



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse vedrørende leie av minimum 2500 m² areal til Kunnskapsparken på Finnsnes. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. En forutsetning om en leieperiode på femten år ble ikke ansett som et vesentlig avvik/forbehold, og medførte heller ikke relativ bedømmelsestil ved vurderingen av tilbudene. Klagenemnda fant heller ikke at innklagede hadde brutt loven § 5 ved tildelingsevalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 17. februar 2014 i sak 2012/33

Klager: FinansGruppen Eiendom AS

Innklaget: Lenvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn.

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandørs tilbud, vilkårlig skjønnsutøvelse i tildelingsevalueringen.

Bakgrunn:

- (1) Kunnskapsparken Finnsnes AS (heretter KUFI) gjennomførte i juni 2011 en konkurranse om leie av minimum 2500 m² areal til Kunnskapsparken på Finnsnes. Dette ble gjort på vegne av Lenvik kommune (heretter innklagede) og øvrige leietagere, og målet var å samlokalisere en rekke offentlige institusjoner, herunder Lenvik folkebibliotek, Studiesenteret Finnsnes AS (heretter Studiesenteret), Midt-Troms Museum med flere. KUFI ble stiftet i november 2005, og eies av Lenvik kommune med 38,8 %, Troms fylkeskommune med 36,57 % og Finnfjord AS med 24,63 %.
- (2) Konkurransen ble annonsert i lokale medier, herunder i Bladet Nordlys og Troms Folkeblad, men ble ikke kunngjort i Doffin eller TED. Det er ikke angitt noe om anskaffelsesverdi i tilbudsinnbydelsen, men det fremgår at innbydelsen gjelder tilbud på leie av minimum 2500 m² netto areal. Tilbudsfrist var i innbydelsens siste side angitt til 19. august 2011. Fire aktører henvendte seg til KUFI, og fikk tilsendt tilbudsinnbydelse.
- (3) Klagenemnda bemerker at den samme konkurransen tidligere er behandlet i klagenemndas sak 2012/35, der spørsmålet var om leiekontraktene i realiteten utgjorde en bygge- og anleggsanskaffelse, og således utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant imidlertid at unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav b kom til anvendelse, og klagen førte ikke frem.
- (4) Av konkurransens tilbudsinnbydelse side 1 fremgikk følgende om formålet til KUFI:

*"[...] er ideelt og går ut på å tilrettelegge for samlokalisering av utdanningsaktører, FoU miljø og annen kunnskapsintensiv virksomhet innen både offentlig og privat sektor.
[...]"*

Kunnskapsparken Finnsnes as ber med dette om tilbud på leie av minimum 2500 m² netto areal.

Kunnskapsparken Finnsnes as har påtatt seg rollen som koordinator i arbeidet med å finne egnede lokaler for en samlokalisering av Lenvik folkebibliotek, Studiesenteret Finnsnes, Midt-Troms Museum med flere, [...]

Samlokaliseringen vil sette krav til byggtekniske løsninger for å oppnå synergier ved nærhet til hverandre og felles bruk av sentrale rom."

- (5) Det ble videre i tilbudsinnbydelsen side 1 punkt **"Krav til leieobjektet"** opplyst om generelle krav i uprioritert rekkefølge:

"- Lokalene må ha en sentral plassering i sentrum.

- Lokalene må ha universell utforming av interiør/eksteriør.

- Tilfredsstillende lydisolering for alle leietakerne.

- Biblioteket/museet må ha en sentral bygningsmessig plassering i forhold til publikumsadgang.

- Takhøyden for bibliotek/resepsjon skal være minimum 3,5 meter.

- Kafe/kantine bør ha en sentral plassering knyttet opp mot resepsjon/bibliotek.

- Auditorium/konferansesal med 150 plasser med muligheter for å kunne deles i to.

[...]"

- (6) I tilbudsinnbydelsen side 2 under punktet **"Tildelingskriterier"** fremgikk at valg av tilbyder skulle skje ut fra det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på seks kriterier:

- | | |
|--|-------------------------------|
| <i>- "Oppfyllelse av ovenstående krav.</i> | <i>Vektet 25 % (+/- 10 %)</i> |
| <i>- Beliggenhet.</i> | <i>Vektet 25 % (+/- 10 %)</i> |
| <i>- Utvidelsesmuligheter.</i> | <i>Vektet 20 % (+/- 5 %)</i> |
| <i>- Leiepris og driftskostnader.</i> | <i>Vektet 20 % (+/- 5 %)</i> |
| <i>- Miljøvennlige driftsløsninger.</i> | <i>Vektet 5 %</i> |
| <i>- Helhetlig funksjonalitet.</i> | <i>Vektet 5 %"</i> |

- (7) Videre ble tilbyderne i punktet **"Generelle opplysninger"** gjort særskilt oppmerksomme på at:

"konkurransen faller utenfor forskrift om offentlige anskaffelser, jf. forskriftens § 1-2, bokstav b [§ 1-3 (2) bokstav b]."

- (8) I samme punkt fremgikk også blant annet:

- "Leietakerne skal hver for seg inngå selvstendige leiekontrakter.

- Det kan påregnes langtidsleiekontrakter på 10 år fra de store leietakerne."

- (9) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede to tilbud, herunder fra FinansGruppen Eiendom AS (heretter kalt klager), og Finnsnes Eiendomsutvikling AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (10) Av klagers tilbud 15. august 2011 fremgikk blant annet:

"Krav til leieobjektet:

[...]

5. Takhøyden for bibliotek/resepsjon vil være på 2,65 – 3,00 meter. Dette tilfredsstiller generelle normkrav til et moderne bibliotek.

[...]

Tilbudet er som følger:

a) Leiepris pr. m² vil være (...) ¹ pr.m² basert på gitte forutsetninger.

[...]

Generelle forutsetninger:

[...]

Det kan påregnes langtidsleiekontrakter på 10 år fra de store leietakerne."

- (11) Av valgte leverandørs tilbud 19. august 2011 fremgikk blant annet følgende:

"2.2 Forbehold

Det tas følgende forbehold for tilbudet:

- *At det gis igangsettelsestillatelse fra Lenvik kommune.*

2.3 [...]

2.4 Grunnlaget for utleier sin beregning av leie

Ved beregningen av leien har utleier lagt til grunn følgende sentrale økonomiske forutsetninger;

Til grunn for beregningen av den tilbudte leieprisen ligger en samlet investeringskostnad på kr 129.450.200,-. Dette beløpet omfatter alle kostnader i prosjektet fra arbeidet med nærværende tilbud frem til ferdigstillelse av bygget til oppstart av leieforholdet, herunder tomtkostnader, samt betjening av fremtidige EierKostnader, kapitalkostnader og forrenting av den innskutte egenkapital i prosjektet. Leieprisen er videre basert på at byggets samlede BruttoAreal utgjør 5015 m².

2.5 Kontrakts forutsetninger

¹ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr. 2.

Det forutsettes at det inngås separate leiekontrakter med de enkelte leietakerne innenfor tilbudets ramme og for øvrig basert på standard utleiekontrakt for næringsforhold. Leieperioden må utgjøre minimum 15 år.

Bygget forutsettes ferdigstilt og arealene klargjort for utleie innen den 1. desember 2012. Dette forutsetter aksept innenfor den frist som er angitt i pkt. 2.3 og at det dernest inngås bindende kontrakt fullt ut basert på den konsept-, bygge- og leveransebeskrivelse, samt, tegninger og øvrige forutsetninger beskrevet i dette tilbudet (disse beskrivelsene er samlet betegnet som "Spesifikasjonen".)

- (12) Det hitsettes videre fra dokumentet **"Rangering av tilbydere etter tildelingskriteriene"**:

"Kriterier:	Vekting:	FG Eiendom	F.snes Eiendom	
Oppfylld krav	25 % (+/- 10 %)	8 (25 %) 2	10 (25 %) 2,5	Se vekting
Beliggenhet	25 % (+/- 10 %)	8 (25 %) 2	10 (25 %) 2,5	Trafikkterm
Utvikelsesmulighet	20 % (+/- 5 %)	8 (20 %) 1,6	10 (20 %) 2	Ikke vist skisse
Leiepris	20 % (+/- 5 %)	10 (20 %) 2	6 (20 %) 1,2	
Miljø	5 %	5 (5 %) 0,25	10 (5 %) 0,5	Vannb varme, nybygg
Funksjonalitet	5 %	5 (5 %) 0,25	9 (5 %) 0,45	Samhandling
SUM		8,1	9,15"	

- (13) Av tildelingsmeddelelse 23. august 2011 fremgikk at styret i KUFi vedtok å gå videre med tilbudet fra valgte leverandør basert på at dette var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det fremgikk blant annet følgende av meddelelsen:

"Tilbudet fra FG Eiendom virker lite gjennomarbeidet og tilfredsstillende ikke våre krav som er satt til takhøyde for Bibliotek/resepsjon. I tillegg mangler tilbudet tegninger/skisser som viser løsninger for samhandlingen/plasseringen av de forskjellige objektene i bygget, noe som muligens burde ført til en avvisning av tilbudet."

