



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av 10 nye kommunale omsorgsboliger, og hvor tilbyderne også skulle skaffe tomt i nærheten av et eksisterende omsorgssenter. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket fordi innklagede før konkurransen ble lyst ut, var klar over at det kun var én aktuell tomt som valgte leverandør disponerte. Realiteten var at leverandøren var valgt på forhånd, og konkurransen ble kunngjort kun for å oppfylle formelle krav. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt loven § 5 ved at det ikke var gitt en tilstrekkelig begrunnelse for at det var nødvendig å kjøpe tomt sammen med oppføring av omsorgsboligene. Klagenemnda fant også at innklagede hadde brutt regelverket ved at tildelingsbeslutningen ikke var meddelt klager.

Klagenemndas avgjørelse 20. mai 2014 i sak 2012/166

Klager: Implementor AS

Innklaget: Voss kommune

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Tilstrekkelig konkurranse, meddelelse av tildelingsbeslutning

Bakgrunn:

- (1) Voss kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. april 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av 10 nye omsorgsboliger til kommunen. I kunngjøringen punkt II.1.2. (a) var det krysset av for "*prosjektering og utførelse*" under "*Type Bygge- og Anleggsanskaffelse*". CPV-klassifisering var i kunngjøringen punkt II.1.6, angitt til 70121200 for hovedanskaffelsen, og 45422000, 45223500 og 45220000 for tilleggsleveranser. Det er opplyst at kostnadsrammen for boligene var 2,29 millioner kroner inklusive mva. per enhet. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 18. mai 2012.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.5. var følgende beskrivelse av anskaffelsens art og omfang gitt:
"Voss kommune ynskjer tilbod på 10 nye omsorgsbustader på Vossestrand nærast mogleg Vossestrand omsorgstun. Målsettinga er å byggje bustader etter ein felles lest og standard som stettar brukarane sine krav og behov og gjeldande offentlege krav. Under punkt II.I.6 CPV-klassifisering har Voss kommune lagt inn CPV-kode for betong og tømrararbeid slik at aktuelle entreprenørar skal få tilslag i DOFFIN-databasen. Voss kommune understrekar at anbodet gjeld kjøp av innflyttingsklare husvære".
- (3) I kunngjøringen punkt VI.3) var det også understreket at anskaffelsen gjaldt kjøp av innflyttingsklare boliger. Det var også opplyst at tilbydere som meldte seg på i Doffin, ville bli invitert til et informasjonsmøte hvor det ville bli gitt utfyllende informasjon om prosjektet.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

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

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

- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 8.2 fremgikk det at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, på grunnlag av kriteriene "Avstand frå Vossastrand omsorgstun", "Pris – levetidskostnader og betalingsvilkår" og "Planløsning for husværa og fellesareal". Kriteriene var ikke vektet eller listet i prioritert rekkefølge.
- (5) I kravspesifikasjonen, vedlegg B til konkurransegrunnlaget, fremgikk det under "Målsetting og krav" blant annet at "Omsorgsbustader skal dekke behovet for bustader for eldre og funksjonshemma".
- (6) I et dokument benevnt "Presiseringar til kunngjeringa i DOFFIN – utskrift frå DOFFIN" var det stilt spørsmål om hva prisen skulle omfatte. Innklagede svarte følgende:
"Voss kommune ber om pris på eit nøkkelferdig bygg. Tilbydar må då sjølv kalkulera inn alle typar avgifter og gebyr til det offentlege som inngår i eit byggeprosjekt".
- (7) Innklagede mottok tilbud fra Implementor AS datert 9. mai 2012 (heretter klager) og Seimen Eigedom AS (heretter valgte leverandør).
- (8) I brev av 22. mai 2012 fra innklagede til klager, ble klagers tilbud avvist. Følgende begrunnelse var gitt:
"I anbudet er det bedt om tilbod på nøkkelferdige omsorgsbustader nærast mogleg Vossestrand omsorgstun. Når Voss kommune ber om tilbod på nøkkelferdige omsorgsbustader inneber det at tilbydar må levera ferdige bygg inklusiv tomt. Voss kommune kan ikkje sjå at Implementor as har levert eit tilbod som er i samsvar med kravet i konkurransegrunnlaget. Det manglar blant anna tomt til omsorgsbustadane som er eit vilkår for at bygget kan realiserast. Med bakgrunn i at tilbodet inneheld store manglar i høve konkurransegrunnlaget, må tilbodet avvisast".
- (9) I anskaffelsesprotokollen datert 4. juni 2012, var begrunnelsen for å gi kontrakten til valgte leverandør, at leverandøren var den eneste tilbyder som hadde et komplett tilbud i tråd med konkurransegrunnlaget. Tilbudet lå også innenfor den økonomiske rammen som var satt for gjennomføring av prosjektet.
- (10) I brev av 4. juni 2012 fra innklagede til klager var det vist til e-poster av 1. og 4 juni fra klager med krav om innsyn i åpningsprotokollen og informasjon om hvilke gårds- og bruksnummer omsorgsboligene skulle bygges på. Kopi av åpningsprotokollen var vedlagt og det var i tillegg opplyst at "Seimen Eigdom AS har i tilbode planlagt å byggja omsorgsbustadane på nabotomta til Vossestrand omsorgstun. Eigedomen har adresse Oppheimsvegen 33 og omsorgstunet har adresse Oppheimsvegen 35. Eigar av eigedomen der omsorgsbustadane skal byggjast er Seimen Eigedom AS."
- (11) I protokoll fra møte i hovedutvalget for Formannskap, plan og økonomi 28. juni 2012, fremgikk det at innklagede godkjente at det ble inngått kontrakt med valgte leverandør. Det er ikke opplyst om og eventuelt når kontrakten er inngått.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) i brev av 22. juni 2012.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. mai 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved at det ikke er sørget for rettfærdig og jevnbyrdig konkurranse mellom tilbyderne. Innklagede var, før konkurransen ble lyst ut, klar over at det kun fantes én ledig tomt i nærheten av Voss Omsorgssenter, som valgte leverandør disponerte. Innklagede hadde kontakt med valgte leverandør før konkurransen ble lyst ut. Realiteten er at leverandøren var valgt på forhånd, og at konkurransen ble kunngjort kun for å oppfylle formelle krav.
- (15) Innklagede har brutt regelverket ved at innklagede kun opplyste til klager at valgte leverandør hadde inngitt tilbud. Det ble ikke meddelt at kontrakt ville bli tildelt valgte leverandør. Det var ikke gitt informasjon om eventuell klagefrist.

Innklagedes anførsler:

- (16) Klagers anførsler bestrides. Innklagede hadde ikke skriftlig korrespondanse med potensielle tilbydere før konkurransen ble lyst ut på DOFFIN, men var kjent med at valgte leverandør disponerte nabotomten til Vossestrand omsorgssenter. Det kan ikke forhindre at kommunen lyser ut en anbudskonkurranse. Dersom innklagede ikke hadde gjennomført en anbudskonkurranse, ville det vært i strid med anskaffelsesregelverket.
- (17) Klagers tilbud ble avvist. Når tilbudet er avvist, er ikke denne tilbyderen med i konkurransen og tilbyderen har dermed heller ikke krav på å få denne informasjonen.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av 10 nye kommunale omsorgsboliger, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Kostnadsrammen for boligene var 2, 29 millioner kroner inklusive mva. per enhet. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved ikke å sørge for rettfærdig og jevnbyrdig konkurranse mellom tilbyderne

- (19) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket fordi innklagede før konkurransen ble utlyst, var klar over at valgte leverandør var den eneste som hadde tilgjengelig tomt i nærheten av det eksisterende omsorgssenteret. Da innklagede stilte krav om at tilbyder måtte skaffe tomt til boligene, og i tillegg vektla nærhet til det eksisterende omsorgssenteret, var det kun valgte leverandør som kunne levere. Det ble dermed ikke sørget for reell konkurranse mellom tilbyderne.
- (20) Klagenemnda har i sak 2006/21 tatt stilling til et lignende spørsmål. Saken gjaldt anskaffelse av fire boliger for funksjonshemmede. Spørsmålet var om et krav om at tilbyderne også skulle anskaffe tomt som omsorgsboligene skulle oppføres på, rettstridig favoriserte lokale leverandører eller på annen måte usaklig begrenset konkurransen. Som et utgangspunkt for vurderingen uttalte nemnda:

"Som et utgangspunkt har oppdragsgiver en relativt vid skjønnsadgang knyttet til å vurdere hvilke behov som skal dekkes ved en kunngjort konkurranse, og i hvilken grad forskjellige ytelser i denne forbindelse skal kobles sammen. Samtidig er det klart at en sammenkobling mellom et eiendomssalg og en entrepriser vil kunne åpne for omgøelser og favorisering av lokale tilbydere. Det kan for eksempel være en bestemt tomt som klart peker seg ut som mest fordelaktig, og eierens valg av samarbeidspartner kan da bli avgjørende for utfallet av konkurransen. Et annet eksempel er at kjennskap til at en slik konkurranse vil bli gjennomført, kan lede til posisjonering av de tilbyderne som har fått slik kjennskap, lenge før konkurransen blir utlyst. Dette vil være i strid med anskaffelsesreglenes formål. En sammenkobling som i den foreliggende sak vil derfor alltid være problematisk, og ofte ulovlig."

(21) Flertallet uttalte deretter:

"Til tross for innvendingene gjengitt over, kan flertallet ikke se at det er rettslig grunnlag i anskaffelsesreglene for å oppstille noe ubetinget og generelt forbud mot å koble sammen en anskaffelse av fast eiendom og en entrepriserkontrakt. Etter omstendighetene vil dette kunne være hensiktsmessig, og i samsvar med anskaffelsesreglenes krav. Det må derfor foretas en konkret vurdering av hvorvidt den valgte fremgangsmåte diskriminerer leverandører på grunn av lokal tilhørighet, eller usaklig begrenser konkurransen. Sentrale momenter i denne vurderingen vil være hvorvidt oppdragsgiver kan påvise objektive grunner for den valgte fremgangsmåte, og at konkurranse ikke utelukkes ved sammenkoblingen. Ved vurderingen må det også tas hensyn til proporsjonalitetsprinsippet, det vil si om myndighetene kan oppnå det samme formål med mindre inngripende (mindre diskriminerende eller konkurransebegrensende) tiltak.

Den foreliggende sak fremstår som et grensetilfelle. Valget av konkurranseform synes i realiteten å ha begrenset konkurransen, men innklagede har samtidig kommet med en legitim begrunnelse for hvorfor det var behov for å gjennomføre anskaffelsene som én konkurranse. Selv om entreprenører og grunneiere måtte utarbeide tilbud i felleskap, kunne partene fritt velge medkontrahent, og det å skaffe forkjøpsrett hos privat grunneier er et privat forhold som kommunen ikke har kontroll over. Det var i dette tilfellet i utgangspunktet flere tomter som kunne være aktuelle for utbygging, men bare én grunneier som viste seg å være interessert i å selge. Forhold som rask henvendelse, pris og kjennskap vil kunne ha betydning for grunneierens vurdering av hvem vedkommende vil samarbeide med, og dette kan etter omstendighetene favorisere lokale entreprenører. Flertallet kan imidlertid ikke se at dette er fordeler av en annen karakter enn det lokalkjennskap ofte kan gi, og dette kan ikke i seg selv være tilstrekkelig til å konstatere regelbrudd.

Flertallet kan således, om enn under tvil, ikke se at det foreligger en ulovlig favorisering av lokale entreprenører eller en usaklig begrensning av konkurransen i det foreliggende tilfellet."

(22) Mindretallet anså ikke de hensyn som innklagede anførte, som tungtveiende nok.

(23) I foreliggende sak skulle innklagede anskaffe 10 nøkkelferdige omsorgsboliger i nærheten av det eksisterende Vossestrand Omsorgstun. Dette innebar at leverandørene også måtte skaffe til veie tomt som boligene skulle oppføres på.

- (24) Tomten som valgte leverandør eide, var nabotomten til de eksisterende omsorgsboligene. Nærhet til de eksisterende omsorgsboligene var ett av tre tildelingskriterier. Klager har vist til korrespondanse med lokale eiendomsmeglere, som har opplyst at de ikke har lyktes med å finne tomt i nærheten. Innklagede har ikke hevdet at andre tomter kunne vært aktuelle. Slik saken er opplyst er det derfor nærliggende å se det slik at valgte leverandørs tomt var den eneste aktuelle tomten for formålet.
- (25) I utgangspunktet kan man se for seg flere ulike måter innklagede kunne anskaffet en tomt til å oppføre boligene på, uten å koble tomt og oppføring av omsorgsboligene sammen. Én mulighet kunne vært å kjøpe tomt ved å inngå en vanlig kjøpsavtale med en tomteeier. En annen mulighet er ekspropriasjon. Hvorvidt dette ville vært mulige alternativer, er det imidlertid ikke mulig for nemnda å ta stilling til. Innklagede har hverken i konkurransegrunnlaget eller i etterfølgende prosesskrift gitt en spesifikk begrunnelse for at konkurransen måtte gjennomføres på den angitte måten. Det er heller ikke dokumentert at det er foretatt en vurdering av ulike måter å gjennomføre konkurransen på, og om den valgte måten var best egnet. I og med at valget som ble gjort, begrenser konkurransen, må det kunne forventes at innklagede kan dokumentere at det er foretatt slike vurderinger. Innklagede kan på denne bakgrunn ikke anses å ha dokumentert at det var nødvendig å kjøpe tomt sammen med oppføring av omsorgsboligene. Klagenemnda ser dette som et brudd på loven § 5.

Hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved å ikke opplyse klager om tildelingsbeslutningen

- (26) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved at klager ikke ble meddelt kontraktstildeling, og heller ikke mottok informasjon om klageadgang og frist. Innklagede har vist til at klager ikke hadde krav på å bli informert om dette da klagers tilbud var avvist.
- (27) Det følger av gjeldende § 13-3 (1) i forskriften, som ble endret med virkning fra 1. juli 2012, at beslutningen om hvem som skal tildeles kontrakt skal meddeles alle "*berørte leverandører*" før kontrakten inngås. Videre følger det av § 13-3 (2) at meddelelsen skal være skriftlig og gis til alle "*berørte leverandører*". Hvem som er berørte leverandører, er i forskriften § 4-1 bokstav p blant annet definert som "*alle leverandører som har levert inn tilbud*". Klagenemnda har også tidligere lagt til grunn at ordlyden "*deltakerne*", som fremgikk av bestemmelsen før den ble endret, også omfattet avviste leverandører, jf. klagenemndas sak 2010/11, 2009/85 og sak 2011/34.
- (28) Anskaffelsen i foreliggende sak ble kunngjort før 1. juli 2012, og beslutningen om å inngå kontrakt ble tatt i formannskapetets møte 28. juni 2012. Innklagedes plikt til å meddele kontraktstildelingen fulgte dermed av forskriften § 13-3 (1), slik den lød før forskriftsendringen. Innklagedes unnlattelse av å meddele klager valget av leverandør til kontrakten, utgjør dermed et brudd på denne forskriftsbestemmelsen. Som nevnt følger samme resultat av någjeldende § 13-3 (1).

Konklusjon:

Voss kommune har brutt kravet til konkurranse i loven § 5 ved å anskaffe tomt sammen med oppføring av omsorgsboliger.

Voss kommune har brutt forskriften § 13-3 (1) ved ikke å meddele klager hvem som var valgte leverandør til kontrakten.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 20. mai 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn