



FROSTATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 07.01.2019

Saksnr.: 18-082338ASD-FROS

Dommere:

Kst. lagmann
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Bjørn O. Berg
Erlend Malvik Moen
Ingolv Joa

Ankende part

Prosjektbygg AS

Advokat Odd Arne
Nilsen

Ankemothpart

Volda kommune

Advokat Thomas Oskar
Strömbom

DOM

Saken gjelder krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse etter avlysning av anbudskonkurranse.

Volda kommune er eier av Ivar Aasen-bygget i Volda. Bygget er fra 1971, og er leid ut til Høgskulen i Volda (heretter Høgskulen). Det består av kontor, grupperom, undervisningslokaler, bokhandel og fellesområder.

Den 26. mai 2016 traff kommunestyret i Volda vedtak om å gjennomføre et energisparingsprogram (EPC) for kommunale bygg til en samlet kostnadsramme på 56 millioner kroner. Programmet omfattet bl.a. en bygningsmessig oppgradering av Ivar Aasen-bygget, innvendig og utvendig. I tillegg ble det for Ivar Aasen-bygget vedtatt oppføring av en ny tredje etasje. Etasjen hadde en kostnadsramme på 16 millioner kroner, men samtidig slik at EPC-tiltakene kunne reduseres med 9 millioner kroner. Netto kostnad var således planlagt til 7 millioner kroner.

Det var de utvendige arbeidene på fasade og tak (klimaskjerm) på Ivar Aasen-bygget, samt opsjonen på bygging av ny tredje etasje, som var gjenstand for den anbudskonkurranse denne saken gjelder.

Den 22. september 2016 lyste Volda kommune ut konkurranse om «Totalentreprise med forhandlingar – Klimaskjerm, Ivar Aasen bygget». I innledningen sies det at kommunen «ynskjer ein klimaskjerm, ny ytre og moderne fasade ...». Arbeidet beskrives i sju punkter, men det er ikke nødvendig for denne saken å komme nærmere inn på disse.

Vedrørende gjennomføring av arbeidet stod følgende i tilbudsgrunnlaget, Bok O, punkt 1.2 «Framdriftsplan»:

«Oppstart på prosjektet er ynskja i mai/juni 2017. Då begynner aktiviteten på skulen å avta mot sommaren, og det vil vere mindre personar som oppheld seg i Ivar Aasen bygget.

Det er ynskjeleg med så kort arbeidstid som mogleg, men realistisk. Skulen vil starte igjen i midten av august, så arbeid må koordinerast og SHA-plan må vidareutviklast mtp. arbeid i skulemånadane. Prosjektet skal vere ferdig innan 2017».

Et tema i saken er om denne beskrivelsen innebærer en forutsetning om normal drift i byggeperioden, og i så fall om denne forutsetningen også gjelder for opsjonen, dvs. bygging av en ny tredje etasje. Lagmannsretten kommer tilbake til dette.

I innbydelsen var det også tatt med to opsjoner. Opsjon 1 gjaldt oppføring av en tredje etasje som råbygg for fremtidig bruk. I tilbudsgrunnlaget, «Opsjonar», var blant annet følgende presisert:

«Med bakgrunn i at Ivar Aasen bygget får ei oppgradering av ny moderne fasader, er det ynskje om å føre på ei ekstra etasje.

Funksjonen til etasje er ikkje kjent pr. no, men nokre retningslinjer er utforma under. Det er ynskja at etasje er tom, men tilrettelagt slik at det kan byggjast lettveggar, leggjast golv og himling når ein veit funksjonen på dette. [...]

Det skal ikkje leggjast noko belysning, varme eller sprinkelanlegg då dette vil kome under eit anna prosjekt.

Brannkonsept og RIByFy vil også kome under eit anna prosjekt, og skal ikkje inkluderast i dette tilbodet. [...]

Opsjon 1 omfattar ei ekstra etasje på Ivar Aasen bygget. Funksjonen til denne etasje er ukjent pr. dags dato, men ein legg til grunn nokre rammer som skal fylgjast mtp. å gi tilbod på dette.

- Legg til grunn for at etasje vert brukt som kontorvirksomheit, med fleire vrimeareal/møtepunkt.
- Mindre møtelokaler (ca. 10-15 personar pr. rom)
- Toalettfasilitetar
- Kjøkenkrok(ar)

Etasje er tenkt levert tom, med minst mogleg støtter innvendig. Eksisterande innvendig bæring, samt fundamenter skal kunne tåle lasta av ei ny etasje. Ein kan vidareføre søyler og bereveggar som i etasje under, som eit maksimum av det som er ynskjeleg i 3. etasje.

Vidare arbeid i tillegg til funksjonsbeskrivelsen er:

- Nytt golv på betong dekket ihht til lydkrav. Golvet skal verre tilslutta glasfasada.
- Riving av teknisk rom, samt vegg og tak i overlyskuppelen/atriumet. Deponi av avfall skal inkluderast
- Gjentetting av holrom, samt legging av himling ved overlys i atriumet.
- [...]

Volda kommune mottok to tilbud på arbeidet, fra Volda Bygg AS og fra Prosjektbygg AS. Prosjektbygg AS ble tildelt kontrakten 15. november 2016. Pris for kontrakten inkludert opsjoner var i henhold til tildelingbrevet 24.374.600 kroner.

Etter tildelingen traff kommunestyret i Volda 26. januar 2017 vedtak om å bevilge 38.575.000 kroner til utbyggingen. I bevilgningsvedtaket lå det også en beslutning om at kommunen ville benytte opsjonen på oppføring av en tredje etasje.

I begynnelsen av 2017 var det flere møter mellom Volda kommune og Høgskulen om de planlagte byggearbeidene. Av særlig interesse var hvilke konsekvenser byggearbeidene ville få for skoledriften. Høgskulen sendte 9. februar 2017 brev til Volda kommune hvor de uttrykte bekymring for arbeidssituasjonen under rehabiliteringsarbeidet. Det ble også satt frem krav om leie av alternative undervisningslokaler, og leie av brakkerigg til kontorarbeidsplasser, i anleggsperioden.

I samme periode var det flere møter mellom Volda kommune og Prosjektbygg AS. Den 6. februar 2017 møttes partene for å gjennomgå utkastet til kontrakt. Kontrakt ble ikke signert i møtet. Prosjektbygg AS forventet signering, og oppfattet det slik at kontrakt ikke ble signert fordi det manglet noen dokumenter. Volda kommune har imidlertid vist til at signering uansett ikke var aktuelt under dette møtet, da det er ordføreren som har signaturrett. Dette kommer lagmannsretten tilbake til.

Prosjektbygg AS og Volda kommune hadde nytt møte 14. februar 2017. Kommunens eiendomssjef informerte om usikre momenter som hadde dukket opp i etterkant av kontraktsmøtet 6. februar 2017, og ga beskjed om at kommunen derfor hadde valgt å avlyse konkurransen. Partene er enige om at det ikke fant sted noen realitetsdiskusjon om avlysningsgrunnene i dette møtet.

Volda kommune sendte 15. februar 2017 brev til Prosjektbygg AS hvor de formelt meddelte at konkurransen var avlyst. Kommunens begrunnelse for å avlyse står naturlig nok sentralt i saken, og lagmannsretten finner det hensiktsmessig å gjengi det vesentligste av innholdet:

«Volda kommune har etter gjennomgang av prosjektet, konkurransegrunnlaget og mottekne tilbud funne at vi må avlyse konkurransen med heimel i anskaffelsesforskriften § 22-1 (1).

Avgjerda er tatt etter ei heilskapsvurdering der kommunen særleg legg vekt på at føresetnadane for prosjektet er betydeleg endra og at grunnlaget for å inngå kontrakt ikkje lenger er til stades sett i høve til målet med prosjektet. Vidare vil ein eventuell kontraktsinngåing medføre brot på anskaffingsregelverket. Vi vil i det følgjande utdype dette.

Den kunngjorde konkurransen omfattar arbeider på Ivar Aasen-bygget som blir leigd ut til Høgskulen i Volda (HVO). Arbeida består av ny heildekkande glasfasade og ny takkonstruksjon på bygninga. Vidare er det lagt inn to opsjonar. Opsjon 1 omfattar å bygge ein 3. etasje på bygget inklusiv ny takkonstruksjon og ny utvendig heis over tre etasjar. Opsjon 2 er rømmingsveg i form av utvendig ståltrapp. Opsjon 1 er i kommunestyremøte 26. januar 2017 vedteke gjennomført basert på det kostnadsbildet som då var kjent.

Det kom inn to tilbud i konkurransen innan tilbudsfristen 7. november 2016. Etter evaluering av tilboda og kunngjeringa av resultatet av konkurransen 15. november 2016, har det dukka opp fleire forhold som endrar føresetnadane i prosjektet betrakteleg. Volda kommune har på

bakgrunn av dette vurdert om prosjektet lar seg gjennomføre med dei endra føresetnadene eller om konkurransen må avlysast. Konklusjonen er at konkurransen må avlysast.

Ei av årsakene til avlysinga er at entreprenøren ikkje kan gjennomføre arbeida med drift i bygget som var ein føresetnad i konkurransegrunnlaget. Dette får store økonomiske konsekvensar for kommunen. Det medfører vidare at framdrifta blir betydeleg skipla.
[...]

Teoretisk sett er det mogleg at kommunen kan krevje av entreprenøren at arbeida blir utført slik det var føresett i konkurransegrunnlaget. Dette vil likevel ikkje være ein aktuell framgangsmåte for kommunen. I og med at opsjon 1 er vedteke utført, blir omfanget av dei totale arbeida større enn det dei tilsette ved HVO hadde føresett. Tillitsvalde, verneombod og leiding på HVO kan på dette grunnlag ikkje lenger akseptere at arbeida blir utført medan bygget er i drift. Kommunen må legge desse endra føresetnadane til grunn ved planlegging av ein ny konkurranse.

At det ikkje kan bli utført arbeid medan bygget er i drift slik føresetnaden var, har som sagt store økonomiske og framdriftsmessige konsekvensar for kommunen.

For det første må kommunen leige undervisningslokalar til høgskolen, samt sette opp brakkerigg for dei kontorlokale som er i bygget, noko som utgjer ca. 43 kontor. Kostnadskonsekvensen av nødvendige erstatningslokalar er estimert til 8 millionar kroner. Det er ikkje sett av midlar i dette prosjektet til ein slik ekstrakostnad.

Vidare blir prosjektet betydelig forsinka som følgje av dette. Det er ikkje tilstrekkeleg tid fram til planlagt byggestart til at kommunen får på plass dei nødvendige erstatningslokala til høgskolen. Dette fører til at arbeida ikkje kan bli utført slik det er føresetnaden var i konkurransegrunnlaget og i entreprenøren sitt anbod. Slik kommunen vurderer det, vil prosjektet bli utsett eitt år på grunn av dette. Det er viktig at prosjektet kjem i gang i mai månad slik at dei tyngste og mest støyande delane av arbeidet skjer i sommarperioden då det er minst personar som arbeider i bygget. Dermed er det ikkje lenger grunnlag for å inngå kontrakt basert på entreprenøren sine prisar inngitt for utføring i 2017.

Ei utsetjing på eitt år, vil etter vårt skjønn føre til at kontrakten må endrast vesentleg, noko kommunen etter anskaffingsregelverket ikkje har høve til å gjere. For det første må entreprenøren tilpasse tilbodet sitt til dette, inkludert inngitte priser. Vidare er det sannsynleg at konkurransesituasjonen ville sett annleis ut dersom utsetjinga hadde vore kjend i marknaden på tidspunktet for kunngjeringa. Det kan tenkast at andre potensielle entreprenørar ville delteke og at gjennomføringa av ein konkurranse med desse føresetnadane ville kunne gitt eit heilt anna resultat.

På denne bakgrunn kan ikkje kommunen inngå kontrakt med dei endra føresetnadane. Å signere kontrakten for deretter å gjere dei nemnde endringane, ville føre til at kommunen gjennomfører ei ulovleg direkte anskaffing.

I tillegg til ovannemnde, vil bygginga av ein ny 3. etasje føre til auka kostnader på grunn av strengare brannkrav for bygget. Dette blei kjent først etter at kommunestyret vedtok bygginga av 3. etasje og var derfor ikkje tatt med i konkurransegrunnlaget (og dermed ikkje i tilboda). Kommunen har ikkje sett av økonomiske midlar til å dekke dei auka kostnadane som strengare brannkrav til heile bygget vil føre til. Også dette gir kommunen sakleg grunn til å avlyse konkurransen [...]».

Etter noe korrespondanse ved respektive advokater tok Prosjektbygg AS ut stevning 25. april 2017 ved Søre Sunnmøre tingrett, med krav om erstatning begrenset oppad til 4.783.000 kroner. Volda kommune påsto seg frifunnet mot å betale negativ kontraktsinteresse på 100.000 kroner.

Søre Sunnmøre tingrett avsa dom 7. mars 2018 med slik slutning:

1. Volda kommune frifinnes mot å betale kr. 100 000 –etthundretusen - kroner til Prosjektbygg AS.
2. I sakskostnader skal Prosjektbygg AS betale kr. 290 000 – tohundreogtittitusen - kroner eks.mva til Volda kommune innen to uker frå dommen er forkynt.

Prosjektbygg AS anket dommen til Frostating lagmannsrett 20. april 2018. Volda kommune ga inn tilsvar til anken. Ankeforhandling ble holdt i Ålesund tinghus 20.–22. november 2018. Partene forklarte seg og det ble hørt sju vitner. Det vises for øvrig til rettsboken.

Prosjektbygg AS sitt påstandsgrunnlag

Det foreligger ikke saklig grunn for å avlyse anbudskonkurransen. De øvrige vilkår for erstatning for positiv kontraktsinteresse er oppfylt.

Det er ikke riktig at Prosjektbygg AS ikke kan gjennomføre arbeidene med vanlig, full drift i bygget. Prosjektbygg AS har aldri ment å gi uttrykk for noe slikt, og har også planlagt for å kunne gjennomføre arbeidene mens normal drift av Høgskulen pågår. Prosjektbygg AS fikk imidlertid aldri anledning til å komme i dialog med kommunen og brukerne av bygget om gjennomføringen av prosjektet. Det er dessuten påfallende at kommunen går videre med kontraktsforhandlinger etter at de angivelige uttalelsene fra Prosjektbygg AS skal ha falt i møte den 6. februar 2017.

Arbeidene kunne vært gjennomført ved å komprimere den opprinnelige fremdriftsplanen slik at de kritiske byggearbeidene – åpning og riving av tak – gjennomføres under sommermånedene. Prosjektbygg AS hadde mulighet for å sette inn doble skift i denne perioden.

For øvrig er forutsetningen om full drift i bygget ikke tydelig stilt i konkurransegrunnlaget, og i alle fall ikke i tilknytning til arbeidene med ny tredje etasje (opsjonen).

Når det gjelder krav til brannsikkerhet mv. foreligger det ingen nye opplysninger i saken. Rapporten fra 2001 som det nå vises til, har kommunen hatt hele tiden. Kommunen må her betraktes som ett organ. Prosjektbygg AS er enig i at rapporten er alarmerende, men dette er ikke et nytt premiss i anbudskonkurransen. Kommunen har reelt sett utlyst en konkurranse den visste ikke ville føre frem til kontraktsinngåelse, noe som er usaklig og gir grunnlag for positiv kontraktsinteresse.

Subsidiært vises det i denne forbindelse til at brannkonseptet bevisst ble holdt utenfor anbudsgrunnlaget. Det er da usaklig å trekke dette inn som avlysningsgrunn. Atter subsidiært viser Prosjektbygg AS til at kommunen ut fra alminnelige lojalitetskrav i kontraktsforhold var forpliktet til å drøfte eventuelle utfordringer med brannsikring med Prosjektbygg AS for å finne løsninger. Prosjektbygg AS mener at tilpassete og regningssvarende løsninger var mulig å finne, jf. vitneforklaring fra vitnet Trygve Conradi, og at dette derfor reelt sett ikke representerte en avlysningsgrunn.

Det er ikke faktisk grunnlag for å hevde at det blir dyrt å bygge under den forutsetning at Høgskulen må flytte ut. Prosjektbygg AS har innhentet tilbud på etablering av brakkerigg fra sin samarbeidspartner som er en brøkdel av det kostnadsestimat som kommunen har bygget på. Det følger av praksis fra KOFA at slike tjenester over begrensede tidsrom ikke behøver å lyses ut. Uansett har kommunen ikke gjennomført en skikkelig prosess om størrelsen på disse kostnadene, noe som er uforsvarlig og illojalt overfor Prosjektbygg AS.

Det er årsakssammenheng mellom avlysningen og tapt fortjeneste. Prosjektbygg AS har derfor krav på positiv kontraktsinteresse.

Det er ikke riktig at Prosjektbygg AS skulle vært avvist fordi kravet til sikkerhetsstillelse ikke var oppfylt. Riktignok sto det i tilbudsdokumentet og erklæringen fra forsikringsmegler at dekningssummen var 10 millioner kroner, men det er en skrivefeil. Det følger av underlagsdokumentene at kravet i Norsk Standard på 150 G er oppfylt, og dette er bekreftet av forsikringsmekleren i retten. Under enhver omstendighet ble ikke Prosjektbygg AS avvist før tildelingen, og det er ingen plikt til å avvise på et slikt grunnlag.

Prosjektbygg AS kunne heller ikke avvises fordi selskapet ikke hadde forutsatt full drift i bygget. Prosjektbygg AS bygget ikke på en forutsetning om utflytting av virksomheten, og uansett inneholdt ikke anbudsdokumentene noe vilkår om full drift.

Volda kommune har anført at den andre tilbyderen, Volda Bygg AS, skulle vært avvist fordi tilbudet bare ble levert per e-post, og at dette i sin tur gir avlysningsrett fordi

kommunen da sitter igjen med bare en tilbyder. Til dette vil Prosjektbygg AS vise til at kommunen ikke har dokumentert at tilbudet rent faktisk ble levert per e-post. Uansett er det sentrale også her at kommunen valgte å ikke avvise – og avlyse – på dette grunnlaget. Kommunen er da avskåret fra å påberope dette som avlysningsgrunn etter at tildeling har skjedd.

Kravet om vesentlig feil for å kunne kreve positiv kontraktsinteresse er oppfylt. Det var i seg selv en vesentlig feil av kommunen å iverksette en konkurranse som den visste at ikke kunne gjennomføres. Videre kom det ikke til noe nytt etter utlysningen. Kommunen har bygget på feil opplysninger vedrørende Prosjektbygg AS sine forutsetninger for oppdraget, og den har heller ikke saksbehandlet på en forsvarlig måte vedrørende økonomiske og andre forutsetninger.

Det må anses tilstrekkelig bevisført at Prosjektbygg AS har et dekningsbidrag i denne typen oppdrag på om lag 20 %. Dette underbygges av den fremlagte «Hovedsammenstilling/resultatskjema» for oppdraget, og av forklaringen fra selskapets revisor Eldar Per Zahl.

Subsidiært kreves erstattet den negative kontraktsinteresse. Det er estimert en timebruk på mellom 400 og 500. Dette må ses i lys av at det dreier seg om et krevende prosjekt. Bygget er gammelt, og det er flere feil i tegningsgrunnlaget.

Prosjektbygg AS har lagt ned slik påstand:

1. Volda kommune plikter å betale erstatning til Prosjektbygg AS med beløp begrenset oppad til kr. 4,7 millioner, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 20. mars 2018 til betaling skjer.
2. Volda kommune plikter å betale saksomkostninger for tingretten og lagmannsretten.

Volda kommunes påstandsgrunnlag

Det er ikke rettslig grunnlag for å kreve oppfyllelsesinteressen erstattet i en anbudskonkurranse som er avlyst og hvor prosjektet aldri har blitt til en realitet. Hovedregelen i norsk rett er at rene formuerettslige interesser ikke har erstatningsrettslig vern.

Under enhver omstendighet er erstatningsvilkårene, slik disse fremgår av Nucleusdommen, Rt-2001-1062, ikke oppfylt i saken. Det foreligger ikke vesentlige feil, og det foreligger heller ikke klar sannsynlighetsovervekt for at Prosjektbygg AS hadde fått tildelt og underskrevet kontrakt hvis regelverket hadde vært fulgt.

Det forelå saklig grunn for å avlyse konkurransen. Vurderingen er objektiv, dvs. at det ikke er relevant å trekke inn om Volda kommune kan bebreides for å ha havnet i en avlysningssituasjon. Praksis viser at terskelen for å kunne avlyse er lav, noe som har sammenheng med at en oppdragsgiver ikke skal tvinges til å gjennomføre et prosjekt som ikke lenger er ønskelig.

Kommunens forutsetning var at Høgskulen skulle være i drift i byggeperioden. Denne forutsetningen lot seg ikke opprettholde. Kommunen hadde ikke midler til å etablere alternativer, dvs. brakkeløsninger m.m. Utflytting ville dessuten endret konkurransebetingelsene og vært i strid med likebehandlingsprinsippet. Dette ga i seg selv saklig avlysningss grunn.

Videre endret forutsetningene seg da kommunen fikk ny kunnskap om byggets branntilstand. Av notat fra Norconsult AS fremgår det at bygging av ny etasje innebærer at hele bygningen gis endret brannklasse, med den følge at det må foretas omfattende bygningstiltak i første og andre etasje.

Det er sannsynliggjort at Prosjektbygg AS, etter at kontrakten ble tildelt, ga uttrykk for at man ikke hadde forutsatt at Høgskulen skulle være i drift ved opsjonsarbeidet, dvs. ved riving av tak og bygging av ny tredje etasje. Utsagnet skapte tvil omkring forutsetningene for gjennomføringen av prosjektet, og om Prosjektbygg AS hadde gitt sitt tilbud ut fra riktige forutsetninger. Dette ga i seg selv avlysningss adgang.

Uansett foreligger det ikke klar sannsynlighetsovervekt for at Prosjektbygg AS skulle blitt tildelt kontrakten dersom regelverket hadde blitt fulgt. For det første skulle Prosjektbygg AS vært avvist fordi selskapet ikke har dokumentert at kvalifikasjonskravet om forsikringsdekning på 150 G er oppfylt. For det andre fordi det kom frem etter tildelingen at tilbudet fra Prosjektbygg AS var basert på en uriktig forutsetning om at det ikke skulle være skoledrift i bygget under opsjonsarbeidene. Kommunen hadde dessuten rett til å avlyse fordi den andre tilbyderen – Volda Bygg AS – skulle vært avvist fordi tilbudet ble levert inn per e-post. Praksis fra bl.a. KOFA viser at i en situasjon med bare en tilbyder har oppdragsgiver rett til å avlyse konkurransen.

Hvis vilkårene for erstatning foreligger, bestrides det påståtte økonomiske tapet. Prosjektbygg AS har bevisbyrden for kravets omfang. Dekningsgraden for det aktuelle prosjektet er svakt dokumentert, og de generelle tall som Prosjektbygg AS har vist til, samsvarer dårlig med regnskapstall og overskudd.

Når det gjelder negativ kontraktsinteresse, vil kommunen vise til tingrettens premisser, og til forklaring fra sakkyndig vitne Vidar Mikal Hofseth fra selskapet Xpro AS, som anslår kostnadene til å ligge et sted mellom 52.000 kroner og 156.000 kroner. Kravet fra

prosjektbygg AS på 500.000 kroner er udokumentert, og bygger på alt for mange arbeidstimer, og med for høy timesats. Hvis planleggingen av arbeidet er påbegynt før kontrakten skulle signeres, er dette Prosjektbygg AS sin risiko.

Volda kommune har lagt ned slik påstand:

- 1 Anken forkastes.
- 2 Volda kommune tilkjennes omkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsrettens vurdering

Hovedspørsmålet i saken er om Volda kommune hadde saklig grunn for å avlyse konkurransen om oppgradering og påbygging av Ivar Aasen-bygget, jf. dagjeldende forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 13-1 første ledd. Det er bare dersom det ikke var saklig grunn for å avlyse at det kan bli aktuelt å vurdere de nærmere vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen.

Kravet til saklig grunn beror på en helhetsvurdering hvor det blant annet skal legges vekt på hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med å avlyse, jf. Rt-2001-473 på s. 480. Tidspunktet for avlysningen har også betydning; det kreves mindre for å avlyse jo tidligere avlysningen skjer. I utgangspunktet er det en lav terskel for å kunne avlyse, se LG-2016-133934 s. 7 med videre henvisning til praksis fra KOFA. At terskelen er lav har sammenheng med at det fra et samfunnsøkonomisk perspektiv vil være lite heldig om oppdragsgiver tvinges til å gjennomføre et prosjekt som ikke lenger er ønskelig.

Det har vært noe uenighet mellom partene om det er en rent objektiv vurdering av saklighetskriteriet som skal foretas, eller om det skal legges vekt på om oppdragsgiver er å bebreide for at avlysningssituasjonen oppsto. Selv om man i både praksis fra KOFA og i teorien finner formuleringer som går ut på at vurderingen er objektiv, er det på det rene at også subjektive elementer vil spille inn. Dette gjelder bl.a. i de rene misbrukstilfeller, hvor konkurransen ikke er reell, og som vil være et typetilfelle av usaklig avlysningsgrunn. Også der hvor planleggingen har vært dårlig, er det antatt i teori og praksis at avlysning kan være usaklig, se Dragsten, Offentlige anskaffelser (05.12.2017) punkt 100.3.8., som viser til KOFA sak 2006/149 hvor manglende klargjøring for salg av en eiendom ikke ga saklig grunn for avlysning fordi disse problemene skulle vært avklart i forkant. Se også Rt-2001-473 på s. 481 hvor det siteres fra forarbeidene til anskaffelsesloven av 1999, NOU 1997:21 på s. 114: «Motsatt vil en avlysning gjennomgående ikke være forretningsmessig dersom den skyldes forhold som oppdragsgiver kjente til eller burde tatt i betraktning ved planleggingen av anskaffelsesprosessen».

Lagmannsretten kan således ikke følge Volda kommune i at det er en rent objektiv vurdering som skal foretas, det vil si uavhengig av om oppdragsgiver selv har bragt seg i en avlysningssituasjon. Forhold som isolert sett er saklige kan etter omstendighetene bli vurdert som usaklige, dersom de er en følge av dårlig planlegging fra oppdragsgivers side. Dette har praktisk betydning i vår sak, hvor et sentralt spørsmål er om Volda kommune burde forutsett de problemer som senere ga opphav til avlysningen.

Med dette utgangspunktet vil lagmannsretten likevel fremholde at det ved den konkrete bedømmelsen ikke kan stilles strenge krav til hva oppdragsgiver burde tatt i betraktning. Den manglende planleggingen må være av en kvalifisert art for at en bestemt omstendighet skal anses som usaklig. Dette har sammenheng med de grunnleggende hensyn som selve avlysningsadgangen hviler på.

Volda kommune har vist til tre forhold som man isolert og samlet mener gir saklig grunnlag for avlysning.

Det første gjelder forholdet til Høgskulen, som er leietaker i Ivar Aasen-bygget. Partene synes å være uenige om i hvilken utstrekning det var en forutsetning i konkurransegrunnlaget at det skulle være drift i bygget under byggearbeidene. Prosjektbygg AS hevder at denne forutsetningen ikke har kommet tydelig til uttrykk når det gjelder opsjonsarbeidene – bygging av ny tredje etasje. Lagmannsretten er imidlertid enig med Volda kommune i at forutsetningen om full drift gjaldt både for oppgraderingsarbeidene og byggingen av tredje etasje. Formelt sett ved at den såkalte Bok 0 gjelder generelt for prosjektet, se nedenfor om dens punkt 1. Reelt sett gir det dessuten liten mening om denne forutsetningen skulle isoleres til å gjelde bare oppgraderingen, og ikke bygging av ny tredje etasje.

Selve forutsetningen om full drift er ikke eksplisitt uttalt i Bok 0, men lest i sammenheng fremgår den klart nok. Punkt 1.2 sier i første avsnitt at «[o]ppstart på prosjektet er ynskja i mai/juni 2017. Då begynner aktiviteten på skulen å avta (...)», mens det i andre avsnitt opplyses at «[s]kulen vil starte igjen i midten av august, så arbeid må koordinerast og SHA-plan må vidareutviklast mtp. arbeid i skulemånadene». Dette kan ikke forstås annerledes enn at skolen skulle være i drift frem til sommerferien, og starte opp igjen i august.

Etter kontraktstildelingen og frem mot signering kom kommunens forutsetning om full drift under byggearbeidene under press. Dels ved at Høgskulen orienterte om at det «denne sommaren [vil] vere eit større bruksbehov i Ivar Aasen bygget enn normalt», slik det fremgår av referat fra møte mellom Volda kommune og Høgskulen 12. januar 2017. Det utvidete bruksbehovet i skolens sommerferie la stein til byrden. Dels ved at det fremkom – etter det lagmannsretten kan se – ny informasjon om asbest i ventilasjon (samme dokument). Dels også ved at Høgskulen ga uttrykk for forsterket bekymring over forhold

som i og for seg var kjente på forhånd, som støv, støy og sikkerhet for brukerne under arbeidene (samme dokument).

Høgskulens bekymringer over egen drift under byggarbeidene resulterte i et brev 9. februar 2017 hvor det ble satt frem krav om leie av andre lokaler til undervisningsformål, og brakker til kontorformål, under byggarbeidene. Det var i forkant av dette brevet holdt flere informasjonsmøter mellom kommunen og Høgskulen, i tillegg til at entreprenøren hadde vært på besøk og orientert om det planlagte arbeidet.

Det er etter lagmannsrettens oppfatning liten tvil om at bekymringene vedrørende forutsetningen om full drift isolert sett ga saklig grunn for avlysning. Høgskulens tiltakende skepsis var et relevant hensyn å legge vekt på. Lagmannsretten er videre enig med kommunen i at det ikke var anledning til å endre forutsetningen i konkurransegrunnlaget om full drift ved å leie alternative lokaler. Dette ville vært et brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling overfor andre faktiske og potensielle tilbydere. Sannsynligvis ville en slik leie også utløst krav om utlysning av konkurranse, men dette trenger ikke lagmannsretten ta stilling til.

Samtidig er det på det rene at kommunen kunne planlagt bedre med tanke på de problemene som her er beskrevet. Høgskulens behov for lokaler også om sommeren burde vært avklart, og planlagt for, som del av premissene i konkurransegrunnlaget. Høgskulens bekymringer for støv, støy og sikkerheten for brukerne kan neppe sies å representere noe nytt sammenlignet med situasjonen da konkurransen ble utlyst. Opplysningene om asbest ser ut til å være nye, men den nærmere betydningen av disse opplysningene er uklare.

Det er etter lagmannsrettens oppfatning et åpent spørsmål om problemene knyttet til forutsetningen om full drift i seg selv ga avlysningsgrunn, gitt kommunens mangelfulle planlegging. At det var relevant å trekke dette momentet inn i en helhetsvurdering er imidlertid på det rene.

I samme periode kom det frem opplysninger som Volda kommune oppfattet dit hen at Prosjektbygg AS ikke hadde planlagt med full drift under arbeidene med å rive taket og byggingen av ny tredje etasje. Volda kommune har anført at dette er en avlysningsgrunn i seg selv. Prosjektbygg AS har bestridt at det har falt slike uttalelser.

Lagmannsretten finner det sannsynliggjort at representanter fra Prosjektbygg AS har kommet med uttalelser om at man ikke har tatt høyde for drift under visse deler av byggingen. I brev fra Høgskulen til Volda kommune 9. februar 2017 (nevnt ovenfor) er det opplyst at en representant for entreprenøren har vært på besøk, og informert om at «det ikke var mogleg med full, ordinær drift i bygningen medan renovasjonsarbeidet føregår. Entreprenøren opplyste vidare at deira entreprise var laga på vilkår av at Aasen-huset var tomt for aktivitet/folk i anleggstida». Dette kan ikke ha kommet ut av ingenting. I referat

fra møte 14. februar samme år, hvor kommunen opplyste om at konkurransen ble avlyst, er det også sagt at entreprenøren ikke har tatt høyde for full drift. Det er først sent i den rettslige prosessen at Prosjektbygg AS har bestridt disse utsagnene.

For lagmannsretten hevder Prosjektbygg AS at man i alle fall ikke har satt denne forutsetningen på spissen, og videre at man ville vært i stand til å forsere de kritiske arbeidene til skolens sommerferie, eventuelt med en viss tilrettelegging i eksamensperioden. Volda kommune ga imidlertid aldri Prosjektbygg AS muligheten til å komme i dialog om dette.

Lagmannsretten har forståelse for at Prosjektbygg AS ønsket en nærmere dialog om hvordan forutsetningen om full drift kunne varetas. Det står likevel som klart at det er Prosjektbygg AS selv som har skapt usikkerhet rundt gjennomføringsevnen på dette punkt. Denne usikkerheten var det relevant av kommunen å ta hensyn til, av flere grunner. Dels fordi det ble skapt usikkerhet om prosjektet i det hele tatt kunne gjennomføres slik som forutsatt. Dels også fordi det ville vært i strid med prinsippet om likebehandling dersom denne forutsetningen skulle bli frafalt.

Den tredje grunnen for å avlyse konkurransen var nye opplysninger om brannsikkerhet. De som var ansvarlige i kommunen for å gjennomføre oppgraderingen av Ivar Aasen-bygget ble i begynnelsen av 2017 oppmerksomme på at det forelå en tilstandsrapport fra 2001 om det eksisterende byggets brannsikkerhet. Opplysningene i rapporten var nokså bekymringsfulle. Blant annet sies det at de bærende konstruksjonene ikke ivaretar kravene til brannmotstand. Kommunen tok på denne bakgrunn kontakt med rådgivningsfirmaet Norconsult AS for å få en brannteknisk vurdering.

I notat 10. februar 2017 fra Norconsult AS til kommunen informeres det bl.a. om at en ny etasje innebærer «økning av byggets brannklasse. Økning av byggets brannklasse vil medføre at eksisterende bærekonstruksjoner må oppgraderes for å kunne ivareta minstekravene til bæring og brannskiller». Det anbefales at «man ikke går videre med prosjektering av ny 3. etasje før det er avklart om eksisterende dekker kan oppgraderes». Videre oppfordres kommunen til å avklare bruken av arealene i tredje etasje, da dette får betydning for brannklasse. Endelig pekes det på muligheten for at byggeprosjektet samlet sett kan bli å anse som en hovedombygging, som i så fall innebærer at hele bygget må oppfylle dagens krav i teknisk forskrift (TEK).

Også på dette punkt kan både kommunens planlegging og de rent faglige vurderingene diskuteres og kritiseres. Når det gjelder planlegging, bør kommunen forventes å kjenne til rapporter som den selv har, selv om en brann (sic) i rådhuset for en del år siden førte til at mange dokumenter gikk tapt. Endring av brannklasse ved bygging av ny etasje er heller ingen upåregnelig opplysning for en kommune. Kommunen gjorde dessuten et bevisst valg

om å holde brannsikring utenfor konkurransen, og det bør da ikke uten videre være kurant at slike forhold skal gi grunnlag for å avlyse.

Hva gjelder de faglige vurderingene har lagmannsretten mottatt ulike synspunkter på hva som må gjøres og kostnadene ved ulike tiltak. Det fagkyndige vitnet fra Prosjektbygg AS, Trygve Conradi, har fremholdt at man med et såpass gammelt bygg som Ivar Aasen-bygget må legge vekk de pre-aksepterte løsningene og heller prosjektere med utgangspunkt i byggets tilstand og den konkrete bruken av bygget. Man vil da kunne finne brannfaglig akseptable løsninger som også er realistiske, økonomisk sett.

Lagmannsretten har i og for seg ikke noe grunnlag for å betvile opplysningene om at brannsikring kan varetas på andre måter enn ved – svært kostbare – tiltak rettet inn mot brannmotstanden til byggets bæreelementer. Likevel er det forståelig at en kommune som ikke selv besitter den aktuelle ekspertise, lener seg tungt mot de faglige råd som den mottar. I dette tilfellet var rådet meget tydelig – å avvente bygging av ny tredje etasje. Kravet til saklighet må ta utgangspunkt i de faglig baserte opplysninger som kommunen hadde da den avlyste, og ikke i faglige diskusjoner som kommer i etterkant av prosessen.

Det er lagmannsrettens syn at det var relevant å legge vekt på brannsikkerhet ved avlysningen, selv om kommunens egen planlegging har vært svak og de brannfaglige vurderingene som kommunen bygget på, var diskutabile.

Samlet sett er det lagmannsrettens oppfatning at Volda kommune, med de tre grunnene som er gjennomgått ovenfor, hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Når den mangelfulle planleggingen fra kommunens side ikke har fått utslagsgivende betydning i favør Prosjektbygg AS, har dette sammenheng med flere forhold. Dels at man i relasjon til en senere adgang til å avlyse ikke bør legge for strenge mål på evnen og muligheten til å planlegge. Terskelen for å avlyse bør være forholdsvis lav, og det vil man ikke kunne oppnå dersom det stilles strenge krav til planlegging og forutseenhet. Dels er det lagt vekt på at enkelte opplysninger synes å ha vært av ny art, så som asbest i ventilasjonsanlegget, og usikkerheten som oppsto om hvorvidt Prosjektbygg AS hadde planlagt med full drift. Det er også lagt vekt på at Høgskulen krevde erstatningslokaler som følge av en økende bekymring for hva byggarbeidene ville føre med seg, selv om disse bekymringene for en stor del var knyttet til allerede kjente forhold. Utflytting og leie av lokaler ville endret premissene for hele konkurransen.

Lagmannsretten har også tatt i betraktning at kommunen ikke hadde en god nok dialog med Prosjektbygg AS i forkant av avlysningen. Det kan hende at enkelte av premissene for kommunens beslutning ville vært vurdert annerledes dersom Prosjektbygg AS hadde fått anledning til å komme med sitt syn. Det er imidlertid ikke noe som tyder på at den samlede

vurderingen av om konkurransen skulle avlyses ville falt annerledes ut selv om Prosjektbygg AS hadde vært konsultert i forkant.

I og med at avlysningen anses som saklig begrunnet, er det ikke grunn til å vurdere de øvrige vilkår for å tilkjenne erstatning for oppfyllelsesinteressen.

Når det gjelder negativ kontraktsinteresse har kommunen akseptert å dekke utgifter til innlevering av anbud. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling til om det foreligger ansvarsgrunnlag, men lagmannsretten nevner at den mangelfulle planleggingen som er beskrevet ovenfor vil kunne være ansvarsbetingende.

Prosjektbygg AS har ved sin styreformann og daglig leder Sindre Arne Torseth opplyst at firmaet har brukt 400-500 timer, og forklart den omfattende timebruken med at det er et komplisert prosjekt bl.a. fordi bygget er gammelt. Noen dokumentasjon utover dette f.eks. i form av timeføring foreligger ikke. Volda kommune har på sin side lagt frem et kostnadsestimat utarbeidet av rådgivningsfirmaet Xpro AS ved Vidar Mikal Hofseth, som anslår timebruken til et sted mellom 100 og 300. På basis av lønnsstatistikk fra NITO beregnes de direkte kostnadene til mellom 52.000 kroner og 156.000 kroner. Lagmannsretten har ikke noe bedre grunnlag å bygge på enn dette estimatet, og setter erstatningen skjønnsmessig til 100.000 kroner, som i tingrettens dom.

Volda kommune har etter dette vunnet saken fullt ut, og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 andre, jf. første ledd, krav på full erstatning for sine sakskostnader. Det foreligger etter lagmannsrettens oppfatning ikke slik tvil i saken at det er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen, jf. samme paragraf tredje ledd. Det er heller ingen andre unntak som er aktuelle i saken.

Volda kommune har krevd 376.765 kroner i sakskostnader for lagmannsretten, hvorav 284.289 kroner er salærutgifter og 92.476 kroner er utgifter til sakkyndig og reiseutgifter. Utgiftene finnes rimelige og nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd, og tilkjennes.

Det gjøres ikke endringer i tingrettens sakskostnadsavgjørelse.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

- 1 Anken forkastes.
- 2 Prosjektbygg AS betaler til Volda kommune 376.765 – trehundreogsyttisekstusen-
sjuhundreogseksstifem – kroner i sakskostnader for lagmannsretten innen 2 – to –
uker fra forkynnelsen av dommen.

Bjørn O. Berg

Erlend Malvik Moen

Ingolv Joa

Dokument i samsvar med undertegnet original
07.01.2019 Vibeke Fagerheim (el.sign.)
Frostating lagmannsrett

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen

feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener
at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling. Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.