



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av rådhus for Ørskog kommune. Klagenemnda kom til at innklagde hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å innta bestemmelser i konkurransegrunnlaget om at kommunen kunne avlyse konkurransen/totalforkaste tilbudene uten saklig grunn og uten at tilbyderne ville kunne få erstatning eller rette andre krav mot kommunen dersom dette ble gjort. Denne feilen medførte at nemnda konstaterte at innklagede hadde hatt plikt til å avlyse konkurransen. Basert på dette, ble ikke klagers øvrige anførsler behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 10. desember 2012 i sak 2011/137

Klager: Ørskog rådhus SUS

Innklaget: Ørskog kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Brudd på kravet til forutberegnelighet. Plikt til å avlyse konkurransen.

Bakgrunn:

- (1) Ørskog kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. desember 2010 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av rådhus for Ørskog kommune. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 23. februar 2011.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.4 fremkom det at tilbyderne som utgangspunkt skulle levere pris på to alternativer, ett for leie av lokale, og ett for kjøp av ferdig lokale, men at tilbyderne også kunne velge å levere pris på bare ett av alternativene.
- (3) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 4.1 at "[s]om alminnelige tilbudsreglar gjeld "Lov om offentlige anskaffelser" (seinare kalt LOA) med tilhøyrande forskrifter del 1 og 2."
- (4) Videre fremkom det i konkurransegrunnlaget punkt 4.1 at:

"Tilboda vert vurdert på opp mot ei løysing der Ørskog kommune dekker dei spesifikke behova på eksisterende lokalitet, sjå pkt. 4.3.6 Alternative prosjekt. Tilbydar må fråskrive seg retten til å krevje erstatning eller på annen måte rette krav mot Ørskog kommune dersom Ørskog kommunestyre vel å etablere dekning av det beskrevne behov på dagens lokalisering av rådhus."
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2.1 "Krav til leverandøren" fremkom følgende:

"Nedanforstående dokumentasjon skal legges ved tilbudet, Jamf. FOA §§ 8-4, 8-5, 8-7, 8-8.

- *Plan for nødvendig finansiering av prosjektet som synlegger tilbyder sin evne til gjennomføring av prosjektet*
- *Attest for restanser på skatt.*
- *Attest for restanser på meirverdiavgift.*
- *HMS-eigenerklæring."*

- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.3.6 "Alternative prosjekt" fremgikk følgende:

"Kommunestyret i Ørskog kommune vil etter evaluering av innkomne tilbud avgjøre konkurransen etter ei samla vurdering. Kommunen tek atterhald om retten til å velge ei løysning som inneber vidareføring av rådhusfunksjonane på eksisterande lokalitet."

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 7.5 stod det at "[d]et må vektlegges at dei løysingane som blir valde medfører minst mogleg vedlikehald."

- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 12.2.3, "Yttervegger", fremkom det at:

"For yttervegger skal det nyttast utvendig kledning med minst mogleg behov for vedlikehald.

For innvendig side av yttervegger gjeld same krav som for innervegger.

Ytterdører og vindauge skal ha karm og ramme i brennlakkert eller eloksert aluminium.

Alle beslag på dører og vindauge skal vere solid utførelse, utført i rustfritt stål.

Det er ynskjeleg at møterom og rom med arbeidsplassar får opningsvindauge for lufting.

Utvendige persienner skal vere i brennlakkert utførelse med 80mm lamellbredde, sideskiner og sol- og vindvoktar, og motordrift med moglegheit for manuell overstyring med brytar for kvart rom."

- (9) Innklagede mottok en e-post fra klager den 31. januar 2011. I denne e-posten ble det stilt spørsmål blant annet om hvorvidt kravene i konkurransegrunnlaget om at løsningene skulle gi minst mulig vedlikehold skulle gjelde også dersom det kun ble tilbudt leie-alternativet, slik at det ville være utleier som var ansvarlig for vedlikeholdet. Innklagede svarte per e-post dagen etter at evalueringskriteriene var gitt i spesifikasjonen og at anbyder selv måtte vurdere sine løsninger i forhold til gjeldende grunnlag.
- (10) Innklagede sendte den 27. januar 2011 en mail til tilbyderne og opplyste om at det var kommet et ønske om fristforlengelse frem til 2. mars 2011 fra en av tilbyderne. Det ble bedt om tilbakemelding fra tilbyderne dersom det var innvendinger mot endring av fristen. Den 28. januar sendte innklagede en ny e-post til tilbyderne hvor det ble opplyst at det ikke var kommet noen innvendinger mot fristforlengelsen, og at ny frist for innlevering av tilbudet dermed ble satt til 2. mars 2011.
- (11) Den 16. februar 2011 sendte innklagede en e-post til tilbyderne der det ble opplyst om at frist for innlevering av tilbudet ble utsatt til 16. mars 2011 grunnet sykdom i prosjekteringsgruppen.
- (12) Innklagede mottok den 8. mars en e-post fra Kysthus AS hvor det ble spurt om det var greit å sende inn tilbud undertegnet med Ørskog rådhus SUS (SUS står for selskap/foretak under stiftelse). Innklagede svarte samme dag at dette var helt greit, men

at punkt 4.2.1 i konkurransegrunnlaget må tilfredsstilles, og da særlig første underpunkt om nødvendig finansiering.

- (13) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristen, deriblant fra Ørskog rådhus SUS (heretter kalt klager) og fra Sjøholt Næringsbygg AS.
- (14) Innklagede sendte den 31. mars 2011 en e-post til klager hvor innklagede etterspurte bedre dokumentasjon for oppfyllelse av kravene i konkurransegrunnlagets punkt 4.2.1, "*Krav til leverandøren*". Innklagede ba om at det ble skaffet et tilsagnsbrev eller tilsvarende dokumentasjon fra en finansieringsinstitusjon som kunne synliggjøre nødvendig byggelånsfinansiering dersom prosjektet ville bli gjennomført.
- (15) Klager svarte per e-post 4. april 2011, og opplyste om at prosjektet ble forelagt banken før tilbudet ble innsendt, og at klager da fikk signal om hvilket nivå renten på byggelånet ville ligge på og hvor stor egenkapital som måtte til for å få i stand en avtale. Videre skrev klager i denne e-posten at klager nå hadde snakket med banken, slik at den etterspurte dokumentasjonen ville bli fremskaffet.
- (16) Innklagede sendte 7. april 2011 en ny e-post til klager og spurte om når innklagede kunne forvente å motta den etterspurte dokumentasjonen. Klager svarte per e-post dagen etter og opplyste om at eiendommen skulle takseres den 28. april 2011 og at finansinstitusjonen signaliserte at formelt svar ville foreligge 14 dager etter dette.
- (17) Den 13. april 2011 sendte innklagede en e-post til klager hvor det ble opplyst om at endelig frist for ettersending av bekreftelse på finansiering ble satt til 27. april 2011, fordi kommunen var avhengig av å følge sin fremdriftsplan. Samme dag sendte innklagede en e-post til tilbyderne hvor det fremkom at kommunen ville gjennomføre forhandlinger med tilbyderne den 28. april 2011.
- (18) Innklagede opplyste klager per e-post datert 18. april 2011 om at kommunen ville gjennomføre forhandlingsmøte med klager den 28. april 2011 klokken 14.30.
- (19) Den 27. april 2011 klokken 14.47 sendte innklagede en e-post til klager hvor klager ble informert om at endelig frist for ettersending av bekreftelse på finansiering var satt til 27. april klokken 14.00. Da innklagede enda ikke hadde mottatt dette fra klager, ville det ikke bli gjennomført forhandlingsmøte med klager den 28. april 2011.
- (20) Klager sendte den 28. april 2011 en klage til innklagede på at klager ikke fikk gå i forhandlinger. Det ble i denne klagen påpekt at "*[v]i har hatt ein kommunikasjon rundt dette med finansieringa og tilbodet vart akseptert slik ved og etter innleveringa.*"
- (21) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 4. mai 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Forbehold i konkurransegrunnlaget

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å ta et forbehold i konkurransegrunnlaget om at kommunen kunne velge å forkaste alle tilbudene og heller restaurere det eksisterende rådhuset.

Manglende svar på spørsmål om tolking av konkurransegrunnlaget

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klare svar på spørsmål om tolkingen av konkurransegrunnlaget. Det vises til at innklagede bare viste til konkurransegrunnlaget når klager stilte spørsmål om en kunne se vekk fra kravet om at vinduene måtte være vedlikeholdsfrie og av aluminium dersom en valgte alternativet om bare utleie av bygning, ettersom det da ville være utleier som stod for vedlikeholdskostnadene.

Avvisning av klager

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen med den begrunnelse at klager ikke hadde lagt frem finansieringstilsagn innen fristen. Det vises til at klager oppfattet det slik at finansieringen var synliggjort gjennom å vise til egenkapital og budsjett, og at resten var mer formaliteter som skulle på plass. Klager hadde en dialog med innklagede den 7. april 2011 om at takstmannen kunne komme først 27. april, og at lånetilsagnet ville komme 14 dager etter dette. Innklagede satt så den 13. april 2011 brått en frist for innlevering av finansieringstilsagn til 27. april 2011 og begrunnet dette med at kommunen måtte holde sin fremdriftsplan. Denne fremdriftsplanen ble ikke nevnt i dialogen med klager den 7. april 2011.

Brudd på kravet til likebehandling

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å innvilge klager 14 dagers utsettelse av fristen til å levere tilbud grunnet at svar fra Fylkeskommunen/Riksantikvaren ble forsinket, mens andre tilbydere fikk utsettelse begrunnet med sakens kompleksitet.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klager

- (26) Innklagede bestrider at det var et brudd på regelverket å avvise klager med den begrunnelse at klager ikke leverte dokumentasjon på nødvendig kapital innen fristen.
- (27) Innklagede har ikke uttalt seg om klagers øvrige anførsler i sitt tilsvaret til klagenemnda.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (29) Anskaffelsen gjelder leie eller eventuelt kjøp av kontorlokaler, og utgangspunktet etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 1-3 andre ledd bokstav b er at forskriften ikke kommer til anvendelse på "*kontrakter om erverv eller leie [...] av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom*".
- (30) Innklagede har imidlertid i konkurransegrunnlaget punkt 4.1 opplyst at "[s]om alminnelige tilbudsreglar gjeld "*Lov om offentlige anskaffelser*" (seinare kalt LOA) med tilhøyrande forskrifter del 1 og 2." Da innklagede i konkurransegrunnlaget har opplyst at anskaffelsen skal reguleres av dette regelverket, medfører kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at innklagede plikter å følge dette, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2009/225 premiss (24) og 2009/258 premiss (17) med videre

henvisninger. Anskaffelsen reguleres etter dette av reglene i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II

Forbehold i konkurransegrunnlaget

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å innta regler i konkurransegrunnlaget om at kommunen erstatningsfritt kunne velge å avlyse konkurransen/forkaste alle tilbudene og heller restaurere det eksisterende rådhuset.
- (32) Det fremkommer i forskriften § 13-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger "*saklig grunn*", og av forskriften § 13-1 (2) at oppdragsgiver kan forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir "*saklig grunn*" for det. Innholdet i kravet til "*saklig grunn*" er det samme både for avlysning og totalforkastelse.
- (33) Av loven § 10 følger det at tilbyder har rett til erstatning for det tap han har lidd som følge av brudd på loven eller forskriften. Lovens bestemmelser gjelder for alle offentlige anskaffelser.
- (34) I Konkurransegrunnlaget punkt 4.3.6 fremkom det at "*[k]ommunen tek atterhald om retten til å velge ei løysning som inneber vidareføring av rådhusfunksjonane på eksisterande lokalitet.*" Videre fremkom det i konkurransegrunnlaget punkt 4.1 at innklagede krevde at tilbyderne måtte fraskrive seg retten til erstatning eller på annen måte å rette krav mot kommunen dersom kommunestyret bestemte seg for å dekke behovet på dagens lokalisering av rådhuset. Innklagede har altså inntatt bestemmelser i konkurransegrunnlaget som strider mot loven og forskriften sine bestemmelser om avlysning av konkurransen/totalforkasting av tilbudene og rett til erstatning for lidd tap i de tilfeller der innklagede har brutt regelverket.
- (35) Klagenemnda uttalte i sak 2007/71 premiss (28) at "*[o]ppdragsgiver kan ikke forbeholde seg en mer omfattende rett til å avlyse en konkurranse enn den som følger av forskriften. Når innklagede setter som vilkår å kunne forkaste samtlige tilbud, slik det er gjort i konkurransegrunnlagets punkt 1.3, er dette ensbetydende med at innklagede mener å kunne avlyse konkurransen uten at kravet til saklig grunn blir prøvd.*" Også i foreliggende sak må innklagedes forbehold tolkes slik at innklagede mener å kunne avlyse konkurransen/totalforkaste tilbudene uten at det foreligger saklig grunn til dette, og uten plikt til å betale erstatning.
- (36) Dersom oppdragsgiver velger å innta regler som strider mot loven eller forskriftens bestemmelser i konkurransegrunnlaget må det vurderes konkret om dette er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven, herunder kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5 . Spørsmålet blir dermed om innklagedes forbehold om å kunne avlyse konkurransen uten saklig grunn og uten at tilbyderne ville få erstatning for dette selv om det forelå brudd på regelverket må anses i strid med regelverkets grunnleggende krav til forutberegnelighet, da det ikke var spesifisert nærmere når forbeholdet skulle kunne benyttes.
- (37) Oppdragsgiver har i praksis en vid adgang til å avlyse konkurransen/totalforkaste tilbud i medhold av forskriften § 13-1, så ethvert forbehold fra oppdragsgiver om at konkurransen kan avlyses/tilbudene totalforkastes kan ikke antas å stride mot kravet til

forutberegnelighet. Det danske Klagenævnet for udbud peker (i kjennelse J.nr. 2012-0026855) på at det, etter EU-domstolens praksis, skal svært mye til før en oppdragsgiver kommer i konflikt med anskaffelsesreglene når han avlyser en konkurranse. Ved en avlysning må oppdragsgiveren bare ta hensyn til de grunnleggende prinsipper. Etter anskaffelsesreglene er det dessuten ingen plikt til å inngå kontrakt, og ingen tilbyder kan således ha en berettiget forventning om å få tildelt en kontrakt.

- (38) I den foreliggende konkurransen var det imidlertid tale om en omfattende anskaffelse som medførte betydelig arbeid og kostnader for tilbyderne i forbindelse med utforming av tilbud. Klager opplyser i sin klage til klagenemnda å ha brukt opp mot 500 000 kroner på utarbeidelsen av sitt tilbud, og det er grunn til å anta at andre tilbydere også har hatt betydelige kostnader ved utarbeidelse av tilbud. Det vil alltid være en risiko for at de ressurser som er brukt på å utarbeide et tilbud i en anbudskonkurranse er tapt, enten ved at en annen leverandør tildeles kontrakten, eller ved at konkurransen avlyses/tilbudene totalforkastes. I disse tilfellene vil tilbyder imidlertid ha et vern i form av kravet til saklig grunn. Videre vil tilbyderne også ha rett til erstatning når vilkårene for dette er oppfylt. I foreliggende tilfelle fremstår risikoen som betydelig større ved at innklagede, i tillegg til å forbeholde seg retten til å avlyse/totalforkaste uten saklig grunn, også pålegger tilbyderne å fraskrive seg retten til erstatning eller til på annen måte å rette krav mot kommunen dersom kommunestyret bestemte seg for å dekke behovet på dagens lokalisering av rådhuset. Klagenemnda mener derfor etter dette at innklagedes avvikende regler ikke ga den forutberegnelighet ved vurderingen av hva som kunne være grunnlag for avlysning av konkurransen/totalforkastelse av tilbudene som tilbyderne etter regelverket har krav på. idet innklagede helt hadde fjernet det vern tilbyderne vanligvis har mot avlysning/totalforkastning og til å kunne kreve erstatning når vilkårene for dette er oppfylt. Innklagede har etter dette brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å innta bestemmelser i konkurransegrunnlaget om at kommunen kunne avlyse konkurransen/totalforkaste tilbudene uten saklig grunn, og uten at tilbyderne ville kunne få erstatning eller rette andre krav mot kommunen dersom dette ble gjort.
- (39) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførselene som er fremsatt, må klagenemnda ta stilling til om den feil som her er konstatert innebærer at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen.
- (40) Basert på førsteinstansdomstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61) og 2012/195 premiss (21):
- "Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."*
- (41) Feilen i foreliggende sak var altså at innklagede hadde inntatt bestemmelser i konkurransegrunnlaget om at kommunen kunne avlyse konkurransen/totalforkaste tilbudene uten saklig grunn, og uten at tilbyderne ville kunne få erstatning eller rette andre krav mot kommunen dersom dette ble gjort. Etter klagenemndas syn er dette opplysninger som er av vesentlig betydning for leverandørene, både ved vurderingen av om tilbud skal inngis, og ved den konkrete utformingen av leverandørens tilbud.

- (42) Etter dette, må det anses påvist at den feilen innklagede her har begått medfører at konkurransen kunne fått et annet utfall for klager enn om feilen ikke var blitt begått eller at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen. Når så er tilfellet, og denne feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved utlysning av ny konkurranse hvor innklagede ikke inntar regler om at konkurransen kan avlyses uten at det foreligger saklig grunn til det eller at tilbyderne må fraskrive seg retten til erstatning og til å rette andre krav mot kommunen, hadde innklagede plikt til å avlyse konkurransen.
- (43) Siden klagenemnda her har kommet til at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen, mangler klager saklig interesse i å få avgjort sine øvrige tre anførsler om brudd på regelverket. Disse avvises derfor fra behandling med hjemmel i klagenemndforskriften § 6.

Konklusjon:

Ørskog kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å innta bestemmelser i konkurransegrunnlaget om at kommunen kunne avlyse konkurransen/totalforkaste tilbudene uten saklig grunn, og uten at tilbyderne ville kunne få erstatning eller rette andre krav mot kommunen dersom dette ble gjort.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 10. desember 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum