



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av Bylivsundersøkelse for Oslo sentrum. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud inneholdt forbehold og at forbeholdet medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Klagenemnda fant at valgte leverandørs tilbud måtte forstås slik at det inneholdt et forbehold mot konkurransegrunnlaget, men at det ikke forelå tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det forelå dermed ikke grunnlag for å avvise valgte leverandørs tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 20. mai 2014 i sak 2012/176

Klager: Plan Urban AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune (heretter innklagede) kunngjorde 31. oktober 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av Bylivsundersøkelse for Oslo sentrum. CPV-klassifisering var i kunngjøringen punkt II.1.6 angitt til 71 400000. Anskaffelsens verdi var angitt til mellom 2 000 000 og 2 500 000 kroner. Tilbudsfrist var i en endringskunngjøring angitt til 45 dager fra og med kunngjøringsdatoen.
- (2) Konkurransegrunnlaget benevnte konkurransen som en åpen anbudskonkurranse for "Enkeltanskaffelse av Rådgivningstjeneste for programmering (del 1) og gjennomføring (del 2) av Bylivsundersøkelse med rapport (del 3) for Oslo sentrum 2012-2013". I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 var anskaffelsen beskrevet på følgende måte:

"Oppdragsgiver ønsker å utvikle felles kompetanse om det faktiske bylivet i Oslo sentrum, og potensial for økt byliv i det samme området. I tillegg ønskes anbefalinger av strategier for å oppnå mer byliv i Oslo sentrum.

Oppdragsgiver ønsker å gjennomføre en undersøkelse av bylivet i Oslo sentrum. Undersøkelsen skal programmeres etter medvirkning fra Bymiljøetaten, Plan- og Bygningsetaten og privat næringsliv som er representert i Levende Oslo-samarbeidet.

(...)

Det skal gis pris på forslag til program for bylivsundersøkelse i Oslo sentrum, herunder forslag til geografisk avgrensning, beskrivelse av medvirkningsprosess med Bymiljøetaten, Plan- og bygningsetaten, samt privat næringsliv (del 1). Det skal gis pris

på gjennomføring av bylivsundersøkelsen (del 2) og pris på fagrapport med resultat av undersøkelsen (del 3)."

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.13 fremgikk det at det ikke var anledning til å ta vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlaget og at tilbud med slike vesentlige forbehold ville bli avvist. Andre eventuelle forbehold skulle kunne prises og være entydige slik at dette kunne vurderes uten kontakt med leverandørene. Tilbud med forbehold som ikke kunne sammenlignes med øvrige tilbud ville bli avvist.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 ville kontrakt tildeles leverandør med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, etter tildelingskriteriene "*Pris/kostnad*" som var vektet 40 %, og "*Kvalitet og oppdragsforståelse*" som var vektet 60 %.
- (5) Av kravspesifikasjonen som var vedlagt konkurransegrunnlaget som vedlegg 1, fremgikk det i punkt 2.1, om oppdragets del 2, at:

"Rådgiver skal gjennomføre bylivsundersøkelsen etter det programmet som er godkjent av styringsgruppen. Prosjektgruppen bistår Rådgiver med organisering og gjennomføring der dette er avtalt. Bl.a. kan det være aktuelt å samarbeide med relevante universiteter/høyskoler for gjennomføring av registreringsprosesser."

- (6) I henhold til vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget "*Prisskjema "Bylivsundersøkelse Oslo sentrum 2012-2013"*" skulle leverandørene tilby en fast pris for hver av de tre delene som anskaffelsen var delt opp i. Det fremgikk at "*Alle leverandørens kostnader i forbindelse med utførelsen av oppdraget skal være inkludert i tilbudte priser. Leverandøren er ansvarlig for at egen tidsbruk estimert for utførelsen av oppdragets innhold i henhold til konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig innenfor tilbudt fastpris. Timepris er kun relevant for det tilfellet at oppdragsgiver foretar bestilling av arbeid som går ut over beskrevet innhold. Fastpris teller 90 % under priskriteriet og timepris 10 %.*"
- (7) I prisskjemaet side to, fremgikk en tabell hvor oppdragsgiver skulle fylle inn opplysninger om "*Fagområde – personell*" og under denne kolonnen "*Ansvarlig konsulent*", "*Person 2*" til og med "*Person 5*" og "*Evt. andre*". I neste kolonne skulle "*Navn på aktuell saksbehandler (tilbudt bemanning)*" fremgå. Dernest skulle den enkelte medarbeiders prosentvise andel av oppdraget angis, og til slutt den enkelte medarbeiders timepris.
- (8) Innklagede mottok tilbud fra Gehl Architects, SLA, Plan Urban AS, Cowi, Analyse og strategi AS og Sweco. De to sistnevnte tilbudene ble avvist. Plan Urban AS (heretter klager), leverte sitt tilbud 15. november 2011. Av tilbudet fremgikk det at for "*Telling og registrering*" var "*Innleid personell, fortrinnsvis studenter*" tilbudt som bemanning. Dette var anslått til 35 % av oppdraget og det var angitt en timepris på 320 kroner eks. mva. Totalpris for oppdraget var angitt til 2 494 550 kroner inkl. mva.
- (9) Gehl Architects leverte sitt tilbud 9. desember 2011. Totalpris for oppdraget var angitt til 1 937 500 kroner inkl. 25 % mva. Det var i tillegg opplyst at leverandøren ikke var momspiktig i Norge og at uten mva. var "*Vores budge[t]i alt 1 550 000 NOK*". I innholdsfortegnelsen fremgikk det at side 4-5 inneholdt "*Signeret tilbudsbrief inklusiv forbehold*". Av det signerte tilbudsbriefet fremgikk følgende:

