



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Nav Aust- Agder gjennomførte i samarbeid med Valle kommune en konkurranse for leie av lokaler i forbindelse med etableringen av nytt NAV kontor i Valle kommune. Nemnda kom frem til at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5 ved manglende begrunnelse for valg av leverandør. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. august 2009 i sak 2009/25

Klager: Setesdalsbygg AS

Innklaget: Nav Aust-Agder og Valle kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Siri Teigum, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Kravet til konkurranse. Tilbudsfrist. Begrunnelsesplikt.

Bakgrunn:

- (1) NAV Aust- Agder opprettet et samarbeid med Valle kommune høsten 2007 i forbindelse med etablering av nytt NAV kontor i Valle kommune (samarbeidspartnerne Nav Aust- Agder og Valle kommune kalles heretter innklagede). Planen var opprinnelig å etablere kontoret i lokalene til NAV trygd, Valle (leielokaler eid av Setesdalstunet AS). For å gjennomføre en slik etablering, krevdes omfattende utvidelse av eksisterende lokaler. Innklagede valgte derfor å annonsere anskaffelsen i Setesdølen avis den 7. mars 2008. Det hitsettes følgende fra annonseteksten:

"Valle kommune og NAV Aust-Agder ønskjer tilbod på leige av lokale til NAV Valle. Det vil bli lagt stor vekt på at lokalene er plassert nær Valle sentrum. Naudsynt brutto leigeareal er på om lag 180-190 m2. Lokalene må vere klare til innflytning innan 1. Oktober 2008. I vurderinga vil det bli lagt vekt på plassering, utforming, pris, samt framdrift.

[...]

NAV Aust-Agder tek atterhald om retten til å gjennomføre tingingar på bakgrunn av innkomne tilbod og å vrake eitt, fleire eller alle tilbod utan grunngjeving."

- (2) Den 8. mars 2009 sendte Setesdalbygg AS (heretter kalt klager) e-post til innklagede hvor det fremkom følgende:

"Vi syner til annonse i Setesdølen og ber om å få tilsendt tilbodsdokumenta vedk. lokale i Valle. Av utlysinga ser eg at tilbudsfristen er 26.mars, dvs. 4. påskedag. Ettersom det berre er att 1 veke til påske er denne tilbudsfristen svært kort[...]Dersom dette er ei totalentreprise der ein og skal skaffe tomt og innhente priser fra underentreprenørar vil eg be om at NAV vurderer om anbudsfristen er reell eller om dette berre er eit spel for galleriet.

Dette siste skriv eg fordi eg er kjend med alt det som har føregått før og at Valle kommune og NAV var i ferd med å inngå kontrakt med Setesdalstunet utan å fylgje lov om offentleg anskaffing heilt til vi måtte minne etaten/kommunen om spelereglane. Det er utarbeidd teikningar og halde møte og befarig med Setesdalstunet- dette arbeidet starta opp i januar mnd. Korvid det og er gjeve inn pris kjenner eg ikkje til, men så langt som arbeidet hadde kome- ser eg ikkje dette som usannsynleg. Denne konkurrenten har difor hatt mykje lengre tid på å førebu seg enn vi har hatt.

Eg er spent på korleis NAV vil handtere dette slik at konkurransen vart reell."

- (3) Innklagede besvarte henvendelsen i e-post den 12. mars 2008. Fra e-posten hitsettes følgende:

"Vi har en tid sett etter lokaler i Valle og er interessert i å leie i sentrum. Vi ber om at vi innen 26.mars får en tilbakemelding om det er utleiere vi kan samarbeide med. Vi er innforstått med at det ikke kan leveres inn et komplett og gjennomarbeidet tilbud den 26.mars, men ønsker trygghet for at de henvendelser eller tilbud vi får er seriøse og har mulighet til å utvikles til et NAV kontor."

- (4) Vedlagt innklagedes e-post, var også "ROMPROGRAM FOR NAV VALLE". Av denne fremgikk blant annet anslagsvis størrelse på kontorlokale, krav om soneinndeling, universell utforming og lignende.
- (5) Ved tilbudsfristens utløp 26. mars 2008, hadde innklagede mottatt tilbud fra to leverandører, klager og Setesdalstunet AS.
- (6) Klager tilbød leielokaler som lå på Øyne, 1 km nord fra Valle sentrum. Ved oversendelsen av tilbudet opplyste klager om at innklagede alternativt kunne se nærmere på en eventuell omdisponering av dagens lokaler. Det hitsettes i denne sammenheng fra klagers tilbud:

"Eit anna alternativ er at involverte partar ser på om det er mogleg å utnytte eksisterande ledige kontor i Valle sentrum og på Øyne, dvs. Valle kommune, Setesdalstunet A/S, Posten, NAV og Setesdalsbygg A/S. Kanskje det med litt kreativitet er mogleg å flytte Postens distribusjonssentral i Valle til vårt bygg, og at NAV/Valle kommune kan bruke noverande lokale+Postens lokale i sentrum. Dette vil løyse spørsmål om gjeldande husleigekontraktar, samt skape ei robust løysning i åra framover, slik at ein ikkje blir sitjande att etter nokre år, med tome kontor i Valle."

- (7) Av internt notat datert 22. april 2008 fremgikk følgende fra innklagedes evaluering av klagers tilbud:

"Av de to tilbudene er Setesdalsbygg AS lavest på pris. Utover pris er tilbudet av dårlig kvalitet med tanke på både tegninger iht. romprogram og at lokalene ikke er sentrumsnære. Tilbudet er ikke egnet til vurdering opp mot kravspesifikasjonen."

[...]

I tilbudet fra Setesdalbygg AS ber en om å få tilsendt protokoll fra åpningen av tilbudet. I og med at dette gjelder et tilbud med forhandlinger har NAV ingen plikt til å sende en slik protokoll til en av tilbyderne. Vi viser i den forbindelse til klagenemndas avgjørelse

datert 3.des. 2007 hvor NAV Nordland var innklaget. I tillegg er en eventuell anbudsprotokoll å anse som et internt notat som dermed er unntatt offentligheten.

Konklusjon:

I denne saken bør en primært velge å gå i forhandling med begge tilbyderne hvor vi forhandler med utgangspunkt i pris samt andre forbedringspunkter herunder tegninger, universell utforming, standard leiekontrakt.

Begge tilbudene er svært dårlige ved at de har svært mange mangler i forhold til romprogram, kravspesifikasjon og universell utforming.”

- (8) Den 16. mai 2008 gjennomførte innklagede møte med begge tilbyderne. Etter møtet konkluderte innklagede med at ingen av tilbudene var realiserbare på grunn av tilbudenes lokalisering. Klagers tilbud ville i tillegg kreve ombygging av eksisterende lokaler og utvidelse for å oppfylle romprogrammet.
- (9) I slutten av mai 2008 kontaktet innklagede Posten, og forhørte seg om muligheten for fremleie, eventuelt muligheten for å kjøpe Posten ut av leiekontrakten sin med Setesdalstunet AS. Det hitsettes følgende fra internt notat datert 30. mai 2008:

”Nav Aust-Agder ble under møtene [den 16.mai] informert om at Posten (som leier av Setesdalstunet AS) har for store lokaler. I den forbindelse tok NAV Aust-Agder kontakt med Posten for eventuelt framleie (ut leieperioden som er mars 2011). Posten signaliserte at dette kunne være en mulig løsning, og i den forbindelse ble det gjennomført et møte med dem 26. mai. I forkant av dette møtet signaliserte styreleder i Setesdalstunet AS dette som en mulig løsning. På møtet 26. mai ble det konkludert med at Posten ville komme med et tilbud til NAV Aust-Agder i løpet av uke 23. Innen den tid ville Posten sondere muligheten for å leie lokaler i Setesdalsbygg AS.”

- (10) På denne bakgrunn ble det igangsatt forhandlinger mellom Posten og klager høsten 2008 for en mulig omdisponering av Postens lokaler til klagers lokaler på Øyen. Fra e-post korrespondanse mellom klager og Posten i uke 23, 2008, hitsettes:

”Viser til mottatt tilbud pr. mail til [...]Posten den 3.06.08 vedrørende leie av lokaler til Valle distribusjon.

Vi er i kontakt med mulig fremleietaker til dagens lokaler, og avventer en avgjørelse på dette i løpet av neste uke (uke 24).

Posten vil deretter ta stilling til det mottatte tilbudet.”

- (11) Innklagede inngikk tilslutt en leieavtale med Setesdalstunet AS som innebar at innklagede overtok en del av Postens lokaler og et tilbygg på 44 kvm, og at Posten disponerte den resterende delen av lokalet og nye lokaler i samme bygg. Posten inngikk altså ikke avtale med klager om lokaler på Øyen. Det hitsettes i denne sammenheng følgende fra e- post fra Posten til klager:

"Jeg kan nå opplyse om at Posten har blitt enige med utleier og Setesdalstunet AS om fortsatt leie i nåværende lokaler. Nav Aust- Agder og Posten har kommet frem til en løsning med deling av eksisterende lokaler (i tillegg vil Nav bygge ut sin del).

Jeg takker imidlertid for tilbudet fra Setesdalsbygg AS om leie av lokaler og velvillig bistand i den forbindelse."

- (12) Av den endelig fremforhandlede leieavtalens punkt 6.1, "leien" fremgikk at innklagede skulle betale et engangsbeløp brutto kroner 175 000 for muligheten til å tre inn i lokalene i Postens leieperiode.
- (13) I følge leieavtalens punkt 18, "LEIEFORHOLDETS VARIGHET – OPPHØR" skulle leieavtalen løpe fast i 15 år fra overtakelsestidspunktet.
- (14) Av avtalens punkt 5.1 som regulerer avtalt overtakelsestidspunkt fremgikk:

*"1 byggetrinn av lokalene er klare for overtakelse i avtalt stand den 24.11.08.
2. byggetrinn av lokalene er klare til overtakelse 15.02.09"*

- (15) Innklagede inngikk leiekontrakt med Setesdalstunet AS 7. januar 2009.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 12. februar 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Klager anfører at innklagede allerede før annonseringstidspunktet hadde bestemt seg for lokaliseringen av nye NAV kontor, og at det derfor ikke forelå noen reell behandling av klagers tilbud.
- (18) Videre hevder klager at tilbudsfristen i forbindelse med anskaffelsen av NAV lokalene var urimelig.
- (19) Konkurranses grunnlaget var mangelfullt og ble endret under saksbehandlingen. Det ble blant annet ikke opplyst om leietidens varighet til tross av at klager hadde sett i kommunale dokument at leietiden kunne bli 15 år.
- (20) Klager anfører videre at selskapet aldri har fått skriftlig tilbakemelding på tilbudet selskapet innga, til tross av at det ved innlevering av tilbud ble bedt om å få tilsendt åpningsprotokoll. Dersom tilbudet ble forkastet, mener klager at det hadde vært naturlig at selskapet fikk en begrunnelse, jf. forvaltningsloven og lov om offentlige anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

- (21) Innklagede bestrider at det foreligger brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.
- (22) Ved å annonsere anskaffelsen av leielokaler i Setesdølen avis, ble det lagt til rette for inngivelse av flere tilbud. Innklagede hadde dermed ikke på forhånd bestemt seg for valg av lokalisering.

- (23) Det var svært viktig for innklagede at NAV lokalene hadde en sentral plassering i kommunen, både i forhold til offentlig kommunikasjon og ovenfor andre servicefunksjoner. Videre ble det lagt stor vekt på at lokalene kunne ferdigstilles i henhold til fremdriftsplanen. På grunn av at klager først kunne ha lokalene klare til innflytning 1. februar 2009, ble klagers tilbud verken aktuelt for Posten eller innklagede som måtte ha NAV kontorene innflytningsklare innen 25. november 2008. Valgte leverandør er ferdig med den delen av lokalet som var påkrevd i forhold til tidsfristen for etablering 25. november 2008.

Klagenemndas vurdering:

Klassifikasjon av kontrakten

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det følger av forskriften § 1-3 (2) bokstav b, at forskriften ikke får anvendelse ved leie av "eksisterende bygninger". Leieavtalen mellom innklagede og Setesdalstunet AS fremstår etter nemndas syn som en tradisjonell leieavtale til tross av at avtalen også innebærer et tilbygg på 44 kvm. Det nevnes i denne sammenheng at tilbygget kun utgjør en mindre del av lokalets totale størrelse. Det foreligger heller ikke forhold som tilsier at innklagede tilsiktet å skaffe seg eierbeføyelser verken over tilbygget eller leielokalet for øvrig, sml. klagenemndas sak 2007/124 (premiss 36). Anskaffelsen faller dermed utenfor forskriftens virkeområde, jf. forskriften § 1-3(2) bokstav b. Inngåelse av kontrakt om leie av eksisterende bygg må imidlertid ivareta lovens alminnelige krav til konkurranse, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling, jf. blant annet klagenemndas sak 2007/20 (premiss 33).

Reell behandling av klagers tilbud

- (25) Klager anfører at innklagede allerede før annonseringstidspunktet hadde bestemt seg for lokaliseringen av nye NAV lokaler, og at det av denne grunn ikke forelå noen reell behandling av klagers tilbud.
- (26) Innklagede har et vidt skjønn når det gjelder evalueringen av innkomne tilbud som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/122 (premiss 57). Klagenemnda kan vurdere hvorvidt innklagedes evaluering fremstår vilkårlig eller usaklig, om innklagede har lagt feil faktum til grunn, eller evalueringen for øvrig er i strid med lovens grunnleggende krav, jf. lovens § 5.
- (27) Den fremlagte dokumentasjon viser at innklagede har foretatt en vurdering av klagers tilbud. Det vises til internt notat av 22. april 2008 hvor det fremgår at innklagede konkluderte med at klager var best på pris, men at tilbudet for øvrig var av dårlig kvalitet ut i fra tegninger på romprogram/lokalisering, samt at tilbudet ikke var egnet for vurdering opp mot kravspesifikasjonene. Innklagede innkalte videre i etterkant av tilbudsevalueringen til møte med klager den 16. mai 2008 for å gjennomgå klagers tilbud. Klager har ikke nærmere anført hvorfor han mener at tilbudet ikke var gjenstand for reell behandling. Ut fra den foreliggende dokumentasjon kan nemnda ikke se at innklagedes vurdering av klagers tilbud fremstår som usaklig eller vilkårlig, eller at klagers tilbud ikke har vært evaluert i tråd med lovens krav til likebehandling eller forutberegnelighet. Klagers anførsel om at innklagede ikke har foretatt en reell behandling av klagers tilbud, fører dermed ikke frem.

Tilbudsfrist

- (28) Klager hevder videre at tilbudsfristen i forbindelse med anskaffelse av nye NAV lokaler var urimelig. Nemnda forstår denne anførselen slik at tilbudsfristen på 16 dager etter klagers mening var for kort.
- (29) Minstefristen for mottak av tilbud reguleres ikke uttrykkelig i loven. Kravet til konkurranse og god forretningsskikk tilsier imidlertid at potensielle leverandører må gis en rimelig tid for inngivelse av tilbud. I forhold til hva som må anses som rimelig tid, hitsettes følgende fra fornyings og administrasjonsdepartementets veileder 2006, kapittel 11.2.1:

"Kor lang fristen bør vere for å gi leverandørene rimeleg tid, må vurderast i kvart tilfelle. Det må mellom anna takast omsyn til at dei grunnleggjande krava blir innfridde. Ut i frå proposjonalitetsprinsippet bør fristen vere lengre dess meir omfattande og kompleks anskaffinga er."

[...]

Dersom fristen fell innanfor ein periode med mange helgedagar/fridagar, bør det setjast ein lengre frist enn om det ikkje er nokon helgedagar i den aktuelle perioden."

- (30) Uttalelsen gjelder riktignok anskaffelser etter forskriftens del II, men må ha overføringsverdi også til foreliggende sak.
- (31) Denne saken dreier seg om anskaffelse av leielokaler for næringsbygg. Til tross for at den endelige leieavtalen også innebar et tilbygg på 44 kvm, var det ikke snakk om å inngi tilbud på en totalentreprise, men lokaler med mulige løsninger tilpasset kravspesifikasjonene. Anskaffelsen kan derfor ikke anses for å være særskilt kompleks eller omfattende. At tilbudsfristen også løp i helligdagene rundt påske, kan heller ikke tillegges stor vekt, sett i forhold til anskaffelsens manglende kompleksitet, sml. også klagenemndas sak 2009/110 (premiss 60). Videre fremgår det av e-post den 12. mars 2008 at innklagede ga uttrykk for at han var innforstått med at *"det ikke kan leveres inn et komplett og gjennomarbeidet tilbud den 26. mars"*, men at det innklagede ønsket innen tilbudsfristen var en trygghet for at tilbud innklagede fikk inn var *"seriøse og hadde en mulighet til å utvikles til et NAV kontor."* Det må derfor legges til grunn at innklagede med dette la opp til at klager hadde mulighet til å utdype tilbudet ytterligere i etterkant. Klager har ikke anført at han ikke fikk mulighet til dette, eller at tilbudsfristen har forhindret ham i å inngi det tilbudet han ønsket. Klagers anførsel om at tilbudsfristen var urimelig fører dermed ikke frem.

Endring av konkurransegrunnlaget

- (32) Klager hevder videre at konkurransegrunnlaget var mangelfullt og ble endret under saksbehandlingen, og begrunner dette med at innklagede blant annet ikke har opplyst om leietidens varighet til tross av at kommunale dokument ga uttrykk for at leietiden kunne bli 15 år.
- (33) Kravet til konkurranse og forutberegnelighet i lovens § 5 tilsier at konkurransegrunnlaget bør inneholde en fullstendig beskrivelse av den ønskede anskaffelsen. Det er på det rene at konkurransegrunnlaget ikke anga leietidens varighet. Det kan ikke stilles like strenge krav til konkurransegrunnlaget som etter forskriftens

strengere bestemmelser i § 8-1 og § 17-1 når anskaffelsen kun reguleres av loven. Etter nemndas syn fremgår det av anskaffelsens art og den dokumentasjon som ble tilsendt klager at leieforholdet ville bli av lengre varighet selv om leietiden ikke konkret fremgår. Klager hadde også anledning til både forut for innleveringen av tilbudet og i forhandlingene å spørre om lengden på leieperioden. Klagenemnda kan heller ikke se at manglende angivelse av leietiden har ført til at klager har kommet dårligere ut av konkurransen enn om det hadde fremgått av konkurransegrunnlaget. Hensynet til konkurranse og forutberegnelighet må med dette anses tilstrekkelig ivaretatt i foreliggende tilfelle. Nemnda kan ikke se at klager har anført andre mangler ved konkurransegrunnlaget enn leieperioden, og har kommet til at klagers anførsel ikke kan føre frem.

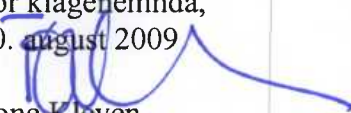
Begrunnelse og åpningsprotokoll

- (34) Klager anfører videre at selskapet aldri har fått skriftlig tilbakemelding på tilbudet selskapet innga, til tross av at klager ved innleveringen av tilbudet ba om å få tilsendt åpningsprotokoll. Klager hevder også at selskapet skulle ha fått en begrunnelse dersom tilbudet ble forkastet.
- (35) Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt til grunn at det vil være i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling å opplyse om tilbydernes totalpriser før samtlige priser er endelige, og hvor oppdragsgiver foretar anskaffelsen basert på forhandlinger med tilbyderne, jf. blant annet 2008/38 (premiss 23). Ut i fra det her nevnte har innklagede verken plikt eller rett til å sende klager åpningsprotokoll når innklagede igangsetter forhandlinger med tilbyderne på bakgrunn av annonsen i Setesdølen avis.
- (36) Etter tilbudsåpningen fortsatte innklagede forhandlinger med leverandørene basert på de innkomne tilbud, sml. (premiss 26). Av sakens bakgrunn fremgår det dermed at innklagede ikke formelt sett har forkastet klagers tilbud, i motsetning til hva innklagede selv har lagt til grunn. Spørsmålet blir dermed om innklagede pliktet å gi klager en begrunnelse for valg av leverandør.
- (37) Det følger av kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 at oppdragsgiver, også i konkurranser der forskriftens bestemmelser om begrunnelse ikke får anvendelse, må gi en begrunnelse for valg av leverandør som gjør det mulig å bedømme om tildelingen er foretatt i samsvar med reglene fastsatt for konkurransen, jf. klagenemndas sak 2008/83 (premiss 32) og sak 2008/153 (premiss 60).
- (38) I foreliggende tilfelle har klager verken fått meddelelse om valg av leverandør, eller begrunnelse for hvordan klagers tilbud ble vurdert ut i fra de ulike tildelingskriteriene som ble angitt i annonsen. Etter nemnda syn hadde klager dermed ikke mulighet til å vurdere om tildelingen var foretatt i samsvar med tildelingskriteriene eller på annen måte etterprøve om innklagede hadde foretatt en forsvarlig vurdering. Klagenemnda finner dermed at innklagede har brutt kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lovens § 5 ved manglende begrunnelse for valg av leverandør.

Konklusjon:

Nav Aust- Agder og Valle kommune har brutt kravet til gjennomsiktighet og forutberegnelighet i lovens § 5 ved manglende begrunnelse for valg av tilbyder. Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,
10. august 2009


Tone Kleven