



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling vedrørende leie og drift av ankomsttransittmottak for enslige mindreårige asylsøkere. Klagenemnda fant at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget om at alle statlige og kommunale tillatelser skulle foreligge per tildelingstidspunktet.

Klagenemndas avgjørelse 5. november 2012 i sak 2012/199

Klager: Hero Norge AS

Innklaget: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Siri Teigum

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Bakgrunn:

- (1) Utlendingsdirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. mai 2012 en konkurranse med forhandling vedrørende drift og leie av ankomsttransittmottak for enslige mindreårige asylsøkere, CPV kode 85000000. Av kunngjøringen punkt II.1.5 og konkurransegrunnlaget punkt 1 fremgår det at anskaffelsen gjelder inntil 110 transittplasser (80 faste og 30 stykkpris-plasser) for enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år. Kontrakt skal inngås for 3 år, med mulighet for forlengelse i inntil 3 år (2 + 1), jf. kunngjøringen punkt II.2.2 og konkurransegrunnlaget punkt 1. I sistnevnte punkt fremgikk det også at anskaffelsen omfattet en opsjon på trinnvis utvidelse av kapasiteten med inntil 40 ytterligere plasser:

"UDI ønsker opsjon på utvidelse av kapasiteten med trinnvis 10, 20, 30 og 40 plasser. Tilbyder må kunne tilby en slik utvidelse og denne må prissettes i tilbudet. UDI ønsker å kunne utløse en slik opsjon trinnvis og med anslagsvis 1 måneds varslingsfrist på de to første trinnene og 3 mnd på de to siste trinnene. Det skal angis om en slik utvidelse forutsetter tilleggsareal/supplering av felleslokaler. Tilbyder må kunne tilby en slik opsjon/utvidelse og denne må prissettes i tilbudet. Prissettingen av en slik opsjon/utvidelse skal være i form av en stykkpris per plass, inkludert drift, leie og eventuell utvidede felleslokaler. UDI legger til grunn at det skal være tre måneders oppsigelsestid på opsjonsplassene."

- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1 "INNLEDNING" het det at "Tilbyder må kunne starte drift fra 1.8.12, jfr. herunder også pkt. 2.12. Faktisk oppstartsdato fastsettes i kontraktsforhandlingene ut fra utviklingen i kapasitetsbehovet."

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.2 *"Fremdriftsplan og frister"* fremgikk det at innstilling/tildeling *"tentativt"* skulle skje i uke 29. I samme punkt var det videre opplyst at det *"tas forbehold om eventuelle endringer i fremdriftsplanen"*.
- (4) Kvalifikasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlaget kapittel 5. Under overskriften *"Tekniske og faglige krav"* var det stilt følgende krav i punkt 5.3.2 *"Korrespondanse med vertskommunen"*:

"Tilbyder skal tidligst mulig og i god tid før tilbudsfrist i brev form informere vertskommunen v/rådmann med kopi til ordfører om plan om mottaksetablering, med informasjon om mottakets kapasitet og planene for driften."

(...)

- *Kopi av tilbyders brev til vertskommunen skal vedlegges tilbudet."*
- (5) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriteriene *"ØKONOMI"* (35 %), *"INNHOLD I DRIFT/BEBOERRETTET ARBEID"* (40 %), *"INNKVARTERINGSTILBUD"* (15 %) og *"VERTSKOMMUNE og KOMMUNALT TJENESTETILBUD"* (10 %), jf. konkurransegrunnlaget punkt 9. I relasjon til tildelingskriteriet *"ØKONOMI"* skulle tilbyderne oppgi *"Pris pr plass/år"* og *"Pris pr plass ved benyttet opsjon"*.
- (6) I konkurransegrunnlaget kapittel 6 *"KRAV TIL TILBUDET"* var det i punkt 6.1 *"Bygninger, kapasitet, beboersammensetning og botilbud"* blant annet stilt følgende krav:
- *"Alle nødvendige statlige og kommunale tillatelser for mottaksdrift i gjeldende bygningsmasse må foreligge og dokumenteres senest på tidspunkt for tildeling av avtale, jfr. herunder pkt 2.2. Tilbyder er ansvarlig for nødvendig dokumentasjon. Tillatelser som mangler på dette tidspunkt anses som vesentlig avvik fra krav i konkurransegrunnlaget og vil medføre at tilbudet avvises etter § 11-11. I e i Forskrift om offentlige anskaffelser."*
- (7) I kontraktsvilkårene, under punkt 3 *"Driftsavtalens varighet, og oppsigelsestid. Opsjon på forlengelse"* het det blant annet:
- "I de tilfeller driftsoperatør leier eller eier driftsbygningene og eiendommen for øvrig, forplikter driftsoperatøren seg til å stille mottaket fullt operativt fra oppstartsdato. I dette ligger at alle nødvendige tillatelser knyttet til bygninger, innbo og opparbeidet uteareal, strøm, telefon, vann, avløp og vei formelt er godkjent. Manglende formelle tillatelser anses som vesentlig mangel."*
- (8) Innen tilbudsfristens utløp, 22. juni 2012, mottok innklagede tilbud fra to tilbydere, herunder Hero Norge AS (heretter kalt klager) og Link AS (heretter kalt valgte leverandør). Begge disse leverandørene har frem til den angjeldende konkurransen hatt kontrakt med innklagede vedrørende mottaksdrift.
- (9) Fra valgte leverandørs besvarelse av kvalifikasjonskravene, hitsettes følgende utdrag fra tilbudet punkt 2.3 *"Tekniske og faglige krav"*:

"2.3.1 Lokalisering av mottaket"

Mysebu EMA ankomsttransittmottak vil bestå av 110 plasser, 80 faste plasser og 30 stykkpris plasser. Samtlige plasser vil etableres i samme bygningsmasse som er knyttet til eksisterende drift. Inntil 40 tilleggs plasser er tilgjengelig i eksisterende bygningsmasse, og i to tilstøtende boliger til eksisterende bygninger. Tilleggs plassene i eksisterende bygningsmasse er i ubenyttet fløy i hovedbygningen. Bygningsmassen er i sin helhet eiet av Jonatan AS.

Mottaket vil ligge i Mysen i Eidsberg kommune. Alle 150 plassene samt fellesareal og administrasjon vil være lokalisert på eller i tilknytning til tidligere Bondelagets Folkehøgskole (Mysebu). Bygningsmassen er samlokalisert, men organisert i flere enheter."

- (10) I valgte leverandørs tilbud under punkt 2.3.2 "Korrespondanse med vertskommunen" fremgikk følgende:

"Link AS/ Mysebu mottak har et godt fungerende samarbeid med Eidsberg kommune som viktigste tjenesteleverandør for mottaket.

- 1. Mottaket informerte samarbeidsetater i Eidsberg kommune ifm at UDI varslet oppsigelse av nåværende driftsavtale.*
- 2. Link AS informerte kommunen pr brev av 28. mai 2012 om videreføring av driften ved Mysebu mottak og pågående anbudskonkurranser.*
- 3. Det ble 13. juni 2012 avholdt møte mellom Link AS og Eidsberg kommune ved ordfører og fagsjef. Her ble våre planer for videre drift redegjort for. Samtidig ble tjenesteyting og vertskapskommunale oppgaver gjennomgått. Link AS fikk i møtet meget gode signaler på at kommunen ønsker å legge til rette for videre mottaksdrift på Mysebu.*
- 4. Link AS informerer videre kommunen i nytt brev av 14. juni 2012. I brevet konkretiseres innholdet i våre tilbud om ny drift.*
- 5. Kommunen og Link AS inngikk i forbindelse med oppstarten av EMA transitt på Mysebu en samarbeidsavtale som la grunnlaget for en formalisert struktur for samarbeidet om mottaket. Det er utarbeidet et revidert forslag til samarbeidsavtale mellom Eidsberg kommune og Link AS for ny drift.*
- 6. Fagsjef og rådmann i Eidsberg kommune har utarbeidet en uttalelse fra Eidsberg kommune som utdyper det praktiske samarbeidet om oppgaveløsning og utfordringer i driften sett fra kommunens side.*
- 7. Ordfører i Eidsberg kommune har utarbeidet en egen uttalelse med bakgrunn i en første orientering til formannskapet i kommunen om prosessen knyttet til ny drift av ankomsttransitt ved Mysebu. Ordføreren tilkjenner sterk støtte til videre drift av mottaket.*

Korrespondansen med kommunen er dokumentert i vedlegg F."

- (11) I valgte leverandørs tilbud het det videre under punkt 3.2.2 "Bygninger/kommunale tillatelser":

"Driften ved Mysebu har i henhold til vedtak i sak 50/08 og sak 52/08 i det faste utvalget for plansaker i Eidsberg kommune midlertidig brukstillatelse som asylmottak. Ved ny avtale og videre drift av mottaket på Mysebu må vedtakene bekreftes og justeres i tråd med ny avtale i nytt møte i det faste utvalget for plansaker. Et slikt møte vil bli avholdt før tildeling av en ny avtale om drift. I tråd med kommunelovens krav til

innkalling og forberedelse av saker til møter i kommunale organer var det ikke mulig å rekke dette i de ordinære møtene før sommerferien. Dette på grunn av den relativt korte anbudsfristen til UDI. Ordføreren i Eidsberg kommune har imidlertid i egen uttalelse redegjort for at saken allerede er behandlet i formannskapet som en orienteringssak, og at han har full politisk støtte for ønsket om videre drift av ankomsttransittmottak på Mysebu (...)"

- (12) I tilbudet fra valgte leverandør var det vedlagt en samarbeidsavtale mellom valgte leverandør og Eidsberg kommune, datert 3. juli 2012, underskrevet av ordføreren i Eidsberg kommune, jf. valgte leverandørs tilbud punkt 2.3.2, underpunkt 5. Fra denne avtalen hitsettes følgende utdrag:

***"Revidert samarbeidsavtale mellom
Eidsberg kommune som vertskommune
og
Link AS som driftsoperatør ved asylmottak på Mysebu.***

Bakgrunn for avtalen

Link AS har med bakgrunn i avtale mellom UDI og Link AS vært driftsoperatør for drift av asylmottak for enslig mindreårige asylsøkere i alderen 15-18 år med inntil 100 plasser fra 15.01.2009. UDI har sagt opp avtalen med virkning fra 01.10.2012, og det er lyst ut nytt anbud for drift av 2 EMA-transittmottak på henholdsvis 110 plasser og 40 plasser med anbudsfrist 22.06.2012. (...)

