



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Klager deltok i en plan- og designkonkurranse for nytt opera- og kulturhus i Kristiansund og en etterfølgende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring om prosjektering av bygget. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 14-1 (1) ved å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring uten at det var hjemmel for dette i forskriften § 14-4 bokstav i.*

### Klagenemndas avgjørelse 28. november 2011 i sak 2011/251

**Klager:** Space Group Arkitekter AS

**Innklaget:** Kongens Plass Eiendom AS

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl

**Saken gjelder:** Lovlighet av konkurranse med forhandling.

### Bakgrunn:

- (1) Kongens Plass Eiendom AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. oktober 2009 en begrenset plan- og designkonkurranse for nytt opera- og kulturhus i Kristiansund. Bakgrunnen for konkurransen var at Kristiansund kommune 24. mars 2009 hadde vedtatt Kongens Plass/Langveien ungdomsskole som lokalisering av nytt opera- og kulturhus i kommunen, og at det den 22. juni 2009 ble fattet vedtak om at det skulle gjennomføres et forprosjekt for realisering av bygget, herunder en arkitektkonkurranse for å få innspill til utforming av bygget og plassering på valgt tomtealternativ. Det ble videre vedtatt at Kristiansund kommune og innklagede skulle gjennomføre en konkurranse for å velge aktører som skulle ha ansvaret for gjennomføringen av forprosjektet.
- (2) I kunngjøringen punkt IV.5.3 hadde innklagede svart ja på spørsmål om eventuelle påfølgende tjenestekontrakter ville bli tildelt vinneren eller vinnerne av plan- og designkonkurransen. I kunngjøringen punkt VI.2 var det gitt følgende tilleggsinformasjon om prosjektet:

#### **"VI.2) TILLEGGSINFORMASJON**

*Med hensyn til oppfølgingskontrakter presiseres det, at videreføring av prosjektet etter prosjektkonkurransen er betinget av vedtak i Kristiansund bystyre, herunder også bevilgninger fra Kristiansund bystyre. Oppfølgingskontrakter er dermed betinget av vedtak i Kristiansund bystyre."*

- (3) I prekvalifiseringsgrunnlaget for plan- og designkonkurransen, punkt 1.3 "Konkurranseperiode/kontraktsperiode", fremgikk det at "[o]ppdragsgiver har opsjon

*på å utvide oppdraget med en eller flere av deltakerne i prosjektkonkurransen, med eventuelle prosjekteringsarbeid".*

- (4) Frist for å søke om deltakelse i konkurransen var 23. november 2009. Blant leverandørene som søkte om å få delta i konkurransen, var Space Group Arkitekter AS (heretter kalt klager).
- (5) Ved brev 12. januar 2010, informerte innklagede om at klager, sammen med fire andre leverandører, var valgt ut til å delta i konkurransen.
- (6) I konkurranseprogrammet, datert 29. januar 2010, fremgikk det av konkurransebestemmelsene at *"konkurransen bedømmes og avgjøres av en jury som er oppnevnt av Plankomiteen"* og at juryens innstilling skulle *"sendes til bystyret i Kristiansund som vedtar om prosjektet skal gjennomføres"*. Om kontraktsinngåelse fremgikk det at *"[e]tter gjennomført konkurranse og vedtak i Bystyret august 2010 (tentativt) for å gjennomføre prosjektet, er det oppdragsgivers intensjon å forhandle med vinnerteamet for videre utvikling av prosjektet"*.
- (7) Det var i konkurranseprogrammet angitt følgende bedømmelseskriterier for konkurransen:

*"Juryen skal bedømme de innkomne forslag i forhold til de oppgitte mål, samt andre krav og spesifikasjoner gitt i dette programmet. Juryen kan selv redegjøre for eventuelt utdypelse eller presisering som følge av forhold som kommer fram gjennom juryarbeidet.*

*Følgende bedømmelseskriterier er fastsatt i dette programmet og oppgitt i uprioritert rekkefølge:*

- *Prosjektet skal ha høy arkitektonisk kvalitet, og skal framstå i et kvalitativt samspill med bysituasjonen, ivareta hensynet til bevart verneverdig bebyggelse og framstå som et nytt sentralt bygg i Kristiansund.*
- *Prosjektet skal ha høy teknisk kvalitet knyttet til de behov som er definert av den kunstneriske virksomheten som skal utøves i bygget. Særlig viktig er det å oppnå gode akustiske forhold med tilfredsstillende lydtekniske løsninger, men også funksjonaliteten i romorganiseringen og kvaliteten på det tekniske utstyret er viktig.*
- *Prosjektet skal være funksjonelt og fleksibelt med tanke på planløsning, adkomst, intern flyt, åpenhet for brukerne og samspill med eksisterende bebyggelse og tilliggende uterom.*
- *Prosjektet skal ha en bærekraftig profil med miljøvennlig materialbruk og energieffektive løsninger.*
- *Prosjektet skal ivareta hensynet til universell utforming.*
- *Prosjektet skal være teknisk og økonomisk gjennomførbart både å bygge og drifte.*

*Juryen vil legge særlig vekt på å finne et visjonært, og samtidig utviklingsdyktig prosjekt der konseptet er robust for de endringer som vil komme i detaljprosjektering og gjennomføringsfasen.*

*Juryen vil innhente uttalelser fra faglige rådgivere etter behov, og er særlig opptatt av de akustiske løsningene.*

*Juryen sitt mandat er å peke ut vinneren av konkurransen, men har kun innstillende myndighet ovenfor oppdragsgiver i forhold til oppdragstildeling. Det er kun forprosjektet som er vedtatt gjennomført.*

*Dersom det vedtas at prosjektet skal gjennomføres, vil man gå i forhandlinger med valgt aktør. Eventuelle forhandlinger om oppdraget vil ta utgangspunkt i juryens innstilling, tilpasninger og justeringer av prosjektet hva gjelder økonomi, materialvalg og arealer inngår i forhandlingene."*

- (8) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 28. april 2010, klokken 14.00. Klager deltok i konkurransen med prosjektet "Silencio". CF Møller Norge AS (heretter kalt valgte leverandør) deltok med prosjektet "Kulturkvartalet".

- (9) 20. juni 2010 avga juryen følgende innstilling i plan- og designkonkurransen:

*"Juryen går enstemmig inn for å anbefale at både Kulturkvartalet og Silencio legges til grunn for videre bearbeidelse. Kulturkvartalet og Silencio er begge særdeles gode prosjekt som klart skiller seg fra de øvrige i konkurransen. Prosjektene har høy arkitektonisk kvalitet med en tydelig og konsekvent tilnærming til oppgaven, og svarer godt på konkurranseprogrammets utfordringer.*

*Kulturkvartalet og Silencio er prinsipielt ulike, og juryen finner kvaliteter i begge. Konkurransens kompleksitet og prosjektforslagene viser imidlertid at det er flere forhold som bør utvikles og avklares nærmere før endelig avgjørelse kan tas på hvilket prosjekt som best vil kunne realiseres som et nytt Opera- og kulturhus i Kristiansund."*

- (10) Den 5. juli 2010 ble det avholdt et møte mellom klager, innklagede og valgte leverandør, der man diskuterte prosessen videre og utviklingen av prosjektene.
- (11) Innklagede gjennomførte deretter en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring der klager og valgte leverandør ble invitert til å delta. Konkurranses grunnlaget ble sendt ut 14. september 2010. Herfra hitsettes:

### **"1 GENERELL BESKRIVELSE**

*Våren 2010 gjennomførte Kongens Plass Eiendom AS en begrenset plan- og designkonkurranse (arkitektkonkurranse) for et nytt Opera- og kulturhus i Kristiansund. Etter at de 5 prosjektene var evaluert av juryen stod man igjen med to vinnerprosjekt. I programmet for arkitektkonkurransen var det ikke presisert at det kunne bli valgt to vinnere.*

*Etter dialog med NAL, ble Kongens Plass Eiendom AS anbefalt å invitere de to vinnerteamene fra den gjennomførte arkitektkonkurransen til en videre prosess i en konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring. Teamene gis anledning til å bearbeide de to respektive prosjektene "Kulturkvartalet" og "Silencio" videre med utgangspunkt i juryens kritikk. De reviderte prosjektene blir evaluert på nytt i forhold til det prosjektet som ble innlevert til arkitektkonkurransen, og vil bli vurdert på hvordan endringene styrker helheten i prosjektet. Målet for oppdragsgiver er å kunne velge det beste prosjektet for en eventuell realisering.*

[...]

## **1.2 Anskaffelsens formål og omfang**

*Bystyret i Kristiansund kommune vedtok 22. juni 2009 at det skal gjennomføres et forprosjekt for realisering og samlokalisering av bibliotek, høyskolesenter, Opera- og kulturhus i Kristiansund på tomten hvor Langveien ungdomsskole/ Kongens plass ligger.*

*Prosjektet omfatter ombygging/ rehabilitering av Folkets Hus og Langveien ungdomsskole samt nybygg i en størrelsesorden angitt i rom- og funksjonsprogrammet til et nettoareal på ca. 9.125 m<sup>2</sup>. Prosjektet har høye ambisjoner og kvalitetskrav som er nærmere beskrevet i programmet for arkitektkonkurransen.*

*Formålet med denne konkurransen med forhandlinger er å kunne velge ut det beste prosjektet, og komme frem til et godt beslutningsgrunnlag for bystyret for å kunne vedta en eventuell videreføring av prosjektet.*

*[...]*

## **1.4 Kontraktsbestemmelser**

*Avtaleforholdet reguleres i denne konkurranse med forhandlinger etter NS 8401 – Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag på et oppdrag etter fast pris."*

- (12) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.2:

*"Tildelingen vil skje på grunnlag av hvilket tilbud som anses som det (økonomisk) mest fordelaktige basert på følgende tildelingskriterier. Hvert kriterie vil bli vurdert på en skala fra 1 til 10 og vektet som oppgitt.*

*Evaluerings av de kvalitative tildelingskriteriene blir gjort skjønnsmessig der det beste tilbudet innenfor hvert tildelingskriterium gis karakter 10. Øvrig tilbud gis skjønnsmessig lavere karakter enn 10 slik at det gjenspeiler oppdragsgivers vurdering av tilbudets relative egenskaper i forhold til det beste tilbudet innenfor hvert enkelt tildelingskriterium basert på en skala fra 1 til 10.*

### **Tildelingskriterier**

| <i>Prioritet/vekt</i> | <i>Kriterier</i>              | <i>Dokumentasjon</i>                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-----------------------|-------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 70 %                  | <b>Funksjonalitet</b>         | <ul style="list-style-type: none"><li>• Justerte tegninger (planer, snitt og fasader) og justert areal- og volumoppstilling.</li><li>• Prinsippskisser</li><li>• Skriftlig redegjørelse for hvordan prosjektet er endret, og hvordan utfordringer gitt i kritikk fra juryen er løst.</li></ul> |
| 20 %                  | <b>Tekniske og økonomiske</b> | <ul style="list-style-type: none"><li>• Skriftlig redegjørelse</li></ul>                                                                                                                                                                                                                       |

|      |                       |                                                                                 |
|------|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
|      | <b><i>forhold</i></b> |                                                                                 |
| 10 % | <b><i>Pris</i></b>    | <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Utfylt tilbudsskjema</i></li> </ul> |

*Det innleverte materialet skal utarbeides etter anvisningene under punkt 6. "Krav til innlevert materiale".*

### ***Beskrivelse av tildelingskriteriene***

#### ***Funksjonalitet***

*Oppdragsgiver vil vurdere funksjonaliteten i det reviderte prosjektet, herunder ivaretagelse av prinsippene knyttet til universell utforming, logistikk og god balanse i arealbruken og i løsninger knyttet til vern- og verneinteresser. Oppdragsgiver vil vurdere det reviderte prosjektet i forhold til det opprinnelig innleverte prosjektet i arkitektkonkurransen, og bedømme på hvilken måte revisjonen styrker prosjektets helhetlige grep og arkitektoniske grunnidé.*

#### ***Tekniske og økonomiske forhold***

*Oppdragsgiver vil vurdere forslag til tekniske og økonomiske forbedringer, herunder materialbruk, konstruksjon m.v.. Forslagene skal ligge innenfor prosjektets beregnede totalramme som er angitt i kostnadskalkylegrunnlaget fra Reinertsen. Det er ikke meningen at prosjektene skal endres i omfang, men at teamet skal gjøre en kontroll av de kvaliteter og løsninger som er oppgitt i kostnadskalkylegrunnlaget (hver leverandør får oversendt sitt grunnlag). Teamene skal ikke endre på arealer eller mengder. Oppdragsgiver vil vurdere kvaliteten og realismen i prosjektets bærekraftstrategi.*

#### ***Pris***

*Innlevert tilbudsskjema evalueres. Oppdragsgiver har estimert timer for hver faggruppe i teamet, disse danner grunnlag for hvordan totalpris utregnes i evalueringen."*

- (13) Både klager og valgte leverandør leverte tilbud innen fristen den 13. oktober 2010 klokken 14.00.
- (14) Den 20. oktober 2010 avholdt innklagedes bedømmelseskomité et møte. I møtet ble det besluttet å gjennomføre skriftlige forhandlinger med klager og valgte leverandør. Spørsmålene skulle utformes på en slik måte at arkitektteamene kunne besvare dem uten å tegne.
- (15) Den 21. oktober 2010, sendte innklagede et skriv til klager, der det ble beskrevet tre punkter som innklagede ønsket at klager skulle redegjøre nærmere for i forhandlingene. Dette gjaldt for det første bærekonstruksjonen i "*Silencio*", som innebar bruk av skråstag. Innklagede mente det kunne stilles spørsmål ved om lyd kunne forplante seg i konstruksjonen. Klager ble derfor bedt om å redegjøre for om eksisterende løsning kunne forbedres uten store økonomiske konsekvenser, eller om konstruksjonen kunne endres eller forenkles, slik at man kunne sikre tilfredsstillende akustiske forhold med en enklere konstruktiv løsning. Videre ba innklagede klager om å vurdere en omrokering av rommene i bygget, slik at man reduserte spredning av rom som naturlig hørte sammen, og å vurdere de inngitte prisene for videre arbeid med prosjektet. Frist for å besvare punktene var 27. oktober 2010.

- (16) I brev 28. oktober 2010 informerte innklagede klager om at valgte leverandørs tilbud ble ansett for å være det økonomisk mest fordelaktige. I brevet ble det gitt følgende begrunnelse for valg av leverandør:

***"Tildelingskriteri: Funksjonalitet***

*Begge team leverer 2 gode prosjekter. Bedømmelseskomiteen mener Silencio er et svært spennende og innovativt prosjekt, men er samtidig også usikker på om nettopp de innovative løsningene kan bli for utfordrende slik at basisaktiviteter kan bli skadelidende. Den vertikale organiseringen med funksjoner lagt over flere plan gir en kompakt løsning i nybygget, men byr også på utfordringer logistisk og funksjonelt.*

*Bedømmelseskomiteen mener at det er utfordrende å få et kulturhus fordelt på mange etasjer og mange bygg til å fungere optimalt, og ser store fordeler med å samle aktivitetene under samme tak. Bedømmelseskomiteen mener at forhold knyttet til universell utforming, logistikk og arealbruk er bedre løst i Kulturkvartalet enn i Silencio. Dette er primært begrunnet i at man ved å samle aktiviteten på større plan, færre etasjer og under samme tak, har potensial for større fleksibilitet, integrasjon mellom funksjoner og en løsning som er robust for endring over tid.*

*Begge prosjektene kan etter referat med fylkeskonservator gjennomføres, men dette kan uansett ikke endelig avklares før en eventuell byggesøknad fremlegges. Bedømmelseskomiteen er imidlertid av den oppfatning at Kulturkvartalet er best tilpasset en situasjon uavhengig hva som blir det endelige svaret fra fylkeskonservator.*

*Bedømmelseskomiteen ser at det er noen utfordringer knyttet til ivaretagelse av akustiske krav (lyddempende) i Silencio. I besvarelsen fremmer Silencio at dette kan løses i dialog med fagpersoner, men de avvikende signalene omkring dette fra fagpersoner gjør at bedømmelseskomiteen har valgt å gå inn for den mer tradisjonelle og velprøvde løsningen som ligger i Kulturkvartalet.*

*Poengfordeling: CF Møller Norge AS med Kulturkvartalet gis 10 poeng, mens Spacegroup m.fl. med Silencio gis 9 poeng.*

***Tildelingskriteri: Tekniske og økonomiske forhold***

*Bedømmelseskomiteen anser at forslag til tekniske og økonomiske forbedringer er besvart likeverdig av de to teamene. Bedømmelseskomiteen mener at Silencio fortsatt har den beste og mest interessante bærekraftstrategien, mens Kulturkvartalet har en mer realistisk bærekraftstrategi.*

*Poengfordeling: Spacegroup med Silencio gis 10 poeng, mens CF Møller Norge AS med Kulturkvartalet gis 9 poeng.*

***Tildelingskriteri: Pris***

*Prisen er relativt lik for begge prosjektene, og er evaluert som oppgitt i konkurransegrunnlaget. Silencio har lavest totalpris med kr 6.086.000,-.*

*Poengfordeling: Spacegroup m.fl. med Silencio gis 10 poeng, mens CF Møller Norge AS med Kulturkvartalet gis 9,92 poeng.*

*Poengfordeling totalt:*

*Kulturkvartalet får 9,8 poeng mens Silencio får 9,3 poeng."*

- (17) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 9. september 2011. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

**Anførsler:**

***Klagers anførsler:***

- (18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring uten at vilkårene for dette var oppfylt.
- (19) Etter § 14-4 bokstav i kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling når det "skal" tildeles tjenstekontrakter til vinneren av en plan- og designkonkurransen. Dette innebærer at oppdragsgiver må være forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen for å kunne benytte konkurranse med forhandling etter denne bestemmelsen, jf. Dragsten/Lindalen side 1828. Innklagedes forbehold om at Kristiansund kommune må vedta å realisere prosjektet må forstås slik at innklagede ikke anser seg forpliktet til å gjennomføre anskaffelsen.
- (20) Feilen medfører at konkurransen med forhandling er gjennomført som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (21) Det bes om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning for den positive eller negative kontraktsinteressen er oppfylt.
- (22) På grunn av sakens resultat gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

***Innklagedes anførsler:***

- (23) Innklagede hadde hjemmel i forskriften § 14-4 bokstav i til å benytte konkurranse med forhandling. Det bestrides at forskriften § 14-4 bokstav i gir oppdragsgiver plikt til umiddelbar kontraktsinngåelse. Klagers henvisning til Dragsten/Lindalen er ikke relevant, da den ikke gjelder forskriften § 14-4 bokstav i. Som nevnt vil innklagede inngå kontrakt med vinneren av konkurransen når de nødvendige politiske vedtak foreligger. Innklagede har ikke gjennomført konkurransen for å teste markedet, men for å inngå en tjenstekontrakt. Det er også lettere å få politisk gjennomslag for opera- og kulturhuset når det foreligger et konkret vinnerforslag enn når prosjektet er på et rent hypotetisk stadium.
- (24) Uansett om vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling etter forskriften § 14-4 bokstav i ikke er oppfylt i dette tilfellet, har innklagede ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, da det ennå ikke er inngått kontrakt med valgte leverandør.
- (25) Innklagede bestrider at vilkårene for at klager kan kreve erstatning er oppfylt. Konkurransen er gjennomført i tråd med regelverket. Eventuelle feil er uansett ikke vesentlige, og kan dermed ikke gi grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteressen. Det er videre ikke mulige å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen i dette tilfellet, ettersom innklagede ikke har inngått kontrakt. Innklagede har også kompensert klager med 310 000 kroner samlet sett for å delta i de to konkurransene.
- (26) På grunn av sakens resultat gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

### Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder plan- og designkonkurranse for opera- og kulturhus, og tjenestekontrakt for prosjektering av bygget, noe som er en prioritert tjeneste i kategori 12. Det er ikke oppgitt anslått verdi av anskaffelsen, men det fremgår av prekvalifiseringsgrunnlaget for plan- og designkonkurranse at den gjennomføres etter forskriften del I, III og IV. Klagenemnda legger dette til grunn.

#### *Adgangen til å benytte konkurranse med forhandling etter forskriften § 14-4 bokstav i*

- (28) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling etter forskriften § 14-4 bokstav i uten at vilkårene i bestemmelsen var oppfylt. Det er vist til at innklagede ikke hadde vedtatt å realisere prosjektet med bygging av nytt opera- og kulturhus, og at innklagede dermed ikke hadde forpliktet seg til å inngå kontrakt med vinneren av plan- og designkonkurranse.
- (29) Etter forskriften § 14-4 bokstav i kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring *"ved tjenestekontrakter som skal tildeles vinneren eller en av vinnerne etter en gjennomført plan- og designkonkurranse jf. § 23-1 (plan- og designkonkurranse), og i samsvar med de regler som gjelder for denne. Alle vinnerne i konkurransen skal inviteres til å delta i forhandlingene"*.
- (30) Forskriften § 14-4 bokstav i gjennomfører artikkel 31 tredje ledd i EUs direktiv 2004/18/EF i norsk rett. Artikkel 31 er en videreføring av artikkel 11 (3) c i direktiv 92/50/EF, og EU-domstolen uttaler i sak C-340/02 (Kommisjonen mot Frankrike) premiss 38 at bestemmelsen i likhet med andre unntaksbestemmelser i direktivet, *"must be interpreted strictly and the burden of proving the existence of exceptional circumstances justifying a derogation lies on the person seeking to rely on those circumstances"*. Det er dermed opp til oppdragsgiver å godtgjøre at vilkårene for å benytte unntaket er oppfylt i det enkelte tilfelle.
- (31) I sak C-340/02 premiss 40 tolker EU-domstolen direktiv 92/50/EF artikkel 11 (3) c slik at to vilkår må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen skal få anvendelse. Det uttales at kunngjøring kun kan unnlates etter denne bestemmelsen *"where the contract concerned follows a design contest"* og når kontrakten *"must be awarded to the successful candidate or to one of the successful candidates in that contest"*. EU-domstolen kom til at ingen av disse vilkårene var oppfylt i den aktuelle saken. Begrunnelsen for at det sistnevnte vilkåret ikke var oppfylt, var at kunngjøringen i det aktuelle tilfellet *"simply provides for the option, but not the obligation, to entrust the second phase to the successful candidate in the contest relating to the first phase"*, jf. dommen premiss 42.
- (32) Slik EU-domstolen tolker bestemmelsen i direktiv 92/50/EF artikkel 11 (3) c, er det altså ikke tilstrekkelig til å oppfylle vilkårene at oppdragsgiver i kunngjøringen forbeholder seg retten til å inngå en tjenesteavtale med vinneren, eller en av vinnerne i designkonkurranse. Oppdragsgiver må forplikte seg til dette.
- (33) Bestemmelsen i direktivet har tidligere vært tolket på samme måte i dansk rett. I Klagenævnet for Udbuds avgjørelse av 9. mars 1998 (Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Ledøje-Smørum Kommune) hadde kommunen kunngjort en

prosjektkonkurranse etter direktiv 92/50/EF artikkel 13 for et nytt bibliotek/kulturhus og utforming av en bypark. Det var på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen ikke avgjort hvorvidt prosjektet ville bli gjennomført. Kommunen anførte at den, dersom prosjektet skulle realiseres, hadde ment å forplikte seg til å inngå kontrakt om prosjekteringsarbeidene med vinneren av prosjektkonkurranse. Denne anførselen førte ikke frem. Klagenævnet uttalte i saken at *"Indklagede har endvidere handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbekendtgørelsen ikke utvedtydigt at anføre, at indklagede i forbindelse med projektkonkurrencen forpligter sig til at indgå den efterfølgende tjenesteydelsesavtale med vinderen af projektkonkurrencen, men derimod at optage følgende uklare formulering i udbudsbekendtgørelsen: "Dommerkomitéens afgørelse er ikke bindende for Ledøje-Smørum kommune, men det er hensigten, at opgaven tildeles den vindende totalrådgiver"*". Uttalelsen fra klagenævnet må forstås slik at det må fremgå tydelig av konkurransedokumentene at oppdragsgiver forplikter seg til å inngå tjenesteavtalen med vinneren, eller en av vinnerne, av plan- og designkonkurranse.

- (34) Den nåværende bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF artikkel 31 tredje ledd må forstås på samme måte som direktiv 92/50/EF artikkel 11 (3) c, jf. for eksempel Steinicke/Groesmeier *"EU's Udbudsdirektiver"*, side 870-871, hvor det fremgår:

*"02. Det gælder efter udbudsdirektivets art. 31, stk. 3, en række betingelser for, at en tjenesteydelseskontrakt, der er led i en projektkonkurrence, kan indgås ved et udbud med forhandling, der ikke bekendtgøres.*

*En grundlæggende betingelse er, at det skal være fastsat i reglerne for projektkonkurrencen, at ordregiver er forpligtet til at indgå kontrakten med vinderen eller en af vinderne af projektkonkurrencen, jf. pkt IV.5.3)-4) i den særlige standardformular som skal anvendes ved offentliggørelsen af en projektkonkurrence. Er bedømmelseskomitéens afgørelser derimod ikke bindende for ordregiveren, kan kontrakten kun indgås efter afholdelse af et EU-udbud (forudsat at kontrakten hovedsagligt angår A-tjenesteydelser)."*

