



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 19.10.2015 i Borgarting lagmannsrett,

Saksnr.: 15-029544ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer	Kristin Robberstad
Kst. lagdommer	Hege Christin Haukaas
Dommer	Steinar Iversen

Ankende part	Boger Bygg AS	Advokat Christian Bjørtuft Ellingsen Advokatfullmektig Martin Jonassen
Ankemoøpart	Rakkestad kommune	Advokat Kjersti Andreassen Aas

Saken gjelder krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse etter anbudskonkurranse. Saken reiser blant annet spørsmål om rett til erstatning for den positive kontraktsinteressen når den valgte tilbyderen skulle vært avvist fordi skatteattestene var eldre enn seks måneder, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 første ledd bokstav b.

Rakkestad kommune kunngjorde 27. september 2013 en åpen anbudskonkurranse om oppføring av ny barnehage på Kirkeng. Anskaffelsen var kort beskrevet slik:

Kirkeng barnehage har i dag to gamle avdelinger. Disse bygges om og slås sammen til en. Det skal videre bygges et nybygg for to nye avdelinger, samt administrasjon.

Totalleveransen var beskrevet som "totalentreprise" etter NS8407, med 15 millioner kroner eksklusiv merverdiavgift som anslått totalverdi. Kontraktens varighet var angitt til ti måneder fra kontraktstildeling. Tildelingskriteriet var laveste pris.

I konkurransegrunnlaget var det beskrevet og gitt tegninger for to ulike alternativer, og tilbyderne ble bedt om å angi pris for utførelse av begge alternativer. I orienteringen om prosjektet var blant annet følgende inntatt:

Oppdragsgiver gjør spesielt oppmerksom på at gjennomføringen av prosjektet er avhengig av at prosjektet får tilfredsstillende finansiering, kommunestyrets endelige vedtak og myndighetenes godkjenning. Tilbyder kan ikke kreve erstatning dersom konkurransen skulle bli avlyst som følge av manglende finansiering, godkjenning eller annen saklig grunn.

Boger Bygg deltok under en tillyst anbudsbeifaring 9. oktober 2013. Fristen for å inngi tilbud var opprinnelig fastsatt til 8. november 2013, men ble forlenget til 18. november etter anmodning fra Boger Bygg.

Det ble inngitt tre tilbud innen fristen. Alternativ II var billigst hos alle tre. Firmaet Asbjørn Brandsrud AS (heretter omtalt som Brandsrud) kunne utføre totalentreprisen for i overkant av 9,3 millioner kroner, mens Boger Bygg var nest-billigst med en pris på nærmere 10,2 millioner kroner. Tilbudene ble foreløpig vurdert av kommunalsjef Jon Ådalen i Rakkestad kommune. De ble deretter sendt til et rådgivende ingeniørfirma, Rambøll, for evaluering. Rambøll og Ådalen holdt et møte før Rambøll ga sin skriftlige tilbudsevaluering 26. november 2013. I denne evalueringen ble det lagt til grunn at verken Brandsrud eller Boger Bygg hadde tatt forbehold. Brandsrud var klart rimeligst, og kommunen ble anbefalt å velge Brandsrud.

Den 28. november 2013 ble det skrevet protokoll for anskaffelsen. Brandsrud ble valgt med følgende begrunnelse:

Tilbud lavest – ca 860 000 eks mva under nr 2. Relevant erfaring og godt kjent med kommunen. Pris var utslagsgivende.

Verken Rambøll eller kommunen hadde på dette tidspunktet problematisert at Brandsrud hadde sendt inn skatteattester som var eldre enn seks måneder.

Den 8. januar 2014 ble det holdt et møte, benevnt avklaringsmøte, mellom kommunen og Brandsrud. I møtereferatet punkt 2 c går følgende fram:

Entreprenør har forstått at tilbudet, datert 17.11.2013 inngår som del av totalentreprisavtale hvor entreprenøren påtar seg fullt prosjekterings- og masseansvar. Dette gjelder for alle fagområder. Det er kun skriftlige tilleggsbestillinger fra Rakkestad kommune som gir entreprenøren rett på tilleggsvederlag.

- Entreprenøren har ingen forbehold i sitt tilbud.
- Ingen forhold som vil ha økonomiske konsekvenser for Rakkestad kommune ble tatt opp i møtet.
- Poster fra I Bygningmessige arbeider, kapitel 2 – som har bindestrek – er inkludert i andre poster.
- VA-ledninger utvendig er under utredning hos Ing. firmaet Svendsen. Det kan tilkomme endringer av bygningmessige arbeider som følge av ledningene.

Under punkt 3. Oppstart og fremdrift, sto det blant annet følgende:

Entreprenør planlegger gjennomføring av arbeidene etter følgende milepæler:

- Oppstart skjer ca 15.05.2014
- Byggetid 12 mnd.

Valg av prosjektalternativ og av totalentreprenør ble 17. januar 2014 behandlet politisk i kommunens faste byggekomité. Kommunen vedtok at prosjektalternativ II skulle bygges med Brandsrud som leverandør av byggeprosjektet. Samlet budsjett for prosjektet ble samtidig godkjent. Budsjettet omfattet blant annet totalentreprisen inkludert merverdiavgift basert på tilbudet fra Brandsrud, 11 660 491 kroner, og 500 000 kroner til interne kostnader. Den totale rammen for budsjettet var 15 millioner kroner.

I brev 23. januar 2014 ble tilbyderne orientert om tildelingsbeslutningen. Boger Bygg sendte inn klage, begrunnet med at Brandsruds tilbud skulle vært avvist fordi det var tatt forbehold og/eller forelå avvik eller uklarheter av betydning for rangeringen, jf. anskaffelsesforskriften § 11-11 første ledd bokstav d, e og f. Klagen ble ikke tatt til følge. Boger Bygg fikk innsyn i tilbudet fra Brandsrud, og ba i brev 4. mars 2014 på nytt om at tildelingen ble omgjort. Nå ble det også vist til at Brandsrud skulle vært avvist som tilbyder fordi selskapet hadde sendt inn skatteattester som var eldre enn seks måneder, jf. anskaffelsesforskriften § 11-10 første ledd bokstav b. Boger Bygg mente videre at møtet 8. januar 2014 innebar et brudd på forhandlingsforbudet.

I brev 6. mars 2014 til Boger Bygg ga kommunens advokat uttrykk for at det etter en samlet vurdering ikke var grunnlag for å avvise Brandsrud som tilbyder selv om skatteattestene var eldre enn seks måneder. Det var heller ikke grunnlag for å avvise tilbudet. Det ble opplyst at kommunen ville inngå kontrakt med Brandsrud "så snart det er praktisk mulig", og kontrakten ble inngått 10. mars 2014.

Boger Bygg AS fremmet begjæring om midlertidig forføyning ved Sarpsborg tingrett 10. mars 2014. Saken ble hevet ved Sarpsborg tingretts kjennelse 10. april 2014, etter at det var avklart at det allerede var inngått kontrakt mellom kommunen og Brandsrud. Partene oppnådde ikke enighet om en minnelig løsning.

Boger Bygg AS reiste sak for Sarpsborg tingrett ved stevning av 31. mars 2014. I stevningen ble det lagt ned påstand om erstatning for den positive kontraktsinteressen og for påløpte advokatkostnader. Påstanden ble formulert som erstatning fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til 2 026 325 kroner, med tillegg av forsinkelsesrenter regnet fra 30. april 2014. Rakkestad kommune tok til motmæle i tilsvar av 28. mai 2014.

Etter å ha holdt hovedforhandling avsa Sarpsborg tingrett 2. desember 2014 dom med slik domsslutning:

1. Rakkestad kommune frifinnes.
2. Hver av partene bærer sine egne omkostninger.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Boger Bygg AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 22. og 23. september 2015 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det var ingen vitner. Bevisføringen for øvrig går fram av rettsboken.

Den ankende part, **Boger Bygg AS**, har i hovedtrekk anført:

Det er begått feil i anbudskonkurransen som gir Boger Bygg rett til erstatning for den fortjenesten selskapet har gått glipp av ved ikke å bli valgt som totalentreprenør, jf. anskaffelsesloven § 11. Formålet med regelverket gir ikke oppdragsgiver rett til å sette til side plikter etter regelverket. I det lange løp kan konkurransen svekkes og formålet undergraves dersom det ikke legges avgjørende vekt på hensynet til forutsigbarhet og tillit hos leverandørene. Effektive sanksjoner står sentralt i anskaffelsesregelverket.

Det anføres at kommunen har gjort vesentlige feil og at det er klar sannsynlighetsovervekt for at kontrakten ville vært tilbudt Boger Bygg dersom feilene hadde vært unngått, jf. Rt-2001-1062. Selv om feilene ikke anses som vesentlig har Boger Bygg rett til erstatning for den positive kontraktsinteressen, idet det må stilles spørsmål ved om kravet om vesentlig feil kan opprettholdes etter EU-domstolens avgjørelse i Strabag-saken (sak nr. C-314/09).

Det var en vesentlig feil ikke å avvise Brandsrud som tilbyder. Skatteattestene var eldre enn seks måneder. Kommunen ga ikke tilleggsfrist for å ettersende oppdaterte skatteattester, og hadde heller ingen plikt til å gjøre det. Etter rettspraksis har oppdragsgiver bare plikt til å gi slik frist når oppdragsgiveren selv kan bebreides for at riktig dokumentasjon ikke er sendt inn, for eksempel fordi dokumentasjonskravet er uklart beskrevet i konkurransegrunnlaget. Dette er ikke situasjonen i denne saken.

Formålet med avvisningsplikten i anskaffelsesforskriften § 11-10 er likebehandling mellom tilbyderne, og dette formålet oppfylles ikke med mindre avvisningsplikten overholdes. Formål ut over dette er ikke relevant. Det er mye som tyder på at kommunen allerede før tildelingsbeslutningen var klar over at Brandsruds skatteattester var for gamle, men bevisst unnlot å gi tilleggsfrist etter forskriften § 12-3. Under enhver omstendighet var kommunen klar over avvisningsplikten før kontrakten ble inngått.

Unnlatelsen av å avvise Brandsrud som tilbyder er en vesentlig feil, med direkte og umiddelbare konsekvenser for likebehandlingen av tilbyderne. Boger Bygg var innstilt som nr. 2 og ville hatt rettskrav på å bli valgt dersom Brandsrud var blitt avvist. Det var enkelt for kommunen å sjekke om skatteattestene var for gamle, og kravene til skatteattester er enkle.

Det anføres videre at tilbudet fra Brandsrud skulle vært avvist, jf. anskaffelsesforskriften § 11-11 første ledd bokstav d, e og f. Tilbud skal tolkes objektivt etter ordlyden, og tilbyderen har risikoen for uklarheter eller mangler i tilbudet. I den grad det eksisterer et presumsjonsprinsipp for at et tilbud er i samsvar med konkurransegrunnlag, er anvendelsesområdet svært begrenset. Det vil være svært betenkelig om det ses hen til avklaringer i det såkalte avklaringsmøtet 8. januar 2014. Man vet ikke hvordan diskusjonen gikk, og om referatet i realiteten endrer det opprinnelige tilbudet.

Det anføres at Brandsruds tilbud inneholdt flere forbehold/avvik som både isolert og etter en samlet vurdering var vesentlige. For det første foreligger avvik med hensyn til framdrift. Tilbudet inneholdt ikke noe om framdrift. I avklaringsmøtet er byggetiden satt til tolv måneder, mens konkurransegrunnlaget ga en anvisning på ni måneder. Lengre byggetid gir mulighet for mer rasjonell drift og dermed besparelser for entreprenøren.

For det andre foreligger avvik eller i hvert fall uklarheter med hensyn til utvendige arbeider på det eksisterende barnehagebygget. Det er blant annet avvik eller uklarheter knyttet til om et glasstak og en forstøtningsmur med rekkverk var inkludert i tilbudet.

For det tredje forelå avvik eller i hvert fall uklarhet knyttet til om en heis/løfteplattform var inkludert. Og for det fjerde må opplysninger om dekker og vegger etter en objektiv forståelse forstås som et avvik fra funksjonskravene i konkurransegrunnlaget.

Samlet verdi gjør avvikene/klarhetene vesentlige. Verdiforskjellen gjør at det i hvert fall er uklart hvilket tilbud som egentlig var billigst. Avvikene/klarhetene har dermed hatt betydning for tildelingen, og Brandsruds tilbud skulle vært avvist.

Det anføres at det er klar sannsynlighetsovervekt for at Boger Bygg ville fått kontrakten dersom Brandsrud og/eller Brandsruds tilbud hadde vært avvist. Boger Byggs tilbud lå godt innenfor den økonomiske rammen i konkurransegrunnlaget. Kommunen kan ikke høres med at rammen var lavere enn det som følger av konkurransegrunnlaget. Uansett hadde kommunen i budsjettet for 2014 en buffer på 9,5 millioner kroner knyttet til dette og andre prosjekter. Kommunen ville ikke hatt saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 13-1 første ledd. Begivenhetsnære bevis tilsier at kommunen allerede før tildelingsbeslutningen hadde oppdaget at Brandsruds skatteattester var for gamle, men unnlot å gi tilleggsfrist for ettersending av nyere skatteattester. Situasjonen er derfor en annen enn i LH-2014-189202. Under enhver omstendighet ble kommunen klar over at Brandsrud skulle vært avvist før kontrakten ble underskrevet.

Det økonomiske tapet må fastsettes skjønnsmessig ut fra en realistisk vurdering av hvordan prosjektet ville forløpt. Interne beregninger basert på tilbudet, generelle erfaringer og det faktum at det har vært få endringer i prosjektet, tilsier at fortjenestetapet kan settes til 1 810 566 kroner.

Boger Bygg AS har lagt ned slik påstand:

1. Rakkestad kommune betaler erstatning til Boger Bygg AS etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr. 1 810 566,- med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 30. april 2014 til betaling skjer.
2. Boger Bygg AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemothparten, **Rakkestad kommune**, har i hovedtrekk anført:

Tingrettens dom er korrekt både i begrunnelse og i resultat. En feil i en anbudskonkurranse må være vesentlig før oppdragsgiver har plikt til å erstatte en tilbyders positive kontraktsinteresse, og det må være klar sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng mellom den vesentlige feilen og tapet. Rt-2001-1062 er fulgt også etter EU-domstolens

avgjørelse i Strabag-saken og må anses som gjeldende rett. De grunnleggende hensynene bak anskaffelsesregelverket er relevante i den helhetlige vurderingen av om en feil er tilstrekkelig vesentlig.

Det anføres at det må sondres mellom regler som gir plikt til å avvise av hensyn til tilbyderne og regler som gir plikt til å avvise av hensyn til oppdragsgiver og overordnede samfunnsmessige hensyn. Avvisningsregelen knyttet til mangelfull skatteattest skal ivareta oppdragsgiver og samfunnsmessige hensyn, ikke hensynet til likebehandling av tilbydere. Feilen kunne vært rettet ved at det ble gitt tilleggsfrist etter forskriften § 20-3. Kommunen ble imidlertid ikke klar over feilen før kommunen hadde begynt å vurdere tilbudene og adgangen til å gi tilleggsfrist dermed var gått tapt. Det er på det rene at Brandsrud ikke hadde skatte- og avgiftsrestanser, noe også ferske kredittvurderinger og kommunens kjennskap til selskapet for øvrig ga klare indikasjoner for. Reelt sett var det ikke tvil om Brandsruds økonomiske evne til å gjennomføre prosjektet eller om kommunen risikerte at det ville bli utført "svart" arbeid. Feilen kan ikke anses vesentlig i relasjon til konkurrerende tilbyderes krav om erstatning for fortjenestetap. Kommunen gjorde en uforsettlig slurvfeil, og det vil gi et urimelig resultat om kommunen av den grunn skulle være forpliktet til å avstå fra å velge det utvilsomt laveste tilbudet. Det er klar sannsynlighetsovervekt for at Brandsrud ville fått oppdraget hvis feilen var blitt oppdaget i tide.

Det anføres at kommunen hadde en plikt til å gi Brandsrud adgang til å sende inn oppdaterte skatteattester. Kommunen ville dermed risikert erstatningssøksmål uansett hvordan den hadde håndtert situasjonen da glippen ble oppdaget.

Det anføres videre at det ikke var saklig grunnlag for å avvise Brandsruds tilbud. Det skal skje en helhetlig bedømmelse av tilbudet, og i den utstrekning tilbudet er taust eller det foreligger innbyrdes motstrid gjelder en presumsjon for at tilbudet er i tråd med konkurransegrunnlaget. Endringen i fremdriften skyldes at kommunen trengte mer tid for å planlegge og gjennomføre omlegging av vann- og avløpsledninger som berørte barnehageprosjektet. De øvrige punktene som er påpekt av Boger Bygg kan ikke føre til avvisningsplikt. Muligens med unntak for glasstaket, inneholdt ikke tilbudet forbehold, avvik eller uklarheter. Tilbudet må leses i sammenheng med at det var tale om en totalentreprise etter NS8407. Glasstaket har uansett så vidt lav verdi at det ikke ville forrykket rangeringen mellom tilbyderne, jf. forskriften § 11-11 første ledd bokstav f.

Subsidiært anføres at det ikke er årsakssammenheng mellom manglende avvisning og erstatningskravet. Det er ikke klart sannsynlig at oppdraget ville gått til Boger Bygg dersom Brandsrud og/eller hans tilbud var blitt avvist. Tilbudet fra Boger Bygg ville sprengt kommunens investeringsbudsjett for prosjektet. Det er ikke klar sannsynlighetsovervekt for at ny politisk behandling ville resultert i økte bevilgninger til prosjektet. Kommunen hadde tatt uttrykkelig finansieringsforbehold.

Atter subsidiært anføres at tapet er altfor høyt. Utmålingen må bygge på sannsynlighetsbetraktninger, og en dekningsgrad på over 12 prosent virker urealistisk høy. Kravet til årsakssammenheng er ikke oppfylt for enkelte av postene. Boger Bygg har heller ikke oppfylt tapsbegrensningsplikten.

Rakkestad kommune har lagt ned slik påstand:

1. Anken over tingrettens dom, domsslutningen punkt 1, forkastes.
2. Rakkestad kommune tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at anskaffelsesloven § 1 fastsetter at loven med tilhørende forskrifter skal bidra til "økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.". Da den aktuelle anskaffelsen ble gjort gjaldt anskaffelsesforskriften av 7. april 2006 med endringer per 1. november 2012. Forskriften § 1-1 gjentar formålet i lovens § 1.

Anskaffelsen gjaldt verdier under EØS-terskelverdiene. Anskaffelsesforskriften del II kommer dermed til anvendelse.

Lagmannsretten ser først på spørsmålet om Brandsrud skulle vært avvist som tilbyder, og om unnlåtelsen av å avvise Brandsrud gir Boger Bygg grunnlag for å kreve erstatning fra kommunen for den positive kontraktsinteressen.

Forskriften § 8-7 fasetter at oppdragsgiver skal kreve at alle norske leverandører fremlegger skatteattest for henholdsvis merverdiavgift og skatt. Skatteattestene skal ikke være eldre enn seks måneder regnet fra fristen for å inngi tilbud, og de skal legges fram innen utløpet av tilbudsfristen.

I konkurransegrunnlaget del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske opplysninger, punkt III.2.1 nr. 4 og 5 var det, i tråd med forskriftsbestemmelsen, satt krav om fremleggelse av skatteattest for henholdsvis merverdiavgift og skatt. Lenger ut i konkurransegrunnlaget – i bok 0 Tilbudsforespørsel med konkurransegrunnlag, punkt 5.1 Kvalifikasjonskravet – var det stilt krav om at foretaket "skal ha ordnede forhold hva gjelder betaling av skatter og avgifter". Dokumentasjonskravet var angitt til skatteattester som ikke er eldre enn seks måneder fra tilbudsfristens utløp.

Brandsruds tilbud inneholdt skatteattester som viste 0,- i restanse. Skatteattestene var imidlertid utstedt henholdsvis 11. september 2012 og 14. januar 2013, mer enn seks måneder før tilbudsfristen gikk ut 18. november 2013.

Forskriften § 11-10 første ledd nr. 1 bokstav b) fastsetter at oppdragsgiver skal avvise leverandører som har unnlatt å levere skatteattest i henhold til kravene i § 8-7. Oppdragsgiver kan gi tilleggsfrist for å levere skatteattest, jf. forskriften § 12-3. Adgangen til å gi tilleggsfrist går tapt så snart oppdragsgiver har begynt å vurdere tilbudene.

I denne saken er det ikke gitt tilleggsfrist, og adgangen til å gi tilleggsfrist var gått tapt da Boger Bygg i brev 4. mars 2014 påpekte overfor kommunen at Brandsruds skatteattester var for gamle.

Lagmannsretten konstaterer at kommunen etter forskriften § 11-10 første ledd nr. 1 bokstav b) skulle avvist Brandsrud som tilbyder. Det har dermed skjedd en feil i anbudskonkurransen når Brandsrud likevel ikke ble avvist. Dette har kommunen i ettertid erkjent. Kommunen har imidlertid anført at feilen ikke er så alvorlig at den kan gi rett til erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Anskaffelsesloven § 11 gir rett til erstatning ved brudd på loven eller forskrifter gitt i medhold av loven. Erstatningsvilkårene ved erstatning for den positive kontraktsinteressen er nærmere fastsatt i Høyesteretts praksis.

Høyesterett har i Rt-2001-1062 (Nucleus) uttalt at hensynet til effektivisering av regelverket står sentralt i vurderingen av om en forbigått tilbyder har rett til erstatning. Samtidig understrekes at det må være et visst rom for feil ved vurdering av anbud, både med hensyn til det faktiske grunnlaget og med hensyn til forståelsen av regelverket, før det kan være aktuelt å erstatte et fortjenestetap:

Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.

Standpunktet er fulgt opp i senere høyesterettspraksis, se Rt-2007-983 avsnitt 68 og Rt-2008-1705 avsnitt 56.

Det har i juridisk teori vært reist spørsmål om dette standpunktet kan opprettholdes etter EU-domstolens avgjørelse 20. september 2010 i Strabag-saken (C-314/09), se blant annet Halvard Haukeland Fredriksen, Objektivt ansvar ved anbudsfeil?, Lov og Rett 2010 side 600. Høyesteretts standpunkt i Nucleus-dommen har vært lagt til grunn i senere praksis i lagmannsretten, se blant annet LB-2010-176631 og LA-2011-100800. Agder lagmannsrett la til grunn at culpa ikke vil være et vilkår for å statuere ansvar, men at det inngår som et

moment i en bredere vurdering. Begge dommer ble anket til Høyesterett, men ankene ble nektet fremmet. Denne lagmannsrett kan i hovedtrekk slutte seg til vurderingene av de rettslige vilkårene for erstatning i de to lagmannsrettsavgjørelsene, jf. også Thue m.fl: Lov og forskrift om offentlige anskaffelser (2013) side 102. Lagmannsretten legger til at kravet om skatteattester ikke følger av EØS-regelverket, men er et internrettslig krav i Norge. Brudd på regler om skatteattester vil derfor ikke uten videre innebære brudd på EØS-anskaffelsesregelverket. Nasjonalstaten vil i slike tilfeller stå friere til å fastsette vilkår for rett til erstatning for fortjenestetap. Dette gjelder desto mer i denne saken, hvor anskaffelsen gjelder verdier under EØS-terskelverdier, se Fredriksen, op.cit. punkt 4.

I den nærmere vurderingen av om feilen gir rett til erstatning for fortjenestetapet har lagmannsretten delt seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet, konstituert lagdommer Haukaas og dommer Iversen, ser slik på dette spørsmålet:

Som den klare hovedregel vil brudd på en plikt til å avvise en tilbyder etter sin art måtte anses som en vesentlig feil. Plikten innebærer at den aktuelle tilbyderen overhodet ikke deltar i konkurransen, noe som kan ha stor betydning for utfallet av konkurransen. Hensynet til effektiv håndhevelse av regelverket og til likebehandling av tilbyderne tilsier også at feilen er vesentlig. Lovgiver har valgt at konsekvensen av brudd på plikten til å legge fram skatteattester skal være en avvisningsplikt og ikke en avvisningsrett. Dette skaper en forventning hos tilbyderne om at de som ikke oppfyller kravet heller ikke får delta. Kravet om skatteattest ble foreslått avskaffet i NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser, idet kravet ikke har vist seg særlig egnet til å oppfylle formålet. Et mindretall i utvalget ønsket likevel å beholde regelen, og departementet har – rett nok i erkjennelse av svakhetene – så langt valgt å opprettholde kravet og regelen om avvisningsplikt ved manglende og/eller mangelfull innsending av skatteattest. Det vises til NOU 2014: 4 punkt 11.4.3 og 11.5.3 og PRE-2015-06-12-622 punkt 3.4.

Flertallet har vurdert om feilen i dette tilfellet likevel ikke kan anses vesentlig fordi den informasjonen av anskaffelsesfaglig art som skatteattestene var ment å belyse fremgikk av annen dokumentasjon. Dette var en fersk kredittvurdering, som viste at Brandsrud hadde svært god økonomisk soliditet, såkalt AAA-rating. Flertallet legger imidlertid avgjørende vekt på hensynet til effektivitet og likebehandling. Disse hensynene tilsier at kravet om skatteattest ikke behandles annerledes enn andre krav som gir plikt å avvise en tilbyder.

Flertallet konstaterer at reglene om plikten til å legge fram ferske skatteattester er enkle å forstå. Det var enkelt å sjekke om skatteattesten tilfredsstilte forskriftens krav. Det er derfor vanskelig å forstå at forholdet ikke ble oppdaget før etter at fristen for å gi tilleggsfrist var gått ut. For øvrig bemerkes at plikten til å legge fram ferske skatteattester går klart fram både av forskriften og av konkurransegrunnlaget, og må anses allment kjent. Kommunen kan da ikke ha hatt noen plikt til å gi tilleggsfrist til Brandsrud.

Etter en samlet vurdering og under tvil må feilen anses vesentlig.

Kommunen har anført at den ville gitt Brandsrud tilleggsfrist hvis den hadde oppdaget at skatteattestene var for gamle. Hvis regelverket hadde blitt fulgt, ville derfor Brandsrud lagt fram ferske skatteattester som viste 0,- i restanser, og konkurransen ville fortsatt slik den faktisk gjorde. Situasjonen er dermed, slik kommunen ser det, den samme som i LH-2014-189202, der kravet til årsakssammenheng ikke ble ansett oppfylt.

Flertallet bemerker at kommunen ble gjort oppmerksom på forholdet før kontrakten med Brandsrud ble inngått. Kommunen kunne annullert tildeling til Brandsrud, jf. anskaffelsesforskriften § 13-3 nr. 4, jf. § 13-2. Kommunen kunne da inngått kontrakt med Boger Bygg, som hadde det nestbeste tilbudet, og Boger Bygg ville ikke lidd noe fortjenestetap.

Kommunen kan heller ikke høres med at konkurransen ikke ville blitt gjennomført dersom Brandsrud hadde blitt avvist. Tilbudet fra Boger Bygg lå godt innenfor rammene i konkurransegrunnet, og det ville neppe vært i tråd med kravene til forutberegnelighet om konkurransen var blitt avlyst. Kommunen har ikke godtgjort at den ikke kunne finansiert barnehageutbyggingen hvis Boger Byggs tilbud var det beste tilbudet. Budsjettet er utarbeidet i ettertid på bakgrunn av prisene i Brandstads tilbud. Det skilte ca én million kroner, og kommunen hadde en ekstra pott å ta av.

Boger Bygg har etter dette rett til å få erstattet sitt fortjenestetap.

Ved utmålingen tar flertallet utgangspunkt i oppstillingen i et hjelpedokument som daglig leder i selskapet gjennomgikk i sin forklaring for lagmannsretten.

Daglig leder har forklart at selskapet hadde kalkulert et dekningsbidrag på 1 250 781 kroner. Det var i tillegg lagt inn sikkerhetsmarginer, som det sett i ettertid ikke hadde vært nødvendig å legge inn. Dette utgjør 408 653 kroner. Selskapet anfører at det har mistet 104 342 kroner i leieinntekter på stillas og brakker som selskapet eier og ville brukt på prosjektet. Daglig leder har likevel forklart at utstyret har vært utleid til andre prosjekter i hvert fall i deler av den perioden barnehageprosjektet ville vart. Endelig anfører selskapet at det har 46 789 kroner i tapt fortjeneste på bruk av innleid arbeidskraft. Daglig leder har opplyst at den innleide arbeidskraften får lavere lønn enn den faste, samtidig som tilbudet er basert på lønnsnivået til de fast ansatte.

Flertallet er kommet til at tapet kan anses godtgjort med 1,3 millioner kroner. I lys av daglig leder Bogers forklaring fikk selskapet noen inntekter av stillas og brakker, og flertallet har hensyntatt dette. Når det gjelder sikkerhetsmarginer og tap på innleie av

arbeidskraft gjør det seg også gjeldende en usikkerhet som er hensyntatt ved erstatningsutmålingen.

Mindretallet, lagdommer Robberstad, tar som flertallet utgangspunkt i at et brudd på en plikt til å avvise en tilbyder etter sin art må anses som en vesentlig feil. Plikten innebærer at den aktuelle tilbyderen overhodet ikke skal delta i konkurransen, noe som kan ha stor betydning for den tilbyderen som ellers ligger best an. Mindretallet er imidlertid enig med tingretten i at det må sondres mellom de forskjellige avvisningsgrunnlagene. Ved avvisningsplikt av hensyn til likebehandling av tilbudene, konkurranse på like vilkår og gjennomsiktighet, vil hensynet til effektiv håndhevelse av regelverket tilsi at brudd på avvisningsplikten som den klare hovedregel må anses som en vesentlig feil i relasjon til tilbyderes rett til erstatning for fortjenestetap. Dette kan stille seg annerledes ved avvisningsplikt av hensyn til vilkår som skal ivareta oppdragsgivers og samfunnsmessige interesser. Brudd på en slik avvisningsplikt kan gi en tilbyder en tilfeldig fordel dersom feilen uten videre skulle gi rett til erstatning for fortjenestetap. I slike tilfeller må det gjøres en nærmere vurdering av de konkrete omstendighetene. Høyesterett har i Rt-2008-1705 (Rabatt) avsnitt 57 uttalt at en feil som innebærer brudd på et grunnleggende prinsipp innen anbudsretten ikke alene kan føre til ansvar.

Formålet med avvisningsregelen ved mangelfull dokumentasjon av skatte- og avgiftsrestanser er i lite utdypet i forarbeidene til anskaffelsesloven. I NOU 1997: 21 Offentlige anskaffelser punkt 7.2.9 slås det uten nærmere drøftelse kort fast at en leverandør som ikke kan fremlegge gyldig skatteattest innen anbuds-/tilbudsfristens utløp, må få sitt tilbud avvist av hensyn til likebehandling mellom leverandører. Utvalget antok at erfarte ulemper med en lignende avvisningsregel i staten, nemlig at det offentlige ble påført ekstrakostnader fordi man måtte avvise leverandører som hadde glemt å legge ved skatteattest, ville forsvinne etter hvert som kravet om skatteattest ble bedre kjent, se punkt 7.2.4 og 7.2.5. I Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) kapittel 11 Krav knyttet til samfunnsmessige interesser, uttales under punkt 11.2.4 blant annet følgende:

Det er for departementet viktig å understreke at de samfunnsmessige hensyn som ivaretas gjennom det offentlige anskaffelsesregelverket, må være av forretningsmessig karakter og i overensstemmelse med regelverkets hovedformål. ...

Ved å la fremleggelse av skatteattesten være en forutsetning for å kvalifisere seg som leverandør, vil man unngå at oppdragsgiver stilles overfor vanskelige skjønnsmessige vurderinger som åpner for forskjellsbehandling i de tilfelle attest mangler.

Det bemerkes at den informasjon skatteattesten gir, ivaretar deler av oppdragsgivers informasjonsbehov med hensyn til leverandørens økonomiske situasjon og hans evne til å oppfylle sine kontraktsforpliktelser. Samtidig vil en skatteattest kunne gi informasjon om hvorvidt leverandøren er en seriøs aktør eller ikke. Videre vil en informasjonsplikt av denne type medføre likebehandling av de enkelte aktører da

vurderingsgrunnlaget blir likt for alle potensielle leverandører. I tillegg forenkler og effektiviseres kvalifiseringsarbeidet for oppdragsgiver.

I Innst. O. 27 (1998-1999) punkt 10.2 understreket komitéen at den "er generelt av den mening at ein ved innkjøp av varer og tenester korkje direkte eller indirekte må gjev føremon for tilbydarar som ikkje gjer opp for seg i samfunnet".

Det er imidlertid skjedd en utvikling i synet på formålet med avvisningsregelen.

I NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser, er gjeldende rett beskrevet slik i punkt 25.1:

Avvisningsbestemmelsene har forskjellige formål. Noen bestemmelser ivaretar hensynet til oppdragsgiver. Oppdragsgiver skal ikke bli forpliktet til å inngå kontrakt med en leverandør som ikke er i stand til å gjennomføre kontrakten på en forsvarlig måte og som foreskrevet av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget. ...

Flere av avvisningsbestemmelsene ivaretar imidlertid også hensyn av mer samfunnsmessig karakter og er ikke begrunnet i forhold knyttet til den konkrete kontrakten eller den konkrete anskaffelsesprosessen. Eksempel på dette er bestemmelsene om avvisning av straffedømte leverandører og leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende betaling av skatter og trygdeavgifter.

... Oppdragsgivere skal ikke bli tvunget til å inngå kontrakt med leverandører med tvilsom integritet og troverdighet.

At dette er formålet med regelen om avvisning ved mangelfulle skatte- og avgiftsattester synes også lagt til grunn i juridisk teori. I Thue m.fl. side 352 uttales at avvisningsbestemmelsen "er med på å sikre at oppdragsgivere velger pålitelige leverandører som er i stand til å gjennomføre kontraktene på en god måte. Reglene skal også hindre uheldig konkurransevridding."

Hovedformålet med anskaffelsesregelverket er effektiv ressursbruk. Som det uttales i NOU 2014: 4 punkt 9.3, Formålsbetraktninger i norsk rett, "skal offentlig sektor få mest mulig ut av fellesskapets midler når noe skal anskaffes ("best value for money") med de positive samfunnsøkonomiske følger dette har". Som det går fram der, er det i tiden etter at anskaffelsesloven ble vedtatt både i Norge og i EU skjedd en utvikling med stadig sterkere vektlegging av at det offentliges ressursbruk skal være effektiv også i et samfunnsøkonomisk perspektiv.

At oppdatert skatteattest ikke ble innhentet har karakter av formalfeil som ikke har medført brudd på kravet til likebehandling av leverandørene ved evalueringen av tilbudene. Vedlagt tilbudet lå en fersk kredittvurdering som viste særdeles god økonomisk soliditet og dermed seriøsitet og evne til å oppfylle kontraktsarbeidet. Dette er informasjon som skatteattesten ellers er ment å skulle gi. Det er i ettertid klart at Brandsrud ikke hadde skatte- eller

avgiftsrestanser. Hensynet til å sikre effektivitet i anskaffelsesregelverket tilsier ikke at det i et tilfelle som dette bør reageres med erstatningsplikt for den positive kontraktsinteressen. Plikten til å legge ved oppdatert skatteattest har vært kritisert fordi praksis viser at attestene rent faktisk ikke gjør det mulig for oppdragsgiver å avdekke om leverandører eller underleverandører er useriøse, i den forstand at de ikke har en ryddig økonomi eller ikke har betalt skatter og avgifter. I så måte vil en oversikt over de siste regnskapstallene eller en kredittvurdering være til større hjelp. Kravet om skatteattest ble derfor foreslått avskaffet i NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Foreløpig er ordningen ikke avvirket, men i erkjennelse av at dagens system med skatteattester har betydelige svakheter, har departementet gitt uttrykk for at det på sikt vil utrede mulighetene for å forbedre systemet. Det vises til NOU 2014: 4 punkt 11.4.3 og 11.5.3 og PRE-2015-06-12-622 punkt 3.4 (kgl. res. 12. juni 2015 i forbindelse med endring av blant annet anskaffelsesforskriften).

I tillegg kommer at kommunen, som nevnt foran, kunne gitt tilleggsfrist. Hensynet bak bestemmelsen om tilleggsfrist er at det kan motvirke formålet om effektive anskaffelser i anskaffelsesloven § 1 og kravet til konkurranse i § 5 om oppdragsgiver må avvise konkurransedyktige leverandører fordi de har glemt å sende inn oppdaterte skatteattester, se blant annet LH-2014-189202 med videre henvisning til Marianne Dragsten, Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger (2013) side 516. Det er tale om offentlig tilgjengelig informasjon som tilbyderer ikke kan påvirke innholdet av og som det derfor ikke er betenkelig at kan ettersendes.

Mindretallet finner ikke grunn til å trekke i tvil at kommunen ville gitt tilleggsfrist dersom feilen var blitt oppdaget i tide, slik kommunalsjef Ådalen har forklart. Brandsruds tilbud var klart billigst, kommunen kjente Brandsrud som en seriøs aktør og Brandsrud hadde lagt ved (annen) dokumentasjon for god økonomisk soliditet. Ådalen har forklart at han ikke oppdaget at Brandsruds skatteattester var for gamle før etter at Boger Bygg gjorde kommunen oppmerksom på forholdet i brev 4. mars 2014. Adgangen til å gi tilleggsfrist var da utløpt. Den tidsnære korrespondansen mellom kommunens advokat og Boger Byggs advokat kan imidlertid gi et mer nyansert bilde av når kommunen ble klar over at skatteattestene var for gamle. Det er imidlertid ikke noe i de framlagte dokumentene fra tiden fra tilbudsfristen gikk ut og fram til 4. mars 2014 som tilsier at kommunen ble klar over forholdet før arbeidet med å vurdere tilbudene var startet. Forholdet er ikke påpekt i vurderingen fra Rambøll.

Mindretallet viker tilbake for å karakterisere det som en vesentlig feil at mangelen ved attestene ikke ble oppdaget i tide til å gi tilleggsfrist. Forholdet var rett nok lett å oppdage og kan tyde på at den foreløpige kontrollen ikke var nøye nok. Forholdet har imidlertid, som nevnt foran, karakter av formalfeil som skyldtes en glipp. Det må også ses hen til at Rakkestad kommune er en liten oppdragsgiver med kun én person ansatt for å håndtere

kommunens byggeprosjekter, hvorav anbudskonkurranser bare inngår som en del av arbeidsoppgavene tillagt stillingen. Heller ikke kommunens rådgiver oppdaget feilen.

Mindretallet er etter dette og under tvil kommet til at feilen ikke var tilstrekkelig vesentlig til at Boger Bygg har rett til erstatning for sitt fortjenestetap.

Mindretallet går så over til spørsmålet om tilbudet fra Brandsrud skulle vært avvist fordi det inneholdt vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene eller vesentlige avvik fra kravsspesifikasjonene, jf. forskriften § 11-11 første ledd bokstav d og e, og/eller avvik, uklarheter eller lignende som medfører tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 11-11 første ledd bokstav f. Ettersom spørsmålet ikke har betydning for lagmannsrettens konklusjon, gjøres dette kort.

Tingretten har gjort en grundig vurdering av Brandsruds tilbud i relasjon til disse reglene, og lagmannsretten er i det vesentlige enig i tingrettens vurderinger. Tingretten har korrekt tatt utgangspunkt i en objektiv tolkning av konkurransegrunnlaget. Opplysningene i tilbudet side 1 må leses i sammenheng. Innledningsvis angis at tilbudet "bygger på følgende forutsetninger: • De utleverte tegninger og beskrivelser".

Det er ikke naturlig å forstå informasjonen om "heis/løfteplattform TKS" som noe annet enn en tilleggsinformasjon om hvordan vilkåret var tenkt oppfylt innenfor konkurransegrunnlagets krav. Kostnaden inngikk i tilbudssummen. Heller ikke informasjonen om dekker og vegger kan naturlig forstås som noe annet enn en tilleggsinformasjon. Det er imidlertid klarhet knyttet til hva som var tatt med av arbeider utvendig på eksisterende barnehagebygg. Dette får imidlertid bare betydning for ett glasstak, med en antatt verdi langt under differansen mellom Brandsruds og Boger Byggs tilbud. Ut fra tegningene kan det ikke være tvil om at en forstøtningsmur med tilhørende gelender langs nybygget gjelder nybygget og ikke eksisterende barnehagebygg.

For lagmannsretten er det framsatt en ny anførsel vedrørende framdriften. Det er anført at byggetiden i Brandsruds tilbud er 12 måneder mens den i konkurransetilbudet er på 9 måneder. Boger Bygg har anført at lenger byggetid gir mulighet for mer rasjonell drift og dermed besparelser for tilbyder.

Mindretallet bemerker at det ikke er grunnlag for å innfortolke en lenger gjennomføringstid eller forbehold om gjennomføringstiden i selve tilbudet fra Brandsrud. Brandsrud hadde, som nevnt ovenfor, opplyst i tilbudet at det bygger på "[d]e utleverte tegninger og beskrivelser", og kan ikke sies å inneholde noe forbehold knyttet til gjennomføringstid. Det er på det rene at forlengelsen skyldes kommunens forhold og var knyttet til kommunens arbeid med å avklare detaljene vedrørende en omlegging av vann- og avløpsledninger som også betjener en skole som ligger rett ved barnehagen. Kommunen hadde under planlegging et større byggeprosjekt i tilknytning også til denne skolen, der Boger Bygg ble

den valgte tilbyder. For øvrig bemerkes at Boger Bygg ikke har anført at kommunen hadde en plikt til å avlyse konkurransen på grunn av endrede forutsetninger.

Mindretallet har etter dette kommet til, på samme måte som tingretten, at det ikke forelå plikt til å avvise tilbudet fra Brandsrud. Det foreligger dermed ikke noe erstatningsgrunnlag etter anskaffelsesloven § 11.

I samsvar med flertallets konklusjon har anken etter dette ført fram.

Sakskostnader

Flertallet bemerker at anken har ført fram. Etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 andre jf. første ledd har Boger Bygg krav på erstatning for nødvendige og rimelige sakskostnader. Flertallet har vurdert unntaket i bestemmelsens tredje ledd, og har kommet til at det etter en samlet vurdering foreligger tungtveiende grunner for å fritta kommunen fra å dekke Boger Byggs omkostninger. Det er særlig lagt vekt på at spørsmålet om rett til erstatning for fortjenestetap ved brudd på avvisningsplikten i forskriften § 11-10 første ledd bokstav b har budd på tvil, og kommunen har hatt god grunn til å få saken prøvd.

Mindretallet legger sin konklusjon til grunn for sakskostnadsavgjørelsen. Mindretallet har kommet til at det foreligger tungtveiende grunner for å fritta Boger Bygg fra å dekke kommunens omkostninger, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Spørsmålet om rett til erstatning for fortjenestetap ved brudd på avvisningsplikten i forskriften § 11-10 første ledd bokstav b har budd på tvil. Boger Bygg hadde rimelig grunn til å få spørsmålet prøvd og det er på det rene at kommunen har begått feil i anbudsprosessen.

Dommen er avsagt med slik dissens som framgår ovenfor.

DOMSSLUTNING

1. Rakkestad kommune betaler 1 300 000 – enmilliontrehundretusen – kroner i erstatning til Boger Bygg AS.
2. Anken over tingrettens dom, domsslutningen punkt 2, forkastes.
3. Sakskostnader for lagmannsretten tilkjennes ikke.

Kristin Robberstad

Steinar Iversen

Hege Christin Haukaas

Dokument i samsvar med undertegnet original.