- (14) I etterkant av tildelingsmeddelelsen sendte klager e-poster til KUFi og innklagede med diverse spørsmål til konkurransen og tildelingen. Det hitsettes fra e-post 26. august 2011 fra klager til KUFi:

- *"Vi ser at FB i punkt 2.5, har det som en forutsetning at leiekontraktens lengde skal være på minimum 15 år. Dette er jo et av de mest vesentlige moment for beregning av leie. I vedlagte innbydelse er det skissert maks 10 år. Med en 15*

års kontrakt vil normalt leie reduseres med fra 20 - 30 %. Dvs. at vår pris for tilsvarende arealer vil ligge rundt 1150 kr/m²."

- (15) **"Leiekontrakt biblioteksarealet"** mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 18. oktober 2011. Av kontraktens punkt 5 **"Leiearealet"** fremgikk at leiearealet var på 1181 m². I punkt 9 **"Leietid"** fremgikk at leieforholdet løper i ti år, med opsjon på ytterligere fem år, samt at:

"Leieforholdet opphører deretter uten oppsigelse. Leieforholdet kan ikke sies opp i leieperioden."

- (16) Av kontraktens punkt 10 **"Leievederlaget"** fremgikk blant annet:

"(1)Leietaker skal betale en årlig husleie ("LeieVederlaget") som ved oppstart av leieforholdet beregnes på grunnlag av et kronebeløp per kvadratmeter ("ArealPris") multiplisert med Leietaker sitt LeieAreal. ArealPris er avtalt til å være kr. 1.975,- m²/år."

- (17) Studiesenteret inngikk leieavtale med valgte leverandør 24. oktober 2011. I avtalens punkt 5 **"Leiearealet"** ble det opplyst at leiearealet utgjorde 473,8 m², og av punkt 9 **"Leietid"** fremgikk at leieforholdet løper i ti år med opsjon på å leie i ytterligere fem år.

- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) den 1. februar 2012.

- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. februar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager anfører at innklagede, ved KUFI, har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, idet tilbudet inneholder et vesentlig avvik/forbehold mot tilbudsinnbydelsen, da det er vist til at leieperioden må utgjøre 15 år. Uansett skulle valgte leverandørs tilbud vært avvist grunnet relativ bedømmelsestvil, idet forutsetningen om leieperiode medførte tvil om hvordan tilbudene skulle bedømmes i forhold til hverandre. Det vises til at leieavtalenes varighet har vesentlig betydning for prissettingen, og det skal i praksis lite til før et forbehold kan medføre tvil. For øvrig må henvisningen til leieperiode i tilbudsinnbydelsen forstås som en kontraktsforutsetning, og begge tilbydere har forstått tilbudsinnbydelsen slik.
- (21) Valgte leverandørs avvik/forbehold må ses i sammenheng med beregningen av leiepris, og forutsetningene for denne blir endret ved en leieperiode på 15 år. Klager har beregnet leieprisene ut fra tilbudsinnbydelsens gitte forutsetning på ti år. Hadde klager hatt mulighet til å inngi tilbud basert på en varighet på 15 år, ville dette hatt en ikke uvesentlig betydning for beregningen av leiepris, jf. e-post fra klager til KUFI av 26. august 2011. Valgte leverandør har således hatt en konkurransefordel. Selv om valgte leverandør har valgt å fragå sitt forbehold om kontraktens leieperiode, og har inngått kontrakt med kortere leieperiode til samme leiepris, betyr ikke dette at leietiden ikke har hatt betydning for leieprisen.

- (22) Det anføres for det andre at innklagede under evalueringen har brutt de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5, ved å foreta en tildeling til tross for at det var tvil om hvordan tilbudene skulle bedømmes i forhold til hverandre. Den tvil forbeholdet om leietid innebar var synbar for innklagede, og når kommunen likevel valgte å foreta tildeling fremstår denne avgjørelsen som vilkårlig og grovt urimelig. Hertil kommer at leiepris og driftskostnader utgjør en del av tildelingskriteriene, og er vektet med 20 %.
- (23) Endelig bes klagenemnda uttale seg om grunnlaget for erstatning for positiv kontraktsinteresse. Det fremholdes at innklagede har gjort vesentlige feil i form av manglende avvisning, samt ved vilkårlig og grovt urimelig skjønnsutøvelse. Det er videre på det rene at det kom inn to tilbud i konkurransen, og at klager ikke ble avvist. Klager må således antas rangert som nummer to. Utfallet kunne derfor ha blitt et annet om kommunen hadde overholdt sin plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud.

Innklagedes anførsler:

- (24) Det bestrides at det foreligger grunnlag for avvisning av valgte leverandørs tilbud, idet tilbudsinnbydelsen ikke angir leietid som en forutsetning eller et kontraktsvilkår. Valgte leverandørs forutsetning om leietid på 15 år var dermed ikke i strid med konkurransegrunnlaget. Leietiden har heller ikke direkte betydning for leieprisen, idet kommunen har inngått avtale for ti år med den samme pris som fremgår av valgte leverandørs tilbud. Hva gjelder klagers tilbud fremholdes at det ikke uten videre kan leses som at tilbudet har ti års leietid som forutsetning for leieprisen, da klager bare har gjengitt tilbudsinnbydelsen på dette punkt. Det foreligger heller ikke relativ bedømmelsestvil, idet klagers tilbud uansett ikke ville vært aktuelt.
- (25) Det bestrides videre at skjønnsutøvelsen ved tilbudsevalueringen er grovt urimelig eller vilkårlig, da denne er utført i tråd med tildelingskriteriene og beste innkjøpsfaglige skjønn. Det vises til at det er tatt høyde for leietiden ved evalueringen, og en prisreduksjon fra klagers side ville ikke vært avgjørende for rangeringen.
- (26) Hva gjelder spørsmålet om erstatning bestrides at det foreligger grunnlag for positiv kontraktsinteresse. Det foreligger ikke klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville fått oppdraget dersom valgte leverandør hadde blitt avvist, jf. Høyesteretts dom inntatt i Rt-2001-1062 (Nucleus). Det uttales videre i denne dommen at det i utgangspunktet må være begått en vesentlig feil. I nærværende konkurranse er det imidlertid ikke begått noen vesentlig feil. Det er heller ikke sannsynlig at klager ville fått oppdraget, og det henvises til tildelingsmeddelelsen hvor det er påpekt at klagers tilbud virker lite gjennomarbeidet og tilfredsstillende blant annet ikke krav til takhøyde for biblioteket. Tilbudet ble likevel ikke avvist, da det ved tilbudsevalueringen var klart at tilbudet fra valgte leverandør var det eneste aktuelle alternativet. Ved en avvisning av valgte leverandørs tilbud ville konkurransen blitt avlyst.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder leie av minimum 2500 m² areal til Kunnskapsparken på Finnsnes. Anskaffelsens verdi var ikke spesifisert i tilbudsinnbydelsen. Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen ikke er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser, idet unntaksbestemmelsen i forskriften § 1-3 (2) bokstav b kommer til anvendelse, jf. klagenemndas sak 2012/35.

Det er likevel lagt til grunn i fast klagenemndspraksis at lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 kommer til anvendelse ved leie av eiendom til offentlig formål, da dette ligger svært nær tradisjonelle tjenestekjøp, jf. blant annet klagenemndas saker 2007/20 premiss (29)-(33), 2009/16 premiss (93) og 2011/151 premiss (64).

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (28) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen, idet forutsetningen om 15 års leieperiode er et vesentlig avvik/forbehold mot tilbudsinnbydelsen. For alle tilfeller skulle valgte leverandørs tilbud vært avvist grunnet relativ bedømmelsestvil, ettersom forutsetningen om leieperiode medførte tvil om hvordan tilbudene skulle bedømmes i forhold til hverandre.
- (29) Avvisning av tilbud er ikke direkte regulert i loven, men de grunnleggende prinsippene i loven § 5 kommer til anvendelse. Dette innebærer at oppdragsgiver har en plikt til å opptre i samsvar med god forretningsskikk, til å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører, og til å sikre ivaretagelse av hensynene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Det konkrete innholdet i disse kravene beror imidlertid på den konkurranse som er gjennomført, og særlig hva som er kommunisert til markedet og tilbyderne, jf. klagenemndas saker 2011/151 premiss (64) og 2011/197 premiss (25), som også gjaldt leie av lokaler.
- (30) Valgte leverandør har i sitt tilbud opplyst under punkt "2.5 Kontrakts forutsetninger", at leieperioden må utgjøre 15 år. Spørsmålet for klagenemnda blir om dette utgjør et avvik eller et forbehold fra tilbudsinnbydelsen som gir grunnlag for avvisningsplikt.
- (31) I tilbudsinnbydelsen side 2 fremgikk at: "*Det kan påregnes langtidsleiekontrakter på 10 år fra de store leietakerne.*" Etter ordlyden fremstår formuleringen som vag og lite rettslig forpliktende, og det kan ikke av denne sluttes et krav til leietidsperiode. Hva gjelder uttalelsens kontekst, er den gitt under punktet generelle opplysninger, og ikke under punktet krav til leieobjektet. Videre finner klagenemnda at innholdet i tilbudsinnbydelsen må tolkes på bakgrunn av rammene for nærværende konkurranse, og formuleringen om leieperiode er bare informasjon til leverandørene og et ønske i henhold til en senere leiekontrakt, som kommer i stand på basis av hva som er mest formålstjenlig for partene. Basert på dette kan ikke tilbudsinnbydelsens formulering anses å utgjøre et krav om en leieperiode begrenset til ti år.
- (32) På denne bakgrunn utgjør ikke forutsetningen om leieperiode i valgte leverandørs tilbud et forbehold eller avvik til krav i tilbudsinnbydelsen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Tildelingsevalueringen

- (33) Klager har anført at innklagede under tilbudsevalueringen har brutt de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5, ved å foreta en tildeling til tross for at det var tvil om hvordan tilbudene skulle bedømmes i forhold til hverandre.
- (34) Av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet følger det blant annet en plikt til å vurdere tilbudene basert på det som er kommunisert i konkurransen, og til å gjennomføre en reell sammenligning av tilbudene. Ved denne evalueringen utøver oppdragsgiver imidlertid et innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan likevel prøve om innklagedes vurdering var

vilkårlig, usaklig, eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, sml. klagenemndas saker 2010/19 premiss (36) og 2011/151 premiss (96).

- (35) Ved denne vurderingen må det ses hen til den konkurransen som er gjennomført, og at leieavtaler er unntatt forskriften etter § 1-3 (2) bokstav b jf. premiss (28) – (29) over.
- (36) Foreliggende konkurranse åpnet i tilbudsinnbydelsen for at det kunne inngis varierte tilbud, eksempelvis både på eksisterende og planlagt oppførte lokaler. Innklagede mottok to tilbud i konkurransen. Av dokumentet *"Rangering av tilbyderne etter tildelingskriteriene"* fremgår at innklagede i evalueringen vurderte alle tildelingskriterier oppgitt i tilbudsinnbydelsen, herunder oppfylning av krav og leiepris. Klager er vurdert med bedre poengsum på leiepris enn valgte leverandør, men med lavere sum på de øvrige tildelingskriteriene. I tildelingsbeslutningen fremgikk det videre at valgte leverandørs tilbud var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det ble blant annet vist til at klagers tilbud ikke tilfredsstilte de krav som var satt til takhøyde for bibliotek/resepsjon, og at det manglet tegninger/skisser som viste løsninger for plasseringen av de forskjellige objektene i bygget. De to innkomne tilbudene fremstår således ikke som like. Etter klagenemndas syn har innklagede fulgt opp det som ble uttalt om evalueringen i tilbudsinnbydelsen, og foretatt en skjønnsmessig vurdering med poengintervaller av tildelingskriteriene. Med grunnlag i den frie konkurranseformen må innklagede videre kunne vurdere helheten i tilbudene. Hertil kommer at ettersom innklagede ikke var bundet av noen konkurranseform, kunne det forhandles om alle sider av tilbudene.
- (37) Klagenemnda finner heller ikke andre holdepunkter for at innklagedes skjønnsutøvelse har vært vilkårlig, usaklig eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Lenvik kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 17. februar 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver