



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. De generelle kravene i § 4. Ulovlig tildelingskriterium

Innklagede gjennomførte en konkurranse etter forskriften del I for inngåelse av en rammeavtale om konsulenttjenester for offentlige anskaffelser. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket fordi konkurransegrunnlaget ikke inneholdt informasjon om kompleksiteten og antatt volum på oppgavene som skulle inngå i en fastprisberegning. Klager anførte også at tildelingskriteriet «Pris» og prismodellen var ulovlig og åpnet for taktisk prising. Klagenemnda fant at konkurransegrunnlaget var utformet på en tilstrekkelig klar måte. Klagers anførsler førte dermed ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. februar 2020 i sak 2019/152

Klager: Tiger Consulting AS

Innklaget: Drammen kommune

Klagenemndas medlemmer: Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Drammen kommune (heretter *innklagede*) inviterte 21. august 2018 til konkurranse etter forskriften del I for inngåelse av en rammeavtale om konsulenttjenester for offentlige anskaffelser. Anskaffelsens estimerte verdi var 700 000 kroner. Rammeavtalen skulle ha en varighet på to år, med mulighet for forlengelse med 1 + 1 år. Tilbudsfristen var 13. september 2018.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 fremgikk det følgende om bakgrunnen for anskaffelsen:

«Drammen og Svelvik kommune, Drammen Parkering KF og Drammen Scener er oppdragsgivere for denne anskaffelsen. Fra 1.1.2020 slår Nedre Eiker, Svelvik og Drammen kommuner seg sammen til Nye Drammen.

På grunn av økt oppdragsmengde skal Innkjøpsavdelingen i Drammen kommune på vegne av oppdragsgiverne knytte til seg bistand for gjennomføring av anskaffelser etter lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Bistanden vil være behovsbasert, og er ment som et supplement til den eksisterende innkjøpskapasiteten hos oppdragsgiverne.»

- (3) På denne bakgrunnen var det angitt at målet med anskaffelsen var «å få ekstra ressurser å spille på dersom oppdragsmengden øker i forbindelse med kommunesammenslåingen».
- (4) Det var angitt følgende krav til gjennomføringen av oppdrag:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

«Arbeidet skal utføres etter god faglig standard iht. gjeldene lover og forskrifter.

Alle anskaffelser som gjennomføres må ta hensyn til oppdragsgivers til enhver tid gjeldende strategier, retningslinjer, policyer og vedtak. Oppdragsgiver er ansvarlig for å opplyse leverandøren om overnevnte informasjonsbehov.

Ved avrop skal leverandøren utarbeide en fremdriftsplan/tidsplan for anskaffelsesprosessen. Faggruppen skal gis mulighet til medvirkning i planprosessen. Fremdriftsplanen skal være tidseffektiv.

Responstiden for å sette i gang en anskaffelsesprosess skal være kortest mulig, men ikke lenger enn 10 virkedager.»

- (5) Tildelingskriteriene for kontrakten var «Kompetanse» (50 prosent) og «Pris» (50 prosent). Under tildelingskriteriet «Kompetanse» skulle leverandørene oppgi to innkjøpere/konsulenter som skulle *«lede og gjennomføre anskaffelsesprosessen for oppdragsgiver»*.
- (6) Om tildelingskriteriet «Pris» var det angitt at tilbyderne skulle oppgi priser på følgende punkter:
- *«fast pris for grunnpakken anskaffelser, som er beskrevet i kravene til tjenesten pkt. 3*
 - *pris pr stk for hvert tilbud som evalueres utover de fem evalueringene som er inkludert i grunnpakken*
 - *timepris for arbeid som ikke er spesifisert i fastprisen»*
- (7) Videre var det angitt at *«[a]lle kostnader knyttet til tjenesten (gebyrer, levering, reisekostnader, godtgjørelser og alle andre kostnadselementer) skal inkluderes i beregningen. Pris skal oppgis eksklusive mva.»*
- (8) Av prisskjemaet vedlagt konkurransegrunnlaget, fremgikk det at det skulle tilbys seks *«grunnpakker»* for anskaffelser som korresponderte til de ulike delene av forskriften om offentlige anskaffelser. I konkurransegrunnlaget punkt 3 fremgikk kravene til grunnpakken, som skulle gjelde for alle grunnpakkene:

«Det skal gis fast pris på en grunnpakke. Grunnpakken skal inkludere leverandørens kostnader for prosessen med å konkurransenutsette en vare/tjeneste. dvs. alt arbeid som er nødvendig å utføre fra og med oppstart av anskaffelsesprosessen frem til kontrakten kan benyttes.

Alle kostnader slik som gebyrer, levering, godtgjørelse, reisekostnader og eventuelt andre kostnadselementer skal være inkludert i prisen for grunnpakken.»

- (9) Deretter gitt følgende informasjon om hvilke elementer som inngikk i grunnpakken:
- *«utarbeidelse av fremdriftsplan/tidsplan for anskaffelsen*
 - *faggruppemøter - virtuelt via Skype eller lignende på inntil 6 timer, samt et fysisk møte på inntil 3 timer*

- *utarbeide komplette konkurransegrunnlag, inkl. nødvendige vedlegg*
- *kunngjøring*
- *svare på spørsmål fra tilbyderne*
- *åpning av tilbud, kvalifisering av leverandører, evaluering av inntil fem tilbud*
- *avvisning og tildeling*
- *innsyn og klagebehandling frem til midlertidig forføyning/KOFA*
- *utarbeide kontrakt*
- *administrasjon og dokumenthåndtering i forbindelse med utarbeiding av kontrakt og kontraktsignering*
- *utarbeide materiell til bruk ved informasjon om ny avtale*
- *utarbeide minikonkurransegrunnlag*
- *utarbeide arkivpakke slik at oppdragsgiver kan arkivere konkurransen på en enkel måte»*

- (10) Fastprisen for grunnpakkene skulle faktureres 1/3 ved oppstart, 1/3 ved kunngjøring og 1/3 ved avslutning. Det var angitt at arbeid som ikke var spesifisert i fastprisen for grunnpakkene skulle avtales på forhånd.
- (11) I forkant at tilbudsfristen, ble det stilt følgende spørsmål vedrørende prising av tilbudet, og innholdet av grunnpakken:

«Spørsmål 3

Anskaffelser varierer stort ift arbeidsbehov ut fra sin kompleksitet og verdi. Ift dette bes Drammen kommune gi representative eksempler på anskaffelser som vil gjennomføres under hver av de seks grunnpakkene for å sikre at tilbudene blir gitt basert på like forutsetninger.

Svar: Oppdragsgiverne arbeider innen et vidt spekter av fagområder. Anskaffelsene kan variere innenfor hvert fagområde både i kompleksitet og verdi. Det kan være både vare- og tjenestekontrakter. Den økte ressursen skal saksbehandle alle typer anskaffelser med unntak av entrepriser.

Spørsmål 4:

Det bes avklart og presisert i hvilken grad Drammen kommune selv vil forestå utarbeidelse av behovsbeskrivelser og kravspesifikasjoner samt vil delta i evaluering, da dette vil ha stor betydning for tilbudt pris for grunnpakke og evaluering av ekstra tilbud.

Svar: Oppdragsgiver stiller med faggruppe for anskaffelsene som bidrar til behovsbeskrivelsen og kravspesifikasjonen, samt en kontaktperson fra

Innkjøpsavdelingen. Innkjøpsavdelingen vil kun bidra med marginal praktisk bistand på et overordnet nivå.»

- (12) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Tiger Consulting AS (heretter *klager*).
- (13) Av brev datert 2. november 2018, fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Innkjøpskontoret AS (heretter *valgte leverandør*).
- (14) Valgte leverandør hadde oppnådd 10 poeng under tildelingskriteriet «*Kompetanse*». Valgte leverandør hadde også tilbudt lavest pris, som var 298 500 kroner. Klager oppnådde 8 poeng under tildelingskriteriet «*Kompetanse*». Klagers tilbudte totalpris var 622 000 kroner. Den tredje leverandøren hadde tilbudt en totalpris på 406 400 kroner.
- (15) Innklagede inngikk kontrakt med valgt leverandør 13. februar 2019.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 25. februar 2019.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. februar 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har brutt regelverket, ved at konkurransegrunnlaget ikke oppfyller kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4. Leverandørene har ikke fått et tilstrekkelig grunnlag for å levere tilbud. Konkurransegrunnlaget angir kun hvilken type bistand som skulle omfattes av fastprisen. Det fremgår imidlertid ingen informasjon om kompleksiteten og antatt volum på de ulike oppgavene. Informasjonen om hvilken type arbeid rammeavtalen omfatter, kan ikke alene være tilstrekkelig til å gi tilbyderne et forsvarlig grunnlag til å inngi tilbud. Dette er en feil som ikke kan repareres på annen måte enn ved avlysning.
- (19) Prismodellen og prisskjemaet som er lagt til grunn, er ikke egnet til å identifisere hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, ettersom prisevalueringen i overveiende grad var basert på at det skulle tilbys faste priser uten at behovet var tilstrekkelig spesifisert.
- (20) Innklagede har ikke undersøkt grunnlaget for de faste prisene i valgte leverandørs tilbud. Det foreligger dermed en reell risiko for at vinnende tilbyder har spekulert i prismodellens svakheter ved å tilby uforholdsmessig lave faste priser, for så å kompensere dette med utstrakt grad av tilleggstjenester. Priskriteriet er dermed ulovlig, og også av denne grunn skulle konkurransen vært avlyst.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Opplysningene om anskaffelsenens volum og kompleksitet som klager etterspør er umulig å fremskaffe. Dette er fordi anskaffelsen har sin bakgrunn i en ekstraordinær situasjon der tre kommuner skal slå seg sammen, og der omorganiseringer både generelt og i kommunens innkjøpsavdeling vil påvirke kommunens behov for bistand med innkjøp.

- (22) Prismodellen som er benyttet i konkurransen er fornuftig, forretningsmessig og klart i samsvar med regelverket om offentlige anskaffelser. Det er både lovlig og fornuftig av oppdragsgiver å overføre deler av risikoen for det ukjente omfanget til leverandørene. Utformingen av konkurransedokumentene – som kombinerer en fast pris og timespris – viser at man tenker forretningsmessig fornuftig i en situasjon der omfanget er usikkert. Dette er i samsvar med det grunnleggende formålet i regelverket om offentlige anskaffelser.
- (23) Det er ingen indikasjoner på at det foreligger taktisk prising i konkurransen. Tilbudet til valgte leverandør er tvert imot i samsvar med kommunens estimat.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om konsulenttjenester for offentlige anskaffelser som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 700 000 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, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (25) Klager har fremsatt flere innvendinger mot konkurransegrunnlaget. Klager fremholder at konkurransegrunnlaget ikke ga tilstrekkelig informasjon om anskaffelsens volum og kompleksitet til at tilbyderne hadde et forsvarlig grunnlag til å prise tilbudene, og at tildelingskriteriet «*Pris*» dermed var uegnet til å utpeke det beste tilbudet. Klager har på denne bakgrunn anført at konkurransen skulle vært avlyst.
- (26) Det følger av kravene til likebehandling og etterprøvbarehet i loven § 4 at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte. Dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget «*må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres*» og at det må inneholde «*tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud*», jf. klagenemndas sak 2017/140 med videre henvisning til EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction).
- (27) Når det gjelder usikkerhet knyttet til kontraktsvolumet, og dermed inntjeningspotensialet og prissettingen, er utgangspunktet at tilbyderne selv må innkalkulere risikoen ved prisfastsettelsen, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2016/155 premiss (27). Rammeavtaler er særpreget ved at antall og omfang av avropene under avtalen ofte ikke er kjent på forhånd, og leverandørene må prise deretter.
- (28) Det var angitt i konkurransegrunnlaget at konsulentoppdragene skulle være et supplement til kommunenes eksisterende innkjøpsavdeling. Det var i tillegg informert om at anskaffelsen hadde sin bakgrunn i kommunesammenslåingen, og et behov for ekstra ressurser i overgangen til Nye Drammen kommune. Innklagede har vist til at bakgrunnen for anskaffelsen var kommunens ønske om å være sikret tilgang på tilleggsressurser dersom det skulle vise seg at kommunesammenslåingen påfører innkjøpsavdelingen merarbeid. Dette gjorde at innklagede ikke visste på forhånd hvor mange anskaffelser man ville trenge bistand til, og heller ikke i detalj hvor kompleks disse vil være, eller nøyaktig hvor mye tid og arbeid som måtte påregnes.

- (29) Slik saken er opplyst for klagenemnda, har alle leverandørene fått lik informasjon ved prissettingen. Klager har heller ikke anført at leverandørene har vært forskjellsbehandlet i denne sammenhengen.
- (30) Selv om oppdragenes kompleksitet ikke var detaljert beskrevet, er klagenemnda av den oppfatning at det fremgikk tilstrekkelig klart hva prisene skulle ta høyde for. Det var angitt i konkurransegrunnlaget og prisskjemaet at tilbyderne skulle tilby en fastpris på seks grunnpakker, som korresponderte med de ulike delene av anskaffelsesforskriften. Grunnpakkene bestod av fastsatte punkter knyttet til hver fase av gjennomføringen av en anskaffelse, med en angivelse av antall møtetimer som måtte medregnes. Det skulle også angis en pris per tilbudsevaluering utover de fem som inngikk i grunnpakkene. I tillegg skulle det angis en timepris for arbeid som ikke inngikk som en del av grunnpakken. I spørsmål- og svarrunden ble det klargjort at oppdragene ville omfatte vare- og tjenestekontrakter, men ikke entrepriser. Videre var det informert om at anskaffelsens estimerte verdi var 700 000 kroner, og at rammeavtalen skulle ha en varighet på fire år.
- (31) Klager har anført at usikkerheten knyttet til kontraktsvolum, og muligheten for å fakturere timepris for tilleggsarbeid, åpnet for taktisk prising. Den klare hovedregelen i norsk rett er imidlertid at taktisk prising er lovlig, jf. Rt. 2003, s. 1531 premiss (36) og klagenemndas avgjørelse i sak 2013/140 premiss (31). I konkurransegrunnlaget var det for øvrig angitt at fakturering for tilleggsarbeid skal avtales på forhånd, og det var fastsatt bestemte punkter som skal inngå i grunnpakkene. Nemnda kan på denne bakgrunn ikke se at de foreligger en særlig risiko for taktisk prising i denne konkurransen. Klager har heller ikke begrunnet hvorfor en eventuell taktisk prising ikke skulle være tillatt i dette tilfellet.
- (32) Etter klagenemndas syn kan det ikke kreves at innklagede skulle ha spesifisert oppdragenes kompleksitet, innhold og omfang nærmere. Usikkerheten knyttet til oppdragenes omfang og kompleksitet, må nødvendigvis medføre en risiko når det kommer til prisingen av tilbudene. Denne risikoen har innklagede, slik nemnda leser konkurransegrunnlaget, bevisst plassert hos tilbyderne. Nemnda kan ikke se at denne risikoplasseringen påvirker innklagedes anledning til å sammenligne og differensiere mellom tilbudene, og heller ikke at den er i strid med regelverket.
- (33) Nemnda har etter dette kommet til at konkurransegrunnlaget etter forholdene var utformet på en tilstrekkelig klar måte, og inneholdt tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud.

Konklusjon:

Drammen kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen
Dokumentet er godkjent elektronisk