- (35) Ettersom bestemmelsen i forskriften § 14-4 bokstav i gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 31 tredje ledd i norsk rett, må også denne bestemmelsen forstås slik at oppdragsgiver kun kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter gjennomføringen av en plan- og designkonkurranse, i tilfeller der oppdragsgiver har forpliktet seg til å inngå tjenstekontrakten med vinneren eller en av vinnerne av plan- og designkonkurranse.
- (36) I foreliggende sak har innklagede i kunngjøringen punkt IV.5.3 svart ja på spørsmålet om eventuelle påfølgende tjenstekontrakter ville bli tildelt vinnerne eller vinnerne av plan- og designkonkurranse. Det fremgår imidlertid av uttalelsen i konkurranseprogrammet at *"[j]uryen sitt mandat er å peke ut vinneren av konkurransen, men har kun innstillende myndighet ovenfor oppdragsgiver i forhold til oppdragstildeling"*. I kunngjøringen punkt VI.2 var det med hensyn til oppfølgingskontrakter også presisert at videreføring av prosjektet var avhengig av vedtak i Kristiansund kommune. I prekvalifiseringsgrunnlaget for plan- og designkonkurranse punkt 1.3 fremgikk det i tillegg at *"[o]ppdragsgiver har opsjon på å utvide oppdraget med en eller flere av deltakerne i prosjektkonkurranse, med eventuelle prosjekteringsarbeid"*. En opsjon på å utvide oppdraget må normalt forstås som en rett, men ikke en plikt, for oppdragsgiver til å utvide oppdraget. Uttalelsen i

prekvalifiseringsgrunnlaget trekker klart i retning av at innklagede i dette tilfellet ikke har forpliktet seg til å inngå kontrakt med vinneren, eller en av vinnerne, av plan- og designkonkurransen. Klagenemnda kan på bakgrunn av dette ikke se at det fremgår klart av konkurransedokumentene for plan- og designkonkurransen at innklagede har forpliktet seg til å inngå tjenestekontrakten for prosjekteringen av opera- og kulturhuset med vinneren, eller en av vinnerne, av plan- og designkonkurransen. Vilåårene for å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 14-4 bokstav i er dermed ikke oppfylt, og klagenemnda finner at innklagede har brutt forskriften § 14-1 (1) ved å benytte denne konkurranseformen.

- (37) Klager har anført at det at innklagede har benyttet konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring uten at forskriften ga hjemmel for dette, medfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Denne anførselen kan imidlertid ikke føre frem, ettersom innklagede ikke har inngått kontrakt med valgte leverandør.

#### *Avlysning av konkurransen*

- (38) Førsteinstansdomstolen oppstilte i sak T-345/03 (premiss 147) følgende retningslinje for når en feil i en konkurranse gir plikt til å avlyse konkurransen:

*"Ifølge fast retspraksis kan en uregelmæssighed ved proceduren imidlertid kun føre til annullation af den pågældende beslutning, hvis det påvises, at den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat, hvis uregelmæssigheden ikke var forekommet, og sagsøgeren havde haft adgang til de pågældende oplysninger fra begyndelsen af proceduren, samt hvis der var en – om end begrænset – mulighed for, at sagsøgeren kunne have udvirket, at proceduren fik et andet udfald [...]"*

- (39) Dette utgangspunktet ble fulgt opp i førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-50/05 (premiss 61-62), og klagenemnda har lagt dette til grunn i blant annet sak 2011/171 (premiss 59 – 61).
- (40) Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har 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, med andre ord avholdt leverandører fra å delta, jf. klagenemndas sak 2011/157 premiss (139).
- (41) Innklagede har i foreliggende sak brutt regelverket ved å benytte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, uten at forskriften § 14-4 ga hjemmel til dette. Når innklagede har unnlatt å kunngjøre en konkurranse om en tjenestekontrakt for prosjektering av opera- og kulturhuset, og i stedet kun forhandlet med to leverandører, fremstår det for klagenemnda som klart at feilen kan på virket inn på deltakelsen i konkurransen. Innklagede har dermed plikt til å avlyse konkurransen.
- (42) På grunn av sakens resultat finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på klagers øvrige anførsler.
- (43) Klagenemnda uttaler seg ikke om hvorvidt vilåårene for å kreve erstatning er oppfylt.

***Konklusjon:***

Kongens Plass Eiendom AS har brutt forskriften § 14-1 ved å benytte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring uten hjemmel i forskriften § 14-4.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

Bergen, 28. november 2011

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl