



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, vesentlig endring av konkurransegrunnlag

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av leiekontrakt til kontorlokaler. Klager anførte at valgte leverandør ikke oppfylte kravet om full rettslig råderett over tomt på tidspunktet for inngåelse av leiekontrakt, og tilbudet skulle derfor vært avvist. Klager anførte videre at kontraktsinngåelsen medførte en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 13. desember 2018 i sak 2018/88

Klager: Olav Thon Gruppen AS v/Thon Hotellbygg 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 konkurransegrunnlag oversendt leverandørene 26. juni 2017, ble tilbudsfristen angitt til 16. august 2017. I det etterfølgende konkurransegrunnlaget for endelig tilbud, oversendt tilbyderne 17. 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) Av konkurransegrunnlaget av 26. juni 2017 punkt 2.3 fremgikk at leverandørene «*senest samtidig med inngåelse av leiekontrakt*» måtte dokumentere «*full rettslig råderett over tomten der lokalene er etablert/tenkt etablert*».
- (4) Konkurransegrunnlaget av 26. juni 2017 inneholdt en tentativ fremdriftsplan. Karensperioden var 21. november 2017. Inngåelse av husleiekontrakt skulle ifølge fremdriftsplanen skje 22. november 2017. I tilsvarende fremdriftsplan i konkurransegrunnlag for endelig tilbudsinnbydelse av 17. november 2017 var karensperioden angitt til å være elleve dager fra datoen for kontraktstildeling. Tidspunkt for inngåelse av husleiekontrakt var i dette konkurransegrunnlaget ikke spesifisert. Vedståelsesfristen var angitt til å være fem måneder fra tilbudsfristens utløp.

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 konkurransegrunnlaget for endelig tilbudsinnbydelse av 17. november 2017 punkt 2.1 het det:

«Antall parkeringsplasser skal være i henhold til kommunens parkeringsvedtekter og slik at maksimalt 1/3 av det totale antall parkeringsplasser kan tilbys som frikjøpsplasser iht. parkeringsvedtektene, jf. nærmere beskrivelse i tilbudsforespørsel 2.»

- (6) Fem leverandører sendte forespørsel om å delta i konkurransen., og tre av disse, herunder Thon hotellbygg AS (heretter klager) og Søren Nielsen AS (heretter valgte leverandør) leverte tilbud.

- (7) Tilbudet til valgte leverandør forutsatte kjøp av eiendom fra Brønnøy Havn KF og Brønnøysund kommune.

- (8) Brønnøy formannskap fattet 18. mai 2017 slikt vedtak om «Prinsippavklaring kommunal tomtegrunn»:

«Det bekreftes at Brønnøy kommune på generelt grunnlag er positiv til at kommunal tomtegrunn sentralt i Brønnøysund kan medtas som grunnlag for prosjektutvikling og leietilbud til Brønnøysundregistrene, jfr. Doffin-annonsert prekvalifisering med frist 22.05.2017.

Det forutsettes en nærmere dialog om rammer og vilkår for en forpliktende avtale i forkant av prosjektets anbudsfrist 13.07.2017.»

- (9) Innklagede meddelte tilbyderne i brev 5. januar 2018 at kontrakten ville tildeles valgte leverandør. I tildelingsbrevet ble det uttalt at tildelingen var «gjort med forbehold om/under forutsetning av at Søren Nielsen AS senest innen inngåelse av leiekontrakt kan dokumentere full rettslig råderett over tomten der lokalene er tenkt etablert», og at det med inngåelse av leiekontrakt «menes tidspunktet hvor kontrakten signeres av begge parter». Karensperioden utløp 15. januar 2018.

- (10) Innklagede sendte 9. januar 2018 brev til Brønnøy Havn KF, Brønnøy kommune og Søren Nielsen AS vedrørende dokumentasjon for rettslig råderett over tomt. Innklagedes forståelse av dokumentasjonskravet var i grove trekk gjengitt på følgende måte:

«• Leverandøren må før inngåelse av leiekontrakten dokumentere enten å være eier, eller ha en ubetinget rett/opsjon til å bli eier, av tomten uten heftelser eller vilkår som hindrer oppføring av nybygget iht. leiekontrakten. Dokumentasjonen kan bestå av f.eks. en signert kjøpekontrakt eller opsjonsavtale.

• Med ubetinget rett/opsjon til å bli eier menes i denne sammenheng at det skal være opp til leverandør/opsjonshaver å bestemme om overdragelse av tomten skal gjennomføres eller ikke.

• Hvis retten til slik gjennomføring er ubetinget, anses det ikke å være i strid med dokumentasjonskravet om det er avtalt at overdragelsen skal skje på en slik måte (herunder mht. vederlag/motytelse) at f.eks. havneloven og andre offentligrettslige krav overholdes.

• *En eventuell avtale om feste av tomten vil i utgangspunktet bli bedømt likt med overdragelse av eiendomsrett, så fremt festeavtalen er uoppsigelig fra bortfester i hele leiekontraktens varighet inkludert forlengelsesperioder (30 år).»*

- (11) I brev av 26. januar 2018 til innklagede foreslo valgte leverandør en endring av lokasjonen for bygget, slik at hele bygget da ville være lokalisert på valgte leverandørs tomt. Det ble vist til at det ennå ikke forelå noen avtale om tomteervert med kommunen og havnen.
- (12) I brev av 30. januar 2018 avslo innklagede endringsforslaget, og påpekte at valgte leverandør var bundet av sitt tilbud.
- (13) Valgte leverandør inngikk avtale om rett til ervert av tomteareal 23. februar 2018. Av avtalen fremgikk det følgende:

«Kommunen og Brønnøy Havn gir ved signering av denne avtalen SN en ubetinget rett til å ervert Arealet slik at Registerbygget kan oppføres i tråd med Leiekontrakten.

Ved benyttelse av retten til å ervert Arealet skal Brønnøy Havn for SN sin regning iverksette søknadsprosessen for fradeling fra Eiendommen eller på annen hensiktsmessig måte besørge at formell overføring av grunnbokshjemmelen til Arealet kan overføres til SN.»
- (14) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 25. februar 2018.
- (15) Klager bragte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. februar 2018. Nemdsmøte i saken ble avholdt 12. desember 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av minimumskravet om at tilbyder senest samtidig med tidspunktet for inngåelse av leiekontrakt måtte dokumentere full rettslig råderett over tomten der lokalene er etablert/tenkt etablert. Kravet måtte dokumenteres oppfylt senest dagen etter utløpet av karenperioden.
- (17) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi det ikke utgjør et bindende tilbud.
- (18) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi det inneholdt et vesentlig forbehold ved at valgte leverandør fritt kunne trekke tilbudet dersom det ikke ble oppnådd enighet med Brønnøy kommune og Brønnøy havn KF om ervert av de fire aktuelle tomtene.
- (19) Innklagede brøt regelverket ved å gjennomføre en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget ved å forskyve tidspunktet for inngåelse av kontrakt og tidspunktet for oppfyllelsen av minimumskravet om full rettslig råderett.
- (20) Basert på informasjonen klager hadde om innholdet i valgte leverandørs tilbud, anførte klager opprinnelig at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravet til antall parkeringsplasser. Klager har etter det opplyste fått innsyn i usladdet versjon av valgte leverandørs tilbud for parkeringsløsningen, og har ikke fulgt

opp denne anførselen i senere prosesskriv i saken. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at anførselen er frafalt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Valgte leverandørs tilbud skulle ikke vært avvist. Tilbudet var bindende og inneholdt ikke avvik eller forbehold.
- (22) Inngåelse av kontrakt med valgte leverandør medførte ikke at konkurransegrunnlaget ble endret.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder leie av kontorlokaler med forutsetning om nyoppføring, som er en bygge- og anleggsanskaffelse.
- (24) 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.

Krav om full rettslig råderett over tomt

- (25) Klager har anført at valgte leverandør ikke oppfylte kravet til full rettslig råderett over eiendommen som skulle leies ut.
- (26) Det var angitt i konkurransegrunnlaget at «*[l]everandøren må senest samtidig med inngåelse av leiekontrakt dokumentere full rettslig råderett over tomten der lokalene er etablert/tenkt etablert*». Det var ikke gitt ytterligere presiseringer av kravet.
- (27) Klager fremholder for det første at kravet måtte dokumenteres oppfylt senest dagen etter karensperiodens utløp 15. januar 2018.
- (28) Karensperioden er tidsrommet «*mellom meddelelsen om kontraktstildeling og det tidspunktet oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakten*», jf. forskriften § 4-1 bokstav 1. Det er dermed ikke slik at tidspunktet for inngåelse av kontrakt må være sammenfallende med karensperiodens utløp. Nemnda er ikke enig med klager i at informasjonen i den tentative fremdriftsplanen innebærer at kravet måtte være oppfylt senest dagen etter karensperiodens utløp. Nemnda bemerker at tilbudenes vedståelsesfrist var satt til fem måneder etter utløpet av tilbudsfristen.
- (29) Den naturlige språklige forståelsen av formuleringen, taler for at det var tilstrekkelig at dokumentasjonen forelå på det faktiske tidspunktet for avtaleinngåelse. I vår sak dreier anskaffelsen seg om oppføring og leie av kontorlokaler. På grunn av anskaffelsens omfang og geografiske plassering, kan ønsket om størst mulig konkurranse tilsi at oppdragsgiver legger til rette for at leverandører som ikke allerede eier en egnet tomt kan delta i konkurransen. I et slikt tilfelle vil det kunne gi oppdragsgiver tilstrekkelig sikkerhet for kontraktsoppfyllelse at leverandøren dokumenterer rådighet over den nødvendige tomten først på tidspunktet for avtaleinngåelse.
- (30) På denne bakgrunn forstår klagenemnda konkurransegrunnlaget slik at det nettopp var lagt opp til at leverandøren kunne sikre seg rådighet over tomtene etter kontraktstildeling.

forutsetningen var at leverandøren hadde rettslig råderett over tomtene på tidspunktet for avtaleinngåelse.

- (31) Videre fremholder klager at avtalen mellom valgte leverandør og Brønnøy Havn og Brønnøy kommune, ikke var tilstrekkelig for å oppfylle kravet i konkurransegrunnlaget.
- (32) Kravet om full rettslig råderett har ikke et entydig innhold, og må tolkes i lys av konkurransegrunnlaget. Kravet i konkurransegrunnlaget må leses i sammenheng med at det ble stilt for å gi oppdragsgiver tilstrekkelig sikkerhet for kontraktsoppfyllelse.
- (33) Valgte leverandør inngikk 23. februar 2018 avtale som sikret rett til å erverve eiendommene. Selv om dette ikke innebar et fullbyrdet kjøp av de nødvendige eiendommene, ga avtalen valgte leverandør en «ubetinget rett» til å kjøpe eiendommene. Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, ga dette oppdragsgiver tilstrekkelig sikkerhet for kontraktsoppfyllelse. Valgte leverandør oppfylte med dette kravet om full rettslig råderett på tidspunktet for avtaleinngåelse 25. februar 2018.
- (34) På bakgrunn av at nemnda har kommet til at vilkåret i konkurransegrunnlaget er oppfylt, foreligger det derfor ingen vesentlige avvik eller forbehold fra kravet i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 11-13 første ledd bokstav d og e.
- (35) Valgte leverandørs forutsetning om kjøp av eiendommene, fratrar ikke tilbudet dets bindende virkning. Konkurransegrunnlaget åpnet for at tilbyderne ikke trengte å være eiere av eiendommene på tilbudstidspunktet, og valgte leverandørs tilbud inneholdt dermed ikke noe forbehold fra konkurransegrunnlaget. Det er heller ikke vist til andre forhold som kan medføre at tilbudet er uten bindende virkning. Klagers anførsel om at valgte leverandør fritt kunne trekke tilbudet, og at det dermed ikke var bindende, kan derfor ikke føre frem.
- (36) Sett hen til at kravet om full rettslig råderett skulle oppfylles på det faktiske avtaleinngåelsestidspunktet, har ikke innklagede forskjøvet tidspunktet for oppfyllelse av kravet. Det er dermed ikke foretatt noen endring av konkurransegrunnlaget.

Konklusjon:

Brønnøysundregistrene har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk