



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De grunnleggende prinsippene om forholdsmessighet og likebehandling

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling etter forskriften del IV for anskaffelse av ankomsttransittmottak for enslige mindreårige asylsøkere. Klager anførte at fristen for å levere bekreftelse fra kommunen på at de tilbudte lokalene hadde de nødvendige offentlige tillatelsene var for kort til at det var mulig å få godkjent bruksendringer hos kommunen, og at dette var i strid med regelverket. Nemnda la til grunn at fristen var så knapp at det i praksis var umulig å få godkjent en bruksendring. Innklagede hadde heller ingen saklig begrunnelse for at konkurransen ble begrenset på denne måten. Nemnda konstaterte på denne bakgrunn et brudd på likebehandlingsprinsippet.

Klagenemndas avgjørelse 3. mars 2020 i sak 2019/231

Klager: Hero Norge AS

Innklaget: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Bjørn Berg og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

(1) Utlendingsdirektoratet (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. desember 2018 en konkurranse med forhandling etter forskriften del IV for anskaffelse av ankomsttransittmottak for enslige mindreårige asylsøkere. Anskaffelsens verdi er ikke estimert, men er over terskelverdien i forskriften § 5-3 andre ledd. Tilbudsfrist var 18. januar 2019.

(2) Oppdraget var beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 2 «Om oppdraget»:

«Ankomsttransittmottaket er første oppholdssted for enslige mindreårige asylsøkere mellom 15 og 18 år som kommer til Norge. Asylsøkerne skal gjennomføre ulike møter med utlendingsmyndighetene og helsetjenesten under oppholdstiden på ankomsttransittmottaket. Eksempelvis registrering av asylsøknaden, asylintervju og lovpålagt helseundersøkelse. Asylsøkerne bor på ankomsttransittmottaket til obligatoriske gjøremål er gjennomført.

Ankomsttransittmottaket skal kunne ta imot asylsøkere hele døgnet, alle årets dager. Antall ankomster varierer, og det er ankomsttransittmottaket som først blir berørt ved endringer i ankomstbildet for enslige mindreårige asylsøkere.

Ankomsttransittmottaket er et midlertidig omsorgs- og botilbud.

Avtalens varighet er på to år med mulighet til å ta ut opsjon 1 + 1 år.»

- (3) Begrensninger knyttet til hvor tjenestetilbudet kunne lokaliseres var beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 3 «Lokalisering»:

«Tilbyder må selv eie eller leie lokalene som skal benyttes som ankomsttransitt.

Ankomsttransitten skal lokaliseres innenfor 90 minutters reisetid med bil fra henholdsvis Ankomstsenter Østfold Mosseveien 58 og Oslo sentrum Hausmannsgate 21 i Oslo sentrum.

Reisetid beregnes i henhold til reiseplanleggeren på www.google.com/maps eller tilsvarende tjeneste og kan inkludere bruk av bilferge.

UDI vil etter tilbudsfristen foreta befaringsreise av tilbudt bygningsmasse.

Se kravspesifikasjonen bilag 1 Krav til bygningsmassen.»

- (4) I kravspesifikasjonen punkt 3 «Krav til offentlige tillatelser» fremgikk følgende:

«Alle nødvendige statlige og kommunale tillatelser for den aktuelle drift må foreligge innen 01. februar 2019. Tillatelser som mangler på dette tidspunkt vil medføre at tilbudet avvises.»

- (5) Dette skulle dokumenteres ved en «[b]ekreftelse fra kommunen på at bygget er godkjent for tiltenkt formål innen 01. februar 2019.»

- (6) Innklagede mottok fire tilbud innen fristen, herunder fra Ostra Consult AS (heretter *valgte leverandør*), Link Holding AS (heretter *eksisterende leverandør*) og Hero Norge AS (heretter *klager*).

- (7) 30. januar 2019 ble det gjennomført forhandlinger mellom klager og innklagede. Av referatet fremgikk følgende:

«Tilbakemeldinger fra tilbyder:

HERO: Tidsrammene er stramme, særlig for å få brukstillatelsen klar innen fredag. Ekstra ressurser er satt inn fra kommunens side. Kommunen er positive til tiltaket.

UDI: svarer at fristen blir stående.

Hero: kommenterer at dette forvansker muligheten for potensielle tilbydere til å delta i konkurransen.»

- (8) I e-post 31. januar 2019 henvendte klager seg til innklagede og ba om utsatt frist for innlevering av bekreftelsen fra kommunen:

«Hei,

Kan UDI akseptere at nødvendig tillatelse fra kommunen innsendes samtidig med revidert tilbud?»

- (9) Klager kontaktet igjen innklagede i e-post 1. februar 2019, hvor de redegjorde for at deres underleverandør, Dillingøy AS, ikke hadde klart å få godkjent de nødvendige bruksendringene på den tilbudte eiendommen:

*«DILLINGØY ANKOMSTTRANSITTMOTTAK FOR ENSLIGE MINDREÅRIGE
ASYLSØKERE*

Dillingøy AS har i samarbeid med ansvarlig søker, brannprosjektering og Hero Norge forsøkt å framskaffe all nødvendig dokumentasjon for at Moss kommune skulle kunne utstede påkrevet tillatelse for bruk av eiendommen til formålet.

Alle nødvendig dokumentasjon er fremlagt kommunen, men beklageligvis har tidsfristene vært for knappe til at Moss kommune har kunne utstede en slik tillatelse.

Vi jobber videre med å få den nødvendige tillatelsen og vi kan forsikre om at alle endringer og utbedringer som kommunen vil kreve i forbindelse med en rammetillatelse og/eller brukstillatelse, vil imøtekommes.

Endelig tillatelse forventes å foreligge etter møte i planutvalgets møte den 07. februar.»

- (10) Klager ble avvist 6. februar 2019 som følge av at kravet om offentlige tillatelser ikke var oppfylt innen fristen 1. februar 2019. Klager påklaget avvisningen 8. februar 2019. Innklagede opprettholdt avvisningen 20. februar 2019.
- (11) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 21. mars 2019.
- (12) Saken ble klaget inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. mars 2019.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. februar 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene om forholdsmessighet og likebehandling ved å operere med en frist for fremleggelse av dokumentasjon på at bygningene har de nødvendige tillatelsene, som er så kort at den i praksis er umulig for andre tilbydere enn dagens leverandør å oppfylle. Innklagede hadde en plikt til å utjevne denne fordelene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Anskaffelsen er gjennomført i tråd med prinsippene om likebehandling og forholdsmessighet.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av ankomsttransittmottak for enslige mindreårige asylsøkere som er en helse- og sosialanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke angitt, men følger i tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og IV, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (17) Konkurransen gjelder ankomsttransittmottak for enslige mindreårige asylsøkere, som er et midlertidig bo- og omsorgstilbud for nyankomne asylsøkere mellom 15 og 18 år. En forutsetning for å få tilby denne tjenesten var at leverandøren selv eide eller leide egnede

lokaler, som måtte ha de nødvendige offentlige tillatelsene for den tiltenkte bruken. Partene er enige om at et slikt krav i seg selv er lovlig og hensiktsmessig.

- (18) Klagenemnda forstår det også slik at partene er enige om at det å sette fristen til 1. februar, når kontrakten hadde oppstart 1. april 2019, heller ikke i seg selv er uforholdsmessig. Det klager har innvendinger mot, er at tidsrommet på åtte uker fra kunngjøringsdatoen til fristen for innsendelse av dokumentasjon i realiteten gjorde det umulig å få godkjent bruksendring av lokaler som ikke allerede var regulert til bruk som asylmottak. Klager har i denne forbindelse blant annet vist til at fristen ikke tok høyde for at maksimal saksbehandlingstid for søknad om bruksendring i kommunen er tolv uker, jf. plan- og bygningsloven § 27-1 første ledd.
- (19) Utgangspunktet er at det faller inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å bestemme på hvilken måte det er mest hensiktsmessig å gjennomføre en anskaffelse, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/483 avsnitt 36 og 42. Dette skjønnet kan i begrenset grad overprøves rettslig. Forskriften del IV inneholder heller ikke detaljerte regler for hvordan konkurransen skal gjennomføres, og det er for denne typen anskaffelser ikke oppstilt absolutte frister slik som i forskriften del III. Oppdragsgiver må imidlertid gjennomføre konkurransen i tråd med det som fremgår av konkurransedokumentene, og i samsvar med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, jf. § 30-1 andre ledd.
- (20) Saken gjelder anskaffelse av et bo- og omsorgstilbud, som forutsetter at driftsoperatøren skaffer til veie egnede lokaler. Det var stilt flere krav til bygningsmassen i kravspesifikasjonen, herunder at mottaket måtte lokaliseres innenfor et begrenset geografisk område og ha de nødvendige kommunale godkjennelsene til bruk som transittmottak. Innenfor det aktuelle området var det på kunngjøringstidspunktet allerede en bygning som var godkjent til bruk som transittmottak, eid av Jonatan AS. Dette bygget var i drift som transittmottak i kontrakten som skulle erstattes for neste kontraktsperiode.
- (21) Ved gjennomføringen av en anskaffelse som forutsetter at tilbyder har en eller flere offentlige tillatelser, ligger det etter nemndas oppfatning i utgangspunktet innenfor innklagedes skjønn å vurdere om konkurransen skal gjennomføres slik at det er tilstrekkelig tid til å skaffe nødvendige tillatelser også for tilbydere som ikke innehar slike tillatelser. Dersom oppdragsgiver gjennomfører anskaffelsen slik at bare tilbydere som allerede har de nødvendige tillatelsene kan delta, må oppdragsgiver kunne begrunne hvorfor man begrenser konkurransen ut fra et saklig behov. Kravet til saklig begrunnelse vil øke ut fra hvor begrensende oppdragsgivers krav er.
- (22) I den aktuelle anskaffelsen valgte innklagede å legge opp konkurransen slik at det var mulig for tilbyderne å tilby lokaler som ikke allerede hadde de nødvendige godkjenningene. De nødvendige godkjenningene måtte imidlertid være på plass innen 1. februar 2019, det vil si åtte uker etter kunngjøringstidspunktet, inkludert juleferie. Tidsrommet de potensielle leverandørene hadde til rådighet for å få godkjent en bruksendring var dermed svært begrenset. Saksbehandlingstiden for kommunen ved søknad om bruksendring er til sammenligning tolv uker fra søknaden med fullstendig dokumentasjon er kommet inn. For leverandørene vil det i tillegg til saksbehandlingstiden være nødvendig å bruke noe tid på å utarbeide søknad og skaffe den nødvendige dokumentasjonen.

- (23) Klager har, på tross av dialog med kommunen knyttet til behovet for rask behandling av søknaden, ikke klart å få de nødvendige godkjenningene i tide. Klager har også vist til at en annen leverandør, i tillegg til dem selv, viste interesse for anskaffelsen, men vurderte det slik at de ikke ville klare å oppfylle kravet. Slik saken er opplyst, er klagenemnda av den oppfatning at fristens lengde i praksis gjorde det umulig å få godkjent en bruksendring av lokaler innen fristen. Dette er for øvrig underbygget av at de to leverandørene som ikke ble avvist fra konkurransen, baserte sine tilbud på underleverandøren Jonatan AS.
- (24) Innklagede har på sin side ikke begrunnet hvorfor det var nødvendig å utforme konkurransen på den måten det ble gjort, herunder hvorfor anskaffelsen ikke ble gjennomført med bedre tid før oppstart, slik at leverandørene fikk en reell mulighet å tilby nye lokaler. Sett i lys av at det var snakk om en planlagt anskaffelse for å erstatte en kontrakt som utløp, finner nemnda at innklagede ikke har godtgjort at det var nødvendig å begrense konkurransen til leverandører med eksisterende tillatelser, og at dette utgjør et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (25) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Utlendingsdirektoratet har brutt det grunnleggende kravet om likebehandling.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk