



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Selmer DA
v/Advokatfullmektig Karen Anne Rekkedal
Postboks 1324 Vika
0112 Oslo

k.rekkedal@selmer.no

Deres referanse

Vår referanse
2009/47

Dato
15. desember 2009

KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: NORSK JERNBANEDRIFT AS – STATENS VEGVESEN

Sekretariatet besluttet ved brev av 01.12.2009 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9, fordi klagen ikke kan føre frem. Klage over avvisningsbeslutninger må etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 nr. 1288 § 9 foreligge senest innen tre virkedager. Klagen er mottatt 04.12.2009 og er dermed rettidig fremsatt.

Etter at klagen innkom, er saksdokumentene sendt til klagenemndas leder, som ifølge klagenemndforskriften § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak.

I klagen over avvisningen anføres at sekretariatet har lagt feil faktum til grunn i avvisningsbeslutningen. Konkurransen er ikke blitt avlyst av innklagede. Det er først i ettertid det hevdes at konkurransen er avlyst. I referatet fra møtet mellom partene den 08.10.2009 står det at innklagede mener de skulle ha avlyst konkurransen på grunn av for høy pris. Senere hevdes det at den skulle vært avlyst fordi det ellers ville bli foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Konkurransen ble imidlertid aldri de facto avlyst. Situasjonen er den at vegvesenet avholdt en konkurranse hvor klager hadde laveste pris og derfor skulle vært tildelt kontrakten. Klager må derfor ha krav på å få positiv kontraktsinteresse erstattet. Innklagede satte for øvrig også i gang en forhandling om prisen etter tilbudsfristen, hvilket de ikke har adgang til.

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

Klager mener at saken reiser prinsipielle spørsmål som bør behandles av nemnda. Det blir for lett å vinne om innklagede skal kunne slippe unna ved å konstruere et nytt hendelsesforløp i ettertid.

Klagenemndas leder har, foruten avvisningsbeslutningen og klagen over denne, gått gjennom samtlige dokumenter i saken.

Klagenemndas leder er kommet til at avvisningsbeslutningen bør opprettholdes.

Det klager her ber om, er å få klagenemndas uttalelse om at klager har rett til erstatning for positiv kontraktsinteresse fordi innklagede har begått grove feil i den anbudsrunden som ble igangsatt og hvor klager deltok.

Klagenemnda har etter klagenemndsforordningen § 12 annet ledd kompetanse til å uttale seg om vilkårene for erstatning må anses å foreligge, men nemnda har ingen plikt til å ta stilling til dette. Klagenemnda har i sin praksis vært svært forsiktig med å gi uttalelser om erstatning, og i de tilfeller nemnda kommer inn på spørsmålet, uttaler den seg alltid med forbehold, fordi bevisføringen for nemnda er begrenset.

I dette tilfellet foreligger åpenbare brudd på anskaffelsesregelverket. For det første ble det forhandlet om prisen etter tilbudsfristens utløp. Dernest er det slik at alle anskaffelser over den nasjonale terskelverdi skal kunngjøres, jf. anskaffelsesforordningen §§ 9-1 og 18-3. Her ble konkurransen ikke kunngjort men skjedd ved henvendelse til noen leverandører. Det ville i henhold til definisjonen i anskaffelsesloven § 7b første ledd annet punktum ha utgjort en ulovlig direkte anskaffelse dersom den var blitt fullført. Klagenemndas leder er derfor enig med klager i at det her er begått vesentlige brudd på regelverket bare ved å igangsette konkurransen og avslutte den slik som her skjedd.

Klager kan derimot ikke følges i sitt syn på at regelbruddet må føre til at klager har krav på å få erstattet den positive kontraktsinteresse. Det er i rettspraksis slått fast at et vilkår for slik erstatning er at leverandøren med stor grad av sannsynlighet kan bevise at han ville fått kontrakten dersom feilen tenkes borte. Det vises her f. eks. til Nucleus-dommen i Rt. 2001 side 1062. I og med at innklagede ville gjort seg skyldig i et enda grovere brudd på regelverket og utsatt seg for risikoen for å bli ilagt overtredelsesgebyr ved å inngå kontrakt med klager, anses det tvert imot lite sannsynlig at en slik kontrakt ville blitt inngått i dette tilfellet. Det gjelder uavhengig av om konkurransen ble formelt avlyst eller ikke. I stedet løste innklagede problemet med å bestille rivningsarbeidet fra den entreprenør de allerede hadde inngått kontrakt med, hvilket fullt lovlig kunne gjøres som endrings-/tilleggsarbeide under

kontrakten med hjemmel i NS 3430 punk 28, eller som et tilleggsarbeid etter anskaffelsesforskriften § 14-4 bokstav j.

I og med at innklagede har erkjent at det er begått feil og har tilbudt å erstatte klagers negative kontraktsinteresse, finnes det uhensiktsmessig å behandle saken i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9 første punktum.

Klagenemndas leder er altså kommet til at avvisningsbeslutningen fastholdes.

Denne beslutning sendes klager pr. e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.

Björg Ven
Klagenemndas leder