



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede iverksatte en konkurranse med forhandling vedrørende leveranse av ferdig varme, basert på fornybare energikilder i form av ren biomasse, til Rena leir. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskrift om offentlig anskaffelser av 2001 § 4-2 ved å iverksette konkurranse med forhandling uten at det var hjemmel til det. Innklagede har erkjent at klager har krav på å få erstattet den negative kontraktsinteresse som følge av forgjeves deltakelse i konkurransen. Klagers anførsler for øvrig førte dels ikke frem, ble dels ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 12. mars 2007 i sak 2006/5

Klager: Kirkenær Varmesentral Energi

Innklaget: Forsvarsbygg Utvikling Østerdalen

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Valg av anskaffelsesprosedyre. Erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

- (1) Forsvarsbygg Utvikling Østerdalen kunngjorde 1. juli 2005 konkurranse med forhandling vedrørende leveranse av ferdig varme, basert på fornybare energikilder i form av ren biomasse, til Rena leir.
- (2) Fem leverandører leverte forespørsel om å delta i konkurransen. Samtlige ble funnet kvalifisert, og fire leverte senere tilbud. Det ble gjennomført forhandlinger, og Kirkenær Varmesentral Energi (heretter kalt klager) sitt tilbud ble i løpet av forhandlingene forkastet.
- (3) Ved brev av 2. desember 2005 meddelte innklagede hvilken leverandør det ble innstilt på å inngå kontrakt med. Ved faks av 7. desember 2005, ba klager innklagede om dokumentasjon med tanke på å påklage tildelingen.
- (4) Tildelingsbeslutningen ble påklaget 12. desember 2005. Klagen ble ikke tatt til følge, og saken ble klaget inn til KOFA ved klage av 6. januar 2006.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (5) Klagers anførsler gjengis summarisk nedenfor. Av hensyn til det resultat nemnda har kommet til er en mer utdypende gjengivelse unødvendig.
- (6) Klager hevder at innklagede har benyttet feil anskaffelsesprosedyre.

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

- (7) Videre var det i strid med regelverket å unnlate å avvise Rena Biovarme siden denne leverandøren skulle vært avvist på grunn av egen/Sweco Grønners tidligere befatning med prosjektet.
- (8) Likebehandlingsprinsippet er brutt på følgende punkt: Innklagede har unnlatt å treffe utjevne tiltak for å nøytralisere konkurransefortrinn som Rena Biovarme hadde på grunn av sin forhåndskjennskap til anskaffelsen; tilbudsfristen var av samme grunn for kort; innklagede har ikke orientert om tilskuddsmuligheter; innklagede har villet klager under forhandlingene.
- (9) Det er også begått flere feil ved evalueringen av tildelingskriteriene.
- (10) I tillegg er vektlegging av lokal verdiskapning i strid med regelverket.
- (11) På denne bakgrunn hevder klager å ha rett til erstatning for den negative og for den positive kontraktsinteressen. Selv om konkurransen er avlyst, og innklagede erkjenner ansvar for den negative kontraktsinteressen, har klager fremdeles rett på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Feilene som er begått er vesentlige enkeltvis og i alle fall samlet. Videre foreligger klar årsakssammenheng idet klagers tilbud åpenbart ville blitt valgt dersom feilene tenkes borte. Vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen slik de fremgår av Rt 2001 s 1062 "Nucleus", er derfor oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede erkjenner å ha benyttet en anskaffelsesprosedyre i strid med regelverket. Siden feilen ikke kunne avbøtes på annet vis, har innklagede avlyst konkurransen. Innklagede erkjenner også at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktsinteressen foreligger.
- (13) Siden konkurransen er avlyst, vil eventuelle andre feil også være avhjulpet. Klager har da ikke rettslig klageinteresse med hensyn til andre påståtte feil, og klagen må derfor avvises.
- (14) Når eventuelle saksbehandlingsfeil er rettet ved avlysningen, foreligger de facto ingen feil, og siden KOFA's kompetanse er begrenset til å vurdere om det er begått brudd på anskaffelsesregelverket, skal klagen også av denne grunn avvises.
- (15) Dersom klagen blir realitetsbehandlet, anføres at det ikke finnes hjemmel for å få erstattet den positive kontraktsinteressen i en konkurranse som er rettmessig avlyst. Innklagede kan her bebreides for å ha igangsatt en konkurranse i strid med regelverket, men feilen er reparert ved avlysningsbeslutningen. Det vil kun være aktuelt å erstatte klagers tap frem til avlysningstidspunktet. Dette utgjør i høyden erstatning for den negative kontraktsinteressen.
- (16) Vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen er ikke oppfylt, verken når det gjelder ansvarsgrunnlag eller når det gjelder årsakssammenheng.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen og finnes å ha saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Selv om innklagede har erkjent deler av

de påklagede forhold, kom denne erkjennelse først etter at saken var klaget inn for KOFA. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å avvise saken. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 del I og II, jf. forskriftens § 2-2, jf § 2-1.

- (18) Innklagede har erkjent at det er valgt feil anskaffelsesprosedyre, og nemnda er enig i at det ikke var grunnlag for å benytte konkurranse med forhandling. Innklagede har dermed brutt forskriften § 4-2 ved å benytte prosedyren konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring.
- (19) Konkurransen er avlyst, og kontrakt er ikke inngått. Innklagede har erkjent at klager har krav på den negative kontraktsinteressen for deltakelse i konkurransen.
- (20) Klagenemnda er da av den oppfatning at klager i dette tilfellet ikke har noen aktuell interesse i å få fastlått om det ble begått andre feil under en konkurranse som uansett ikke skulle funnet sted i denne formen.
- (21) Nemnda uttaler seg kun om erstatningsspørsmålet i den grad den finner grunn til det, jf saksbehandlingsforskriften § 12. Slik saken står i dette tilfellet er klagenemnda enig med innklagede i at det ikke kan være grunnlag for å kreve den positive kontraktsinteressen erstattet. Det kan ikke påvises tilstrekkelig klart at klager ville blitt tildelt kontrakten om riktig konkurranseform var valgt. Det er således ikke sannsynliggjort at klager ville vunnet om konkurransen i stedet hadde vært avholdt som en anbudskonkurranse, der forutsetningene for de tilbud som inngis er annerledes enn i en konkurranse med forhandling.

Konklusjon:

Forsvarsbygg Utvikling Østerdalen har brutt forskrift om offentlig anskaffelser av 2001 § 4-2 ved å iverksette en konkurranse med forhandling uten at dette var hjemlet i regelverket.

Forsvarsbygg utvikling Østerdalen har erkjent at Kirkenær Varmesentral Energi har krav på å få erstattet den negative kontraktsinteressen som følge av forgjeves deltakelse i konkurransen.

Klagers anførsler for øvrig har dels ikke ført frem, er dels ikke blitt behandlet.

For klagenemnda
12.03.07

Björg Ven