



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende bygging av en industrikai. Klagenemnda fant at det forelå "saklig grunn" i henhold til forskriften § 17-1 for å avlyse anbudskonkurransen på grunnlag av manglende finansiering. Klagenemnda kom til at innklagede brøt kravet til god forretningsskikk i anskaffelseslovens § 5 1.ledd ved å kunngjøre en konkurranse med en for kort tidsfrist for gjennomføring, og ved at finansieringsgrunnlaget ikke var tilstrekkelig sikret.

Klagenemndas avgjørelse 26. februar 2007 i sak 2006/157 – 12

Klager: Øksnes Entreprenør AS

Innklaget: Røst kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avlysing av anbudskonkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Røst kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. juli 2006 i Doffin en åpen anbudskonkurranse vedrørende bygging av en industrikai.
- (2) Bakgrunnen for anskaffelsen var at firmaet Røst Saltfisk Compagnie AS (heretter kalt RSC) kjøpte en tomt av innklagede for å etablere et industribygg for saltfiskproduksjon. Det het i avtalen av 14. juni 2006 mellom innklagede og RSC:

"Røst kommune stiller disponibel tomt til Røst Saltfisk Compagnie AS (RSC) på industriområdet mellom Glea og Lilleglea, gnr. 2, bnr. 70 i henhold til vedlagte skisse.

[...]

B. Selskapet har fortrinnsrett til kaifront og anlegging av dypvannskai i samarbeid med Røst kommune. Røst kommune forplikter seg til å stå som utbygger av dypvannskai, herunder å søke fylkeskommunal støtte for anlegging av kai. RSC på sin side forplikter seg til å forskottere kommunens andel mot en rettighet til å overta kaianlegget etter bindingstid for tilskudd, mot å ettergi forskuddet. Vilåårene for tilskuddet må innlemmes i bindingstiden."

- (3) RSC engasjerte firmaet BetongPartner AS til å forestå byggingen av industribygget, og rådgiver Dr. Ing. Steinar Trygstad AS til å prosjektere bygget. Innklagede

engasjerte samme rådgiver til å prosjektere kaien. Rådgiveren bistod også i innklagedes anskaffelsesprosess.

- (4) Det fremgikk om kontraktens gjenstand i kunngjøringens pkt. II.1.6):

"Bygging av en 102 meter industrikai i Røst havn. Prosjektet skal gjennomføres med forbehold om Røst kommunes godkjenning."

- (5) Pkt. II.3 inneholdt angivelse av *"Varighet av kontrakt eller frist for utførelse"*:

"Periode i måneder 6 Og/eller dager Fra kontraktstildeling"

- (6) Konkurranses grunnlaget *"ANBUD TOTALENTREPRISE INDUSTRIKAI – RØST HAVN"* datert 20. juli 2006, la til grunn følgende i anbudsinnbydelsen:

"Røst kommune innbyr herved til totalanbudskonkurranse på levering/utførelse av alle tjenester for:

Prosjektering og bygging av industrikai i Røst havn.

[...]

Oppdragsgiver gjør spesielt oppmerksom på at gjennomføringen av prosjektet avhenger av:

- *Prosjektet får tilfredsstillende finansiering.*
- *Godkjenning fra politisk hold.*

Skjer ikke dette avlyses det videre arbeid. Det vises til pkt. 6.1 i konkurransegrunnlaget."

- (7) Det het videre i pkt. 4.5 *"Forbehold"*:

"Det tas forbehold om endelig godkjenning av prosjektet".

- (8) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget pkt. 6 *"Avgjørelse av konkurransen"*:

"6.1 Avlysing av konkurransen og totalforkastelse

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn, som:

- *Bortfall av planlagt finansiering.*
- *Manglende godkjenning fra politisk hold.*

Oppdragsgiver kan forkaste alle anbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det."

- (9) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget pkt. 6.2:

"Tildeling skjer på grunnlag av hvilket anbud som er det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende:

- *Pris.*
- *Kvalitet.*
- *Funksjonalitet.*
- *Ferdigstillestidspunkt.*
- *Oppdragsforståelse.”*

(10) Innen tilbudsfristen 7. august 2006 var det inngitt 2 tilbud, Disse var inngitt av Øksnes Entreprenør AS (heretter kalt klager) og BetongPartner AS (heretter kalt valgte tilbyder). Det fremgikk av protokollen fra anbudsåpningen at klagers tilbud var på kr. 14 928 339,-, mens valgte tilbyders var på kr. 15 575 725,-. Klager var oppført med en byggetid på 8 måneder, mens valgte tilbyder hadde anført en byggetid på 4 måneder.

(11) I innstilling på valg av tilbyder fra innklagedes rådgiver datert 16. august 2006 ble følgende tilbyder foreslått valgt:

”Begge entreprenørene er etter vår mening kompetente til å utføre oppdraget. Det er valgt noe ulik metode for utførelse, uten at dette vil gå ut over kvaliteten på sluttproduktet, Når det gjelder variasjoner mellom entreprenørene anser vi ovennevnte punkt som mest vesentlige. Her har begge entreprenørene medtatt punkt som den andre har utelatt, samt at når det gjelder impregnering og fendring er dette vesentlige kvalitetsforskjeller. For begge parter er disse summene ca 800 000,-. Anbudene har en differanse på 645 386, i favør Øksnes. Men her vil det bli ekstra kostnader for tilfylling bak kaien (antatt kostnad 50 000,-). Ved gjennomgang av anbudene registrerte vi at Betong Partner har tatt med post for kran 2 ganger. Betong Partner har meddelt oss at dette er gjort ved en feiltakelse og bekreftet reduksjon på anbud med 350 000,- kroner. Den reelle differansen mellom anbudene er etter vår vurdering på ca 250 000,- i favør Øksnes.

Med bakgrunn i ovennevnte differanse og byggetider anbefaler vi byggherre å gå i forhandlinger med Betong Partner AS for gjennomføring av prosjektet.”

(12) I vedtak av innklagede 11. september 2006 ble valgte tilbyder avvist på grunnlag av forskriften § 15-12 (1) c), og klager ble innstilt til kontrakten. Det hitsettes følgende fra vedtaket:

”Etter det som fremgår over har Øksnes Entreprenør levert et formelt riktig anbud. Betongpartners anbud har en rekke mangler. Selv om manglene ikke er vesentlig for kvalitet, er en del krav i forskriften ufravikelige. Dette gjelder blant annet HMS-erklæring. Den HMS-erklæringen som er innlevert oppfyller ikke kravet i § 8-8 hvor det kreves at representant for de ansatte underskriver erklæringen. Dette er forhold som gjør at anbudet skal avvises etter § 11-11 pkt 1 b).

[...]

Dr. Ing Steinar Trygstad's vurdering:

Teknisk sjef er kritisk til Dr.ing Steinar Trygstad AS håndtering av anbudsprosessen. Dette begrunnes ut fra følgende:

1. *En representant fra Betongpartner har vært på Røst en rekke ganger sammen med Trygstad og planlagt utbyggingen av kaia, både før og etter anbudsutlysing. Mye tyder på at Betongpartner allerede har fått oppdraget, uten at dette kan dokumenteres skriftlig. Ser man på byggeplassen er det i alle fall mye som tyder på at kaibyggingen har startet. Dette til tross for at Røst kommune som byggherre ikke har gitt klarsignal. Det at Betongpartner tidlig kom inn i prosessen kan ha innvirket på tilbudt byggetid, og dermed gitt de et konkurransefortrinn.*
2. *Trygstad har i mail til Betongpartner av 11.08.06 forespurt om mobilkran er medtatt to ganger i anbudet. Til dette svarer Betongpartner at det med en feil er oppført to ganger og dermed kan anbudet reduseres med kr. 350.000. Etter Trygstads vurdering er dette en åpenbar feil som er rettet. Ser man på anbudet finner man kun mobilkran oppført en gang. Dette er derfor ingen åpenbar feil. Betongpartner har fått muligheten til å redusere sitt anbud etter at konkurrentens tilbudssum er blitt kjent. Dette er direkte i strid med forskriftens § 12-1.
[...]*
3. *De sammenligninger som Trygstad har gjort av de to firmaene i sin anbudsinnstilling virker lite balansert. Blant annet gis det et inntrykk av at Betongpartner har medtatt kai over et større areal enn hva Øksnes har gjort. Ser man på anbudene er det motsatt, Øksnes har et areal på 1770m², mens Betongpartner kun har 1525m².*

*Ser man på fremgangsmåten til Trygstad i denne sak vil det være grunnlag for å stille spørsmål om dette er en habil vurdering.
[...]*

Byggetid

RSC ønsker å få bygget kaien ferdig innen årsskiftet 2006/2007. Dette har stor betydning for selskapet ettersom man planlegger oppstart i januar. Begge tilbyderne har i sine anbud angitt byggetid ut fra en 126 meter lang kai. I følge formannskapets vedtak 29/06 skal kommunen i første omgang bygge 50 meter kai. Betongpartner har angitt en byggetid på 4 måneder, mens Øksnes entreprenør hadde 8 måneder. Reduseres omfanget av prosjektet er det grunn til å tro at prosjektet kan realiseres på kortere tid. Før konkurransen er avgjort ligger det et forhandlingsforbud, jfr. § 12-1. Det vil derfor ikke være anledning til å gå i forhandlinger om byggetid før konkurransen er avgjort.

[...]

VEDTAK

Det inngås kontrakt med Øksnes entreprenør AS for bygging av 50 meter industrikai på Mellomglea industriområde. Det tas forbehold om endelig finansiering av prosjektet.

Anbud fra BetongPartner avvises med den begrunnelse som er inntatt i saksutredningen.”

- (13) Det ble holdt et avklaringsmøte mellom klager og innklagede 12. september 2006.
13. september 2006 oversendte klager innklagede et utkast til kontrakt.

(14) Det ble avholdt et møte mellom klager, innklagede, valgte tilbyder og RSC 15. september 2006 hvor det ble drøftet muligheten å transportere kontrakten for bygging av kaien til valgte tilbyder. Dette førte ikke frem.

(15) I brev datert 18. september 2006 varslet RSC innklagede om at de ville trekke sitt tilsagn om forskuttering av kaia:

1. *"Etter avklaringer med entreprenøren Betongpartner AS, som skal bygge våre produksjonslokaler på Røst, synes det nå klarlagt at lokalene ikke kan bygges innenfor den tidligere avtalte byggetid (ferdigstillelse innen utgangen av år 2006), dersom kommunens valg av entreprenør for bygging av industri kaien blir opprettholdt. Vi legger til grunn at den tilbudte byggetid er 8 måneder og at det er høyst uklart om Røst kommune har adgang til å redusere kontraktsomfanget. Dette kan ikke skje uten at det gir entreprenøren krav på erstatning, hvilket klart ikke inngår i våre forutsetninger for tilsagn om finansiering og forskuttering.*
2. *Som tidligere opplyst- og avklart med Dem, har ferdigstillelse av både kai og produksjonslokaler forut for sesongstart ultimo januar 2007, vært en sentral forutsetning for Røst Saltfisk Compagnie sin lovnad om delvis forskuttering og finansiering av kaien.*
3. *Når nå vilkåret om ferdigstillelse ikke kan opprettholdes, meddeles kommunen herved at våre tidligere finansieringstilsagn for kaien og vår lovnad om forskuttering av kostnadene for kaien bortfaller.*
4. *En annen forutsetning for vårt tilsagn om finansiering var at Røst kommune skulle få Fylkeskommunal støtte til kaianlegget. I og med at dette heller ikke på plass innen det aktuelle tidspunkt for tildeling av kontrakt, mener vi oss også berettiget til å gå frå avtalen."*

(16) I et vedtak av 26. september 2006 fattet innklagede følgende beslutning:

"44/06 Avlysning av anbud industrikai

Rådmannens innstilling:

1. *På bakgrunn av bortfall av finansiering avlyses anbudskonkurransen for bygging av ny industrikai på Røst. Det vises til anbudsgrunnlagets pkt. 6.1 hvor det ble tatt forbehold om endelig finansiering av kaia. Kontraktstildeling til Øksnes Entreprenører AS annulleres med bakgrunn i dette. F-sak 36/06 oppheves."*

(17) I brev til innklagede av 4. oktober 2006 og 9. oktober 2006 anførte klager at det ikke forelå grunnlag for å avlyse konkurransen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Klager anfører at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse anbudskonkurransen, jf forskriftens § 17-1. Innklagede har som grunnlag for avlysning påberopt seg finansieringsforbeholdet i anbudsgrunnlaget. I dette tilfelle er

det ikke manglende finansiering som er problemet. Den egentlige årsaken er at kontrakten ble tildelt klager, og at dette skapte vanskeligheter for RSC sin entreprise. Dette fremgår av RSC sitt brev av 18. september 2006, og av innklagedes vedtak av 29. september 2006. Dersom kontrakten hadde blitt tildelt valgte tilbyder ville finansiering ha blitt gitt og prosjektet utført som planlagt. Det faktum at kai nå er blitt bygget og finansiert av RSC, viser nettopp at det ikke er finansieringen det har stått på. Når grunnlaget for forbeholdet er falt bort vil en avlysning være usaklig. Innklagede kan ikke fritas for ansvar selv om innklagedes kontraktsparter velger å bryte sine avtaler. Finansiering kan ikke gjøres avhengig av hvem som tildeles kontrakten. Dette er diskriminerende.

- (19) Avlysningen strider også mot likebehandlingsprinsippet i anskaffelseslovens § 5. Slik prosessen har vært kjørt har det kun vært én entreprenør som har vært aktuell for jobben, nemlig valgte tilbyder. Dette synspunkt støttes opp ved at klager i tidlig fase fikk opplyst fra kommunen at man sannsynligvis hadde en entreprenør til jobben. Videre ble valgte tilbyder innstilt til jobben til tross for at anbudet var mangelfullt, slik at det skulle ha blitt avvist, og til tross for at klager klart var billigst.
- (20) Det anføres at kommunen har opptrådt i strid med god forretningsskikk, jf anskaffelseslovens § 5. Hele prosessen har vært uryddig og innklagede har latt seg styre av RSC sine interesser i saken.
- (21) Klager anfører at det er grunnlag for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse. Avlysningen er usaklig, da finansieringsforbeholdet ikke er reelt. I tillegg foreligger det brudd på likebehandlingsprinsippet i anskaffelseslovens § 5. Kommunen har også opptrådt i strid med god forretningsskikk. Samlet er det ikke tvil om at det foreligger vesentlig brudd på regelverket. Dersom kommunen hadde opptrådt i tråd med regelverket, er det ikke tvilsomt at klagers tilbud ville ha blitt valgt. Klager ville ha startet byggingen av kaia dersom RSC ikke hadde trukket finansieringen. Det vises her til at klager ble tildelt kontrakten. Til støtte for klagers synspunkt påberopes klagenemndas avgjørelse i sak 2003/216, samt det danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 30. september 2005 (Løften murer- og entreprenørforretning mot Århus kommune).
- (22) Subsidiært er det grunnlag for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse. Det vises her til at anbudskonkurransen ikke har vært reell. Det vises også til at kommunen ikke har hatt grep om anbudsprosessen, og dermed kan klandres for at konkurransen ble avlyst.

Innklagedes anførsler:

- (23) Det er berettiget fra innklagedes side å avlyse anbudskonkurransen når RSC trekker sitt tilsagn om finansiering av kaiprosjektet. I henhold til kommuneloven kan ikke kommunen realisere et prosjekt som ikke er finansiert. Helt fra oppstarten av prosjektet var det en forutsetning for eventuell realisering av kaiprosjektet at dette måtte finansieres uten belastning for kommunen. Innklagede skulle sørge for å bygge kaia mot at RSC forskotterte innklagedes andel. Kaia skulle overlates til RSC etter at bindingstiden for eventuelt tilskudd var over.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og III.

Avlysning/Likebehandling

- (25) Klager anfører at innklagede ikke hadde "saklig grunn" i henhold til forskriften § 17-1 (1) til å avlyse anbudskonkurransen.
- (26) Klagenemnda uttalte i sak 2003/75 følgende om vurderingen av om det foreligger en "saklig grunn":

"Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, der det tas hensyn så vel til hvilken omstendighet som utløste avlysningen som til hva oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den."

- (27) Innklagede har i den foreliggende sak avlyst anbudskonkurransen på grunnlag av manglende finansiering av bygging av kaien. Siden finansieringen falt bort, forelå det saklig grunn til å avlyse. Innklagede var ikke forpliktet til å gjennomføre en konkurranse hvor det ikke forelå midler til å realisere anskaffelsen.

Erstatning

- (28) Klagenemnda utelukker ikke at det kan foreligge erstatningsbetingende forhold til tross for at avlysningen var saklig. Klagenemnda uttalte i sak 2004/11 premiss (28) følgende:

"Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om klager har krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse som følge av avlysningen. Dette er imidlertid ikke utelukket, selv om innklagede har avlyst konkurranse på et saklig grunnlag."

- (29) Ansvarsbetingende feil som nødvendiggjør en (isolert sett saklig) avlysning, kan pådra oppdragsgiver ansvar for leverandørens kostnader ved å delta i konkurransen.
- (30) Klagenemnda tar ikke stilling til om krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse kan føre frem. Nemnda bemerker at det er forhold i saken som tyder på at klager skulle ha vært avvist i henhold til forskriftens § 15-12 (1), jf rådmannens innstilling til formannskapet av 11. september 2006. I kunngjøringen var det satt krav om at kaien skulle ferdigstilles 6 måneder etter kontraktstildeling. Klagers tilbud innebar ferdigstillelse av kaien innen 8 måneder. Forholdet er ikke gjort til tema av partene, og nemnda finner ikke grunn til å uttale seg nærmere om erstatningsspørsmålet.
- (31) Videre anfører klager at det var i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5 å avlyse konkurransen, da omstendighetene taler for at det var utpekt en leverandør før konkurransen ble kunngjort.
- (32) Kravet til likebehandling innebærer at oppdragsgiver skal sikre at alle leverandørene blir behandlet likt gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf lovens § 5 (1) og forskriftens § 3-1 (2).

- (33) Det foreligger opplysninger som kan tyde på at tilbyderne ble forskjellsbehandlet, jf blant annet rådmannens innstilling til formannskapet inntatt i vedtak av 11. september 2006. Imidlertid fremgår det at innklagede vedkjente seg de feil som ble begått, og avviste valgte tilbyder på grunnlag av forskriften § 15-12 (1) c). Klagenemnda kan heller ikke se at innklagede brøt kravet til likebehandling ved å avlyse konkurransen.

God forretningsskikk

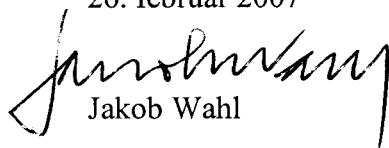
- (34) Klager anfører at innklagede opptrådte i strid med kravet til god forretningsskikk i lovens § 5 ved at hele prosessen har vært uryddig, og at innklagede har latt seg styre av RSC sine interesser i saken.
- (35) Finansiering av ny industri kai var basert på at RSC skulle forskuttere kommunens andel, jf avtale av 14. juni 2006. Dette finansieringstilsagnet ble trukket tilbake av RSC 18. september 2006 med den begrunnelse at vilkåret om ferdigstilling ikke kunne oppfylles. Dette tyder på at Røst kommune forut for anbudskonkurransen ikke i tilstrekkelig grad hadde sikret seg at prosjektet kunne gjennomføres.
- (36) Nemnda bemerker at innklagede her har kunngjort en konkurranse med en for kort tidsfrist for gjennomføring. Brevet fra RSC til kommunen av 18. september 2006 tyder på at kommunen og RSC hadde avtalt at byggeperioden skulle være fullført innen utgangen av 2006. Klagenemnda finner det uansett urealistisk å planlegge ferdigstilling av kaien innen utgangen av år 2006 når kunngjøring og konkurransegrunnlag forelå i juli 2006. Nemnda viser til at kunngjøringen fastsatte frist for utførelse til 6 måneder, og til at kontraktstildeling først ble besluttet i september 2006. Tildeling skjedde til et firma som hadde tilbudt ferdigstilling innen 8 måneder. Dermed fremsto det som klart ved kontraktstildeling at forutsetningene ovenfor uansett ikke kunne oppfylles. Prosessen fra innklagedes side var i så måte meget uryddig.
- (37) Videre fremgår det av rådmannens innstilling til formannskapet av 11. september 2006 at det foreligger forhold som kan tyde på at innklagedes rådgiver har lagt opp anskaffelsesprosessen slik at BetongPartner AS skulle vinne frem i konkurransen. Det er klart at innklagede må identifiseres med rådgiveren i denne saken. Denne feilen er likevel avhjulpet ved at kommunen så bort fra rådgiverens innstilling og avviste den tilbyder som rådgiveren hadde innstilt på, jf rådmannens innstilling av 11. september 2006, Prosessen fra kommunens side bærer likevel også på dette punkt preg av å være uryddig.
- (38) Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i anskaffelsesloven § 5 ved gjennomføringen av anskaffelsesprosessen.

Konklusjon:

Røst kommune hadde saklig grunn til å avlyse anbudskonkurransen i henhold til anskaffelsesforskriftens § 17-1 (1). Klagenemnda tar ikke stilling til erstatningsspørsmålet.

Røst kommune har brutt kravet til god forretningsskikk i anskaffelseslovens § 5 1.ledd ved å ha kunngjort en konkurranse med en for kort tidsfrist for gjennomføring, og ved at finansieringsgrunnlaget ikke var tilstrekkelig sikret.

For klagenemnda
26. februar 2007



Jakob Wahl