



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for etablering av et offentlig-privat samarbeid (OPS) for prosjektering, bygging, finansiering og drift av et bygg med forskjellige funksjoner. Med henvisning til at kontrakten var sammensatt og komplisert, fant klagenemnda at prosedyreformen ikke var i strid med regelverket. Det ble gjort endringer i konkurransegrunnlaget under forhandlingene, men klagenemnda kom til at disse ikke var så vesentlige at det i realiteten innebar en ny konkurranse. Klagenemnda fant også for øvrig at forhandlingene hadde vært i samsvar med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 24. april 2005 i sak 2005/68

Klager: Erstad & Lekven Utbygging AS

Innklaget: Stord kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Unntaket for konkurranse med forhandling over EØS-terskelverdiene. Gjennomføring av forhandlingene.

Bakgrunn:

- (1) Stord kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 12. juni 2003 en konkurranse med forhandling for etablering av et offentlig-privat samarbeid (OPS) for prosjektering, bygging, finansiering og drift av et utbyggingsprosjekt kalt "Bybuen Bandadalskvarteret". Tilbyderne ble bedt om å "koma med forslag som skal danna grunnlag for endelig løysing og risikoplassering".
- (2) Konkurransegrunnlaget beskrev prosjektet slik:

"Eksisterande sjukeheim har 39 plassar. Prosjektet omfattar utviding av eksisterande sjukeheim med 32 plassar. Eksisterande bygningsmassen består av ein ny del (1988) og ein eldre bygningfløy. Den eldste delen skal rivast for å gje plass til utvidinga av sjukeheimen og vidareføring av Bybuen med plass til kontor, husvære, forretningslokale, parkering/fellesareal mv. Sjukeheimsdelen omfattar ca 40% av utbygginga, og dei resterande 60% vert stilt til OPS-selskapet sin disposisjon."
- (3) Det var oppgitt at innklagede skulle eie og drifte sykehjemmet, og videre at innklagede ønsket å leie deler av den resterende bygningsmassen fra OPS-selskapet, "under forutsetning av konkurransedyktige leigepisar".

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

- (4) I forkant av konkurransen var det gjennomført en arkitektkonkurranse, og det var stilt krav om at hovedelementene fra vinnerutkastet skulle legges til grunn for utbyggingen. Arkitektkontoret skulle være ansvarlige for prosjekteringen i samarbeid med OPS-selskapet.

- (5) OPS-selskapets kontraktsforpliktelser var i korthet beskrevet slik:

”OPS-selskapets vil gjennom kontrakten påta seg eit heilhetsansvar for prosjektet Bybuen. Driftsperioden (perioden etter ferdigstilling) vert stipulert til å bli kontraktsfesta til 20-25 år. OPS-selskapet vil i denne perioden ha eit generelt ansvar for at Bybuen framstår og fungerer i henhold til tekniske og driftsmessige funksjonskrav, med høg tryggleik, og med god estetisk standard. Konkrete krav som tek i vare dette er spesifisert i konkurransegrunnlaget og endeleg avtalt gjennom kontrakten. Teknisk drift av den nye sjukeheimsdelen skal spesifiserast særskilt. FDV av eksisterande bygningsmasse er ikkje med i OPS-selskapet sine kontraktsforpliktingar.”

- (6) Det var oppgitt at innklagede ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud, basert på følgende kriterier oppgitt i uprioritert rekkefølge:

- *pris sjukeheimsdel*
- *totalpris utbygging*
- *fastpristilbud*
- *risikomoment*
- *framdrift/leveringstidspunkt*
- *miljøprofil*
- *leigeprisar*
- *FDV-opplegg*
- *livsløpskostnader*
- *tidlegare røynsle med tilsvarande prosjekt*
- *soliditet*”

- (7) Tre leverandører innga tilbud, blant dem Erstad & Lekven Bergen AS (heretter kalt klager) og W. Engelsen Ettf AS som senere ble tildelt kontrakten. Klager leverte to tilbud, ett i samsvar med spesifikasjonene og ett tilbud basert på en alternativ utforming. Den alternative løsningsforslaget, kalt ”Nybuen”, hadde blant annet lavere bruttoareal, enkelte alternative materialvalg og endringer i utformingen av sykehjemmet. Den alternative løsningen for sykehjemmet gikk blant annet ut på at dette skulle ha 30 plasser i stedet for 32, et høyere antall pasientrom per post og en enklere utforming av uterommet, kalt sansehagen. Til sammen medførte det alternative forslaget lavere totalkostnad.

- (8) Det tilbudet klager hadde levert i samsvar med spesifikasjonene, hadde ved tilbudsåpning en totalkostnad på kr 110.960.000, mens W.Engelsens tilbud var på kr 103.373.600. Prisene var basert på noe ulike forutsetninger.

- (9) I et udatert brev mottatt hos klager 26. mars 2004 gjorde innklagede oppmerksom på at tilbudene hadde for høye kostnader i forhold til budsjettet, og at arkitekten derfor ville vurdere justeringer i planene. Innklagede inviterte videre til et avklaringsmøte ”med hovedfokus på kostnadsreducerande tiltak”.

(10) I avklaringsmøtet 31. mars 2004 presenterte innklagede mulige endringer i konkurransegrunnlaget. I henhold til klagers møtereferat påpekte klager at flere av endringene innklagede foreslo, var identiske med klagers alternative løsning "Nybuen". Møtereferatet nevner følgende endringer:

- Samlet arealreduksjon med ca 400m²
- Forenklet materialvalg og utforming
- Reduksjon fra to heiser/trapperom til én
- Redusert areal med 4 m² for sengerommene
- Vende stuene mot byggets sentrum
- Reduksjon og forenkling av sansehagen
- Omlegging slik at det legges til rette for bygging av en full femteetasje
- Enklere parkering/færre parkeringsplasser, alternativt et parkeringshus med parkometerparkering

(11) I henhold til innklagedes forklaring ble det opplyst i møtet at det var et alternativ å avlyse hele konkurransen.

(12) Klagers møtereferat ble oversendt innklagede, som reagerte på at klager mente at endringene var hentet fra klagers alternative tilbud. I brev fra innklagede til klager av 26. april 2004 het det at de andre tilbyderne stort sett hadde pekt på de samme kostnadsreducerende elementene som klager.

(13) Etter avtale ble det avholdt nye møter med tilbyderne. Klager ble innkalt til forhandlingsmøte 13. mai 2004 der det ble overlevert nye tegninger. I henhold til innklagedes protokoll innebar de endrede tegningene følgende:

"Justert pristilbud – arealreduksjon

Justerte teikningar i M=1:200 datert 28.04.2004 vart vist og overlevert ELU i møtet. Planane syner ein arealreduksjon på 981 m². [...]

Justert pristilbud – redusert omfang av sansehage

SK ber om justering av pristilbud ved redusert omfang av utbygging av sansehage. Plen, stiar og tryggleik skal takast med.

Justert pristilbud – fjerning av 1 stk heis og eitt trapperom

SK ynskjer pris på fjerning av heis og trapperom i søre del av buen.

Husvære i 3. etasje

Det kan verta aktuelt at SK står som eigar av denne etasjen med tanke på framtidig omgjerding og bruk som sjukeheim. Kva betydning får dette for prosjektkostnadene? [...]

Andre kostnadsreducerende tiltak

SK ynskjer også innspel frå ELU på eventuelt andre tiltak som kan gje kostnadsreduskjon, spesielt for sjukeheimsdelen. [...]"

- (14) Frist med å inngi revidert tilbud ble satt til 2. juni 2004, og det ble gjennomført flere forhandlingsrunder sommeren 2004. Under disse forhandlingene ble reduksjon av heis og trapperom fra to til ett frafalt.
- (15) I brev av 31. august 2004 ble det meddelt at W. Engelsen Ettf AS var tildelt kontrakten. Det var oppgitt at dennes tilbud var det økonomisk mest fordelaktige fordi:
- ”
- *Framforhandla tilbod for totalentreprise på kr 69,1 mill er lågast*
 - *Tilbyr lågaste leigesatsar for kontordelen i prosjektet*
 - *Tilbodet er gunstig med omsyn til fastpris og ekstra heis i bygget*”
- (16) Kontrakt med W. Engelsen Ettf. AS ble inngått 6. oktober 2004.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (18) I en konkurranse med forhandling er oppdragsgiveren forpliktet til å holde forhandlingene innenfor rammene av konkurransegrunnlaget. Under forhandlingene ble det presentert tegninger som innebar en arealreduksjon på 981 m², et redusert omfang av sansehagen og fjerning av en heis og et trapperom. Videre ble det gjort endringer mht eierskap i tredje etasje. Så store endringer i konkurransegrunnlaget er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Konkurransegrunnlaget inneholder ingen formuleringer som kan tolkes som forbehold om rett til å foreta endringer, og dette ville for øvrig vært i strid med regelverket.
- (19) Videre brøt innklagede regelverket ved å røpe deler av klagers alternative tilbud ”Nybuen” til konkurrentene. Innklagede endret konkurransegrunnlaget etter å ha blitt kjent med klagers kostnadsreduserende forslag i dette tilbudet. Oppdragsgiver kan ikke omgå taushetsreglene ved å endre konkurransegrunnlaget under forhandlingene.
- (20) Subsidiært, for det tilfellet at ovenstående anførsler ikke fører frem, bes klagenemnda ta stilling til om innklagede hadde adgang til å benytte prosedyren konkurranse med forhandling.
- (21) Innklagede kan ikke høres med at klager er fratatt klagemuligheter fordi innsigelsene ikke ble fremmet under konkurransen. Dette ville innebære at regelverket for offentlige anskaffelser kan fravikes ved avtale.
- (22) Klagenemnda bes uttale seg om klager har krav på erstatning for den positive eller negative kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

- (23) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (24) De endringene i konkurransegrunnlaget som ble gjort under forhandlingene, ligger innenfor de forbehold som ble tatt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, og er dermed i tråd med anskaffelsesregelverkets krav til forutberegnelighet. Endringene i de opprinnelige anbudstegningene består dels i at alle etasjeplanene er redusert i areal.

Videre er heis- og trappeplanene justert noe. Underetasjen og den første etasjen er ikke endret vesentlig ut over det som er nevnt om bygningen generelt. Den andre etasjen er endret fra leiligheter til kontor. Den tredje etasjen har fått litt færre leiligheter, dertil er personalbasen flyttet inn fra femte etasje. Den fjerde etasjen er blitt endret litt, bl.a. med gjennomgående stuer eller fellesrom. Den femte etasjen er blitt endret ved at kantinen er flyttet til tredje etasje. For øvrig er det gjort mindre tilpasninger i denne etasjen.

- (25) Alternativet til den fremgangsmåten innklagede har fulgt ville vært å avlyse prosjektet, slik at ingen av tilbyderne ble tildelt kontrakt. Innklagede har bestrebet seg på å overholde likebehandlingskravet, blant annet ved å utarbeide et nytt konkurransegrunnlag slik at alle fikk like muligheter til å tilpasse sine tilbud. Under konkurransen hadde klager ingen innvendinger til at konkurransegrunnlaget ble endret, og innklagede stiller derfor spørsmål ved om klager har saklig klageinteresse i å få prøvet dette spørsmålet.
- (26) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til taushet om innholdet i tilbudene. Det er klagers udokumenterte påstand at selskapets alternative tilbud danner grunnlaget for den revisjon av prosjektet som innklagede av økonomiske årsaker måtte foreta. Flere av elementene i det reviderte prosjektet var inne i bildet opprinnelig, før prosjektet ble videre bearbeidet. Arkitekten som har utformet det endrede utkastet, har ikke hatt tilgang til klagers alternative tilbud. Også etter endringer er det betydelige forskjeller i forhold til klagers alternative forslag Nybuen. De vesentligste forskjellene er at:
- Nybuen opererer med 10-sengsposter, mot Bybuens 7-sengsposter
 - Nybuen har 1 heis/trapperom, mens Bybuen har 2
 - Nybuen har 4 etasjer, mot Bybuens 5 etasjer, i tillegg til underetasjen
 - Nybuen har full utbygging av underetasjen og den første etasjen, mens Bybuen har redusert utbygging av begge disse etasjene
 - Nybuen har en annen form/dybde enn Bybuen
 - De to løsningene er forskjellige mht. plassering av stuer og utformingen av rommene i sykehjemsdelen
 - Nybuen har en annen tilkomst til eksisterende sykehjem enn Bybuen
- (27) Det rettslige grunnlaget for å benytte konkurranse med forhandling er forskriftens § 4-2 bokstav b, som i praksis blir anses for å hjemle denne prosedyren ved tildeling av OPS-kontrakter. Det som har vært avgjørende for innklagedes valg av anskaffelsesprosedyre, har vært prosjektets art og kompleksitet. Uansett har klageren deltatt i konkurransen uten innvendinger, og det stilles derfor spørsmål ved om klager har saklig interesse i å få prøvet dette spørsmålet.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen og har dermed det tilknytningsforhold til saken som kreves for å få den behandlet. Klagenemnda finner det åpenbart at også anførsler som klageren kunne ha fremmet under konkurransen, kan påberopes etter at konkurransen er avsluttet. Dette har aldri vært trukket i tvil i tidligere saker for domstolene eller for klagenemnda. Dersom deltakere i en konkurranse skulle være nødt til å påpeke feil under selve konkurransen, og dermed muligens å svekke egne vinnere sjanser, ville klagemuligheten lett bli illusorisk. Dessuten ville en slik frafallelse av klagerett ved passivitet i realiteten innebære at leverandørene kan samtykke i regelbrudd, og videre

at leverandørene i realiteten får en aktsomhetsplikt som går foran oppdragsgiverens forpliktelser etter regelverket.

- (29) Anskaffelsen gjelder en bygg- og anleggskontrakt med en samlet verdi over EØS-terskelverdiene, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2. Konkurransen følger derfor forskriftens del I og II.
- (30) Klagenemnda behandler først spørsmålet om innklagede kunne benytte prosedyren konkurranse med forhandling. For kontrakter som omfattes av forskriftens del II, kan konkurranse med forhandling bare unntaksvis benyttes, jf § 4-1. Dette gjelder blant annet i særlige tilfeller hvor tjenestens eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd, jf § 4-2 bokstav b.
- (31) Denne saken gjelder en kontrakt der verken utforming av bygget, eierskap eller kontraktstid er endelig fastsatt på forhånd, og der innklagede er avhengig av å se tilbudene før kontrakten endelig utformes. Dersom oppdragsgiveren skulle være nødt til å benytte anbudskonkurranse i et slikt tilfelle, ville det kreve at spesifikasjonene var nærmere fastlagt på forhånd og eventuelt at oppdragsgiveren og leverandøren i større grad måtte gjøre tilpasninger i kontrakten etter at valg av leverandør var gjort, med økt fare for at kontraktstildelingen foretas på feil grunnlag. Klagenemnda kan ikke se at den fremgangsmåten innklagede har valgt, er i strid med de grunnleggende kravene i regelverket, og finner ikke grunnlag for å sette til side innklagedes vurdering av at kontraktens art og risiko ikke tillot en samlet prisfastsettelse på forhånd. For øvrig nevnes at unntaket i praksis ikke sjelden blir benyttet for OPS-kontrakter, jf Roll-Matthiesen/Amdal s 227 og Dragsten/Lindalen s 700.
- (32) Klagenemnda vurderer så om endringene i konkurransegrunnlaget som ble gjort under forhandlingene, var i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Etter forskrift om anskaffelser § 9-3 (4) er det adgang til å forhandle om endringer av alle sider av tilbudene. Det er imidlertid på det rene at forhandlingsadgangen er videre enn som så, ved at oppdragsgiver også kan gjøre visse endringer i konkurransegrunnlaget. Nettopp behovet for å endre konkurransegrunnlaget begrunner at konkurranse med forhandling i nærmere angitte tilfeller kan benyttes også over EØS-terskelverdiene, jf § 4-2. Hensynet til leverandører som bevisst lar være å delta i konkurransen, og hensynet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet for tilbyderne, tilsier imidlertid at forutsetningene for konkurransen ikke kan endres vesentlig. I en kontakt av denne typen er det påregnelig for leverandørene at det vil skje endringer av spesifikasjonene.
- (33) De endringene som ble foretatt, innebar blant annet at det totale areal ble redusert med 981 m². Videre ble romfordelingen mellom etasjene endret noe, sansehagen gitt et redusert omfang og en rimeligere utforming og det ble gjort endringer mht. eierskap i tredje etasje. Det valgte tilbudets pris ble redusert fra kr 103 mill ved tilbudsåpning til kr 69 mill ved kontraktstildeling. Klagenemnda antar at det meste av prisreduksjonen skyldes endrede spesifikasjoner, selv om noe nok også kan tilskrives at prisene for de enkelte komponentene i tilbudet er redusert som følge av forhandlingene.
- (34) Klagenemnda finner under en viss tvil at de endringene som har vært foretatt, ikke er så vesentlige ut fra konkurransegrunnlagets forutsetninger at kontrakten totalt sett må ses på som en ny kontrakt. Selv etter tilpasningene har bygget hovedsaklig samme

utforming som opprinnelig, og tilbyr de samme funksjonene. Klagenemnda kan heller ikke se at det er gjort vesentlige endringer mht eierskap eller kontraktsperiode.

- (35) Klagenemnda finner det ikke sannsynliggjort at innklagede har gitt opplysninger om klagers tilbud på en slik måte at de bryter med taushetsplikten i § 3-3. I sak 2004/182 ble det lagt til grunn at det kan være i strid med kravet til god forretningsskikk å oppgi detaljer fra de andre tilbudene under forhandlingene, og klagenemnda antar at denne bestemmelsen etter omstendighetene også kan anvendes dersom oppdragsgiveren endrer spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget i samsvar med et alternativt tilbud. Innklagede benekter å ha brukt klagers alternative tilbud Nybuen som modell for de endringene som ble foretatt i konkurransegrunnlaget, og basert på endringenes karakter og det faktum at det også etter forhandlingene var betydelige forskjeller mellom Nybuen og konkurransegrunnlaget, finner klagenemnda ikke grunn til å overprøve denne påstanden.

Konklusjon:

Stord kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
24. april 2006

Andreas Wahl