



KLUGE

Drammen kommune – Isachsen entreprenør AS

Vurdering av spørsmålet om anke

Advokat Brynjulf Næss

Innholdet i presentasjonen

1. Bakgrunnen for saken
2. De rettslige spørsmålene
3. Tingrettens dom
4. Lagmannsrettens dom
5. Min vurdering av lagmannsrettens dom
6. Bør kommunen anke saken til Høyesterett – *Unntatt offentlighet etter kommuneloven § 31 nr. 5, jf. offentlighetsloven § 15 (2)*
7. Eventuelle spørsmål

Bakgrunnen for saken

- Drammen kommune gjennomførte i april 2008 en åpen anbudskonkurranse for drift- og vedlikehold av veier med funksjonsansvar for Strømsø og Bragernessiden i Drammen. Kontraktens skulle gjelde for perioden fra 1. oktober 2009 til 30. september 2014
- Tidligere var veinettet fordelt på ca 40 enkeltkontrakter
- Overgangen til funksjonskontrakter skulle føre til ressursbesparelser for kommunen som byggherre og gi et bedre sluttprodukt til kommunens innbyggere

Bakgrunnen for saken

- Anskaffelsen ble gjennomført som en åpen anbudskonkurranse etter forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2006-04-402) § 14-1
- Det kom inn fire tilbud, hvorav ett ble avvist
- Tilbyderne som ble vurdert var Isachsen Entreprenør, Aktiv Veidrift og Mesta
- Evalueringen av tilbudene skulle gjøres av en evalueringsgruppe bestående av tre fagpersoner. En fra kommunen og to eksterne

Bakgrunnen for saken

- Kontrakten skulle tildeles den leverandøren som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet
- Tildelingskriteriene var 50 % pris og 50 % kvalitet
- Kvaliteten skulle vurderes ut i fra planer tilbyderne skulle utarbeide.
 - vinterplan 30 %
 - ressursplan 10 %
 - beredskapsplan 10 %
- Planene skulle vise at entreprenørene hadde forstått den oppgaven de skulle utføre – og at de hadde tilstrekkelig kompetanse til å utføre det fremtidige kontraktsarbeidet

Bakgrunnen for saken

- Poengene skulle tildeles ut i fra en skjønsmessig faglig vurdering av kvaliteten på planene
- Aktiv Veidrift ble ansett som beste tilbyder for begge kontraktene
 - Prisen var 40 millioner kr lavere enn Isachsen
 - Kvaliteten var dårligere enn Isachsen, men dette veide ikke opp for pris
- Isachsen Entreprenør hadde en pris som var ca 25% over budsjettet. Pristilbudet fra Aktiv Veidrift var omtrent samsvar med budsjettet.

Bakgrunnen for saken

- Isachsen Entreprenør klagde over tildelingen – mente evalueringsgruppen hadde begått feil under evalueringen av kvalitet, og at begge kontraktene, ved en korrekt vurdering, skulle ha gått til Isachsen Entreprenør
- Kommunen fastholdt sin beslutning om å tildele kontrakten til Aktiv Veidrift
- Isachsen Entreprenør tok deretter ut stevning mot Drammen kommune 21. oktober 2009

Bakgrunnen for saken

- Isachsen Entreprenør krevde
 - erstatning for den positiv kontraktsinteressen for begge kontraktene
 - dvs erstatning for leverandørens økonomiske tap med ved ikke å bli tildelt kontrakten.
 - Subsidiært: Erstatning for den negativ kontraktsinteresse
 - dvs erstatning for kostnadene ved å ha deltatt i konkurransen.

De rettslige spørsmålene

Isachsen Entreprenør hevder:

- Kommunens vurdering av tildelingskriteriet ”kvalitet” er feil
 - Bygger på feil faktiske forhold
 - Vilkårlige vurderinger
 - Uforsvarlige vurderinger
- Vilkårene for å kreve erstatning for tapt fortjenestetap er oppfylt
 - Vesentlige feil
 - Klar sannsynlighet for at Isachsen Entreprenør ville ha fått kontrakten dersom vurderingen hadde vært lovlig.
 - Tapt fortjeneste ved ikke å få tildelt kontrakten utgjør kr 25 mill

De rettslige spørsmålene

Drammen kommune hevder:

- Vurderingen av tildelingskriteriet "kvalitet" er lovlig
 - Vurderingene bygger på korrekt faktum
 - Vurderingen er ikke vilkårlige
 - Vurderingene er ikke uforsvarlige
- Det er ikke avgjørende at Isachsen Entreprenør er uenig. Kommunen har et innkjøpsfaglig skjønn

De rettslige spørsmålene

Drammen kommune hevder vider at vilkårene for tapt fortjeneste er uansett ikke oppfylt:

- Eventuelle feil er ikke vesentlig
- Det ikke klar årsakssammenheng for at Isachsen Entreprenør ville ha fått kontrakten selv om eventuelle feil tenkes borte
 - Den store prisforskjellen ville uansette ha vært avgjørende
 - Dersom Isachsen Entreprenør hadde vunnet konkurransen ville konkurransen ha blitt avlyst pga budsjettoverskridelse (25% over budsjett)

Tingrettens dom

Drammen tingrett, satt med fagkyndige dommere, avsa den 29. juli 2009 dom med slik domsslutning:

”Drammen kommune dømmes til å betale 5 253 125 – femmillionertohundreogfemtiretusenetthundreog tjuefem-kroner i erstatning til Isachsen Entreprenør AS innen 2 – to – uker fra dommens fra forkynnelse”

Erstatningsbeløpet fordeler seg med 5 millioner kroner i erstatning for positiv kontraktsinteresse for Bragernes-kontrakten, mens de resterende 253 125 kroner utgjør erstatning for pådratt utgifter (negativ kontraktsinteresse) for Strømsø-kontrakten.”

Tingrettens dom

- Kritikk mot den evalueringsmodellen som ble benyttet
- Overfladisk vurdering
- For kort tid

”Etter en gjennomgang av trekkene evalueringsgruppen har foretatt, fremstår noen av trekkene som direkte feil, andre vilkårlige, og de man står igjen med som mindre viktige. De fremstår ikke som direkte feil eller mangler, men mer som et ønske om en mer optimal løsning enn den man faktisk og direkte etterspør i konkurransegrunnlaget punkt 6.2.2.”

”Retten mener uavhengig av en konkret gjennomgang av trekkelementene foretatt i forhold til Isachsen Entreprenør AS, at det ikke er den faktiske evalueringen av disse elementene som utgjør den store feilen ved evalueringsgruppens arbeid. Det som fremstår som den klart groveste feilen er at gruppen har foretatt en så overflatisk vurdering og undersøkelse av vinterplanene at de ikke har lagt merke til at Aktiv veidrift har levert en kapasitetsberegning som i det vesentligste ikke overholder kapasitetskravene, og at disse i tillegg inneholder faktiske feil...”

Tingrettens dom

- Tingretten kom til at det var begått vesentlige feil ved evalueringen
- ...og at det var klar sannsynlighetsovervekt for at Isachsen Entreprenør ville fått tildelt kontrakten for Bragernes siden.
- Når det gjaldt Stømsø-siden kunne det ikke utelukkes at Mesta kunne fått høyest poengsum, og for denne kontrakten ble Isachsen derfor kun tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen

Lagmannsrettens dom

-Kommunen anket tingrettens dom inn for lagmannsretten. Kommunen fastholdt det som var anført for tingretten:

- Ingen feil ved evalueringen. Må respektere kommunens innkjøpsfaglige skjønn
- Uansett ikke vesentlige feil som gir grunnlag for positiv kontraksinteresse
- Uansett ikke klar sannsynlighetsovervekt for at Isachsen Entreprenør ville ha fått kontrakten dersom feilene tenkes borte.
 - Den store prisforskjellen ville uansett ha vært avgjørende
 - Dersom Isachsen hadde fått kontrakten ville konkurransen blitt avlyst pga budsjettoverskridelse (Dette var en ny anførsel for lagmannsretten).

Lagmannsrettens dom

Også Isachsen Entreprenør fastholdt det som var anført for tingretten:

- Evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet" var ulovlig
- De feil som ble begått ved evalueringen er vesentlige
- Dersom feilene tenkes borte er det klar sannsynlighetsovervekt for at Isachsen Entreprenør ville ha fått kontrakten
 - Kvaliteten ville ha vært avgjørende
 - Det er ikke sannsynlig at konkurransen ville ha blitt avlyst selv om Isachsen hadde fått kontrakten

Lagmannsrettens dom

Lagmannsretten konkluderte med at kommunens evaluering av kvalitet var ulovlig, og at det var flere punkter der:

- Kommunen hadde bygget på uriktig faktum
 - Vurderingen var uforsvarlig
 - Vurderingen var vilkårlig
- Lagmannsretten mente derfor at det var grunnlag for å sette vurderingen til side

Lagmannsrettens dom

Lagmannsretten legger videre til grunn:

- De feil kommunen har gjort ved vurderingen av "kvalitet" er vesentlige
- Dersom feilene tenkes borte er det klar sannsynlighetsovervekt for at Isachsen Entreprenør ville ha fått kontrakten
 - Lagmannsretten mener kvaliteten da ville ha vært avgjørende
 - Lagmannsretten mener det ikke er sannsynlig at konkurransen ville ha blitt avlyst dersom Isachsen hadde fått kontrakten

Min vurdering av lagmannsrettens dom:

- Lagmannsretten går for langt i å overprøve kommunens innkjøpsfaglige skjønn
 - Det er kommunen som kjenner egne behov best, og retten kan ikke gå inn å overprøve de faglige vurderingene kommunen har gjort
 - Det som etter rettspraksis kan overprøves er om det faktum evalueringsgruppen har lagt til grunn er korrekt, og om vurderingen er usaklig og uforsvarlig på sentrale punkter
- Lagmannsretten hevder at en legger det innkjøpsfaglige skjønnet til grunn
 - Reelt sett går retten likevel inn i den konkrete vurderingen som er gjort av tilbudene –
– noe det altså ikke er adgang til.

Min vurdering av lagmannsrettens dom

- Retten tar feil når den legger til grunn at konkurransen ikke ville ha blitt avlyst dersom Isachsen hadde fått kontrakten
 - Lagmannsretten konstaterer at det da ville ha vært en budsjettoverskridelse på ca 25%
 - Dette gir etter rettspraksis saklig grunn for avlysning
 - Det er sannsynlig at Drammen kommune ville ha benyttet retten til å avlyse i en slik situasjon

Min vurdering av lagmannsrettens dom

- Det foreligger en reell budsjettoverskridelse i vår sak:
 - ikke ført bevis for eller anført fra Isachsen Entreprenør sin side at kommunens budsjett var urealistisk
- Drammen kommune førte bevis for at budsjettet var basert på det aktuelle oppdraget som var konkurranseutsatt, og med de kvalitetskrav som gjaldt for dette oppdraget
- At budsjettet var realistisk underbygges også av at Aktiv Veidrift leverte et tilbud innenfor budsjettet – noe som klart underbygger at budsjettet ikke var urealistisk lavt

Min vurdering av lagmannsrettens dom

- Konklusjonen blir derfor at konkurransen mest sannsynlig ville ha blitt avlyst pga budsjettoverskridelse. Dermed:
 - Ingen årsakssammenheng
 - Ingen erstatning

- Lagmannsretten oppstiller imidlertid et tilleggskrav:
 - En avlysning kun vil kun være lovlig dersom en gjennomføring av avtalen med Isachsen Entreprenør fremstår som *"en økonomisk umulighet"*

 - Dette er etter min mening feil juss