(...)

Eidsberg kommune har behandlet spørsmålet om drift av EMA-transittmottak i sak 50/08 og 52/08 i Det faste utvalg for plansaker i Eidsberg kommune. Eidsberg kommune gjør nødvendige justeringer av tidligere vedtak slik at disse bringes i tråd med de generelle krav og forutsetninger som UDI stiller til størrelse og varighet i nytt anbud med anbudsfrist 22.06.2012.

Denne avtalen er en revidert og oppdatert samarbeidsavtale mellom Link AS og Eidsberg kommune. Avtalen forutsetter at Link AS inngår ny avtale om drift av EMA-transittmottak."

- (13) Tilbyderne ble varslet om endringer i den tentative fremdriftsplanen via e-post. I e-post fra innklagede av 20. juli 2012 fremgikk det at innklagede *"ikke vil klare å komme frem til en beslutning om tildeling før tentativt uke 33."*
- (14) I brev av 16. august 2012 ble tilbyderne informert om at valgte leverandør var innstilt som vinner av konkurransen. Fra tildelingsbrevet hitsettes følgende utdrag:

"Vi har besluttet å tilby avtale om drift av 110 plasser, med mulighet for å ta i bruk inntil 40 opsjonsplasser i tillegg til dette, til Link AS, i Eidsberg kommune. Av plassene er 80 faste og 30 stykkpris plasser.

Det bemerkes i denne sammenheng at driftsoperatør har ansvaret for at alle nødvendige tillatelser knyttet til bygninger, innbo og opparbeidet uteareal, strøm, telefon, vann, avløp og vei formelt er godkjent, samt at bygningsmassen oppfyller Direktoratets

styringsdokumenter etc. Manglende formelle tillatelser innen avtalt oppstartsdato anses som en vesentlig mangel."

- (15) Klager påklaget tildelingen i brev av 20. august 2012. Her ble det primært anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, og subsidiært at klager i alle tilfeller har levert det beste tilbudet.
- (16) I innklagedes svar på klagen datert 3. september 2012 fremgikk blant annet følgende:

"Når det gjelder klagens første punkt, viser Hero til at det i konkurransegrunnlaget pkt 6.1 er gitt følgende bestemmelse vedrørende tillatelser for mottaksdrift:

"Alle nødvendige statlige og kommunale tillatelser for mottaksdrift i gjeldende bygningsmasse må foreligge og dokumenteres senest på tidspunkt for tildeling av avtale, jfr. herunder pkt 2.2. Tilbyder er ansvarlig for nødvendig dokumentasjon. Tillatelser som mangler på dette tidspunkt anses som vesentlig avvik fra krav i konkurransegrunnlaget og vil medføre at tilbudet avvises etter § 11-11. 1 e i Forskrift om offentlige anskaffelser."

Som det fremkommer av ovennevnte må samtlige tillatelser foreligge ved selve tildelingen. Foreligger ikke tillatelsene på dette tidspunktet, skal tilbudet avvises i medhold av anskaffelsesregelverket. Vi vil understreke at ovennevnte bestemmelse ved en feil ikke er korrekt angitt i vårt tildelingsbrev av 16. august 2012. Det er imidlertid ikke slik at UDI har endret konkurransebetingelsene. Vurderingen av tilbudene er gjort i henhold til den ovenfor siterte bestemmelse i konkurransegrunnlaget."

Link AS har levert UDI en signert samarbeidsavtale med Eidsberg kommune der det fremgår følgende:

Eidsberg kommune har behandlet spørsmålet om drift av EMA-transittmottak i sak 50/08 og 52/08 i Det faste utvalg for plansaker i Eidsberg kommune. Eidsberg kommune gjør nødvendige justeringer av tidligere vedtak slik at disse bringes i tråd med de generelle krav og forutsetninger som UDI stiller til størrelse og varighet i nytt anbud med anbudfrist 22.06.2012.

UDI anser ovennevnte samarbeidsavtale som tilstrekkelig dokumentasjon, i forhold til konkurransegrunnlagets krav som nevnt."

- (17) Klager fremsatte begjæring om midlertidig forføyning til Oslo byfogdembete 4. september 2012. Retten fastslo i kjennelse av 5. september 2012 at innklagede forbyr å inngå kontrakt med valgte leverandør inntil saken er avgjort av Klagenemnda for offentlige anskaffelser.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 5. september 2012.
- (19) I korrespondanse med klagenemndas sekretariat i forbindelse med saksforberedelsen, har innklagede fremlagt et notat fra Eidsberg kommune datert 12. september 2012, samt et vedtak fra Hovedutvalg for miljø og teknikk, sak 72/12, datert 18. september 2012. Fra notatet av 12. september 2012 hitsettes:

"NOTAT "MYSEBU"

I forbindelse med at det søkes om forlenget mottaksdrift på "Mysebu" – Bondelagets folkehøgskole har vi hatt møte med Link, samt hatt en korrespondanse med UDI vedrørende områdestatus.

I medhold av nåværende vedtak heter det i Fylkesmannens vedtak datert 07.05.09:

"Det gis midlertidig dispensasjon fra reguleringsplanens planformål for bruksendring til transittmottak for mindreårige flyktninger. Dispensasjonen innebærer 70 faste plasser og 30 restplasser. Dispensasjonen gis på følgende vilkår:

- Eier av eiendommen skal utarbeide en reguleringsplan som kan bli egengodkjent i medhold av plan- og bygningsloven § 27-2 innen to år fra dispensasjonen trer i kraft."***

Klagen har etter dette ført frem."

Bakgrunnen for dette vedtaket fra Fylkesmannens side var et tidligere avslag på fortsatt drift fra kommunens side som ble påklaget.

I etterkant av dette ble det innen fristens utløp fremmet reguleringsplanforslag til behandling i kommunen. Dette ble behandlet og vedtatt lagt ut til offentlig ettersyn av Det faste utvalg for plansaker den 18.11.10 ca 33/10. Planen ble så lagt ut til offentlig ettersyn i medhold av lovens bestemmelser.

Fra kommunens side ble det gitt aksept for at planforslaget var rettidig mottatt og at mottaket kunne drives mens planprosessen pågår.

(...)

Drift av mottak kan således drives på dispensasjonen frem til endelig behandling og vedtak om planstatus. Det anføres at planforslaget slik det ble akseptert i planutvalget i sak 33/10 gir adgang til blandet formål – bolig/tjenesteyting. Dette kan derved gi aksept for fortsatt mottaksdrift, men kommunen kan likevel sette betingelser knyttet til dette.

Når det gjelder videre mottaksdrift, så ligger det i vedtaket som nevnt adgang til 100 plasser. Dette antallet er fastsatt i samsvar med daværende kontrakt med UDI. Fra administrasjonens side har vi i mail til UDI den 6 september anført at justering av antallet må anses som en mindre vesentlig endring som derved ble godkjent administrativt med bakgrunn i at mottaket uansett har varierende belegg. Nærmere detaljer om dette er nedfelt i samarbeidsavtale mellom mottaket og kommunen."

(20) Fra vedtaket i Hovedutvalg for miljø og teknikk datert 18. september 2012 hitsettes:

"SAK 72/12

FORLENGET MOTTAKSDRIFT PÅ MYSEBY – MELDING

HOVEDUTVALG FOR MILJØ OG TEKNIKKS ENSTEMMIGE VEDTAK:

Hovedutvalg for miljø og teknikk tar administrasjonens melding om Mysebu til etterretning. Dette medfører at mottak således kan drives på dispensasjon fram til endelig behandling og vedtak om planstatus. Dette gir dermed aksept for mottaksdrift (enslig asylsøkere transitt) med antall plasser i.h.t avtale mellom kommunen og Link Mottak AS."

- (21) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse avventes inntil avgjørelse fra klagenemnda foreligger.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Innklagede har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, ettersom selskapet ikke har de nødvendige statlige og kommunale tillatelser.
- (23) I punkt 1 i konkurransegrunnlaget stilles det krav om at transittmottaket skal ha en kapasitet på 150 plasser. Videre følger det av punkt 6.1 at samtlige offentlige tillatelser for drift av mottaket skal foreligge og dokumenteres senest innen tildeling av kontrakten. I samme punkt presiseres det at tilbud som mangler de nødvendige tillatelsene på dette tidspunktet vil bli avvist. Samtlige offentlige og kommunale tillatelser må altså foreligge og dokumenteres for innklagede senest på tidspunktet for tildeling av kontrakten. Så fremt tillatelse mangler på dette tidspunktet, er konsekvensen i henhold til konkurransegrunnlaget at tilbudet skal avvises fra konkurransen.
- (24) Det er et faktum at valgte leverandør ikke har tillatelse til drift av 150 plasser. Det er også et faktum at valgte leverandør heller ikke har tillatelse til drift av 110 plasser. I følge opplysninger klager har fått fra Eidsberg kommune, er det fattet to vedtak i kommunen om Mysebu mottak, sak 50/08 og 52/08 i det faste utvalget for plansaker. Av disse følger det at valgte leverandør har tillatelse til drift av 90 mottaksplasser. I tilsvaret har innklagede vist til et vedtak fra fylkesmannen i Østfold, hvor det fremgår at valgte leverandør har dispensasjon til drift av 100 plasser. Dette tilfredsstiller imidlertid heller ikke kravet i konkurransegrunnlaget om 150 plasser. I fylkesmannens vedtak er det videre stilt som krav at dispensasjonen er betinget av at eier av eiendommen utarbeider en reguleringsplan som kan bli egengodkjent innen to år, dvs. at fristen utløp i 2011. Det er ikke opplyst om slik reguleringsplan er utarbeidet.
- (25) Samarbeidsavtalen inngått mellom valgte leverandør og Eidsberg kommune dokumenterer på ingen måte at valgte leverandør har tillatelser til 60 plasser utover de 90 som fremkommer av tidligere politiske vedtak. Å øke kapasitet på Mysebu asylmottak krever mer enn at kommunens ordfører signerer på en avtale om at det skal gjøres "nødvendige justeringer". Saken krever søknad om bruksendring, kommunal søknadsbehandling, nabovarsel og politisk vedtak som kan være gjenstand for saksbehandling hos fylkesmannen etc. Det er således ikke gitt at Mysebu vil få de nødvendige tillatelser selv om ordføreren og eventuelt andre i kommunen ønsker dette. Ordføreren har ikke kompetanse til å binde kommunens vedtaksmyndighet.
- (26) Konkurransegrunnlaget må forstås etter sin ordlyd. Konkurranser skal gjennomføres i samsvar med de grunnleggende kravene til likebehandling, forutberegnelighet og god forretningsskikk, jf. loven § 5. Av kravet til forutberegnelighet følger det at konkurransegrunnlaget skal leses og forstås etter sin tekst. I henhold til kravet til likebehandling skal oppdragsgiver avvise leverandører som unnlater å følge konkurransens spilleregler. Oppdragsgiver må således følge de spilleregler oppdragsgiver har fastsatt for konkurransen, jf. blant annet EU- domstolens avgjørelse i sak T-40/01. Det følger av konkurransegrunnlaget punkt 6.1 at nødvendige tillatelser må foreligge på tidspunktet for tildelingen, og at manglende tillatelser vil føre til

avvisning. Innklagede har med dette forpliktet seg til å avvise tilbud hvor de nødvendige tillatelser ikke er tilstede på tidspunktet for tildelingen.

- (27) Forståelsen innklagede har lansert i ettertid har ingen støtte i konkurransegrunnlagets tekst eller i innklagedes egen forståelse av konkurransegrunnlaget i tilbudsperioden. Etter klagers syn er innklagedes fortolkning i strid med regelverkets krav til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. De faktiske anførslene som påberopes for å underbygge fortolkningen bestrides, og gir under enhver omstendighet ikke grunnlag for å tolke konkurransegrunnlaget punkt 6.1 innskrenkende.
- (28) Så vidt klager forstår, er innklagedes forståelse i det vesentlige begrunnet i at innklagede har gitt tilbyderne for korte frister til å fremskaffe nødvendige tillatelser. I dette ligger etter klager syn allerede en erkjennelse av at konkurransegrunnlaget må forstås slik at det er krav om at tillatelsene må foreligge på tidspunktet for tildelingen.
- (29) Klager bestrider at fristene i konkurransen var for korte. Innklagede har fremholdt at tilbudsfristen var på knappe 7 uker, med utgangspunkt i perioden fra kunngjøringstidspunktet og frem til tilbudsfristen. Det korrekte utgangspunktet er imidlertid perioden fra kunngjøringen, uke 19, og frem til forespeilet tildeling, uke 29, da eventuelle tillatelser måtte foreligge. Dette er 10 uker. Det legges også til at tilbyderne var kjent med konkurransen før tidspunktet for kunngjøringen.
- (30) Kommunal saksbehandlingstid, som innklagede viser til som begrunnelse for å anføre at fristene var korte, har uansett ikke et definert meningsinnhold. Saksbehandlingstiden vil naturligvis stå i relasjon til det som eventuelt skal behandles. Hva som eventuelt skal saksbehandles har tilbyderne det fulle herredømme over. For det andre er kommunal saksbehandlingstid ikke påkrevet for å inngi et fullgodt tilbud. Også dette avhenger av hva leverandøren velger å tilby, eksempelvis om tiltenkt bruk strider mot gjeldende planer vedrørende bygningsmassen som tilbys. Videre er det et faktum at innklagede har gjennomført utallige konkurranser hvor tidshorisonten fra kunngjøring til tildeling er den samme som i foreliggende sak. Det er også et faktum at det ikke ble inngitt anmodninger om fristforlengelse. Selv ikke i forhandlingsmøtene ble dette gjort til et tema. Endelig er det slik at innklagede rent faktisk forlenget fristene som gjaldt for konkurransen. Tildeling skulle tentativt skje i uke 29, men dette ble i e-post fra innklagede av 20. juli 2012 utsatt til uke 33. Tilbyderne fikk sålede ytterligere fire uker til å fremskaffe eventuelle tillatelser. Samlet sett har tilbyderne derfor hatt mer enn 14 uker på å få orden på dette.
- (31) Dersom innklagede har begått regelbrudd ved å oppstille for korte frister, vil dette uansett ikke medføre at konkurransegrunnlaget skal tolkes innskrenkende, men tilsi at innklagede må avlyse konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (32) Det bestrides at det forelå en plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud.
- (33) Innklagede understreker at det ikke er omtvistet at det på tidspunktet for tildelingsbeslutningen, 16. august 2012, ikke var framlagt noe enkeltvedtak som gjelder denne aktuelle anskaffelsen, og at dette gjelder begge tilbyderne i konkurransen.
- (34) Begge tilbyderne må imidlertid anses å ha levert dokumentasjon som tilfredsstillende kravet i konkurransegrunnlaget punkt 6.1. Etter innklagedes oppfatning må

konkurransegrunnlaget punkt 6.1 forstås slik at det er tilstrekkelig at tilbyderne per tildelingstidspunktet dokumenterer at nødvendige tillatelser til mottaksdrift kan påregnes. Dvs. at det på tidspunktet for tildelingsbeslutningen er tilstrekkelig å konstatere at tillatelser vil foreligge innen oppstarten.

- (35) Konkurransegrunnlagets krav om tillatelser i punkt 6.1 må leses i lys av konkurransegrunnlagets øvrige bestemmelser og regelverkets grunnleggende krav, herunder kravet til likebehandling. Innklagede viser i denne forbindelse til at kravet i konkurransegrunnlaget punkt 6.1 må tolkes i lys av tidsrammene for konkurransen, sammenholdt med påregnelig saksbehandlingstid i forvaltningen for de aktuelle tillatelser. Som det også var påpekt i tilbudet fra valgte leverandør, var tidsfristene i denne konkurransen korte sett i forhold til påregnelig saksbehandlingstid. Tilbudsfristen var på knappe 7 uker, fra kunngjøringstidspunktet 7. mai 2012 til tilbudsfristen 22. juni 2012.
- (36) Videre må kravet i punkt 6.1 tolkes i lys av kontraktsbestemmelsene, særlig punkt 5.3.2, hvor det fremgår at tilbyder i sitt tilbud skal vedlegge korrespondanse med vertskommunen, som viser at kommunene er informert om plan om mottaksetablering, med informasjon om mottakets kapasitet og planer for driften. Innklagede viser også til kontraktsbestemmelsene punkt 3, hvor det fremgår at *"(...) I de tilfeller driftsoperatør leier eller eier driftsbygningene og eiendommen for øvrig, forplikter driftsoperatøren seg til å stille mottaket fullt operativt fra avtalt oppstartsdato. I dette ligger at alle nødvendige tillatelser knyttet til bygninger, innbo og opparbeidet uteareal, strøm, telefon, vann, avløp og vei er godkjent. Manglende formelle tillatelser anses som vesentlig mangel (...)".*
- (37) Det avgjørende i konkurransefasen er at innklagede mottar informasjon på at vertskommunen er informert om planene for mottaksetablering, og at det fremlegges tillatelser eller annen dokumentasjon som viser at det er påregnelig at alle nødvendige tillatelser vil foreligge innen oppstart, slik det fremgår av kontraktsbestemmelsene. En slik forståelse vil også best ivareta de generelle hensynene bak regelverket, herunder kravet om at en anskaffelse "så lang det er mulig" skal være basert på konkurranse, jf. loven § 5 og EU-domstolens avgjørelse C-305/08. Kravet i konkurransegrunnlaget punkt 6.1 må således tolkes dithen at det er tilstrekkelig å dokumentere at nødvendige tillatelser vil kunne påregnes på tidspunktet for tildelingsbeslutningen. Innklagede har vurdert det slik at det er sannsynliggjort at valgte leverandør vil oppnå de nødvendige tillatelser, basert på dokumentasjonen som forelå på tidspunktet for tildelingen.
- (38) Valgte leverandør har per tildelingstidspunktet dokumentert gyldige tillatelser for mottaksdrift i den bygningsmassen som det per tilbudsfristen var pågående mottaksdrift i, innenfor en annen kontrakt med innklagede. Det vises her til brev av 7. mai 2009 fra Fylkesmannen i Østfold til Eidsberg kommune hvor det er fattet vedtak om bruksendring for eiendommen valgte leverandør bruker til drift av transittmottak.
- (39) Valgte leverandør har videre fremlagt en samarbeidsavtale med Eidsberg kommune vedrørende asylmottaket på Mysebu, hvor det fremgår at kommunen vil gjøre de nødvendige justeringer av tidligere vedtak *"slik at de bringes i tråd med konkurransegrunnlaget krav til størrelse og varighet"*. Denne avtalen må anses som bindende. I henholdt til kommuneloven § 9 nr. 3 er hovedregelen at ordføreren kan underskrive på kommunens vegne. Etter innklagedes oppfatning er tilbyders pretensjon om at det foreligger en bindende avtale det avgjørende i anskaffelsesrettslig forstand.

Det vil si at innklagede ved tilbudsevalueringen hadde rett til å legge til grunn at det var inngått en bindende avtale mellom kommunen og valgte leverandør. Når det gjelder spørsmålet om hvem som har kompetanse til å inngå en avtale med slikt innhold som kommunen har gjort, er det rettslige utgangspunktet at beslutningskompetansen i kommuner i all hovedsak er lagt til kommunestyret, jf. kommuneloven § 6. Kommuneloven gir imidlertid vid adgang til delegasjon både til underliggende nemnder og til administrasjonssjefen. Innklagede bemerker at det ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud ikke forelå noen grunn for innklagede til å foreta nærmere undersøkelser rundt hvem som hadde kompetanse til å binde kommunen i det foreliggende tilfellet, herunder hvorvidt beslutningsmyndighet var delegert. Innklagede hadde rett til å forholde seg til de opplysninger som var fremlagt av valgte leverandør. Avtalen var også underskrevet i samsvar med lovens bestemmelse om hvem som kan underskrive på kommunens vegne.

- (40) Korrespondanse fra kommunen i etterkant bekrefter for øvrig at nødvendig beslutningsmyndighet var delegert, og at nødvendige justeringer i de allerede foreliggende vedtakene kunne fattes ved såkalt administrativ godkjenning. Det vises i denne forbindelse til notat av 12. september 2012, hvor det fremkommer at slik administrativ godkjenning rent faktisk er foretatt. Videre vises det til referat fra møte i sak 72/12 hvorefter kommunens Hovedutvalg for miljø og teknikk tar administrasjonens melding "til etterretning". I referatet er det også vist til avtalen mellom kommunen og valgte leverandør. Dette viser at kommunens Hovedutvalg for miljø og teknikk anser avtalen som gyldig. Både kommunen og valgte leverandør er således av den oppfatning at samarbeidsavtalen skal gjennomføres.
- (41) Dokumentasjonen som foreligger fra valgte leverandør per tildelingstidspunktet må anses tilstrekkelig i anskaffelsesrettslig forstand. Innklagede viser i denne forbindelse til at klagenemnda i en rekke saker har lagt til grunn at krav om ulike typer godkjenninger/tillatelser, ikke alltid kan oppstilles som absolutte krav, jf. blant annet sakene 2007/146 og 2005/60.
- (42) Innklagede viser også til klagenemndas praksis vedrørende tilfeller der det mangler dokumentasjon vedrørende kvalifikasjonskrav, hvor nemnda i flere saker har slått fast at oppdragsgiver da har plikt til å foreta en forsvarlig vurdering av om leverandøren likevel oppfyller det materielle kvalifikasjonskravet. Som eksempel vises det til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/219, hvor det ble konstatert at det ikke foreligger en avvisningsplikt der leverandøren "på annen måte likevel har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt eller at dette fremstår som sannsynlig."
- (43) Subsidiært anføres at klagers tilbud må avvises.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder drift og leie av ankomsttransitt for enslige mindreårige asylsøkere som er omfattet av CPV-kode 85000000 "Helse- og sosialtjenesteyting". Anskaffelsen er følgelig en uprioritert tjeneste i kategori 25, jf. forskriften vedlegg 6. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriften §§ 2-1(5) og 2-2 (1).

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist

- (45) Klager har anført at tilbudet fra valgte leverandør skulle ha vært avvist i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav e, ettersom selskapet mangler nødvendige offentlige tillatelser for mottaksdrift. Etter klagers oppfatning må konkurransegrunnlaget punkt 6.1 forstås som et absolutt krav om at nødvendige tillatelser måtte foreligge på tidspunktet for tildelingen. Ordføreren har ikke kompetanse til å binde kommunens vedtaksmyndighet, og samarbeidsavtalen valgte leverandør har fremlagt er derfor ikke tilstrekkelig.
- (46) I henhold til forskriften § 11-11 (1) bokstav e har oppdragsgiver plikt til å avvise tilbud når *"det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*.
- (47) I konkurransegrunnlaget kapittel 6 *"KRAV TIL TILBUDET"* er det i underpunkt 6.1 stilt følgende krav vedrørende tillatelser:
- "Alle nødvendige statlige og kommunale tillatelser for mottaksdrift i gjeldende bygningsmasse må foreligge og dokumenteres senest på tidspunkt for tildeling av avtale, jfr. herunder pkt 2.2. Tilbyder er ansvarlig for nødvendig dokumentasjon. Tillatelser som mangler på dette tidspunkt anses som vesentlig avvik fra krav i konkurransegrunnlaget og vil medføre at tilbudet avvises etter § 11-11. 1 e i Forskrift om offentlige anskaffelser."*
- (48) Konkurransen gjelder 110 + 40 mottaksplasser for enslige mindreårige asylsøkere. Basert på tidligere dispensasjonsvedtak, har valgte leverandør midlertidig brukstillatelse for mottaksdrift gjeldende for 100 plasser. Det er på det rene at valgte leverandør per tildelingstidspunktet, 16. august 2012, ikke har fremlagt tillatelse til drift av 150 plasser som er kravet i konkurransegrunnlaget.
- (49) Innklagede har imidlertid anført at konkurransegrunnlaget punkt 6.1 må forstås slik at det er tilstrekkelig at tilbyderne per tildelingstidspunktet dokumenterer at nødvendige tillatelser kan påregnes, dvs. at det på tidspunktet for tildelingen er tilstrekkelig å konstatere at slike tillatelser vil foreligge innen oppstarten. Slik innklagede ser det må samarbeidsavtalen valgte leverandør har inngått med Eidsberg kommune, således anses som tilstrekkelig dokumentasjon på at kravet i punkt 6.1 er oppfylt.
- (50) Innklagede har anført at konkurransegrunnlaget må tolkes i lys av regelverkets grunnleggende krav, og har blant annet vist til avgjørelser fra klagenemnda som gjelder manglende dokumentasjon vedrørende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, der nemnda har lagt til grunn at oppdragsgiver i slike tilfeller plikter å foreta en forsvarlig skjønnsmessig vurdering. Det omtvistede kravet i denne saken er imidlertid ikke et kvalifikasjonskrav, men et *"Krav til tilbudet"*, jf. konkurransegrunnlaget kapittel 6. Hvorvidt det foreligger avvik fra krav som er satt til innholdet i tilbudene, er en vurdering klagenemnda kan prøve fullt ut.
- (51) Spørsmålet om det foreligger et vesentlig avvik, beror på hvordan konkurransegrunnlaget er å forstå. Kravet i punkt 6.1 gjelder *"nødvendige statlige og kommunale tillatelser for mottaksdrift i gjeldende bygningsmasse"*. Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan og bygningsloven) oppstiller regler for når tillatelse fra plan- og bygningsmyndighetene er nødvendig.
- (52) For de tilfeller mottaksdrift medfører bruksendring, vil dette være et tiltak som krever søknad og tillatelse, jf. plan og bygningsloven § 20-1 bokstav d. Dersom tiltaket, dvs.

mottaksdrift, er i strid med kommuneplanens arealdel, gjeldende reguleringsplan, eller materielle krav i lov eller forskrift, må tiltakshaver også søke om dispensasjon fra de aktuelle bestemmelser før tiltaket kan igangsettes, jf. plan og bygningsloven § 19-1, jf. § 12-1. Plan og bygningsloven oppstiller spesifikke regler for søkeprosessen og saksbehandlingen i kommunen. Det skal sendes en skriftlig søknad som inneholder alle relevante opplysninger for at kommunen skal kunne gi tillatelse til tiltaket, og det skal fremgå om det søkes om dispensasjon, jf. plan og bygningsloven § 21-2, jf. § 19-1. Før søknad sendes inn, eventuelt søknad om dispensasjon, skal naboer og gjenboere som kan bli berørt av tiltaket varsles, jf. plan og bygningsloven § 21-3, jf. § 19-1. Søknaden skal så behandles av kommunen etter bestemte regler og frister, jf. plan og bygningsloven § 21-4, jf. § 21-7. Vedtak om dispensasjon kan gis varig eller midlertidig, og regnes som et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Kommunens adgang til å gi dispensasjon er begrenset, jf. plan og bygningsloven § 19-2.

- (53) I punkt 6.1 er det presisert at nødvendige tillatelser *"må foreligge og dokumenteres senest på tidspunkt for tildeling av avtale"*. I lys av plan og bygningslovens fastlagte system og prosedyrer, kan ordlyden *"må foreligge"* vanskelig forstås på annen måte enn at nødvendige tillatelser må være gitt, dvs. innvilget, og det *"senest på tidspunkt for tildeling av avtale"*, i dette tilfellet 16. august 2012. Selv om det i kontraktsbestemmelsene er vist til et senere tidspunkt for når alle nødvendige tillatelser formelt må være godkjent, må dette stå tilbake for den klare tidsangivelsen i konkurransegrunnlaget.
- (54) Nemnda har ikke grunn til å tvile på at samarbeidsavtalen valgte leverandør har inngått med Eidsberg kommune er gyldig, og dermed bindende for kommunen. Avtalen sier imidlertid ikke noe mer enn at kommunen skal gjøre nødvendige justeringer av tidligere vedtak, og er i seg selv ingen tillatelse.
- (55) Innklagede har fremlagt dokumentasjon som tyder på at endring av tidligere vedtak, når det gjelder økning av plassantallet fra 100 til 150 plasser, for valgte leverandørs vedkommende, kunne fattes ved såkalt administrativt vedtak. Det endelige (administrative) vedtaket er imidlertid ikke fremlagt for klagenemnda, og dokumentene innklagede har vist til er uansett datert etter tildelingen 16. august 2012. Slik saken er opplyst må det derfor legges til grunn at valgte leverandør, per tildelingstidspunktet, ikke hadde tillatelse til å drifte 150 mottaksplasser. Valgte leverandørs tilbud avviker dermed fra kravet i konkurransegrunnlaget punkt 6.1.
- (56) Når det gjelder spørsmålet om et avvik er vesentlig, har klagenemnda uttalt følgende i sak 2008/58 premiss (46):
- "Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig innholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt."*
- (57) Dette er i tråd med EU-domstolens avgjørelse i sak T-40/01 hvor det ble uttalt at oppdragsgivere er *"always bound to ensure observance of the terms and conditions of the tender specifications, which they have freely chosen to make mandatory."*
- (58) Kravet i punkt 6.1 var at alle nødvendige tillatelser måtte foreligge innen tildeling av kontrakt. I konkurransegrunnlaget punkt 6.1 er det uttrykkelig presisert at *"[t]illatelser som mangler på dette tidspunkt anses som vesentlig avvik fra krav i"*

konkurransesgrunnlaget og vil medføre at tilbudet avvises etter § 11-11. 1 e i Forskrift om offentlige anskaffelser." Innklagede har med dette forpliktet seg til å avvise tilbud som ikke innehar de nødvendige tillatelser på tildelingstidspunktet. Valgte leverandør har per tildelingstidspunktet ikke tillatelse til å drifte 150 mottaksplasser, og tilbudet skulle således ha vært avvist, jf. forskriften § 11-11 (1) bokstav e.

Konklusjon:

Utlendingsdirektoratet har brutt forskriften § 11-11 (1) bokstav e, ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

Bergen, 5. november 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger