



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, Tilbudsevaluering, Ulovlig tildelingskriterium.

Oslo kommune v/ Eiendoms- og byfornyelsesetaten gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av samordnet plan for teknisk infrastruktur, mobilitet og blågrønn struktur. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik som medførte avvisningsplikt. Det var også anført feil i evalueringen og at det var oppstilt et ulovlig tildelingskriterium. Klagenemnda kom til at innklagede hadde oppstilt et ulovlig tildelingskriterium, og tok derfor ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 25. september 2024 i sak 2024/0480

Klager: Asplan Viak AS

Innklaget: Oslo kommune v/ Eiendoms- og byfornyelsesetaten

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hanne S. Torkelsen, Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/ Eiendoms- og byfornyelsesetaten (heretter *innklagede*) kunngjorde 15. oktober 2023 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av overordnet plan for teknisk infrastruktur, mobilitet og blågrønn struktur for Filipstad. Anskaffelsens verdi ble i anskaffelsesprotokollen oppgitt å være 5 000 000 kroner eks. mva. Tilbudsfrist var opprinnelig 22. november 2023, men ble etter forespørsel fra leverandørene forlenget til 29. november 2023.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 var tildelingskriteriene angitt. Tildelingskriteriene var «Pris» som skulle vektes 20 prosent, «Kompetanse og erfaring» som skulle vektes 40 prosent og «Oppdragsforståelse» som skulle vektes 40 prosent.
- (3) Priskriteriet fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.2.1 og var beskrevet slik:

«Priser skal oppgis i tilbudet. Alle priser skal være eksklusiv mva. Manglende besvarelse kan medføre avvisning.

Leverandøren som har laveste gjennomsnitt til evaluering får 10 poeng. Øvrige tilbud gis poeng lineært i forhold til laveste gjennomsnitt til evaluering. Dersom det viser seg å være mer enn 75 % avvik mellom laveste og høyeste totalsum til evaluering vil en hybridmodell legges til grunn ved beregning av poeng på priskriteriet.

Taktisk prising av produkter og ytelser er ikke tillatt i konkurransen. Taktisk prisede tilbud vil bli avvist. Taktisk prising defineres som tilfeller hvor Leverandører bevisst utnytter feil og svakheter i konkurransegrunnlaget for å oppnå større fortjeneste,

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

herunder uforholdsmessige høye priser for produkter og ytelser som ikke direkte har vært gjenstand for evaluering.»

- (4) Tildelingskriteriet «Kompetanse og erfaring» var i konkurransegrunnlaget punkt 5.2.2 beskrevet slik:

«Det vil legges vekt på hvorvidt teamets sammensetning er tilstrekkelig for oppdraget, samt tilbudt kompetanse og erfarings bredde, dybde og relevans for oppdraget.»

- (5) Det fremgikk av dokumentasjonskravet til priskriteriet at leverandørene skulle levere en «oversikt over tilbudte konsulents timepris».

- (6) Underveis i konkurransen ble det stilt en rekke spørsmål om priskriteriet. Det ble blant annet spurt om hvilken modell for beregning av gjennomsnittlig timepris innklagede skulle bruke. Innklagede henviste til tildelingskriteriet «Kompetanse og erfaring» i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 og svarte som følger:

«[Det skal leveres en] Redegjørelse for sammensetning av konsulentteam med beskrivelse av hvilken fagkunnskap hver enkelt besitter og hvilken rolle de skal ha i oppdrag, samt hvor stor prosentvis andel arbeid i prosjektet

Nevnte prosentvise andel pr ressurs vil benyttes til å beregne et vektet gjennomsnitt av tilbudte timepriser.»

- (7) Innklagede ble også spurt om de hadde vurdert kategoriinndelinger eller øvrige føringer. Innklagede svarte at det er bedt om «timespriser pr. tilbudte konsulent». Innklagede presiserte at det i tilbudet er ønske om «en redegjørelse for sammensetning av konsulentteam, fagbakgrunn, rolleangivelse, prosentvis andel, og tilhørende timepris».

- (8) Innklagede mottok syv tilbud innen tilbudsfristen, herunder Asplan Viak AS (heretter *klager*) og Norconsult AS (heretter *valgte leverandør*).

- (9) I meddelelsesbrev datert 22. januar 2024 fremgikk det hvilke poengsummer hver leverandør hadde oppnådd under de ulike tildelingskriteriene.

	Leverandør	Timespris	Kompetanse og erfaring	Oppdragsforståelse	Samlet score
1	Norconsult	10	10	10	10
2	Asplan Viak	9,28	10	10	9,86
3	Multiconsult	8,5	10	8	8,9
4	Bjørbekk & Lindheim	9,69	10	7	8,74
5	Rambøll	9,73	9	7	8,35
6	COWI	8,33	9	7	8,07
7	Sweco	9,25	9	6	7,85

- (10) Klager påklaget tildelingen 20. februar 2024. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik og derfor skulle vært avvist. Innklagede opprettholdt tildelingen samme dag.
- (11) Tildelingen ble påklaget på nytt 21. februar 2024. Innklagede avviste klagen samme dag.
- (12) Innklagede og valgte leverandør inngikk kontrakt 21. mars 2024.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlig anskaffelser ved klage datert 2. april 2024.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. september 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Valgte leverandørs tilbud inneholder et vesentlig avvik, og skal avvises. I konkurransegrunnlaget står det at pris skal vurderes ut fra en «*oversikt over tilbudte konsulenters timepris*». Dette tilsier at det er navngitt ressurs det skal gis priser for, noe som også underbygges av dokumentasjonskravet for «*Kompetanse og erfaring*». Det ble underveis i konkurransen spurt om det kunne gis pris for kategori, altså ikke navngitte ressurser, noe innklagede besvarte avkreftende. Valgte leverandørs tilbud inneholder kategoripris med andel på 30 prosent. Manglende avvisning av valgte leverandørs tilbud strider mot prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Kompetanse og erfaring*». Det fremgår av tildelingskriteriet at det er et dokumentasjonskrav om redegjørelse for den enkelte ressurs i forhold til fagkompetanse, samt hvor mye personen skulle arbeide i oppdraget. Valgte leverandørs tilbud inneholder et forbehold der 30 prosent av ressursene ikke er navngitt. Valgte leverandør har likevel fått full uttelling. Det mangler konkret fagkompetanse, samt andel deltakelse i prosjektet for 30 prosent av oppdragsutførelsen. Det er ikke gitt opplysninger i henhold til det som etterspørres, og dermed kan det ikke gis full uttelling på tildelingskriteriet
- (17) Tildelingskriteriet «*Pris*» er ulovlig ettersom det ikke er egnet til å identifisere det økonomisk beste tilbudet. I evalueringen av priskriteriet har innklagede vurdert gjennomsnittsprisen til alle leverandørene. Det er leverandørene som setter prosentandel deltakelse for den enkelte ressurs, og innklagede benytter denne prosentandelen til å beregne en gjennomsnittlig timepris. Når deltakerprosenten for den enkelte ressurs ikke er forpliktende i gjennomføringen, vil den vektete gjennomsnittlig timeprisen ikke være egnet til å vurdere hvilke leverandører som tilbyr den beste prisen. Priskriteriet er ulovlig og konkurransen skulle derfor ha vært avlyst.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke vesentlige avvik og det foreligger dermed ingen avvisningsplikt. Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget eller etterfølgende presiseringer at tilbudet skal inneholde navngitte konsulenter. Det er vanlig bransjepraksis å prise per kategori konsulenter ut fra erfaring og kompetanse. Leverandører er bundet til de oppgitte timepriser både for navngitte og ikke-navngitte

konsulenter i kontraktperioden. Det er ikke i strid med prinsippene om likebehandling eller forutberegnelighet å ha ikke-navngitte konsulenter i tilbudet.

- (19) Det er ikke gjort feil i evaluering under tildelingskriteriet «*Kompetanse og erfaring*». Det følger av konkurransegrunnlaget at dette tildelingskriteriet vil evalueres ved at det «*faktisk og skjønnsmessig vurderes*» hvor det vil legges vekt på «*teamets sammensetning*». Det er innenfor innklagedes vide innkjøpsfaglig skjønn å evaluere hvilke poeng hver leverandør oppnår under tildelingskriteriet.
- (20) Tildelingskriteriet «*Pris*» har tilknytning til leveransen og er lovlig. Den aktuelle anskaffelsen er av natur slik at det totale omfanget og antall timer ikke kan forhåndsdefineres. Endelig honorar må derfor fastsettes etter faktisk medgått pris. Forholdene rundt priskriteriet, slik som evalueringsmodell, prosent andel og kontraktstypen har vært kjent på forhånd. Det forelå derfor ikke avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kjøp av overordnet plan for teknisk infrastruktur, mobilitet og blågrønn struktur for Filipstad, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til 5 000 000 kroner eks. mva. 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.

Ulovlig tildelingskriterium

- (22) Klager anfører at priskriteriet er ulovlig ettersom det ikke er egnet til å identifisere det økonomisk beste tilbudet.
- (23) Det følger av forskriften § 18-1 (1) at oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Det følger videre av § 18-1 (4) at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. For priskriteriet innebærer dette at tilbudene skal premieres ut fra prisen oppdragsgiver skal betale for ytelsen. Dette henger sammen med at tildelingskriteriene må være egnet til å utpeke det beste tilbudet jf. EU-domstolens sak C-19/00 *SIAC* premiss 35 flg.
- (24) Klagenemnda kom i sak 2019/370 til at innklagede hadde brutt regelverket ved å anvende et ulovlig priskriterium. Innklagede hadde benyttet to underkriterier der timepris skulle vektes 50 prosent og timeestimat skulle vektes 50 prosent. I konkurransegrunnlaget var det oppgitt at NS 8402 var kontraktsbestemmelsene, hvor valgte leverandør som utgangspunkt får betalt for medgått tid, selv om medgått tid overstiger det estimatet som er gitt i tilbudet. Nemnda kom til at siden timeestimatet var uforpliktende, var bruken av timeestimat ulovlig som underkriterium da det ikke var egnet til å identifisere tilbudet med lavest pris. Nemnda uttaler i premiss 17, med henvisning til sak 2008/80, følgende:

«Når det direkte gjelder hvilke omstendigheter det kan legges vekt på i en prisevaluering, kan dette utelukkende være forhold som tilbyderne har tilbudt med bindende virkning. Opplysninger fra tilbyderne om forhold som de ikke vil være kontraktsrettslig forpliktet av, må således anses irrelevant å legges vekt på i prisevalueringen.»

- (25) I saken nemnda har til vurdering fremgikk det av priskriteriet at leverandøren som hadde laveste gjennomsnittlige timepris ville oppnå 10 poeng. I henhold til dokumentasjonskravet ble leverandørene bedt om å levere en oversikt over tilbudte konsulenters timepris. Under spørsmål og svar presiserte innklagede at den prosentvise deltakelsesandelen leverandørene oppga på den enkelte konsulent, ville benyttes til å beregne et vektet gjennomsnitt av tilbudte timepriser.
- (26) I konkurransegrunnlaget er NS8402 oppgitt som kontraktsbestemmelser. Oppdraget skal dermed utføres som regningsarbeid etter medgått tid, og valgte leverandør vil som utgangspunkt få betalt for all medgått tid, selv om medgått tid overstiger estimert deltakelsesandel for den enkelte konsulentgruppe. Leverandørene var dermed forpliktet til oppgitte timepriser, men ikke konsulentenes estimerte deltakelsesandel. Den estimerte deltakelsesandelen er en sentral faktor for å regne ut leverandørenes gjennomsnittlige timepris fordi ulike konsulenter har ulik timepris. Det er ikke tvilsomt at den estimerte deltakelsesandelen har påvirket gjennomsnittlig timepris og dermed poenggivningen.
- (27) Priskriteriet åpner for at leverandører kan tilby konsulenter med lave timepriser og estimere disse til å ha høy deltakelsesandel, uten at leverandørene er kontraktsrettslig forpliktet til estimatet. Tilsvarende kan leverandørene estimere konsulenter med høy timepris til å ha lav deltakelse uten at leverandørene er kontraktsrettslig bundet til dette. Dette viser at leverandørenes gjennomsnittlige timepris ikke er forpliktende for leverandørene. Priskriteriet er dermed ikke egnet til å identifisere det økonomisk beste tilbudet.
- (28) Klagenemnda har kommet til at priskriteriet ikke er egnet til å identifisere det økonomisk beste tilbudet, og dermed ikke har tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriet er derfor ulovlig.
- (29) En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se blant annet HR-2019-1801-A premiss 85 og EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/16 premiss 106. I denne saken var det bare priskriteriet som skilte klager og valgte leverandørs tilbud i poeng. Klagenemnda finner det klart at det ulovlige priskriteriet kan ha påvirket resultatet av konkurransen eller deltakerinteressen, og at konkurransen derfor må avlyses.
- (30) Som følge av resultatet klagenemnda har kommet til, behandles ikke klagers øvrige anførsler.
- (31) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyrene, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Oslo kommune v/ Eiendoms- og byfornyelsesetaten har brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig tildelingskriterium.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur