



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av leiekontrakt til kontorlokaler. Klager anførte at innklagede gjennom svar på innkomne spørsmål hadde endret konkurransegrunnlagets krav til plassering av parkeringsplasser og ved det gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket.*

### **Klagenemndas avgjørelse 12. desember 2018 i sak 2017/187**

**Klager:** Clemens Eiendom AS og Ferd Eiendom AS

**Innklaget:** Brønnøysundregistrene

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

#### **Bakgrunn:**

- (1) Brønnøysundregistrene (heretter innklagede) kunngjorde 19. april 2017 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av leieavtale for kontorlokaler. På grunn av tekniske forhold i Doffin-databasen ble konkurransen kansellert. Ny konkurranse ble kunngjort 7. juni 2017. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1 anslått til å være mellom 900 millioner kroner og 1,8 milliarder kroner ekskl. mva. Frist for forespørsel om deltakelse i konkurransen var 20. juni 2017. I konkurransegrunnlaget oversendt tilbyderne 26. juni 2017, ble tilbudsfrist angitt til 16. august 2017. I det etterfølgende konkurransegrunnlaget for endelig tilbud, oversendt tilbyderne 11. november 2017, ble fristen for endelig tilbud angitt til 27. november 2017.
- (2) Kontrakten skulle ha en varighet på 20 år, med opsjon på forlengelse i 5 + 5 år. Tilbyderne skulle stille med tomt og forutsetningsvis nyetablerte lokaler.
- (3) I kravspesifikasjonen knyttet til konkurransen som senere ble kansellert, fremgikk det følgende om parkeringsanlegg under «Sikkerhet («Security»)»:  
*«Parkeringsplasser legges med avstand fra bygningen og eventuelt med bygningsmessige hindringer som umuliggjør kjøring inn til bygningen».*
- (4) Under den nærmere beskrivelsen av anskaffelsen i konkurransegrunnlaget oversendt tilbyderne 26. juni 2017, fremgikk det at lokalene som tilbys «skal være sentralt plassert i Brønnøysund, jf. kartskisse vedlagt kvalifikasjonsgrunnlaget».

**Postadresse**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no  
Nettside: www.kofa.no

(5) I samme kapittel uttrykte innklagede følgende:

*«I kravspesifikasjonen er det lagt til grunn en fordeling mellom cellekontor og åpne landskap på 30/70 og antall arbeidsplasser på 630. Antall parkeringsplasser skal være i henhold til kommunens parkeringsvedtekter, basert på 630 ansatte. Det første tilbudet som innleveres skal baseres på disse tallene. Det er altså ikke anledning til å avvike fra tallene i det første tilbudet som innleveres.»*

(6) I konkurransegrunnlagets kapittel 2.6 fremgikk en «[p]resisering av krav i kravspesifikasjonen»:

*Krav, enten de er benevnt som «skal» eller «må» krav, er krav som ikke er absolutte minstekrav, men krav som skal aksepteres/ svares opp av tilbyder og som vil bli evaluert. Tilbyder kan, med unntak for fordeling mellom cellekontor og åpne landskap på 30/70 og antall arbeidsplasser på 630 som angitt i punkt 2.1, avvike fra kravene hvis tilbyder anser at dette ikke reduserer brukskvaliteten på bygget vesentlig eller reduserer sikkerhetsnivået (generelt og knyttet til skjermingsverdige objekt). Eventuelle avvik skal ledsages av et anslag på hvilke prisreduksjoner som i tilfelle kan oppnås.*

*For ordens skyld presiserer vi at dette ikke gjelder de krav som settes for å oppfylle offentlige lov- og forskriftskrav og krav som er angitt som absolutte minstekrav i tabellen nedenfor. Manglende oppfyllelse av slike krav, vil medføre avvisning av tilbudet.»*

(7) Det ble så gitt en oversikt over absolutte minstekrav. Disse skulle også være merket med gult i kravspesifikasjonen. [REDACTED]

(8) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget kapittel 4 at kontrakten skulle tildeles «på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, vurdert på grunnlag av kriteriene «Egnethet» (vektet 60 %) og «Totalpris» (vektet 40 %)».

(9) Tildelingskriteriet «Egnethet» var angitt på følgende måte:

*«Følgende forhold (i uprioritert rekkefølge) vil blant annet inngå i vurderingen av lokalenes egnethet:*

- *Funksjonalitet*
- *Fleksibilitet*
- *Bygningsmessig standard og kvalitet*
- *Leielokalenes tilhørende uteområder*
- *Bygningens estetiske og arkitektoniske uttrykk*
- *Sikkerhet (hvordan de tilbudte lokaler oppfyller Brønnøysundregistrenes sikkerhetskrav)*
- *Bygningsmessige forhold som kan bidra til reduserte driftskostnader».*

- (10) Tildelingskriteriet om totalpris var angitt til å være den årlige summen av husleie, leie av parkeringsareal, merverdiavgiftskompensasjon, stipulerte felleskostnader og stipulerte energikostnader.
- (11) I kravspesifikasjonen vedlagt konkurransegrunnlaget fremgikk det under «Sikkerhet («Security»)» følgende:

*Brønnøysundregistrene innehar skjermingsverdige objekter og er underlagt sikkerhetsloven. Det er "Funksjonen Brønnøysundregistrene og Altinn" som er underlagt objektsikkerhetsforskriften.*

*Nettoarealer for spesielle tekniske rom oppgitt i tabell 3 under seksjon SB - Sikkerhet og bygg, skal legges til grunn. Det vil vektlegges at spesielle tekniske rom som inneholder funksjoner som avhenger av hverandre (se systemoppbygging i figur 2) er plassert med størst mulig avstand for å oppnå god dybdesikring.*

*Parkeringsplasser skal legges med avstand fra bygningen og med sikringstiltak som umuliggjør kjøring inn i bygningen.*

*Vegetasjon som kan skjule personer eller skape skygeområder ved bygningskroppen skal unngås.»*

- (12) På siste dag av spørsmål- og svarrunden ble det stilt spørsmål fra Søren Nielsen AS (heretter valgte leverandør) om det ville være en fullverdig godkjent løsning å ha parkering i en til to etasjer under byggene.
- (13) Innklagede besvarte dette på følgende måte:

*«Et eventuelt parkeringsanlegg i tilknytning til bygningen kan ikke være et offentlig anlegg, men kun gjelde for egne ansatte med styrt adgang. Det er ikke ønskelig med parkeringsanlegg for egne ansatte under eller i umiddelbar nærhet til de skjermingsverdige objektene.*

*Sikringskonseptet for prosjektet vil også gjelde et eventuelt parkeringsanlegg under eller i tilknytning til bygningen. Det poengteres at funksjonen BR og de skjermingsverdige objektene ikke skal påvirkes av en hendelse i et parkeringsanlegg.*

*Jf. kravspesifikasjonens kapittel 6, Bygning, andre avsnitt:*

*«Byggets bæresystem må sikres mot sammenrasning etter påvirkning av utvendig eksplosjon eller et total brannforløp. Bæresystem skal utføres i plassbygd betong og med godt dimensjonerte stabiliserende veggskiver. Det må sikres mot vanninntrenging ved at yttervegger opp til og med kote +3,6, utføres i vanntett utførelse.»*

*Vi poengterer at scenarioet som er nevnt her også vil gjelde innvendige forhold sett opp mot et parkeringsanlegg i tilknytning til bygningen.»*

- (14) Ved utløpet av fristen for forespørsler om å få delta i konkurransen, mottok innklagede kvalifikasjonssøknader fra fem leverandører. Tilbud ble senere levert av tre tilbydere, herunder Clemens Eiendom AS og Ferd Eiendom AS i fellesskap (heretter klager) og Søren Nielsen AS (heretter valgte leverandør).

- (15) Klagers tilbud ble avvist 1. september 2017, blant annet begrunnet med at det inneholdt et vesentlig avvik fra et absolutt minstekrav om innflytting senest 1. oktober 2020.
- (16) I tildelingsbeslutning datert 5. januar 2018 ble valgte leverandør tildelt kontrakten. Kontrakt ble inngått 25. februar 2018.
- (17) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev datert 4. desember 2017. Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. desember 2018.

#### **Anførsler:**

##### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (18) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å foreta en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (19) Innklagede har ikke foretatt noen vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.
- (20) Dersom nemnda skulle komme til at det er utført en ulovlig direkte anskaffelse, oppfylles uansett ikke skyldkravet for ileggelse av gebyr.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (21) Klager har deltatt i konkurransen. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder leie av kontorlokaler med forutsetning om nyoppføring, som er en bygge- og anleggsanskaffelse.
- (22) Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til å være mellom 900 millioner og 1,8 milliarder kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 4. oktober 2013 nr. 1185 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (23) Klager anfører at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å foreta en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. For klage med en slik påstand, gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.
- (24) Klager har anført at konkurransegrunnlaget ble vesentlig endret ved at svaret i spørsmål- og svarsesjonen tilsynelatende tillot bygging av parkeringsplasser under bygget, mens det i konkurransegrunnlaget var stilt krav til at parkeringsplasser skulle være borte fra bygningen. Dette utgjør ifølge klager en ulovlig direkte anskaffelse.
- (25) En ulovlig direkte anskaffelse er i forskriften § 4-1 bokstav v definert som «*en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen, eller en anskaffelse hvor oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det etter denne forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen*».
- (26) Foreliggende sak er noe spesiell ved at den påståtte vesentlige endringen av konkurransegrunnlaget ikke manifesterte seg i den endelige kontrakten med valgte leverandør. I det følgende tar klagenemnda likevel stilling til spørsmålet om konkurransegrunnlaget er vesentlig endret, dels i lys av partenes anførsler, og dels fordi

en eventuell vesentlig endring av konkurransegrunnlaget kan være problematisk selv om valgte leverandør ikke velger å benytte seg av dette.

- (27) Spørsmålet er om innklagedes svar på spørsmålet fra valgte leverandør, om hvorvidt det ville være en fullverdig godkjent løsning å ha parkering i en til to etasjer under byggene, utgjorde en endring av konkurransegrunnlaget som utløste en plikt til å kunngjøre en ny konkurranse.
- (28) Det fremgikk av kravspesifikasjonen at «*[p]arkeringsplasser skal legges med avstand fra bygningen og med sikringstiltak som umuliggjør kjøring inn i bygningen*».
- (29) Innklagede hadde imidlertid presisert i konkurransegrunnlaget at «*[k]rav, enten de er benevnt som «skal» eller «må» krav, er krav som ikke er absolutte minstekrav, men krav som skal aksepteres/ svares opp av tilbyder og som vil bli evaluert*». Det var videre presisert at tilbyderne, med visse unntak, kunne «*avvike fra kravene hvis tilbyder anser at dette ikke reduserer brukskvaliteten på bygget vesentlig eller reduserer sikkerhetsnivået (generelt og knyttet til skjermingsverdige objekt)*». Kravet om at parkeringsplasser skulle legges med avstand fra bygningen var ikke angitt som et absolutt minstekrav.
- (30) Innklagedes svar på spørsmålet fra valgte leverandør ga ikke en ubetinget adgang til å plassere parkingsplasser under bygget. Innklagede poengterte at det ikke var ønskelig med parkeringsanlegg for egne ansatte under eller i umiddelbar nærhet til de skjermingsverdige objektene, og at et eventuelt parkeringsanlegg bare kunne gjelde for egne ansatte med styrt adgang. Sikkerhetskravene for prosjektet ville også gjelde et eventuelt parkeringsanlegg under bygget, hvilket ville innebære at verken driften til innklagede eller de skjermingsverdige objektene skulle kunne påvirkes av en hendelse i parkeringsanlegget. Det ble også vist til at det var stilt krav til at bygningens bæresystem måtte sikre mot sammenrasing og vanninntrenging.
- (31) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes svar på spørsmålet fravek eller endret konkurransegrunnlaget. Kravet til parkeringsplassenes plassering var et fravikelig krav, så langt det ikke ville redusere brukskvaliteten vesentlig eller redusere sikkerhetsnivået. Det er også dette innklagede uttrykker i sitt svar på spørsmålet fra valgte leverandør. Svaret må derfor kun anses som en presisering av konkurransegrunnlaget.
- (32) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

### **Konklusjon:**

Brønnøysundregistrene har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*