"Vores tilbud inneholder et forbehold ift. Prisskema (jf. bilag 3, vedlagt elektronisk) Eventuel aflønning af studerende ift. dataregistrering i gennemførelsen af

bylivsundersøgelsen er ikke indeholdt i budgettet. Dette er dog ikke en nødvendig udgift, da Gehl Architects ser en mulighed for at facilitere forelæsninger i et relevant fagkursus på Arkitektur- og designhøgskolen i Oslo (AHO), hvori registreringen kunne indgå som en del af undervisningen. Derved uddannes de studerende i relevante færdigheter og denne udgift kan elimineres fra budgettet. Skulle denne option gennemføres indeholder dette tilbud ingen andre forbehold og vi bekræfter vedlagte prisskema og aksept av oppdragsgivers vilkår for øvrig."

- (10) I henhold til anskaffelsesprotokollen ble tilbudet fra Gehl Architects, gitt høyest score og tilbyderne ble i brev fra innklagede av 9. februar 2012, informert om at innklagede ville inngå kontrakt med Gehl Architects (heretter valgte leverandør). Tilbudsprisen til valgte leverandør var i anskaffelsesprotokollen angitt til 1 550 000 kroner, eks. mva. Valgte leverandør innga den nest laveste prisen, og ble gitt høyest uttelling på tildelingskriteriet "Kvalitet og oppdragsforståelse".
- (11) I e-post av 10. februar 2012 ba klager om en ytterligere begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Innklagede besvarte dette i brev av 14. februar 2012.
- (12) Klager påklaget innklagedes innstilling ved e-post av 28. februar 2012. Klager viste blant annet til at klager ikke hadde fått tilgang til dokumentasjon som kunne forsvare de vurderinger som forelå for innstillingen. Videre oppfølging av saken fra klagers side, ville bli vurdert etter at klager mottok evalueringsmaterialet.
- (13) Innklagede besvarte klagen i brev av 1. mars 2012, og vedla evalueringsmaterialet. Det fremgikk blant annet av dette at innklagede i evaluering av pris, tok utgangspunkt i tilbudte priser eks. mva. For klager utgjorde dette 1 995 640 kroner, og for valgte leverandør utgjorde dette 1 550 000 kroner. For øvrig fastholdt innklagede beslutningen om å tildele kontrakten til valgte leverandør.
- (14) I brev av 21. mars 2012 fra klager til innklagede, antydte klagers advokat blant annet at valgte leverandørs tilbud inneholdt et forbehold som skulle medført avvisning fra konkurransen. Klager ba også innklagede om å bekrefte at klagers tilbud etter korrekt poenggivning i henhold til innklagedes brev av 1. mars 2012, var rangert som nummer to i konkurransen. Innklagede bekreftet dette i brev av 27. april 2012, og avslo samtidig at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist.
- (15) Klager inngikk kontrakt med valgte leverandør 14. mars 2012.
- (16) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) ved brev av 29. juni 2012.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. mai 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Valgte leverandørs tilbud må forstås slik at det er tatt forbehold om å øke tilbudsprisen dersom en avtale med Arkitekt- og designhøgskolen i Oslo (AHO), om at studenter kan brukes til registrering/datainnsamling, ikke kom på plass som forutsatt. Forbeholdet var ikke priset og det forelå tvil om hvordan tilbudet skulle

bedømmes i forhold til de øvrige tilbydere. Klagers pris på undersøkelser og metode kan ikke overføres direkte til valgte leverandørs tilbud som grunnlag for å prise valgte leverandørs forbehold, da det måtte legges til grunn at opplegg og metode varierte stort mellom leverandørene.

- (19) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteressen kan være oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (20) Klagers anførsler bestrides. Valgte leverandørs tilbud inneholdt ikke et forbehold. Formuleringen i valgte leverandørs tilbud var konformt med vilkårene og bestemmelser i konkurransegrunnlaget, og tilbudet omfattet oppdraget i sin helhet.
- (21) Subsidiært anføres at dersom det var et forbehold i tilbudet, var ikke dette av en slik art at det medførte noen relativ bedømmelsestvil for oppdragsgiver ved evalueringen av tilbudene. Det er foretatt en teoretisk øvelse som simulerer resultatet som kunne ha oppstått dersom innklagede skulle ha prissatt det klager mener er et forbehold. Innklagede har beregnet forbeholdet til 251 328 kroner på grunnlag av klagers oppgitte avlønning av studenter i sitt tilbud. Dette er en forsvarlig beregning og er også basert på et høyt anslått timeforbruk til registreringsarbeidet. Beløpet er lagt til valgte leverandørs tilbudssum. Valgte leverandørs tilbudssum utgjør da 1 801 328 kroner eks. mva., mot klagers tilbudssum som var 1 995 640 kroner eks. mva. Beregningene viser at påslaget ikke hadde betydning for den opprinnelige rangeringen av tilbudene.
- (22) Det bestrides at det foreligger grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av Bylivsundersøkelse for Oslo sentrum, med CPV-klassifisering angitt som 71 400000, hvilket er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 12. Anskaffelsens verdi var estimert til mellom 2 000 000 og 2 500 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. jf.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

- (24) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av at tilbudet inneholdt et forbehold mot prisskjemaet. Forbeholdet bestod i at tilbudsprisen ville økes dersom en avtale med AHO om å bruke studenter for datainnsamling/registrering ikke kom på plass som forutsatt.
- (25) Innklagede har bestridt klagers anførsel, og hevder valgte leverandørs formulering om samarbeid med AHO i tilbudet, utgjør et forslag til gjennomføring av oppdraget, og ikke en forutsetning for at oppdraget kunne gjennomføres innenfor den tilbudte prisen.
- (26) Klagenemnda er ikke uenig i at tilbudet kan forstås slik at valgte leverandør her foreslo en løsning for gjennomføring av oppdraget. Det er likevel klart ut fra tilbudet at den foreslåtte løsningen ikke var på plass. Valgte leverandørs tilbud var i beste fall uklart.

Den mulige priskonsekvensen av dette må derfor vurderes i henhold til forskriften § 20-13 bokstav f, enten formuleringen kategoriseres som en uklarhet eller forbehold.

- (27) Klagenemnda har i tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud "*kan medføre tvil*" om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/281 premiss (22). Dette er en konsekvens av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser, og av at tilbyderne har ansvaret for å utforme tilbudet korrekt. Når det gjelder vilkåret om bedømmelsestvil, "*i forhold til de øvrige tilbudene*", er det i klagenemndas praksis lagt til grunn at det kun foreligger en avvisningsplikt i de tilfeller der tvilen "*kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene*", jf. blant annet klagenemndas sak 2010/377 premiss (41) med videre henvisninger.
- (28) Valgte leverandør hadde ikke priset forbeholdet, og innklagede hadde heller ikke gjort dette i den opprinnelige tilbudsevalueringen. Innklagede har derimot i tilsvaret til nemnda, prissatt forbeholdet ved å anvende klagers tilbudte pris for avlønning av studenter. Etter at prisen for bruk av studentene ble lagt til valgte leverandørs tilbudssum, viste den nye evalueringen av tilbudet at en eventuell prissetting av det anførte forbeholdet ikke ville hatt betydning for rangeringen mellom tilbyderne. Valgte leverandørs tilbud ble fortsatt rangert som nummer en, og klager som nummer to. Innklagede har argumentert for at dette er en forsvarlig prissetting, ut i fra at klager hadde estimert denne posten høyt i forhold til anskaffelsens totale verdi. Klager har ikke bestridt selve rangeringen av klager og valgte leverandør, dersom innklagedes prissetting legges til grunn. Derimot har klager bestridt at innklagede ved prissettingen av forbeholdet har vist til klagers oppgitte avlønning av studenter, som bidrag til datainnsamling og registrering. Dette fordi det må legges til grunn at opplegg og metode varierte stort mellom leverandørene.
- (29) Slik nemnda forstår det, har innklagede ved prissettingen estimert den priskonsekvens forbeholdet vil få dersom det aktualiseres. Som grunnlag for prissettingen har innklagede vist til klagers pris for avlønning av studenter. Selv om innklagede har hevdet at klagers angitte timeantall var høyt, er det imidlertid en svakhet ved innklagedes prissetting at innklagede ikke, på et mer selvstendig grunnlag, har påvist hvilken priskonsekvens aktualiseringen av forbeholdet ville få for valgte leverandørs tilbud. På den andre siden har heller ikke klager påvist at aktualiseringen av forbeholdet ville endret rangeringen. Det nevnes her at valgte leverandør tilbød å utføre oppdraget for 1 550 000 kroner, og at prisforskjellen mellom klager og valgte leverandør utgjorde 445 640 kroner. Valgte leverandørs forbehold ble priset til 251 328 kroner. Videre ble valgte leverandør gitt høyest uttelling på tildelingskriteriet "*Kvalitet og oppdragsforståelse*".
- (30) Klagenemnda finner det på denne bakgrunn ikke sannsynliggjort at forbeholdet kunne ha betydning for tilbudets rangering. Det foreligger dermed ikke grunnlag for å avvise tilbudet etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Klagers anførsel har dermed ikke ført fram.
- (31) Siden klagenemnda har funnet at valgte leverandør ikke skulle vært avvist fra konkurransen på det anførte grunnlaget, er det ikke grunn til å gå nærmere inn på erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 20. mai 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl