



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling for leie av lokaler til NAV Flora. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, idet tilbudet, etter nemndas oppfatning, ikke oppfylte et minstekrav til tilbudene vedrørende leveringstid.

Klagenemndas avgjørelse 13. oktober 2008 i sak 2008/132

Klager: Firdavegen 1 AS

Innklaget: Flora kommune og NAV Sogn og Fjordane

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandørs tilbud. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Flora kommune og NAV Sogn og Fjordane (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. mars 2008 en konkurranse med forhandling for leie av kontorlokaler til NAV Flora. Kunngjøringen fant sted i avisene Firdaposten og Firda, samt på Flora kommunes hjemmeside. Fra kunngjøringen hitsettes:

"NAV Sogn og Fjordane og Flora kommune ønskjer tilbod på leige av kontorlokale til NAV Flora. Lokala må vere sentralt plasserte i Florø, ha god tilkomst og gode parkeringstilhøve. Ønskt innflyttingsdato er 15. juni 2009. Arealbehovet er førebels utrekna til ca. 850 m²."

- (2) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.2:

"5.2 Tildelingskriterium

Tildeling skjer på grunnlag av det tilbodet som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterium:

Pris, kvalitet, lokalisering, estetiske og funksjonsmessige eigenskapar, service, teknisk bistand, leveringsdato, oppdragsforståing.

Kriteria er ikkje oppstilt i prioritert rekkefølge."

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 var det gitt informasjon om oppdragsgivers planlagte fremdrift av prosjektet, samt stilt følgende krav til når de tilbudte lokaler senest måtte kunne tas i bruk:

"2.1 Planlagt fremdrift

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

Oppdragsgjevar legg opp til at forhandlingsfase og kontrahering kan avsluttast i løpet av 2. kvartal 2008. Denne fremdrifta kan verte justert.

Det er ønskjeleg å kunne ta i bruk lokala snarast mogleg, og seinast 15.06.09.”

- (4) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 20. mai 2008 kl. 14.00. Ved utløpet av fristen hadde innklagede mottatt tre tilbud, deriblant fra Firdavegen 1 AS (heretter kalt klager) og Bytorget Florø AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (5) Både klager og valgte leverandør ble invitert til forhandlinger. Det første forhandlingsmøtet med valgte leverandør ble avholdt 4. juni 2008. Fra møtereferatet hitsettes følgende:

”Fremdrift i byggjeprosessen

Tilbyder gjev tidleg tilkjenne at ein ynskjer å diskutere ferdigstillingsdatoen som er sett til juli 2009.

Tilbyder informerar om at reguleringa enno ikkje er vedteken i bystyret, men at den skal opp etter sommerferien. Det er også noko usikkerheit kring eigedomstilhøva då ein av grunneigarane ikke har akseptert tilbodet fra utbyggjar. Det resterande arealet er kjøpt opp og det er dialog med kommunen om tilknytninga til rådhuset, men det er ikkje gjort avtale om dette enno.

Flora kommune og Nav ynskjer ikkje å fråvike datoen som er sett i konkurransegrunnlaget. Leveringsfristen er ein del av tildelingskriteria. Tilbyder har ikkje teke atterhald på ferdigstillingsdato.

Tilbydar kjem tilbake i revidert tilbod om han ynskjer å endre leveringsdato.”

- (6) I revidert tilbud av 11. juni 2008 uttalte valgte leverandør følgende om leveringstid:

”Vi ønskjer å be om utsatt leveringsdato til 01.01. 2010.”

- (7) Etter dette fortsatte forhandlingene per e-post. Innklagede ga valgte leverandør tilbakemelding på det reviderte tilbudet av 11. juni 2008 i e-post av 12. juni 2008. Fra e-posten hitsettes:

”Når det gjeld revidert tilbod frå Bytorget Florø AS er det uakseptabelt for oppdragsgjevar å godta ein leveringsdato 01.01. 2010. Det går frem av konkurransegrunnlaget at ein ynskjer ferdigstillingsdato 15.06.09. Vi gjer samstundes tilbydar oppmerksam på at leveringsdato er eit tildelingskriterium og at eit slikt avvik frå vårt ønskje i konkurransen naturlegvis vil vere svært negativt. Vi ber difor tilbydar presisere om dei kan oppfylle vårt ønskje om ferdigstillingsdato.”

- (8) Valgte leverandør ga tilbakemelding vedrørende leveringstid i e-post av 13. juni 2008:

”Ferdigstillingsdato:

For å sikre ei realistisk byggetid og ein absolutt ferdigstillingsdato ser vi oss nødt til å oppretthalde vårt tilbod om 01.01. 2010.

Truleg vil lokalene kunne vere innflyttingsklare tidlegare, og vi vil prioritere ferdigstilling av den del av bygningsmassen som inneheld NAV og Fyrtårnet. Normal byggetid for eit så stort prosjekt vil vere 12-15 mnd., og med oppstart primo september 2008 bør det være realistisk å ferdigstille i løpet av 4. kvartal 2009.”

- (9) Klager ble informert om valg av leverandør i brev av 25. juni 2008. Om leverandørens tilbudte leveringstid fremgikk det følgende:

”7. Leveringsdato

Tilbydar nr 1 tilbyr levering 01.01.10. Tilbydar nr 2 kan stille lokale på eitt plan til rådevelde 15.06.09 og lokale på to plan ca 13 månader etter kontraktsinngåing, dvs. tidlegast ca 01.08.09.”

- (10) I tillegg fremgikk det følgende om hva som var den avgjørende forskjellen mellom tilbudene:

”Det er først og fremst ”pris” og ”leveringsdato” som skil dei to tilbydarane.

Tilbydar nr 1 er vesentleg billegare enn tilbydar nr 2. Skilnaden mellom det dyraste alternativet til tilbydar nr 1 (5-årskontrakt) og det billegaste alternativet til tilbydar nr 2 (bygg på to plan), er på noverande tidspunktet om lag kr [...] pr år. Denne skilnaden vil berre auke med åra, då tilbydar nr 2 krev årleg regulering av husleiga med [...] prosent av konsumprisindeksen. Det trekkjer vidare i svært negativ retning for tilbydar nr 2 at tilbydar ikkje vil akseptere kortare leigetid enn 12 år. I tillegg krev tilbydar nr 2 at leigekontrakten skal vere uoppseieleg.

Når det gjeld leveringsdato, har oppdragsgjevar i konkurransegrunnlaget sett frem ønske om at det er ønskeleg å kunne ta i bruk lokala seinast 15.06.09. Tilbydar nr 1 kan ikkje levere før 01.01.10. Tilbydar nr 2 på si side kan levere på eitt plan innan oppdragsgjevar sitt ønske. Løysinga på to plan inneber levering tidlegast ca 01.08.09.

Oppdragsgjevar har imidlertid vurdert prisskilnaden mellom tilboda som så stor at dette vert utslagsgjevande i konkurransen i favør av tilbyar nr 1. Oppdragsgjevar finn at tilbydar nr 1 sitt alternativ med 5-årskontrakt samla sett er det økonomisk mest fordelaktige for oppdragsgjevar.”

- (11) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev til innklagede av 2. juli 2008. Det ble anført at valgte leverandør ikke oppfylte absolutte krav i konkurransegrunnlaget, og derfor skulle vært avvist fra konkurransen, samt at det var begått feil ved evalueringen av tildelingskriteriene.
- (12) Innklagede avviste klagen i brev av 10. juli 2008.
- (13) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 18. juli 2008. Innklagede avventer kontraktinngåelse til klagenemnda har ferdigbehandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og konkurranse i lovens § 5 ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at tilbudte lokaler måtte kunne tas i bruk "*seinast 15.06.09*". Innklagede kan ikke høres med at dette var et ønske, og ikke et krav. En slik tolkning strider mot en naturlig språklig forståelse av formuleringen i konkurransegrunnlaget. Det taler også mot en slik forståelse at ordet "*seinast*" var skrevet med rødt for å understreke viktigheten av kravet. I beste fall er konkurransegrunnlaget tvetydig på dette punkt, hvilket er innklagedes ansvar.
- (15) Ved å godta tilbudet fra valgte leverandør har innklagede foretatt en endring i konkurransegrunnlaget. Det følger av kravene til forutberegnelighet og konkurranse i lovens § 5 at det ikke kan foretas vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp i en konkurranse med forhandling. Det kan ikke være tvil om at endringen i dette tilfellet er vesentlig, all den tid leveringsfristen var avgjørende for utformingen av klagers tilbud, og også kan ha forhindret andre i å delta i konkurransen.
- (16) Innklagede kan ikke høres med at også klager tok forbehold i forhold til leveringsdato 15.06.09, og at klager derfor ikke oppfattet denne fristen som absolutt. For det første var det bare klagers alternative tilbud som hadde leveringsdato etter 15. juni 2009. I klagers primære tilbud var forbeholdet om leveringsdato knyttet opp mot for sen kontraktsinngåelse, og klager frafalt dessuten dette forbeholdet under forhandlingene. Klager har dessuten aldri hevdet at fristen for å levere måtte anses som et absolutt krav, men som et vesentlig premiss for konkurransen. Mindre avvik kan ikke medføre avvisning fra konkurransen, men avviket i valgte leverandørs tilbud var så vesentlig at tilbudet skulle vært avvist.
- (17) Innklagedes anførsel om at avvisning er utelukket fordi konkurransegrunnlaget ikke oppgir at tilbud som ikke tilfredsstiller kravet om leveringsfrist vil bli avvist, er irrelevant, etter som plikt til avvisning følger direkte av anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav.
- (18) Innklagedes anførsel om at begge tilbyderne er blitt likebehandlet er ikke i samsvar med realitetene. Først den 16. juni 2008 ville innklagede utfordre klager på senere leveringsdato, og satte frist til kl. 15.00 den påfølgende dagen for tilbakemelding. Dette var selvsagt ikke mulig for klager. Det fremgår for øvrig av den innsendte dokumentasjon at utfordringen på leveringsdato skjedde utelukkende av hensyn til valgte leverandør.
- (19) Dersom innklagede signerer kontrakt, bes klagenemnda ta stilling til om vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen er tilstede. Subsidiært bes klagenemnda ta stilling til om vilkårene for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen er til stede. Klager kan ikke se at de forhold innklagede viser til vedrørende avvisning av klagers tilbud er å anse som vesentlige premisser for konkurransen. Klagers tilbud har derfor ikke vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at valgte leverandør tilbød leveringsdato 1. januar 2010. Det fremgår av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget at det er ønskelig å flytte inn i lokalene innen 15. juni 2009, ikke at dette er en absolutt frist. En slik forståelse av konkurransegrunnlaget støttes også av at opplysningene om innflytting i lokalene sto under punktet "*planlagt fremdrift*", hvilket viser at det kan være rom for justeringer. Det fremgår heller ikke av konkurransegrunnlaget at tilbud med levering av lokaler etter 15. juni 2009 ville bli avvist eller ikke vurdert. Aktsomme tilbydere burde etter innklagedes mening forstå at opplyst leveringsdato var et ønske, og det er ikke i strid med kravet til forutberegnelighet at innklagede har vurdert tilbud med leveringsdato etter 15. juni 2009. Innklagede har dermed heller ikke endret noen frist eller andre vilkår i konkurransegrunnlaget, slik klager hevder.
- (21) Det vises også til at klager selv ser ut til å ha forstått kunngjøring og konkurransegrunnlag slik at de ikke inneholdt en absolutt frist for levering av lokalene. Klager tok selv forbehold i forhold til levering 15. juni 2009 i sitt opprinnelige tilbud av 20. mai 2008. Dette forbeholdet ble bekreftet i forhandlingsmøte 4. juni 2008. Klager ga heller ikke uttrykk for at det var problematisk i forhold til konkurransen da klager ble bedt om å se på om senere leveringstid kunne gi lavere priser. I tillegg har klager levert et alternativt tilbud som innebærer levering etter 15. juni 2009.
- (22) Selv om etableringsplanen fra NAV angir etablering av NAV Flora til 3. kvartal 2009 innebærer ikke dette at det er tale om en bindende eller ufravikelig plan. Dette dokumentet er heller ikke en del av konkurransegrunnlaget tilbyderne måtte forholde seg til i prosessen.
- (23) Innklagede registrerer at klager ikke lenger hevder at levering 15. juni 2008 var en absolutt frist. Det er da ikke lenger uenighet mellom partene om at datoen var en ønsket leveringsfrist. Innklagede er ikke enig i at leveringsdatoen i valgte leverandørs tilbud innebar et så vesentlig avvik fra ønsket leveringsdato at det likevel måtte avvises.
- (24) Subsidiært anføres at dersom klagenemnda kommer til at leveringsdato 15. juni 2009 var en absolutt frist, viser innklagede til at klager også har fått anledning til å levere på et senere tidspunkt og at begge leverandørene uansett er likebehandlet. Konkurransen var i dette tilfellet gjennomført som en konkurranse med forhandlinger. Man kan da ikke hevde at en utfordring i forhandlingene innebærer diskriminering eller forskjellsbehandling fordi en selv ikke kunne imøtekomme utfordringen, mens en annen tilbyder kunne.
- (25) Det presiseres at leie av lokaler er unntatt fra forskriften. Vurderingen av avvisingsspørsmålet må derfor ta utgangspunkt i loven. Man må være forsiktig med å legge seg for nær opp til bestemmelser i forskriften, da det må tas hensyn til at leie av lokaler i et eksisterende marked skiller seg fra ordinære kjøp av varer, tjenester og bygg. Det bemerkes også at konkurransen i dette tilfellet er utlyst for annen gang, og at det bare er to gyldige tilbud i konkurransen. Dette viser at markedet for leie av egnede kontorlokaler i Florø sentrum er lite.
- (26) Etter innklagedes mening er det ikke grunnlag for erstatning for verken den positive eller den negative kontraktsinteressen. Klager sitt opprinnelige tilbud inneholdt forbehold

om 15 års leietid, uten rett til oppsigelse, og med en årlig økning i leien med [...] % av konsumprisindeksen. Klagers tilbud var dermed i strid med vesentlige premisser i kontraktsvilkårene. I den grad disse forbeholdene innebærer at klagers tilbud skulle vært avvist, vil det ikke foreligge erstatningsansvar for den negative kontraktsinteressen overfor klager.

Klagenemndas vurdering:

(27) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Idet anskaffelsen ut fra det opplyste gjelder leie av kontorlokaler, jf. forskriftens § 1-3 (2) b, er det kun bestemmelsene i loven om offentlige anskaffelser (av 16. juli 1999 nr. 69) som kommer til anvendelse. Det vises i den forbindelse til klagenemndas avgjørelser 2007/20 premissene (28) – (33), 2007/112 premiss (32) og 2008/39 premiss (69) flg.

Hvorvidt tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist

(28) I klagenemndas sak 2003/167 fastslo nemnda at det ut fra kravet til likebehandling i lovens § 5 foreligger en plikt for oppdragsgiver til å avvise tilbud som avviker vesentlig fra konkurransegrunnlaget. I saken hadde oppdragsgiver stilt et krav om at det skulle være byggeplassbesøk tre dager i uken i hele byggeperioden (24 måneder), mens valgte leverandør kun hadde tilbudt byggeplassbesøk 15 uker i året. Da dette etter nemndas oppfatning innebar et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, skulle tilbudet ut fra kravet til likebehandling vært avvist fra konkurransen. Tilsvarende vurderinger ble gjort i klagenemndas saker 2003/146 og 2003/219.

(29) I nærværende sak blir spørsmålet om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at det inneholdt et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlagets regulering tilknyttet leveringstid. Det første klagenemnda da må ta stilling til er om grunnlaget faktisk inneholdt et krav om leveringstid.

(30) Av kunngjøringsteksten fremgår det at leveringstidspunktet er en ”ønsket innflyttingsdato”. Videre er overskriften på det punkt i konkurransegrunnlaget som direkte regulerte leveringstid kalt ”planlagt fremdrift”. Dette kan isolert sett tale for at det her ikke foreligger noe krav til leveringstid.

(31) På den andre siden heter det i den setningen som direkte regulerer leveringstid, at: ”Det er ønskeleg å kunne ta i bruk lokala snarast mogleg, og seinast 15.06.09.” Ordet ”seinast” var i tillegg understreket med rødt. Dette må etter klagenemndas oppfatning forstås slik at det i tillegg til å gi uttrykk for at levering var ønskelig snarest mulig, så fastsettes det i også en siste frist for dette, nemlig 15. juni 2009. Selv om dette er en anskaffelse som faller utenfor forskriften, må konkurransegrunnlaget forstås slik at det inneholdt et minstekrav til leveringstid som ikke kunne fravikes. Dette støttes også av at innklagede i forhandlingene med valgte leverandør ga uttrykk for at det ikke var ønskelig å fravike leveringsdatoen som var satt i konkurransegrunnlaget. Dette tilsier også at dette kravet var av vesentlig betydning for innklagede. Innklagede hadde dermed plikt til å avvise tilbud som ikke tilfredsstilte kravet om levering senest 15. juni 2009, og det neste spørsmålet blir da om valgte leverandørs tilbud oppfylte dette kravet.

(32) Av valgte leverandørs tilbud følger det at selskapet ikke kunne tilby å levere innen 15. juni 2009, men først 1. januar 2010. Det vil si om lag et halvt år etterpå. Etter nemndas

oppfatning må dette anses som et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, som også kan ha hatt innvirkning på de priser leverandøren kunne tilby. Dette innebærer da at tilbudet skulle vært avvist. Innklagedes opptreden i strid med dette må derfor anses som et brudd på kravet til likebehandling i lovens § 5.

Erstatningsspørsmålet og klagers øvrige anførsler

- (33) Idet innklagede i dette tilfellet kan ha saklig grunn til å avlyse konkurransen som følge av manglende konkurranse etter at valgte leverandørs tilbud er avvist, tar klagenemnda ikke stilling til om vilkårene for erstatning for klager er oppfylt. Basert på det resultat klagenemnda er kommet til finner nemnda heller ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Flora kommune og NAV Sogn og Fjordane har brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

For klagenemnda,

13. oktober 2008

Andreas Wahl