



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning. De generelle kravene i § 4. Ulovlig tildelingskriterium. Uklart konkurransegrunnlag.

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprise for oppføring av ny brannstasjon. Klager anførte at konkurransen var utformet i strid med de generelle kravene i loven § 4, som følge av at leverandørene kunne levere tilbud på to ulike løsninger, og dermed konkurrerte på ulike vilkår. Klager anførte videre at tildelingskriteriene var ulovlig utformet, som følge av at de ikke var egnet til å identifisere det beste forholdet mellom pris og kvalitet, i tillegg til at de manglet nødvendig tilknytning til leveransen. Klager anførte også at konkurransegrunnlaget ikke var tilstrekkelig klart utformet. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 26. september 2023 i sak 2023/0545

Klager: SH30 Eiendom AS

Innklaget: Kristiansund kommune

Klagenemndas

medlemmer: Hanne Torkelsen, Sverre Nyhus og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

- (1) Kristiansund kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. mars 2023 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av totalentreprise for oppføring av ny brannstasjon. Anskaffelsens verdi var estimert til 121 600 000 kroner. Fristen for å søke om prekvalifisering var 28. april 2023.
- (2) Innklagede kunngjorde allerede høsten 2020 en anskaffelse for oppføring av ny brannstasjon, men prosjektet ble avsluttet som følge av økte kostnader på grunn av korona-situasjonen. Innklagede utredet deretter alternative løsninger for å spare kostnader, og inviterte i den forbindelse til markedsdialog. Flere entreprenører og interessenter med egne tomter deltok på møte 10. januar 2023. Det ble spilt inn at det kunne være kostnadsbesparende å bygge på en alternativ tomt.
- (3) I konkurransegrunnlaget del II var anskaffelsens omfang og formål beskrevet slik:

«Kristiansund kommune planlegger å bygge ny brannstasjon for byens brann- og redningsvesen på Goma. Ny brannstasjon skal ha programmert nettoareal på ca. 2.200 m². Anskaffelsen omfatter alle arbeidene i forbindelse med nybygg og utomhusområder.

Den 29. september 2022 vedtok bystyret å øke den økonomiske rammen for bygging av ny brannstasjon på Goma. I tillegg til dette ble det vedtatt at det skal åpnes for alternative tilbud. Med alternative tilbud skal det kun være åpning for å tilby alternative «lokaliseringer» og da innenfor et avgrenset geografisk område. Innenfor Gomalandet

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

med nærhet til Rv70, Wilhelm Dalls vei, på strekningen fra Nordsundbrua til rundkjøringen på Viadukten.»

(...)

Kristiansund kommune eier eiendommen Kitty Williamsens gate. Denne tomten er ferdig regulert til formålet brannstasjon og ustabile/forurensede masser er fjernet. Tomten er oppfylt med nye bærende masser til en forutbestemt kote.»

- (4) Av konkurransegrunnlaget fremgår det at totalentreprisen skulle følge NS 8407, med enkelte presiseringer. Det var videre mulig å gi inngi to typer tilbud:

«A1. Totalentreprise for prosjektering og bygging av ny brannstasjon i Kitty Williamsens gate.

A2. Totalentreprise med krav til tomt, prosjektering og bygging av ny brannstasjon på alternativ tomt.»

- (5) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende kriterier:

Kriterium (Vekt)	Kommentar	Dokumentasjonskrav
Pris (60%)	<i>Evalueringssum består av:</i> • <i>Entreprisekostnad</i> • <i>Prisjustering pga. fremdrift</i> • <i>Bæresystem</i>	• <i>III.00 Prisskjema – Smalet tilbudssum alle fag</i> • <i>Framdriftsplan</i> • <i>Tilbudt bæresystem</i>
Kvalitet (40%)	• <i>Tomtens kvalitet</i> • <i>Byggets kvalitet</i> • <i>Tilbyders prosjektorganisering</i>	• <i>Ferdig utfylt skjema III.01 Prisskjema – Krav til alternativ tomt. For tilbud i Kitty Williamsens gate er ikke dokumentasjon nødvendig.</i> • <i>Tegninger og beskrivelse</i> • <i>Beskrivelse</i>

- (6) Ifølge konkurransegrunnlaget fremkommer «*Entreprisekostnad*» ved å legge sammen pris på samtlige fag i prisskjemaet som legges ved tilbudet.

- (7) Videre var «*Prisjustering pga. fremdrift*» beskrevet slik i konkurransegrunnlaget:

«Fremdrift skal inngå i prisevalueringen ved at det tilbudet som har kortest byggetid får ingen tillegg, mens øvrige tilbud vil det bli lagt til en tilleggssum.

(...)

Forutsetninger for tilbuds byggetid er:

- *Kontraktsinngåelse (signert kontrakt) settes til 06.10.23*
- *En uke defineres som 5 arbeidsdager (mandag – fredag).*
- *Ferieavvikling i henhold til gjeldende lovverk skal inkluderes.*
- *Offentlig saksbehandlingstid skal settes til 12 uker for rammesøknad og til 3 uker for igangsettingssøknad.*
- *Saksbehandlingstid i forbindelse med regulering av alternativ tomt er leverandørens risiko og skal innarbeides i tilbuds byggetid.*

Kortest byggetid får ingen tillegg, mens øvrige tilbud vil bli tillagt kr. 270.000, - eksklusiv merverdiavgift per kalenderuke byggetid over kortest tilbudte byggetid. Dette utregnes manuelt, og evalueringssum beregnes av byggherren i henhold til dette etter at tilbudsfristen er utløpt.»

Tillegget er en kombinasjon av kostnadsinndekning og en helsemessig ulempe ved lengre byggetid. Kostnadsinndekning er blant annet beregnet ut fra dagbøter fra Arbeidstilsynet, kostnader i forbindelse med byggelånsrenter, byggherreombud, byggherrens prosjektorganisasjon og midlertidige tiltak ved eksisterende brannstasjon.»

- (8) I konkurransegrunnlaget var det inntatt krav til alternativ tomt, hvor det blant annet fremgår:

«For tilbud om bygging av ny brannstasjon på alternativ tomt skal dette være innenfor et avgrenset geografisk område Gomalandet; med nærhet til Rv70, Wilhelm Dalls vei, på strekningen fra Nordsundbrua til rundkjøringen på Viadukten. Området er markert med blått under.

Plassering av kaianlegg skal være på Goma mellom Vågen og Dunkarsundet.

Alternativ tomt skal være egnet til brannstasjon og være likeverdig med tomten i Kitty Williamsens gate, som er ferdig regulert og byggeklar.

Alle krav til forhold ved tomten som beskrevet i dette dokumentet skal være inkludert i tilbudet og er leverandørens risiko med tanke på kostnad og fremdrift.»

- (9) I konkurransegrunnlaget var det stilt krav om at den alternative tomten minimum måtte være totalt 4 350 m². Dette kravet ble senere først oppjustert til 5 100 m², og deretter 5 350 m².
- (10) Kostnader til tomt skulle ikke evalueres under tildelingskriteriet «Pris». Av konkurransegrunnlaget fremgår det imidlertid at innklagede ville «overdra tilbuds

alternativ tomt for 2.000 kr/m², begrenset oppad til 8,7 millioner». Pristaket ble senere oppjustert til 10,7 millioner kroner, i tråd med kravet til størrelse på alternativ tomt.

- (11) Vedrørende underkriteriet «*tomtens kvalitet*», fremgår følgende av konkurransegrunnlaget:

«Tomtens kvalitet skal evalueres på veisystem og tilgang til sjø/beredskapsbåt; faktorer som ble brukt da man evaluerte forskjellige tomter i 2018. For veisystem så vil kjøretid fra port til Rv70 samt muligheten for alternativ kjørevei bli vurdert. Når det gjelder tilgang til sjø/beredskapsbåt vil det bli vurdert om det er nødvendig med omlasting og transport med bil eller ikke, samt eventuell kjørelengde mellom brannstasjon og kaianlegg.»

- (12) Ifølge konkurransegrunnlaget skulle underkriteriet dokumenteres med vedlagt prisskjema, hvor leverandørene blant annet skulle oppgi samtlige kostnader for klargjøringen av tomten. Det ble presisert at «*[l]everandørens kostnader vil være til informasjon for byggherren. Disse kostnadene er tilbyders risiko og vil ikke bli godgjort på annen vis enn kvadratmeterpris for tomt med pristak*».
- (13) SH30 Eiendom AS (heretter *klager*) oversendte 18. april 2023 brev til innklagede med spørsmål vedrørende tilbud på alternativ tomt, i tillegg til hvorvidt konkurransen var gjennomførbar og/eller lovlig etter anskaffelsesregelverket.
- (14) Klager og innklagede møttes 21. april 2023. Klager sendte et oppfølgende brev 25. april 2023, med ytterligere spørsmål i anledning konkurransen.
- (15) Klager oversendte innklagede en klage 26. mai 2023, og anførte at konkurransen måtte avlyses. Klagen ble ikke tatt til følge av innklagede.
- (16) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 31. mai 2023. Innklagede har bekreftet at de avventer kontraktsinngåelse inntil klagenemnda har behandlet saken, og saken er derfor prioritert.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. september 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Klager har saklig klageinteresse, som følge av at de har reelt behov for å få vurdert om innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.
- (19) Konkurransen må avlyses, som følge av at det ikke er mulig å sammenligne eller likebehandle de to alternative tilbudene. Leverandører som gir tilbud på de to løsningene konkurrer på ulike vilkår, og konkurransen strider følgelig mot de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet.
- (20) Innklagede har brutt regelverket, som følge av at det er benyttet ulovlige tildelingskriterier i konkurransen. Kriterienes utforming er ikke egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Priskriteriet er videre ulovlig, som følge av at tomtekostnaden holdes utenfor. Tildelingskriteriet kvalitet er også ulovlig, på grunn av manglende tilknytning til leveransen.

- (21) Konkurransesgrunnlaget er ikke tilstrekkelig klart utformet når det gjelder adgangen til å tilby alternativ tomt, som følge av at dette kun fremgår av vedlegg til konkurransen, og eksempelvis ikke av kunngjøringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede har ikke avlysningsplikt, da det ikke foreligger feil i konkurransen. De to tilbudstypene kan sammenlignes, som følge av prisen fastsatt på den alternative tomten tilsvarer markedsverdien til innklagedes egen tomt, som vil realiseres dersom en leverandør med ekstern tomt vinner konkurransen. Forskjellsbehandlingen av de to tilbudstypene er videre tillatt, som følge av at den er saklig.
- (23) Tildelingskriteriene benyttet i konkurransen er lovlige, som følge av at de identifiserer relevante forskjeller mellom tilbudene, har tilstrekkelig tilknytning til leveransen og bidrar til å finne det beste forholdet mellom pris og kvalitet.
- (24) Konkurransedokumentene er utformet tilstrekkelig klart når det gjelder adgangen til å tilby alternativ tomt, som følge av at dette fremgår klart av konkurransegrunnlagets del I og II. En eventuell uklarhet kan uansett ikke anses å ha virket inn på konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klagenemnda legger til grunn at klager har saklig klageinteresse, som følge av at de ønsker å delta i konkurransen dersom den avlyses på grunn av ulovlig utforming og utformes annerledes, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av totalentreprise for bygging av ny brannstasjon, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 121 600 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avlysningsplikt

- (26) Klager anfører at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen, og har i den forbindelse vist til en rekke grunnlag.
- (27) For at en oppdragsgiver skal være forpliktet til å avlyse en konkurranse, må det (1) være begått en feil, (2) feilen må ikke kunne rettes på annen måte enn ved avlysning og (3) det må være en nærliggende faktisk mulighet for at feilen har påvirket deltagerinteressen eller utfallet av anskaffelsen for klager, se blant annet LH-2023-18494 og HR-2019-1801-A, premiss 85.

Utforming av konkurransen

- (28) Klager har anført at konkurransegrunnlaget er utformet i strid med de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet. Klagenemnda vil først ta stilling til om konkurransen er utformet i strid med prinsippet om konkurranse. Ifølge klager er det i kravspesifikasjonen inntatt ulike krav til alternativ og eksisterende tomt som virker konkurransebegrensende.
- (29) Utgangspunktet for anskaffelsen er at oppdragsgiver har behov for ny brannstasjon. Oppdragsgiver eier en egnet tomt hvor det er revet en tidligere skole, som er klargjort for bygging. Oppdragsgiver står anskaffelsesrettslig helt fritt til å velge å løse sitt behov for

ny brannstasjon, ved å gjennomføre en anskaffelse av en totalentreprisekontrakt for oppføring av brannstasjon på denne tomten.

- (30) Kommunestyret har fattet vedtak om at man i tillegg til å innhente tilbud på totalentreprise på ny brannstasjon på oppdragsgivers egen tomt, også skal gi mulighet for å inngi tilbud på brannstasjon på en annen tomt innenfor det samme geografiske området. Dette er etter det opplyste skjedd etter ønske fra klager.
- (31) Det fremgår av loven § 4 at oppdragsgivere skal opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling. Hva som kan utledes fra disse prinsippene må forstås i lys av at oppdragsgiver står anskaffelsesrettslig helt fritt til å løse sitt behov ved å gjennomføre en anskaffelse om bygging av brannstasjon på egen tomt, men også har ønsket å gi muligheten til å tilby et annet løsningsforslag,
- (32) Det første spørsmålet klagenemnda må ta stilling til, er om kravene som er stilt til en alternativ tomt, medfører at leverandører som inngir tilbud på innklagedes egen tomt oppnår en urimelig konkurransefordel.
- (33) Kravene til alternativ tomt knytter seg blant annet til eiendomsforhold, grunnforhold, reguleringsplan, VA og adkomst. Det er i tillegg fastsatt vilkår for overdragelse av tomten til innklagede, herunder pris. Slik klagenemnda forstår det, er formålet med kravene å sikre at en alternativ tomt skal være likeverdig med innklagedes egen tomt, som er ferdig regulert og byggeklar. Bakgrunnen for at innklagede åpnet for å inngi tilbud på alternativ tomt, var at flere markedsaktører, i etterkant av avlysningen av det tidligere prosjektet om oppføring av ny brannstasjon på grunn av økte kostnader, fremholdt at det kunne være rimeligere å bygge på en annen tomt.
- (34) Klagenemnda er i likhet med klager av den oppfatning at kravene innebærer at det er vanskelig å levere et konkurransedyktig tilbud på en alternativ tomt. Leverandører som ønsker å levere et slikt tilbud vil ha kostnader knyttet til å gjøre tomten byggeklar, i tillegg til at søknad om omregulering vil være tidkrevende. Leverandører som leverer tilbud på innklagedes egen tomt, vil ikke ha slike kostnader, som følge av at kommunens tomt allerede er ferdig regulert og byggeklar. Et konkurransedyktig tilbud forutsetter dermed i stor grad at den aktuelle leverandøren har en ferdig opparbeidet tomt til disposisjon. Klager har også fremholdt at en rekke andre krav vil slå hardere ut for tilbud på alternativ tomt, herunder risikofordeling og pristillegg for lengre byggetid. Nemnda er også enig i dette.
- (35) At det er vanskeligere å levere konkurransedyktig tilbud på en alternativ tomt, innebærer imidlertid ikke at konkurransegrunnlaget oppstiller noen urimelig konkurransefordel. Innklagede har ingen plikt til å utjevne det forhold at en eier av en alternativ tomt trenger mer tid og må ta større risiko.
- (36) Kravene som er stilt til alternativ tomt, medfører dermed ikke at leverandører som inngir tilbud på innklagedes egen tomt, oppnår en urimelig konkurransefordel. Konkurransen er dermed ikke utformet på en måte som er i strid med prinsippet om konkurranse.
- (37) Sett hen til at alle interesserte leverandører fritt kunne levere tilbud både på innklagedes egen tomt, og på en alternativ tomt, foreligger det ikke et brudd på likebehandlingsprinsippet.

- (38) Klagenemnda kan heller ikke se at det foreligger brudd på prinsippet om forutberegnelighet. Slik nemnda ser det, fremgår det av opplysningene i konkurransegrunnlaget at en eventuell leverandør må være i besittelse av en ferdig opparbeidet tomt, for å kunne levere et konkurransedyktig tilbud på en alternativ tomt. Dette må være forutberegnelig for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør.

Ulovlig tildelingskriterium – Pris og Kvalitet

- (39) Klager anfører videre at tildelingskriteriene «*Pris*» og «*Kvalitet*» er ulovlige av en rekke grunner. Klagenemnda tar først stilling til om priskriteriet er ulovlig utformet, som følge av at tomtens pris holdes utenfor evalueringen.
- (40) Konkurransegrunnlaget angir at pris på tilbud på bygging av brannstasjon på oppdragsgivers tomt skal sammenlignes med brannstasjon med annen tomt, ved at oppdragsgiver betaler til leverandøren som også leverer tomt en pris tilsvarende den prisen oppdragsgiver tror man vil oppnå ved å selge sin egen tomt i markedet.
- (41) Etter nemndas vurdering er metoden godt egnet for å sammenligne kostnadene for oppdragsgiver ved å velge mellom tilbud med de to alternativene. Hvilke kostnader oppdragsgiver tidligere har hatt for å klargjøre egen tomt, eller hvilke kostnader en tilbyder av en annen tomt vil ha for å klargjøre denne, er ikke relevant for valget oppdragsgiver nå skal gjøre. Prisen oppdragsgiver vil oppnå i markedet ved å selge egen tomt, er fastsatt ved å innhente en vurdering fra to uavhengige næringsmeglere. Det er ingen objektive holdepunkter for at det er noe galt med disse vurderingene.
- (42) Klagenemnda er videre av den oppfatning at underkriteriet «*Prisjustering Pga. fremdrift*» er lovlig utformet. Prisjusteringen er basert på reelle merkostnader en lenger byggetid vil ha for innklagede. Kriteriet er dermed både saklig begrunnet, og egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Underkriteriet medfører at det er vanskelig å levere et konkurransedyktig tilbud på en alternativ tomt, fordi det nødvendigvis vil ta lenger tid å gjøre den byggeklar, med mindre den allerede er det. Dette er imidlertid en faktisk svakhet ved alternative tomter som oppdragsgiver ikke har noen plikt til å se bort fra. Alle tilbydere kunne levere tilbud basert på oppdragsgivers tomt.
- (43) Klager anfører videre at tildelingskriteriet «*Kvalitet*» er ulovlig, som følge av underkriteriet «*Tomtens kvalitet*» kun får virkning for leverandører som leverer tilbud på alternativ tomt. Klagenemnda kan ikke se at dette er tilfellet. Tildelingskriteriet må forstås slik at tomtens kvalitet skulle evalueres både for tilbud på egen og på alternativ tomt. Selv om leverandører som leverer tilbud på innklagedes egen tomt vil vurderes likt under kriteriet, er det åpnet for at en alternativ tomt vil kunne bli evaluert høyere eller lavere.
- (44) Klager anfører også at underkriteriet «*Tomtens kvalitet*» ikke har nødvendig tilknytning til leveransen, jf. forskriften § 18-1 (4). Et tildelingskriterium har tilknytning til leveransen når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsen som skal tilbys, i dette tilfellet en brannstasjon.
- (45) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at tomten skulle være egnet for brannstasjon. Tomtens kvalitet skulle derfor evalueres basert på veisystem, kjøretid til RV70 og mulighet for alternativ kjørerute. Tilgang til sjø/beredskapsbåt skulle også evalueres. Her skulle det ses hen til om det ville være nødvendig med omlasting og transport med bil

eller ikke, og eventuell kjørelengde mellom brannstasjon og kaianlegg. Kriteriet er derfor etter klagenemndas syn egnet til å bedømme sterke og svake sider ved ytelsen, og har dermed den nødvendige tilknytningen til leveransen.

(46) Klagers anførsel fører ikke frem.

Uklart konkurransegrunnlag

(47) Klager har også anført at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig klart utformet når det gjelder adgangen til å levere tilbud med alternativ tomt. Klagenemnda er ikke enig i dette, og viser til at det i kunngjøringen er gitt tilgang til alle deler av konkurransegrunnlaget, herunder både del «II.01 Krav til alternativ tomt» og del «III.01 Prisskjema - Krav til alternativ tomt». Det er klagenemndas syn at en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør må forventes å lese konkurransegrunnlaget i sin helhet. Anførselen har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Kristiansund kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur