



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av utleieboliger til vanskeligstilte i Dyrøy kommune. Klagenemnda konkluderte med at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen som følge av uklarheter i konkurransegrunnlaget. På bakgrunn av resultatet klagenemnda kom til, ble det ikke tatt stilling til klagers øvrige anførsel.

Klagenemndas avgjørelse 7. november 2017 i sak 2017/06

Klager: Safe Group AS

Innklaget: Dyrøy kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Karin Fløistad og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Dyrøy kommune (heretter innklagede) kunngjorde 27. juni 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av utleieboliger til vanskeligstilte i Dyrøy kommune. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 12. august 2016.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede skulle etablere utleieboliger til vanskeligstilte gjennom et offentlig/privat samarbeid, ved at inntil 10 boliger gjennom en tildelingsrett i minimum 20 år skulle utleies til vanskeligstilte, samtidig som minst tilsvarende antall boliger skulle være utleid på det åpne markedet. Leveransen skulle skje i form av et prosjekt i et gitt geografisk område, hvor en kommunal tomt ble overdratt til valgt tilbyder.
- (3) Kravene til leilighetenes utforming var opplistet under konkurransegrunnlagets punkt 3, hvor det blant annet fremgikk at boligene skulle være "[t]ilrettelagt for tilknytning av oppvarming med fjernvarme (Dyrøy Energi) i gulvflater. Sekundær oppvarmingskilde: Varmepumpe/panelovner."
- (4) Det var ikke angitt noen krav til størrelsene på boenhetene. Tilbyderne kunne velge om boenhetene skulle utformes med to eller tre soverom. Pris skulle inngis som "brutto utleiepris per m² per år, og omregnet til leiepris per måned per enhet ekskl. leie av carport/garasje".
- (5) Det var ikke oppstilt noen krav i konkurransegrunnlaget til boligenes plassering utover at "Prosjektet er på kommunal tomt. Kommunen stiller vederlagsfritt til disposisjon byggeklare tomter på Moan/Elveveien i sentrum av Brøstadbotn". Innklagede har forklart at alle tilbyderne fikk utdelt et kart under befaring. På kartet var det tegnet inn røde ringer rundt et område, som viste tomten. Kartet er fremlagt for nemnda. På befaringen ble det etter det opplyste informert muntlig hvor byggene skulle kunne plasseres på tomten.
- (6) Boligenes plassering på tomten skulle dokumenteres ved at tilbyderne blant annet skulle inngi "[f]orpliktende tilbudsbrief med leverandørens navn og adresse og

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

organisasjonsnummer, vedlegg 3, vedlagt A. Situasjonsplan i M=1 :500 eller bedre der det framgår uteoppholdsareal, adkomstforhold, plassering av boliger og plassering av garasje/carport, med synliggjøring av solforhold og utsiktsforhold B. Planløsning, fasadeoppriss og snitt i M=1: 100".

- (7) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra følgende kriterier:

"1) Brutto utleiepris per m² per år, inkl FD V/felleskostnader, omregnet til utleiepris per boenhet per måned. "

2) Kvalitet- vurdert opp mot krav i pkt 3

3) Det skal tas etiske og miljømessige hensyn. Dersom tilbydere ellers ligger nokså likt i pris og kvalitet, skal det prosjektet som er mest miljøvennlig og tar mest etiske hensyn foretrekkes [...]"

- (8) Innklagede mottok en rekke spørsmål fra en potensiell tilbyder henholdsvis 5. juli og 10. august 2017. Relevant for denne saken var blant annet spørsmål om innklagede kunne sende ut et tomtkart, og *"hvorvidt boligene bare skulle være tilrettelagt for tilknytning av fjernvarme eller om de skulle tilknyttes fjernvarme. Dette da en klargjøring vil kreve installasjon av et komplett vannbåret oppvarmingssystem først (f. eks. varmepumpe)."* Leverandørens spørsmål, og innklagedes svar på disse, ble ikke sendt ut til de øvrige leverandørene. Den aktuelle leverandøren deltok ikke i konkurransen.
- (9) Innklagede mottok fire tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra Safe Group AS (heretter klager). Ifølge anskaffelsesprotokollen, som ble sendt ut til tilbyderne, ble kontrakt tildelt Norgeshus AS. Ifølge innklagede var ikke de øvrige tilbyderne rangert, men klager hadde lavest brutto utleiepris pr. m²/år, mens Norgeshus AS hadde lavest utleiepris pr. boenhet pr. mnd.
- (10) Konkurransen ble avlyst i e-post av 3. september 2016. Det fremgikk av e-posten at *"[d]et er flere årsaker til avlysningen av konkurransen, men kommunen ønsker blant annet en bedre spesifisering av muligheten for fjernvarme. Kommunen vil også legge opp konkurransen på en måte som sikrer større forutberegnelighet for tilbyderne både når det gjelder kravene til boligene samt hvordan de ulike tilbudene vil bli evaluert. Kommunen mener det klart foreligger saklig grunn for å avlyse konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 13-1"*.
- (11) Klager etterspurte i e-post 14. oktober 2016 om en utvidet begrunnelse for innklagedes avgjørelse om å avlyse konkurransen. Innklagedes svarte i e-post 27. oktober 2016 at man ikke hadde *"noen ytterligere kommentarer ut over begrunnelsen for avlysningen"*.
- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. januar 2017.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. november 2017.
- Anførsler:**
- Klager har i det vesentlige anført:**
- (14) Det foreligger ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 13-1 (1).

- (15) Innklagede har ikke evaluert tilbudene i tråd med det som var angitt i konkurransegrunnlaget. Ifølge konkurransegrunnlaget var det valgfritt om boligene skulle utformes med to eller tre soverom. Klager inngav tilbud på boliger med tre soverom, og hadde derfor flere kvadratmeter enn tilbyderne som inngav tilbud på boliger med to soverom. Ved at innklagede vektla pris per boenhet per måned, uten å vektlegge utleiepris per kvadratmeter per år, ble ikke tilbudene evaluert i tråd med konkurransegrunnlaget. Ettersom klager hadde lavest utleiepris per kvadratmeter per år, skulle klager ha vunnet konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. Det var blant annet behov for å forbedre kravspesifikasjonen for å sikre en god anskaffelse for innklagede samt likebehandling og forutberegnelighet for leverandørene. I kravspesifikasjonen var det blant annet uklart hvordan tilbyderne skulle tilknytte seg fjernvarmeanlegget og hvor tomtegrensene gikk, samt byggenes plassering på tomten.
- (17) Innklagede hadde uansett plikt til å avlyse konkurransen da spørsmål og svar som innklagede fikk før tilbudsfristens utløp, ikke var distribuert til alle tilbyderne.
- (18) Klagers vurdering av at de skulle ha vunnet konkurransen, er feil. Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at pris bare var ett av flere kriterier som skulle vurderes. Klager ville uansett ikke ha vunnet konkurransen, ut fra kriteriene oppstilt i konkurransegrunnlaget.
- (19) Det forelå også feil og avvik ved tilbudet til klager, som ville medført plikt til å avvise dette.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen. Saken reiser spørsmål om lovligheten av innklagedes avlysning av konkurransen. Klager har saklig klageinteresse i å få prøvd dette spørsmålet, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder oppføring av boliger for utleie, og er kunngjort som en bygge- og anleggsanskaffelse i medhold av forskriften del II. Etter det opplyste legges det til grunn at anskaffelsen etter sin art og verdi følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69.

Avlysning av konkurransen

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen uten at vilkårene for dette er oppfylt. Det følger av forskriften § 13-1 (1) at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en "*saklig grunn*".
- (22) Dette beror på en objektiv helhetsvurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på tidspunktet for avlysningen, hvilke omstendigheter som utløste avlysningen, og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den, jf. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2001 side 473 og Gulating lagmannsretts avgjørelse i LG-2016-133934. I tråd med disse avgjørelsene, og tidligere praksis fra klagenemnda, legger nemnda til grunn at det i utgangspunktet gjelder en lav terskel for å konstatere at det foreligger saklig grunn til å avlyse en konkurranse.

Økonomiske og forretningsmessige hensyn må normalt anses som saklig grunn til avlysning.

- (23) I foreliggende sak ble klager ikke innstilt som nummer én. Klager gjør imidlertid gjeldene at de skulle vært innstilt som nummer én, hvis innklagede hadde evaluert tilbudene i tråd med det som var angitt i konkurransegrunnlaget.
- (24) Innklagede avlyste konkurransen med den begrunnelse at "*[d]et er flere årsaker til avlysningen av konkurransen, men kommunen ønsker blant annet en bedre spesifisering av muligheten for fjernvarme. Kommunen vil også legge opp konkurransen på en måte som sikrer større forutberegnelighet for tilbyderne både når det gjelder kravene til boligene samt hvordan de ulike tilbudene vil bli evaluert.* Innklagede har senere presisert i etterfølgende prosesskriv, at man mente det forelå uklarheter i konkurransegrunnlaget knyttet til både installering/tilkobling av fjernvarme og plassering av tomten/hvor på tomten byggene skulle plasseres.
- (25) Når det gjelder boligenes plassering på tomten anfører innklagede at klager inngav et tilbud som strakk seg utover de angitte grensene på kartet, mens de øvrige tilbyderne holdt seg innenfor tomtens areal, og at klager derfor skulle ha vært avvist. Dette er bestridt av klager, som anfører at ringene ikke anga en nøyaktig beskrivelse av hvilket areal som skulle kunne benyttes til byggetomter, og at konkurransegrunnlaget derfor ikke var uklart på dette punkt. Ifølge klager ville tomtengrensene aldri kunne bli fradelt etter ringene, eksempelvis var det ikke angitt noen atkomst til tomtene. Atkomstveiene måtte uansett vært lagt utenfor de angitte områdene. Klager anfører videre at det under befaringen var gitt uttrykk for at dette kun var omtrentlige grenser for hvor man kunne se for seg utbygging.
- (26) Det var ikke angitt i selve konkurransegrunnlaget hvor tomten lå, og det var heller ikke nærmere spesifisert hvordan boligene skulle plasseres på tomten, utover det som var angitt under befaring. Nemnda har ikke grunnlag for å vurdere hvorvidt byggenes tiltenkte plassering ble nøyaktig anvist under befaring, eller om dette var omtrentlig. Kartets generelle utforming, i målestokk 1:2000, og hvor tomtenes beliggenhet var angitt med to svake røde ringer, gjør også at dette ikke blir klarere. Innklagede fikk i tillegg spørsmål fra annen leverandør om oversendelse av tomtekart før tilbudsfristenes utløp, som også tilsier at dette var uklart for andre tilbydere. Dersom byggets/parkeringsplassenes plassering var viktig for innklagede, burde konkurransegrunnlaget uansett vært klarere på dette punkt.
- (27) Innklagede har også begrunnet avlysningen med at man så det slik at det blant annet var behov for å forbedre kravspesifikasjonen for å sikre en god anskaffelse for innklagede samt likebehandling og forutberegnelighet for leverandørene.
- (28) Som klager påpeker kunne innklagede med fordel konkretisert hvilke forhold dette relaterte seg til. Med utgangspunkt i begrunnelsen for tildeling av kontrakt er det en rekke svakheter ved evalueringen av tilbudene opp mot tildelingskriteriene. Av begrunnelsen fremgår det overhodet ikke hvordan de ulike tilbudene er vurdert opp mot hverandre, ut fra de tildelingskriterier som var angitt. Det er også rettslige begrensninger for i hvilken grad slike feil kan rettes, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-226/09. Selv om innklagede ikke har erkjent feil ved evalueringen, er innklagede inne på nettopp dette aspektet i begrunnelsen for avlysningen: "*Kommunen vil også legge opp konkurransen på en måte som sikrer større forutberegnelighet for tilbyderne både når det gjelder*

kravene til boligene samt hvordan de ulike tilbudene vil bli evaluert". Slik saken ligger an finner nemnda derfor at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriften § 13-1 (1). Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen, kan ikke føre frem.

- (29) På grunnlag av at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, har ikke klager saklig klageinteresse i å få prøvd anførselen knyttet til feil ved evalueringen, se tilsvarende klagenemndas avgjørelse i sak 2013/95.

Konklusjon:

Dyrøy kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk