



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling om leie av kontorlokaler i eksisterende bygninger eller nybygg. Innklagedes kvalifisering av tilbyderne til videre deltakelse i konkurransen ble foretatt på grunnlag av tilbydernes utkast til tilbud, og klagenemnda hadde ingen bemerkninger til det. Klagenemnda manglet faktisk grunnlag for å ta stilling til om anskaffelsen gjaldt en bygge- og anleggskontrakt eller en tjenestekontrakt, og hvorvidt kontrakten var omfattet av forskriften om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 4. september 2006 i sak 2006/98

Klager: Paradis Næringsbygg AS

Innklaget: Fylkesmannen i Rogaland

Klagenemndas medlemmer: Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum, Bjørg Ven.

Saken gjelder: Kvalifikasjonsvurdering. Klassifisering av kontraktens gjenstand. Avklaringer.

Bakgrunn:

- (1) Fylkesmannen i Rogaland kunngjorde 25. januar 2006 en konkurranse med forhandling om leie av kontorlokaler til nytt Statens Hus.
- (2) I kunngjøringen fremgår det at anskaffelsen er klassifisert som en tjenestekontrakt kategori 27, og at oppdragsgiver har betegnet avtalen som "leie av kontorlokaler". Videre fremgår det at oppdragsgiver ville invitere minimum 3 og maksimum 7 leverandører til å sende inn tilbud. Tidsfristen for mottak av forespørsel om deltakelse var 1. mars 2006. For deltakelse i konkurransen ble det stilt krav om innsendelse av HMS-, MVA-, og skatteattest, samt årsregnskap og utskrift over foretakets totale omsetning og dets omsetning de tre siste regnskapsår for de ytelser kontrakten omhandler. Antatt tidspunkt for utsendelse av tilbudsinnbydelse til utvalgte deltakere var satt til 4. april 2006. Oppdragsgiver opplyste også at kunngjøringen var en ikke-obligatorisk kunngjøring.
- (3) Av et kort konkurransegrunnlag fremgikk det følgende:

"Kontrakt for leie av kontorlokaler konkurransegrunnlag

Fylkesmannen i Rogaland skal fra 01.04. 2010 etablere leieavtale for et nytt Statens Hus.

I henhold til retningslinjer i kongelig res. skal Statens hus lokaliseres sentralt og med god tilgjengelighet i fylkeshovedstaden, dvs. Stavanger.

Leiebehovet vil avhenge av hvor mange statsetater som velger å gå med i prosjektet, men vil mest sannsynlig ligge innenfor området min. 5 000 m² og maks 10 000 – 12 000 m².

Leiebehovet vil knytte seg til ordinære kontorlokaler, møterom, kantiner og nødvendig lager/arkivplass.

I sitt endelige valg vil leietakerne vektlegge:

- *Pris*
- *Beliggenhet*
- *Fleksibilitet*
- *Funksjonalitet*
- *Miljøvennlighet*
- *Driftsøkonomi*
- *Estetiske forhold*

Kriteriene er satt opp i uprioritert rekkefølge og beslutning vil skje ut fra en samlet vurdering, hvor totaløkonomiske hensyn vil veie tungt.

Interessenter som ønsker å være med på å levere tilbud til Fylkesmannen må beskrive prosjektet med hensyn på:

- *Økonomi*
- *Beliggenhet*
- *Parkeringsfasiliteter, både besøkende og ansatte*
- *Miljømessige aspekter*
- *Fleksibilitet*
- *Funksjonalitet*
- *Andre forhold som tilbyder selv ønsker å vektlegge*

Fylkesmannen vil vurdere både løsninger i eksisterende bygg og eventuelle nybygg.

Leieperioden er satt til 20 år. ”

- (4) Innen fristen for å anmode om å få inngi tilbud mottok innklagede til sammen 8 henvendelser, deriblant fra Paradis Næringsbygg AS (heretter kalt klager). Klager tilbudte fortsatt leieforhold i de kontorlokaler innklagede med flere i dag leier hos klager. Det ble foreslått en rekke alternative måter å fornye og modernisere bygget på. I strategiplanen for endringer het det følgende:

”Eierne vil i samarbeid med leietakerne og konsulentgruppen utarbeide strategier for ønskede endringer av bygget. Vi vil også utvikle en strategi for endringer som medfører minimale forstyrrelser for leietakerne.”

- (5) Klagers henvendelse var vedlagt et notat utarbeidet av Asplan Viak AS, hvor det var gitt en nærmere utredning av eiendommen. I oversendelsesbrevet til klagers henvendelse ble det uttalt følgende om notatets konklusjon:

”Notatet konkluderer med at eiendommen ligger godt til offentlig kommunikasjon, at det er store muligheter både for transformasjon av bygningene, øking av arealet og valg av kvalitet og kostnadsnivå.”

- (6) I brev av 24. mai 2006 ble klager meddelt at 5 leverandører var utvalgt til å delta i den videre konkurransen. Klager var ikke blant disse. Det ble også uttalt at det i forkant av utvelgelsen var foretatt avklaringsmøter med to av tilbyderne. Begrunnelsen for utvelgelsen ble gitt i eget vedlegg, hvor det fremgikk følgende i forhold til klager:

"Primært eksisterende bygg. (Lagårdsveien 78 og 80). Vurderes som lite interessant. Lagårdsveien 78 er et lite tjenlig bygg for vårt formål og 80 krever en vesentlig utbygging dersom det skal være aktuelt. Det vurderes som lite ønskelig å ha kontorer på en byggeplass. Ser ikke at det kan realiseres tilstrekkelig gode kontorlokaler for vårt formål. Tas ikke med i videre vurdering."

- (7) Kontrakt er ikke tildelt.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Prinsipalt anføres at anskaffelsen skulle vært kunngjort som en bygge- og anleggskontrakt over EØS - terskelverdi, jf. forskriftens § 2-2 (1). Det var derfor feil av innklagede å kunngjøre anskaffelsen som en uprioritert tjeneste.
- (10) Anskaffelsens verdi anslås til å være mellom 100 og 250 millioner kroner, avhengig av endelig arealbehov. Arealbehovet vil også avgjøre bygget størrelse. Leieforholdet gjelder i realiteten et bygg som skal oppføres etter at kontrakt er inngått. Det skal vare i 20 år, hvilket i realiteten finansierer bygget. Det er statsetater som skal leie hele bygget. Bygget må antas å måtte bli spesialtilpasset de etater som skal leie. Både planlegging og gjennomføring av byggearbeidene vil dermed bli regulert i kontrakten.
- (11) Forskrift om offentlige anskaffelser gjelder, idet unntaket i forskriftens § 1-3 (2) b kun gjelder "eksisterende bygninger", og ikke nybygg. Prosjektet er egnet for konkurranse, idet "sentralt og med god beliggenhet i Stavanger" gjelder en rekke steder i byen.
- (12) Subsidiært anfører klager at det er foretatt en saksbehandlingsfeil ved prekvalifisering av leverandører. Klager er berettiget til å delta i konkurransen. Der det foretas en utlysning av konkurranse og prekvalifisering, til tross for at tjenesten faller utenfor forskriften, vil forskriftens bestemmelser måtte følges. Kvalifikasjonskravene i konkurransen er uvanlige, idet tildelingskriteriene er inntatt i kravene for prekvalifiseringen, mens det vanlige er at kvalifisering baseres på tekniske og økonomiske forhold. Innklagede har derfor brutt regelverket ved å vektlegge tildelingskriterier ved prekvalifiseringen, istedenfor klare kvalifikasjonskrav.
- (13) Innklagede har ikke avklart med klager hvordan en eventuell byggeperiode for ombygging av eksisterende bygninger er tenkt organisert, til tross for at klager i tilbudet uttalte at det vil bli utviklet en strategi for endringer som medfører minimale forstyrrelser for leietakerne. Når innklagede har foretatt avklaringer med to andre

tilbydere, er det i tillegg i strid med likebehandlingsprinsippet, å ikke foreta samme avklaringer med klager.

Innklagedes anførsler:

(14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(15) Det er et rent leieforhold som etterspørres. Det er likegyldig om dette etableres i et nybygg eller i et eksisterende bygg. Innklagede etterspør ordinære kontorlokaler uten særlige tilpasninger utover det en hvilken som helst leietaker vil tilstrebe. Arealbehovet er usikkert, og varierer mellom 5.000 og 12.000 m². Det er umulig å si om Statens Hus blir eneste leietaker i bygget. Dette er uansett ikke et krav fra innklagedes side. Blant de tilbyderne som er utvalgt til forhandling, vil minst ett av prosjektene bli oppført uavhengig av om innklagede tildeler leiekontrakten til denne leverandøren. Det er på det nåværende tidspunkt ikke utarbeidet noen kontrakt til regulering av det fremtidige leieforhold, men slik innklagede ser det i dag, er det en standard leiekontrakt som er aktuell. Det er uvisst om man ønsker opsjon på forlenging av leieavtalen. Leiesummen vil være markedsstyrt, og det er ikke aktuelt å kreve forkjøpsrett.

(16) Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste og dermed unntatt fra forskrift om offentlige anskaffelser.

(17) Ved konkurranse med forhandling står oppdragsgiver relativt fritt ved utvelgelsen av tilbud, gitt de kriterier som er beskrevet i kunngjøringen og under hensyntaken til saklighet og likebehandling. Utvelgelsen ble gjort ut fra hva som ble vurdert som de mest interessante leieobjektene. Innklagede har ingen begrunnelsesplikt, med mindre dette blir bedt om spesielt. Den summariske begrunnelse som allerede er gitt er saklig, men ikke uttømmende. Det foreligger ikke skriftlig dokumentasjon på hvorfor klager ikke fikk være med i den videre konkurransen, utover det som fremgår om dette i vedlegget til brevet av 24. mai 2006. Etter en vurdering av klagers tilbud, ut fra den kjennskap innklagede allerede har til eksisterende bygningsmasse i Lagårdsveien 78 og 80, valgte innklagede å ikke gå videre med tilbudet. Innklagede ønsker ikke å drive sin virksomhet på en byggeplass, selv om dette gjøres skånsomt.

(18) De avklaringer innklagede har gjort med to av tilbyderne skjedde på innklagedes initiativ, og ble gjort for å undersøke om tilbyderne oppfylte konkurransegrunnlagets arealkrav. Siden innklagede ikke hadde behov for å foreta avklaringer tilknyttet de øvrige tilbyderne tilbud, ble dette heller ikke gjort. Dette er forenlig med likebehandlingsprinsippet.

(19) Anskaffelsen ble kunngjort for å "sjekke ut" hva markedet har å tilby. Kunngjøringen innebærer ikke at innklagede har påtatt seg å følge forskriftens bestemmelser i den videre anskaffelsesprosessen. Konkurranse med forhandling fremstod som den beste konkurranseformen. Det ville gi en sondering av markedet, og innklagede ville samtidig få vurdert hvilke leietilbud som var de mest interessante å gå videre med.

Klagenemndas vurdering:

(20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klassifisering av kontraktens gjenstand

- (21) Utgangspunktet er at det kun er leie av eksisterende bygg som er unntatt fra forskriften, jf. forskriftens § 1-3 (2) bokstav b. Innklagede har i kunngjøring og konkurransegrunnlag lagt til grunn at den endelige kontrakt kan gjelde både leie av eksisterende bygg og eventuelle "nybygg". Dersom innklagede bestemmer seg for å leie et bygg som skal oppføres og tilpasses innklagedes behov, vil man lett kunne bevege seg over til en bygge- og anleggsanskaffelse som skal kunngjøres og gjennomføres i tråd med reglene for slike kontrakter, se klagenemndas sak 2005/297.
- (22) Klagenemnda mangler imidlertid på dette tidspunkt faktisk grunnlag for å ta stilling til om anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggskontrakt eller en leiekontrakt som er unntatt fra forskriften, idet dette må bero på en konkret helhetsvurdering av den kontrakt oppdragsgiver og leverandøren som vinner konkurransen tilslutt inngår. Denne kontrakten er ifølge innklagede ennå ikke utarbeidet, og kontrakt er heller ikke tildelt noen spesifikk leverandør.
- (23) Klagenemnda vil imidlertid bemerke at idet anskaffelsen er kunngjort som leie av kontorlokaler, må den kontrakt innklagede har til hensikt å inngå, på grunnlag av kunngjøringen i denne konkurransen, være en reell leieavtale. Dersom oppdragsgiver ønsker å inngå en kontrakt som må karakteriseres som en bygge- og anleggskontrakt, må anskaffelsen kunngjøres og gjennomføres på nytt i tråd med de regler som gjelder for denne kontraktstypen.

Utselgelse til deltakelse i konkurransen – kvalifikasjonsvurderingen

- (24) Utgangspunktet er at oppdragsgiver må gjennomføre anskaffelsesprosessen slik den er skissert i kunngjøring og konkurransegrunnlag. Dersom oppdragsgiver avviker fra dette vil kravet til forutberegnlighet i lovens § 5 være overtrådt. Dette gjelder selv om det ikke er påkrevet å kunngjøre leie av eksisterende bygg når oppdragsgiver har valgt å kunngjøre anskaffelsen.
- (25) Av kunngjøringens punkt III.2 fremgår det at leverandørene skulle innlevere HMS-, MVA-, og skatteattest, samt årsregnskap og nærmere beskrevne omsetningsoppgaver, for å kunne bli kvalifisert for deltakelse i konkurransen. Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget at interessenter som ønsket å være med på å levere tilbud i tillegg skulle beskrive sitt prosjekt ut fra nærmere angitte kriterier. Innklagede har oppgitt at ingen av interessentene ble avvist. Utvelgelsen av leverandører ble således begrunnet i en skjønnsmessig evaluering av de mottatte prosjektskissene, basert på de oppstilte kriteriene, slik det var tilkjennegitt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner ikke at dette er i strid med regelverket i den herværende sak. I denne sammenheng vises det også til forskriftens § 16-3 (3) hvor det fremgår at oppdragsgiver har anledning til velge å forhandle med de leverandører som anses å ha reell mulighet for å få tildelt kontrakten.

Innklagedes gjennomføring av avklaringer

- (26) Når det gjelder klagers anførsler tilknyttet avklaringene innklagede foretok med to av tilbyderne, vil klagenemnda bemerke at oppdragsgiver ikke har noen plikt til å foreta identiske avklaringer med samtlige tilbydere.

Konklusjon:

Fylkesmannen i Rogaland har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
4. september 2006



Inger Roll-Matthiesen