

HOLMSBU SEMINAR 2007

Gjennomgang av aktuelle avgjørelser fra entreprise- og
anbudsretten



Advokat Brynjulf Næss, Kluge Advokatfirma DA
6. september 2007



Høyesteretts dom av 21. juni 2007

SB Transport anførte mht saksbehandlingsfeil

- Miljøtransport hadde ikke stilt sikkerhet for sine forpliktelser slik konkurransegrunnlaget stilte krav om. Tilbudet fra Miljøtransport skulle derfor vært avvist.
- Oppdragsgiver hadde overtrådt kravene til habilitet som er oppstilt i anskaffelsesforskriften, jf § 3-7.
- Oppdragsgiver hadde ikke overholdt plikten til å føre anskaffelsesprotokoll, og den begrunnelse som ble gitt i forbindelse med kontraktstildelingen var videre mangelfull, jf forskriften § 20-16 (1).
- Saksbehandlingsfeilene oppfyller, hver for seg og samlet, kravet til vesentlighet.



SB Transport anførte vedrørende kravet til klar årsakssammenheng

- Det var tilstrekkelig sannsynliggjort at SB Transport ville fått kontrakten, dersom anbudet fra Miljøtransport på korrekt måte var blitt avvist.

Fordi

- SB Transport hadde det nest beste anbudet.
- Selv om tilbudet fra Miljøtransport hadde blitt avvist, ga ikke resultatet av konkurransen noen saklig grunn til å forkaste de to andre anbyderne og i stedet utføre oppdraget i egen regi, jf forskriften § 22-1 (2)



§ 22-1. Avlysning av konkurransen og totalforkastelse

- (1) Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn.
- (2) Oppdragsgiver kan forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det.**
- (3) Leverandørene skal informeres i samsvar med § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) om beslutninger om å ikke inngå kontrakt om et oppdrag som har vært kunngjort eller om å gjennomføre anskaffelsesprosedyren på nytt. Oppdragsgiver skal også underrette Kontoret for De europeiske fellesskaps offisielle publikasjoner om beslutningen.



Oppdragsgiver, Reno Vest IKS, anførte at det ikke forelå noen saksbehandlingsfeil:

- Mht garantien: Oppdragsgiver anførte at manglende garantistillelse ikke ga grunnlag for avvisning
 - dreier seg om et kontraktsvilkår og ikke et vilkår for å delta i anbudskonkurransen
 - Miljøtransport er et heleiet datterselskap av oppdragsgiver, og kravet om sikkerhetsstillelse hadde derfor ikke noen betydning
- Det forelå heller ikke noen overtredelse av bestemmelsene om inhabilitet, fordi: De personer hos oppdragsgiver som også hadde posisjoner hos Miljøtransport, hadde ikke medvirket ved avgjørelsen om valg av anbyder, eller ved forberedelsen av dette.
- Miljøtransport bestred også at det forelå overtredelse av reglene om anskaffelsesprotokoll og krav til begrunnelse.



Oppdragsgiver anførte vedrørende kravet til klar årsakssammenheng

- Ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at SB Transport ville ha fått kontrakten, dersom en ser bort fra Miljøtransport sitt tilbud
 - Ville i et slikt tilfelle valgt alternativet med egen regi
 - a) Rettslig adgang
 - b) Saklig grunn, jf forskriften § 22-1 (2)



Et samlet Høyesterett kom frem til

1. At det forelå saksbehandlingsfeil slik SB Transport hevdet.
2. Saksbehandlingsfeilene måtte anses som vesentlige.



Høyesteretts begrunnelse vedrørende kravet til garanti

- Premiss 77

Både i prekvalifiseringsgrunnlaget og konkurransegrunnlaget heter det at manglende finansieringsgaranti vil utelukke anbydere fra å delta i anbudsprosessen. Det er ikke bestridt at "finansieringsgarantien" refererer seg til garantien på kr 1,5 millioner som kreves etter de samme grunnlagene. Det følger også av anskaffelsesforskriften § 8-12 første ledd bokstav a at oppdragsgivere skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt for leverandørers deltakelse i konkurransen. Miljøtransports anbud skulle derfor vært avvist, og det er en feil at dette ikke er gjort.

- Premiss 76

Jeg kan ikke se at det kan tillegges vekt at Miljøtransport er et datterselskap av Reno-Vest. Det er etter anskaffelsesloven § 5 et grunnleggende krav at oppdragsgiver sikrer at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Frafalles garantikravet for én leverandør, er dette kravet krenket.



Høyesteretts begrunnelse vedrørende kravet til habilitet

- Problemstilling

Premiss 79:

Dette spørsmålet knytter seg til det forhold at styreformann og registrert daglig leder i Miljøtransport, Espen With-Hanssen, også var daglig leder i Reno-Vest med flere oppgaver i tilknytning til anbudskonkurransen.

Premiss 80:

Videre knytter spørsmålet seg til det forhold at konstituert laglig leder i Miljøtransport, Kai Hemminghytt, som hadde regnet Miljøtransports anbud, hele den aktuelle tiden var ansatt som driftssjef i Reno-Vest.

forts.



forts.

- Ikke avgjørende at de aktuelle personer ikke direkte har truffet eller tilrettelagt anbudsavgjørelsen.

Premiss 82:

Det må foretas en konkret vurdering av om han hadde en slik rolle i anbudssaken at den var egnet til å svekke tilliten til at anbyderne konkurrerte på like vilkår.

I dette tilfellet forelå det etter HR's oppfatning en rolleblanding som var egnet til å svekke tilliten til anbudsavgjørelsen.

- Konklusjon:

Habilitetsreglene og lovens likebehandlingsprinsipper overtrådt.



HR fastslo videre:

- Saksbehandlingsfeil at det ikke var ført anbudsprotokoll.
- Saksbehandlingsfeil at det ikke var gitt tilfredsstillende begrunnelse.



HR kom frem til at de aktuelle saksbehandlingsfeilene var vesentlige

- Premiss 88:

Alene det forholdet at den manglende garantien skulle ført til avvisning av den anbyderen som fikk kontrakten, er en feil som utvilsomt har hatt stor betydning. Rolleblandingen i de to selskapene er en alvorlig feil. De øvrige feilene kan umiddelbart virke mindre betydningsfulle fordi de neppe har vært avgjørende for resultatet. De bidrar imidlertid til å svekke gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, som er grunnleggende krav ved anskaffelsene, jf anskaffelsesloven § 5. Reno-Vest er en profesjonell aktør som bør kjenne regelverket godt nok til å unngå slike feil. Det at det dreier seg om en mindre bedrift, kan ikke frita den fra å oppfylle de grunnleggende krav til likebehandling og forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen. Jeg er derfor enig med tingretten og lagmannsretten i at feilene, samlet sett er vesentlige.



- § 22-1. Avlysning av konkurransen og totalforkastelse

(1) Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn.
- RT 2001, 2473:
 - Totalforkortelsen må etter en totalvurdering være saklig begrunnet.
 - Bakgrunnen for totalforkortelsen må ikke ha vært kjent på forhånd, m.a.o. Ikke adgang til å "teste markedet".



Oppdragsgiver

- a) De innkomne anbud, bortsett fra Miljøtransports anbud, hadde en høy pris. Derfor:

Dersom kontrakten ikke kunne tildeles
Miljøtransport - ville ha utført i egen regi.

- b) Rettslig adgang til å utføre oppdraget i egen regi.
- c) Dermed ikke sannsynliggjort at SB Transport ville ha fått kontrakten ved korrekt saksbehandling.

HR's mindretall var enig med oppdragsgiver i dette.



HR's flertall:

- a) Anbudet fra Miljøtransport bygger på rolleblanding.
- b) Kan ikke se bort fra muligheten for kryssubsidiering i anbudet fra Miljøtransport.
- c) Sammenligningen mellom anbudene fra Miljøtransport og SB Transport er usikker.

Konklusjon:

Anbudet fra Miljøtransport kan ikke brukes for å underbygge at det ville vært forsvarlig å forkaste de øvrige tilbud.

forts.



forts.

- Var forpliktet til å velge en av de to øvrige anbydere.
- Selve anbudene og oppdragsgivers vurderinger viste at SB Transport ville blitt valgt.

Dermed:

Klart mest sannsynlig at SB Transport ville blitt valgt dersom konkurransen hadde foregått på korrekt måte.



SB Transport fikk etter dette medhold i sitt krav om erstatning for tapt fortjeneste



Borgarting lagmannsretts dom av 26. mars 2007

Bakgrunnen for saken var følgende

- Oslo kommunes misnøye med Norconsults utførelse av oppdraget førte til at kommunen terminerte avtalen høsten 2002.
- Kommunen nektet å betale sluttregning, og gjorde også gjeldende krav mot selskapet i november 2002.
- Norconsult reiste søksmål
 - krav om dekning av faktura, krav på vel kr 1,9 mill.
- Oslo kommune
 - påstand om frifinnelse
 - motsøksmål
 - a) kr 16 mill – erstatningskrav
 - b) kr 7,5 mill – tilbakebetaling av honorar



Kommunen anførte at prisestimatet (vel 9,2 mill) utgjorde en rettslig forpliktende ramme for regningsarbeidet som ikke kunne overskrides vesentlig

- Viste til at dette må anses som en alminnelig obligasjonsrettslig regel.
- Viste videre til at dette er nedfelt bl.a. i forbrukerlovgivningen om håndverkertjenester og boligoppføring.
- Kommunen må etter dette anses for avtalerettslig å ha tatt en berettiget forventning om at samlet honorar ikke skulle overstige estimatet med mer enn 15 til maks 25%.
- Formuleringen "Grove anslag" ikke avgjørende.
- Heller ikke avgjørende at regningene var blitt betalt i utgangspunktet.



Kommunen anførte subsidiært at timeforbruket var blitt urimelig høyt pga urasjonell drift og andre uforsvarlige forhold

- I følge kommunen var det en presumpsjon for at det har vært urasjonell drift når avviket fra estimatet er så stort som i dette tilfellet.
- Kommunen viste videre til konkrete omstendigheter som etter kommunens oppfatning underbygget at timeforbruket var uforsvarlig høyt.



Norconsult avviste at prisestimatet innebar en rettslig bindende ramme

- Estimatet på vel kr 9 mill. for gjenstående arbeider er uttrykkelig angitt å være et "grovt anslag".
- Kommunen har ikke fremsatt noen konkrete innsigelser i forhold til det fakturerte krav.
- Ikke noe grunnlag for kommunens påstand om at det må innfortolkes en prosentvis begrensning i adgangen til betaling ut over estimatet.
- Norconsult mente videre at det hadde bevismessig betydning at fakturaene tidligere var betalt, og at kommunen gjennom månedlige rapporter hele tiden var kjent med kostnadsutviklingen.
- Norconsult avvist videre kommunens subsidiære anførsel om at timeforbruket var blitt uforsvarlig høyt pga urasjonell drift og andre uforsvarlige forhold.



Lagmannsretten kom frem til at det ikke var grunnlag for kommunens anførsel om at prisen gikk ut over det avtalte, tiltrådte her følgende begrunnelse fra tingretten:

”Retten finner at det i avtaleforholdet mellom partene ikke er noe som underbygger at det ble avtalt en bindende ramme med tillegg av et slingrin[g]smonn. For det første måtte dette ha vært klargjort på en vesentlig annen måte i kontrakten mellom partene. For det andre har kommunen selv under veis ikke oppfattet å ha en slik avtale i det man da ikke ville foretatt de omfattende utbetalingene som fant sted eller i hvert fall uttrykkelige forbehold med henvisning til en slik avtale.”



Lagmannsretten avviste videre kommunens subsidiære anførsel om høyt timeforbruk som følge av urasjonell drift og andre uforsvarlige forhold

”Lagmannsretten legger vekt på at samlede prosjekteringskostnader knyttet til et så stort og komplisert samferdselsprosjekt i tettbygd strøk neppe i seg selv kan sies å være urimelig høyt. Gjennom det løpende samarbeidet mellom byggherre og konsulent i form av byggemøter mv. vil byggherren kunne følge med på hvilket arbeid den prosjekterende utfører til enhver tid, og byggherren vil her kunne føre en viss løpende kontroll med om de timelistene som kommer hver måned, står i noenlunde forhold til det man til enhver tid er enige om skal utføres. Det er ikke kommet slike konkrete innvendinger fra kommunens side etter hvert som månedsoppgavene fra Norconsult er kommet. Lagmannsretten legger til grunn at

forts.



forts.

kommunen både under saksforberedelsen og under hovedforhandlingen for tingretten anførte en rekke eksempler på feil ved tegningsutforming, arbeidsbeskrivelser mv. Norconsult har måttet gå tilbake for å undersøke disse anførslene, og ingen av dem er gitt medhold i tingretten. Disse punktene er ikke anket til lagmannsretten. Kommunen har for lagmannsretten ikke påvist noe konkret tilfelle av unødvendige eller uriktige tegninger eller andre prosjekteringsarbeider. Kommunens krav kan ikke føre fram.”



NS 8401 pkt. 13.4:

Reklamasjon

Oppdragsgiveren må uten ugrunnet opphold påberope seg prosjekteringsfeil som han blir kjent med under utførelsen av oppdraget og før overtakelsen av den delen av bygget eller anlegget prosjekteringsfeilen angår. Gjør han ikke det, taper han retten til å påberope seg feilen. Overtas ikke hele bygget eller anlegget samtidig, regnes fristen frem til overtakelsen av den delen av bygget eller anlegget som prosjekteringsfeilen angår.



Dom

”... Kommunen redegjør her for at entreprenørene har vært interessert i å få vurdert alternative løsninger, og at jetpælene representerte en løsning med høye kostnader. Videre står det at ”Norconsult [har] vist beskjeden vilje til å vurdere alternativer i en situasjon der både entreprenør og byggherre ønsker det”. Brevet oppsummeres slik:

”Samferdselsetaten vurderer ovenstående punkter som betydningsfulle for både entreprenørens og byggherrens arbeidsgrunnlag og resultater. Norconsult har etter vår oppfatning levert et mindre gjennomarbeidet konkurransegrunnlag for disse delene av B2-entreprisen enn ønskelig. Ut fra Norconsults posisjon som rådgivende og prosjekterende konsulent kan dette fremstå som uheldig.”

Brevet gir uttrykk for misnøye med flere forhold i generell form, og tilfredsstillende ikke kravene til en nøytral reklamasjon....”



Dom forts.

”..Også ved vurderingen av kravet om kompensasjon for eget arbeid tar lagmannsretten som utgangspunkt at kommunens motsøksmål var meget omfattende, og at saken var alvorlig for selskapet: Den gjaldt krav mot selskapet på over 20 millioner kroner fra en offentlig instans. Kommunens anførsler knyttet seg til en rekke forhold fra til dels langt tilbake. En part må riktignok i atskillig utstrekning finne seg i å arbeide med egen sak uten at dette kan kreves dekket av motparten, jf Rt-2000-1864 med henvisning til forarbeidene. På den andre siden er det på det rene at utgiftene ved slikt eget arbeid kan dekkes hvis det foreligger særlige omstendigheter, og at det er adgang til å kreve dem dekket selv om man har prosessfullmektig. I dette tilfellet har Norconsults ledelse og ansatte måttet utføre langt mer arbeid enn det som faller innenfor en parts alminnelige plikt til å opplyse sakens faktum overfor egen prosessfullmektig, retten og motparten, jf for så vidt Rt-1999-1422. Kommunen måtte være forberedt på at dens mange anførsler knyttet til en rekke sider ved prosjekteringsarbeidene over en årrekke, ville medføre at Norconsult måtte sette store ressurser inn på å forsvare seg. Det er rasjonelt at det i slike tilfeller skjer en arbeidsdeling mellom prosessfullmektig og part. Norconsults prosessfullmektig har opplyst at det er trukket fra om lag tre hundre tusen kroner i eget arbeid når kravet

forts.



forts.

”er satt til 1,65 millioner kroner. Kostnadene knyttet til eget arbeid med saken for tingretten står etter lagmannsrettens mening ikke i noe misforhold til sakens omfang og betydning. Hovedforhandlingen for tingretten tok cirka tre uker. Etter dette tilkjennes skjønnsmessig 1,65 millioner kroner som kompensasjon for eget arbeid, men slik at avsnstap for saksomkostninger som ikke ble tilkjent for tingretten, er inkludert i beløpet, jf nedenfor.

Kommunen har innvendt at kravet om dekning av eget arbeid synes å bygge på Norconsults vanlige timepriser, og at det ikke kan være grunnlag for noen fortjeneste på eget arbeid i rettssak. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for reduksjon av kravet på slikt grunnlag. Omkostningskravet er et erstatningskrav, og tid medgått til eget arbeid ville i en virksomhet som dette ellers blitt benyttet til å utføre inntektsbringende tjenester. Som nevnt har Norconsult ikke krevd alt faktisk utført arbeid med saken dekket.”



Hålogaland lagmannsretts dom av 28. juni 2006

Lagmannsretten kom frem til at det var grunnlag for erstatning for positiv kontraktsinteresse

Lagmannsretten la til grunn at avlysningen var usaklig

- a) Det var tatt utenforliggende hensyn fordi avlysningen bygget på bekymring for ambulansesituasjonen, jf annet ledd
- b) Saksbehandlingen var uforsvarlig
- c) Avlysningsgrunnen kunne vært forutsett

Det fremgår av lagmannsrettens dom, at det siste punktet var tilstrekkelig til å fastslå usaklig avlysning



Lagmannsretten la til grunn at feilen var vesentlig

”Lagmannsretten finner at feilen som ble begått var vesentlig. Konkurransen ble avlyst på et sent stadium, etter at anbud var inngitt. Avlysningen berodde ikke på omstendigheter inntrådt etter anbudsinnbydelsen, men før. Avlysningen berodde heller ikke på feiltolkning av infløkte regler eller vanskelige faktiske forhold, jf til sammenlikning Nucleusdommen side 1075. Avlysningen berodde på at oppdragsgiver fant at man hadde fått noe annet enn man hadde ment å spørre etter, og at årsaken var at anbudsgrunnlaget ikke var presist nok. Feilen man mente forelå i anbudsgrunnlaget medførte at konkurransen ble avlyst, slik at det ikke ble foretatt en realitetsvurdering av anbudene. Den usaklige begrunnede avlysningen medførte at nye anbud måtte utarbeides, med den mulighet dette ga for endrede anbud og nye anbydere. På denne bakgrunn tilsier så vel feilens størrelse, type og konsekvenser, som graden av skyld på oppdragsgivers side, at feilen anses som vesentlig.”



Lagmannsretten la til grunn at kravet til årsakssammenheng var oppfylt

”I henhold til Nucleusdommen må det påvises klar sannsynlighetsovervekt for at oppdraget skulle ha gått til Rødne for at de kan tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse. Rødne har anført at det ikke kan stilles store krav til årsakssammenheng. Lagmannsretten går ikke nærmere inn på dette. Anbudskonkurransen ble avlyst før anbudene var realitetsbedømt. Det kan for så vidt være et spørsmål om alle sider ved Rødnes tilbud ville ha blitt funnet tilfredsstillende, herunder egenskapene til ”Kvænanngstind” som reservebåt. Pris var viktig, men ikke eneste kriterium i konkurransen. Det vil regelmessig være vanskelig å føre bevis for at en anbyder ville fått oppdraget uten feilene som er begått. I foreliggende sak har imidlertid fylkeskommunen erkjent at Rødne ville blitt vurdert foran TFDS og de øvrige anbyderne hvis konkurransen ikke kunne avlyses og Rødnes anbud ikke avvises. Det bemerkes at det ikke er holdepunkter for at ruten ville blitt nedlagt, eller samtlige anbud forkastet, hvis avlysning ikke hadde skjedd. For øvrig legger lagmannsretten fylkeskommunens erkjennelse til grunn, og finner at det er årsakssammenheng mellom avlysningen og Rødnes tap av kontrakten.”