektansvarlige for sceneutbyggingen, meddelte klager at konkurransen var avlyst i brev av 23. mai 2011. Selv om ikke begrepet avlysning ble brukt, måtte det fra innholdet i brevet være klart at det var dette som var realiteten.

Sekretariatets vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bygging av scene og ombygging av torg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen var kunngjort ved bruk av kunngjøringsskjemaet for anskaffelser under EØS-terskelverdi. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (26) Klager har anført at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klager fremholder at vurderingen av hvorvidt innklagede hadde saklig grunn, må knytte seg til den konkrete begrunnelse som ble gitt i innklagedes brev av 20. juni 2011.
- (27) Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt beror på en helhetsvurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på tidspunktet for når totalforkastelsen skjer, hvilke omstendigheter som utløste totalforkastelsen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Rt. 2001 s. 473, Rt. 2007 s. 983, og klagenemndas sak 2010/325 (38) med videre henvisninger. Vurderingen er således ikke begrenset til de forhold som ble fremhevet av innklagede i brevet av 20. juni 2011.
- (28) Innklagede har forklart at det var to grunner til at konkurransen ble avlyst. For det første begrunnes avlysningen med utbyggingsprosjektet som materialiserte seg som følge av gårdeierforeningens nye forslag. Realisering av prosjektplanene ville i stor grad innebære at kontraktarbeidene i den foreliggende anskaffelsen var forgjeves. Administrasjonen, som innstilte på at man skulle fullføre den påbegynte anskaffelsesprosessen, uttalte at man ikke burde igangsette anskaffelsens kontraktarbeider dersom det ble vurdert som realistisk at prosjektplanene i mulighetsstudien kunne gjennomføres i nær framtid.
- (29) 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.
- (30) Slik saken er opplyst legges det til grunn at en realisering av prosjektplanene presentert i mulighetsstudien ville innebære at resultatene av den foreliggende anskaffelsen i stor grad ville bestå kun midlertidig, og i hovedsak ville måtte rives i forbindelse med det forespeilede utbyggingsprosjektet. Dette er en klart en saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (31) Klager har i foreliggende sak festet seg ved begrunnelsen knyttet til budsjettoverskridelsen, og har ikke fremført holdepunkter som tilsier at det var uforsvarlig å utsette anskaffelsen av nyanlegg av torget inntil man hadde avklart realiseringen av det større utbyggingsprosjektet.
- (32) Klagers anførsel kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.
- (33) Under forutsetningen av at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, har klager anført at innklagede er erstatningspliktig for den negative kontraktsinteressen. Klager anfører også, under samme forutsetning, at innklagede ved den prosessen som er gjennomført har begått en vesentlig saksbehandlingsfeil, og at dette må føre til erstatning av den positive kontraktsinteressen. Dette begrunnes med at saksbehandlingen, og særlig den informasjon som ble gitt klager underveis i prosessen, har vært motstridende, uklar, og utilstrekkelig.
- (34) Selv om det på avgjørelsestidspunktet foreligger en saklig grunn til å avlyse konkurransen, kan oppdragsgiver komme i erstatningsansvar dersom forholdet kunne vært avverget eller forutsatt, slik at tilbyderne ikke unødig deltok i konkurransen.

Spørsmålet om tilbyderne har krav på erstatning vil således kunne stille seg annerledes enn spørsmålet om det foreligger en saklig grunn til å avlyse. Innklagede hadde i foreliggende sak tatt et forbehold i konkurransegrunnlaget om at konkurransen ville avlyses dersom de innkomne tilbud vesentlig overskred budsjett. Det kan stilles spørsmål ved om innklagede i tillegg burde synliggjort at det var mulig at konkurransen kunne bli avlyst på det grunnlaget den senere ble. Om dette spørsmålet se blant annet Gulating lagmannsretts dom av 30. mai 2008, LG-2007-137130. Klager har ikke særlig heftet seg ved dette, men i stedet anført at det er saksbehandlingen etter utlysningen av konkurransen som er erstatningsbetingende. Sekretariatet nevner likevel at på bakgrunn av den lange prosessen forut for konkurransen, var det lite påregnelig at konkurransen ville bli avlyst på det grunnlaget den senere ble. Siden bevisførselen for klagenemnda er skriftlig, og en muntlig bevisførsel i dette tilfellet ville vært nødvendig for å ta endelig stilling til hvilke vurderinger som ble gjort på de ulike stadier i prosessen, er det imidlertid ikke mulig å avgjøre spørsmålet.

- (35) Når det gjelder klagers anførsler knyttet til innklagedes brev av 15. mai 2011 kan ikke disse føre frem. Informasjonen i brevet må anses som en tilstrekkelig begrunnelse for hvorfor konkurransen ble avlyst, til tross for at begrepet avlysning ikke er benyttet. På bakgrunn av dette kan begrunnelsen for avlysningen i innklagedes brev av 20. juni 2011, og hvorvidt denne supplerte eller endret begrunnelsen gitt en måned tidligere, ikke føre til et annet resultat.
- (36) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Jonn Sannes Ramsvik
gruppeleder (e.f.)

Eirik Vikan Rise
førstekonsulent