

NOTAT

Deres ref.

Vår ref.

22144/2020/Q32/GEAU

Dato

02.10.2020

JURIDISK VURDERING AV MULIG ANBUDSUTLEGGING STORFOSNATUNELLEN

Vi har fått Bjerkan/Stav til å vurdere de juridiske aspektene ved å legge ut et anbud før finansieringen er helt på plass. Utredningen følger nedenfor:

1. Sakens bakgrunn

Det har i lang tid vært utredet hvilke muligheter som finnes for å bygge undersjøisk tunnel mellom Garten og Storfosna. Tunnelen er tenkt å fjerne behovet for dagens fergeforbindelse. Utredninger og historikk per oktober 2016 følger av «Rapport fra arbeidsgruppe for realisering av fastlandsforbindelse mellom Garten og Storfosna».

Veien frem til Garten (fergekaia) er fylkeskommunal. Enhver byggeprosess som evt. skulle bli initiert av Ørland kommune, vil måtte skje i samarbeid med Trøndelag fylkeskommune. Bjerkan Stav er kjent med at det har vært drøftelser med fylkeskommunen om dette, og at det har vært fremlagt avtaleutkast mellom partene. Vi er ikke kjent med om det har blitt inngått avtale, og hva denne i så fall regulerer.

2. Hva som ønskes utredet

Ørland kommune ønsker å få utredet lovligheten av å kunngjøre en offentlig anbudskonkurranse for bygging av tunnelen, hvor det tas forbehold om finansiering.

3. Forutsetninger for hva som skal utredes av Bjerkan Stav

Vi forstår det slik at det er kommunen som ønsker å bygge tunnelen og å gjennomføre anbudskonkurranse, altså at fylkeskommunen ikke skal opptre som verken byggherre eller oppdragsgiver. Hvordan dette skal skje praktisk i forholdet opp mot fylkeskommunen, vites som nevnt ikke.

Videre, så forstår vi det slik at finansieringen av tunnelen i hovedsak skal skje gjennom fergeavløsningsmidler. Dette er midler som utløses ved at en fergestrekning nedlegges. Dette er også omtalt i «Rapport fra arbeidsgruppe for realisering av fastlandsforbindelse mellom Garten og Storfosna»

Vi legger til grunn at Trøndelag fylkeskommune per dagens dato *ikke* ønsker å bidra med midler for bygging av tunnelen, utover fergeavløsningsmidlene (det antas at sistnevnte midler stammer fra fylkeskommunen, ikke staten, siden vegen er fylkeskommunal).

Vi har også fått opplyst at Ørland kommune ikke har avsatt midler i eget budsjett for finansiering av byggeprosjektet. Det pågår en politisk debatt om dette.

4. Rettslige forhold

Dersom Ørland kommune skal utlyse en anbudskonkurranse uten å ha tilstrekkelige finansiering av tunnelen, så er det en stor sjanse for at konkurransen må avsluttes uten at det blir inngått kontrakt med en av leverandørene.

I utgangspunktet har oppdragsgiver mulighet til å avslutte en anbudskonkurranse på grunn av økonomiske forhold på to måter. Oppdragsgiver kan

- avlyse konkurransen, eller
- avvise ett, flere eller samtlige tilbud, dersom tilbudene overstiger de på forhånd fastsatte budsjett (her er det forutsatt at pristaket tydelig er opplyst).

Selv om en konkurranse for så vidt alltid *kan* avlyses, så må kommunen ha såkalt «saklig grunn» for å kunne gjøre det lovlig, jf. FOA § 10-4 (1). Erstatningskrav vil i utgangspunktet være utelukket dersom det foreligger saklig grunn.

Litt forenklet, så betyr vilkåret om «saklig grunn» i denne sammenheng 1) at kommunen rent faktisk ikke har finansiering (objektivt kriterium) og 2) at leverandørene fikk informasjon om at prosjektet kunne bortfalle pga. økonomi (subjektivt kriterium), altså at kommunen ikke er å bebreide. Hovedpoenget er at leverandørene må ha en forutsetning for å forstå at konkurransen kan bli avlyst, og kanskje også ha forutsetning for å forstå hvor stor risiko det er for at konkurransen avlyses. Ellers kan det hevdes at de ble forledet til å inngi tilbud på uriktig grunnlag.

Det er altså gode grunner for å gjøre *alle* prosjektets forutsetninger godt synlig for leverandørene, og vi bemerker at dette også ble anbefalt i notatet fra 2016 (bilag 1), hvor det heter:

«Anbudsform

For å redusere risiko for kostnadsoverskridelser (risikohåndtering) bør det vurderes å lyse ut anbudet med et definert «pristak». Dersom det ikke kommer inn anbud under dette taket avlyses konkurransen. Et slikt anbud kan gjennomføres uten at entreprenørene som levere anbud kan kreve erstatning fra STFK eller Ørland kommune.»

Merk at forutsetningen i 2016 fremstod annerledes. Det som er spesielt i vår sak slik den står nå, er at den helt mangler finansiering (utover fergeavløsningmidler). Dette betyr at en kunngjøring av byggekonkurranse nå kan fremstå som en måte å innhente pristilbud på, og ikke en reell konkurranse om å bygge tunnelen. Dette fremstår meget risikabelt.

Vi kan ikke anbefale at man utlyser en anbudskonkurranse for bygging av en tunnel som mangler vesentlig deler av finansieringen, uten at leverandørene gjøres svært tydelig oppmerksom på dette. Det antas at det kan bli meget vanskelig å få inn tilbud på en anbudskonkurranse som uttrykkelig opplyser å mangle store deler av finansieringen. Vi tror også sistnevnte vil kunne oppfattes useriøst i entreprenørmarkedet.

Det bemerkes at dette er et stort prosjekt som antas å tiltrekke seg potensielle leverandører fra hele Norge, kanskje også internasjonalt. Slike entreprenører er neppe interesserte å utføre det store arbeidet det er å prosjektere tunnelen, om de får vite hvor usikker finansieringen reelt sett er.

Vi poengterer at prosjekteringsarbeidet fort vil koste mange millioner kroner, for hver av leverandørene. Dette er noe alle leverandørene potensielt kan kreve erstattet dersom kommunen i konkurransen ikke har synliggjort risikoen for og ved manglende finansiering. De potensielle kravenes størrelse tilsier alene at kommunen opptrer med forsiktighet.

Poenget med en anbudskonkurranse ser ut til å være to/tre-delt. Man skal finne kostnaden og deretter forsøke å finansiere prosjektet – for så å kontrahere med entreprenør.

Dette er en fylkeskommunal veg og en anbudskonkurranse må etter vår mening gjennomføres av oppdragsgiver, evt. etter fullmakt fra oppdragsgiver hvor Ørland kommune påtar seg alt ansvar for mulige feil og etterfølgende erstatningsansvar. I anbudsgrunnlaget må det i så fall gjøres rede for at anbudet/kontrakten vil bli transportert til Fylkeskommunen.

Hva angår en konkurranse må kommunen i et anbudsgrunnlag klart gjøre rede for at det ikke er tatt noen beslutning om gjennomføring eller finansiering og at det primære med konkurransen vil være å se om totalkostnaden er akseptabel som grunnlag for finansiering og gjennomføring. I tillegg må det settes en svært lang vedståelsesfrist i konkurransen, siden kommunen – etter å ha mottatt tilbudene – må finne finansiering. Dette kan ta lang tid, kanskje et halvår, kanskje et år. Så vidt lang vedståelsesfrist, dvs. hvor lenge tilbudet vil være bindende for leverandørene, er helt uvanlig i bygg- og anleggsbransjen. Vi tror ikke leverandørene vil være interessert i så vidt lange frister, og det kan også være ulovlig iht. regelverket for offentlige anskaffelser.

Et prosjekt av denne størrelsesorden og kompleksitet vil fordre et betydelig arbeid på tilbydernes hånd mht. prosjektering o.a. som vil være nødvendig for å utarbeide og kvalitetssikre et tilbud. Tilbyderne må selvsagt legge til grunn at tilbudet kan bli akseptert og at de kan bli kontraktmessig forpliktet til å gjennomføre prosjektet i tråd med tilbudet.

Med den usikkerheten som vil ligge til grunn for anbudskonkurransen – sett opp imot kostnadene for entreprenør mht. utarbeidelse av tilbud, uvanlig lang vedståelsesfrist mm – har ikke vi noen tro på at seriøse entreprenører vil levere tilbud dersom det arrangeres en konkurranse. De kostnader og det arbeid som må gjøres for å utarbeide et konkurransegrunnlag vil derfor etter all sannsynlighet gå tapt. Dertil vil en anbudskonkurranse under slike omstendigheter innebære høyere fare enn normalt hva angår mulige krav i etterkant. Det finnes en rekke saker om avlysning av konkurranse hvor det offentlige har tapt. Fremgangsmåten oppfattes som ekstraordinær og vi er redde for at den kan bli oppfattes som useriøs.

Vi tilføyer her at vi **på det aller sterkeste** vil fraråde at kommunen inngår en avtale med en leverandør før finansiering er sikret. Dette vil kunne blottstille kommunen for betydelige erstatningskrav.

Vi vil anbefale at kommunen får avklart alle forhold rundt finansiering, før man vurderer videre arbeid med anbudsgjennomføring.

I tillegg bør kommunen avklare alle avtaleforhold opp mot fylkeskommunen, hvis dette er uavklart. Konsekvensene ved å bygge en kommunal tunnel som skal henge sammen med et fylkeskommunalt vegnett har vi ikke hatt foranledning til å gå nærmere inn på her, men alle slike forhold bør være klarlagt og avtalefestet før en anbudskonkurranse gjennomføres. Ved et utbyggingsprosjekt som dette er det relativt vanlig at det skjer overskridelser. Før det kontraheres med entreprenør (normalt: før anbudskonkurransen gjennomføres) må det også avklares hvem som skal ha ansvaret for eventuelle overskridelser; Fylkeskommunen eller kommunen.

Oppsummert: Som denne gjennomgangen viser, så er det for tidlig å legge dette ut som en anbudskonkurranse. Vi forstår det slik at kommunen har fått oppdaterte kostnadsoverslag fra Sweco. Kommunen bør bygge på disse tallene mens dere for øvrig arbeider med å skaffe finansiering til prosjektet. Når det er avklart hvilke økonomiske rammer kommunen (og/eller Fylkeskommunen) har, så kan dere legge det ut på anbud.

