



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Advokatfirmaet Harris DA
Postboks 4115 Sandviken
5835 BERGEN
Norge
Pål Magne Bakka

Deres ref.:
Pål Magne
Bakka

Vår ref.: 2016/0049-9

Saksbehandler: Elin Økland

Dato: 28.06.2016

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 30. mars 2016 på offentlig anskaffelse av totalentreprise vedrørende utbygging av omsorgsboliger Docen 2 i Florø sentrum. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Flora kommune (innklagede) kunngjorde 7. september 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise vedrørende utbygging av omsorgsboliger Docen 2 i Florø sentrum. Tilbudsfrist var angitt til 20. november 2015.
- (2) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 1 *"Tilbodsinnbyding"* at *"Prosjektet omfatter nybygg med totalt 32 bueiningar, inkludert fellesfunksjonar, driftsfunksjonar, parkeringskjellar og uteanlegg. Prosjektet og bueiningane skal tilfredsstillе Husbanken sine krav til omsorgsbustader i trinn 6 i omsorgstrappa. Bygget skal vere på 4 etasjer over parkeringskjellar og med eit totalt bruksareal på ca 2400 m²."*
- (3) Tildelingskriteriet var *"Pris"* 50 %, *"Funksjon og kvalitet"* 30 % og *"Erfaring og kompetanse"* 20 %.
- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Skanska AS (valgte leverandør) og fra Gravdal Bygg AS (klager).
- (5) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. mars 2016.

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 post@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

- (6) Innklagede opplyste 27. juni 2016 at konkurransen var avlyst med den begrunnelse at konkurransen var kunngjort som en plan- og designkonkurranse.
- (7) Etter at konkurransen ble avlyst fremmet klager nye anførsler hvor klagenemnda bes ta stilling til erstatningsspørsmålet og hvorvidt det var saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Sekretariatets vurdering:

- (8) Klager har deltatt i konkurransen. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder totalentreprise vedrørende utbygging av omsorgsboliger Docen 2 i Florø sentrum. Konkurransen er kunngjort som plan- og designkonkurranse. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt. Av konkurransegrunnlaget fremgår det imidlertid at anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III.

Avlysning av konkurransen

- (9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avlyse konkurransen. Klager har saklig klageinteresse i å få avgjort om avlysningen var saklig, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Se også eksempelvis sak 2016/8.
- (10) Innklagede har kunngjort konkurransen som en plan- og designkonkurranse. Innklagede har opplyst at dette beror på en feil og at konkurransen er avlyst.
- (11) Etter forskriften § 22-1 (1) fremgår det at oppdragsgiver *"kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn"*. Klagenemnda har lagt til grunn at i tilfeller hvor det har oppstått en feil som følge av innklagedes eget forhold og hvor feilen ikke kan repareres ved andre tiltak enn avlysning av konkurransen, vil det måtte anses som *"saklig grunn"*, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2011/326 premiss (24), 2012/9 premiss (33) og 2012/156 premiss (41). Avlysning kan skje frem til kontrakt er inngått, jf. blant annet sak 2012/9 premiss (32).
- (12) I dette tilfellet er konkurransen kunngjort som en plan- og designkonkurranse. Denne prosedyreformen gjelder imidlertid for *"tjenestekjøp"* og omfatter ikke anskaffelse av selve bygg- og anleggsarbeidene. Konkurransen er dermed ikke kunngjort i henhold til regelverket. Denne feilen kan ikke repareres på annen måte enn at konkurransen avlyses og lyses ut på nytt, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2015/68. Dette representerer klart en *"saklig grunn"* til å avlyse konkurransen.
- (13) Klager har videre anført at innklagede er forpliktet til å erstatte den negative kontraktsinteressen. Selv om det foreligger en saklig grunn til å avlyse konkurransen, kan oppdragsgiver komme i erstatningsansvar dersom forholdet kunne vært avverget eller forutsatt, slik at tilbyderne ikke unødig deltok i konkurransen. Klagenemnda har imidlertid kun en rett, og ikke en plikt, til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforskriften § 12 (2). Svært ofte er det slik at klagenemnda ikke uttaler seg om erstatning, selv om klager har bedt om dette, ettersom saksbehandlingen for klagenemnda er lite egnet for å behandle erstatningskrav. Se for eksempel klagenemndas sak 2015/68 hvor oppdragsgiver hadde avlyst en konkurranse fordi oppdragsgiver ble gjort oppmerksom på at konkurransen ikke var kunngjort etter regelverket. Det var kun publisert en veiledende kunngjøring. Klagenemnda fant det klart at konkurransen som kun ble kunngjort gjennom en veiledende kunngjøring, og ikke ved det skjemaet som gjelder nasjonale kunngjøringer, utgjorde en saklig grunn til

å avlyse konkurransen. I den saken, som for øvrig har flere likhetstrekk med den foreliggende saken, ble det ikke funnet grunnlag for å ta stilling til erstatningsspørsmålet. Nemnda går dessuten svært sjelden lengre enn til å uttale at vilkårene for erstatning *kan* være tilstede. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.

- (14) Klager har videre fremført en rekke anførsler knyttet til tildelingsevalueringen i den avlyste konkurransen. Klager har ikke eksplisitt frafalt disse anførslene. For å avgjøre hvorvidt klager har "*saklig interesse*" etter klagenemndsforskriften § 6 (2) har klagenemnda stilt krav til at interessen i å få avgjort anførselen eller anførselen må være aktuell. I dette ligger det at klager må ha et reelt behov for avklaring av spørsmålet, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/180 premiss (23). Ettersom vilkårene for å avlyse konkurransen er oppfylt, mangler klager i henhold til klagenemndas faste praksis saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførslene som er fremsatt, jf. eksempelvis sak 2013/70.
- (15) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsbeslutningen.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vår avvisningsbeslutning. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Anneline Vingsgård
direktør/sekretariatsleder
Dokumentet er godkjent elektronisk

Elin Økland
rådgiver

Mottaker

Advokatfirmaet Harris DA

*Postadresse*Postboks 4115
Sandviken*Poststed*5835 BERGEN
Norge*Kontakt/e-post*Pål Magne Bakka
pmb@harris.no*Kopi til:*

Wahl-Larsen Advokatfirma AS

Fridtjof Nansens plass 5

0160 OSLO
NorgeRobert Myhre
myhre@wla.no