



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomfører en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av tjenester for innkreving av parkeringsavgift over mobiltelefon (såkalt "mobilparkering"). Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 11-11 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 9. mars 2009 i sak 2009/12 - 19

Klager: Teletopia AS

Innklaget: Oslo kommune v/Trafikketaten

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandørs tilbud. Avlysning av konkurransen.

Bakgrunn:

(1) Oslo kommune v/Trafikketaten (heretter kalt TET eller innklagede) kunngjorde 9. oktober 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av "Tjenester for innkreving av parkeringsavgift over mobiltelefon" (såkalt "mobilparkering"). Anskaffelsen var tidligere kunngjort som en konkurranse med forhandling, den 3. april 2008, men denne konkurransen ble avlyst den 29. juli 2008 som følge av klager på saksbehandlingen.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 4.2 fremgikk det følgende tildelingskriterier:

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
Pris, - prisen til sluttbruker.	80 – 90 %	Ferdig utfylt prisskjema
Teknisk løsning. Her vil oppdragsgiver vurdere: * Funksjonaliteten for sluttbruker. * Tilbudt kundeservice, inklusiv klagebehandling. * Den tekniske løsningens funksjonelle egenskaper.	0 – 10 %	* En beskrivelse av systemet i forhold til ønsket funksjonalitet (se kravspesifikasjonen). * Tilbyder skal dokumentere SMS-funksjonaliteten ved bilder av meldingene/kvitteringene som tilbys og eventuelt andre bilder/illustrasjoner som tilbyder finner hensiktsmessig. * En beskrivelse av tilbyders kundeservice og klagebehandling, jf

		kravspesifikasjonen punkt 1.10.
Levering (tid fra kontraktssignering til oppstart av tjenesten).	5 – 15 %	* Tilbyder skal redegjøre for fremdriftsplan fra kontraktssignering til systemet fungerer for sluttbruker (parkerer).

- (3) I kravspesifikasjonens punkt 1.1.1 fremgikk det følgende obligatoriske brukerkrav til tjenesten:

"1.1.1. Brukerkrav

- *Tilgang til kort telefonnummer (maks 5 sifre) for tilgang til tjenesten*
- *Sende SMS for å starte og stoppe parkering. Parkeringen (SMS-melding) må være knyttet opp mot:*
 - o Registreringsnummer på kjøretøy*
 - o Takstgrupper (soner)*
 - o Parkeringstid*
- *SMS-kvittering til parkerer*
- *SMS-melding for å melde forlengelse av parkeringen*
- *Beskrive løsning for å fjerne muligheten for å parkere (forlenge parkering) utover de tillatte 2 timer der det er 2 timers sone."*

- (4) Under kravspesifikasjonens punkt 1.6, benevnt "økonomi", fremgikk det blant annet følgende:

"1.6. Økonomi

Oppdragsgiver forutsetter at alle kostnader forbundet med mobilparkering - både for parkerer, tjenesteleverandøren og oppdragsgiver tydeliggjøres i tilbudet (se prisskjema nedenfor).

For drift av systemet vil oppdragsgiver betale leverandøren 2,5 % av innbetalt parkeringsavgift.

[...]

For oppdragsiver er det viktig at det er lagt til rette for en brukervennlig løsning og at den har en slik økonomisk karakter at store deler av markedet er villig til å bruke tjenesten.

[...]

I tilbudet skal det oppgis et kostnadsbilde for tjenesten med utgangspunkt i en bilist som parkerer 2 timer i rød sone. Rød sone koster 25 kroner for 1. time og 41 kroner for 2. time, totalt 66 kroner. Dette må leverandøren svare på med alle priser inkl. moms

Prisskjema:

Alle hvite felter skal fylles ut.

Parkeringsavgift	Tillegg for bilist		Sum avgift		Andel til mobilselskap		Andel til leverandør		Andel til oppdragsgiver	
	Kr	%	Kr	%	Kr	%	Kr	%	Kr	%
1. time = 25 kr										
2. timer = 41 kr										
Totalt = 66 kr										
Eksempel										
66 kr	12	18,2	78	100	8	10,2	5	6,5	65	83,3

- (5) Forut for tilbudsfristens utløp mottok innklagede en rekke spørsmål fra interesserte leverandører. Disse spørsmålene med tilhørende svar fra oppdragsgiver er innarbeidet i et eget dokument kalt "spørsmål og svar". Fra dokumentet hitsettes følgende:

"2. Under "Tildelingskriterier" står det at pris til sluttbruker (Parkerer) er vektet 85 %. Forutsettes det da at andel til oppdragsgiver er tilnærmet lik dagens parkeringsavgift, slik som i prisskjemaeksempelet? Her er normal parkeringsavgift kr 66 og andel til oppdragsgiver kr 65. Hvis ikke, vil 85 % vektingen være en kombinasjon av "Sum avgift" og "Andel til oppdragsgiver" som vektlegges omtrent likt?

[..]

5. Kan Trafikketaten si noe om forventet omsetning:

- Totalomsetning parkering for aktuelle parkometer/betalingsterminaler pr. år*
- Omsetning kort*
- Omsetning kontanter*
- Estimert omsetning mobil? Finnes det noen erfaringstall fra andre mobile løsninger?*

[...]

Sp. 2: Med pris til sluttbruker menes den totale pris sluttbruker må betale for å benytte mobiltelefonen for å betale parkeringsavgiften.

[..]

Sp. 5: Tilsvarende løsning er ikke prøvet i Norge tidligere. Vi har ingen formening om hvor stor interessen for å betale parkeringsavgift med mobiltelefon vil bli. Derfor ønsker vi å evaluere ordningen etter 6 mnd. for å se interessen for ordningen for enten fortsette eller avslutte.

1) I kravspesifikasjonen skriver TET at det er et brukerkrav at kunden skal kunne sende SMS for å starte og stoppe en parkering. Mener TET at kundene kun skal betale for faktisk tid kunden har parkert?

[...]

Sp. 1. Det er et krav at kunden skal kunne velge å betale for faktisk parkeringstid.

[..]

Spørsmål 1:

Ref. punkt 1.1.1 i kravspesifikasjonen. Tilgang til kort telefonnummer (maks 5 siffer) for tilgang til tjenesten. Kreves det et eget dedikert kortnummer eller er kodeord på delt kortnummer akseptabelt?

Svar 1:

Det kreves et eget kortnummer.

[...]

Spørsmål 3:

Skal leverandør skaffe til veie kortnummer og betale etableringskostnader til mobiloperatørene eller har Trafikketaten allerede et kortnummer som er tiltenkt dette formålet slik at nevnte etableringskostnader ikke pålegges leverandøren?

[...]

Svar 3:

a. Leverandøren må skaffe til veie kortnummer. ”

- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra 8 leverandører. Av disse ble 6 leverandører kvalifisert til å få sitt tilbud vurdert, deriblant Teletopia AS (heretter kalt klager) og EasyPark AS.
- (7) I klagers tilbud punkt 4.1.1.1 fremgikk det følgende om leverandørens oppfyllelse av konkurransegrunnlagets krav til kortnummer:

”4.1.1.1 Tilgang til kortnummer

Det anbefales at kortnummer 2300, som allerede benyttes av Oslo kommune for betaling av piggdekkavgift, også tas i bruk for mobilparkering. Fordelen med dette er at kortnummer 2300 allerede er godt innarbeidet og kjent for bilister i og omkring Oslo kommune.

Teletopia har imidlertid også etablert andre firesifrede kortnummer som er ledige og eksklusivt kan brukes for parkering hvis det skulle være ønskelig for oppdragsgiver å benytte et annet kortnummer enn 2300.”

- (8) I tilbudet fra EasyPark AS (tilbudsbrevet punkt 2.1 og tilbudsbesvarelsen punkt 1.5 og 6.3.5) fremgikk det følgende om oppfyllelse av kravet til kortnummer:

”Easypark tilbyr et alternativt betalingssett for parkering, der kunden betaler ved å sende en SMS (eller ringe) et riksdekkende telefonnr: tlf 2410 (03456).”

- (9) Videre fremgikk det følgende om kortnummeret i tilbudsbesvarelsen punkt 4.1.1:

”Easyparks SMS tjeneste (CPA) inneholder et telefonnummer som benyttes eksklusivt til dette formålet (tlf 2410). Dette telefonnummeret vil ikke bli benyttet av andre tjenester hos Teleoperatøren. Årsaken er at Easypark ikke ønsker å komme i en situasjon der enkelte mobilselskaper sperrer tilgangen til nummeret på grunn av useriøse aktørers innhold på nummeret. Dette skaper en forutsigbarhet for TET.”

- (10) I samme punkt var det også angitt følgende om tilbyderens parkeringsløsning: *"kunde/bruker kan velge mellom 2 typer parkering: 4.1.2.1 Åpen parkering: Parkering er startet, men ingen utløpstid er angitt. 4.1.2.2 Tidsbegrenset parkering: Parkering er startet og utløpstid er satt."* I punkt 4.2 var det angitt at bruker ville motta SMS kvittering i følgende tilfeller: *"Når parkering er startet, 15 minutter før parkering utløper (påminnelse) og når parkering er utløpt."* I punkt 4.3 fremgikk det at bruker kunne forlenge parkering *"ved å returnere påminnelses SMS til 2410."* I tilbudsbevarelsens punkt 6 fremgikk det at dersom bruker valgte å sende stopp melding når parkeringen ble avsluttet, så ville brukeren motta en kvitterings SMS for dette, og *"prisen for parkering regnes i dette tilfellet ut i ettertid"*.
- (11) I tilbudsbesvarelsens punkt 10, *"økonomi"*, fremgikk det så følgende:
- "I vårt tilbud er alle kostnader forbundet med mobilparkering – både for parkerer, tjenesteleverandøren og oppdragsgiver tydeliggjort."*
- (12) Videre fremgikk det i samme punkt at EasyPark AS' sluttpris til brukerne i eksempelet tilbyderne skulle prise var på kr 75,24. EasyPark AS anga også totalprisen for sluttbrukerne i eksempelet til en fast prosentsats på [...] %. Denne prosentsatsen var også oppgitt som *"Brukerens tilleggspris (utover offentlig parkeringstakst)"*, i *"Fullstendig utfylt prisskjema i henhold til vedlegg 3"*, jf tilbudsbrevets side 108. Videre fremgikk det også av punkt 10 at *"Vi gjør oppmerksom på at det i dette regnestykket ligger en påminnelses SMS samt tap på fordringer (oppgitt fra Telcom operatørene)"*. Punkt 10 inneholdt også en tabell som viste at *"Mark-Up for SMS"* var på [...] % / kr [...] for parkering i 1 time og kr [...] for parkering i 2 timer. Videre var det også synliggjort at følgende SMS meldinger var inkludert i totalprisen til sluttbruker: *"Confirmation SMS"*, *"Reminder SMS 1h 45 min"* og *"Tap på fordringer"*, ved at enhetsprisen på disse var medtatt under oversikten over *"EasyParks Revenue"* og *"Valable Cost"*.
- (13) Videre fremgår det av EasyParks AS' tilbudsbesvarelse side 100 flg at det er Carrot Communication AS som vil være EasyPark AS' underleverandør til enkelte av de teletekniske elementene anskaffelsen omfatter, herunder leveranse av *"SMS portalnummer, 4-sifret med tilknytning til CPA avtale mot alle mobilnettoperatørene i Norge"* og *"SMS Gateway"*. Videre fremgår det at *"Carrot nyoppretter og drifter et 4-sifret SMS portalnummer mot alle mobilnettoperatørene i Norge. Innen rammene av CPA-retningslinjene og Forbrukerrådets føringer, får EasyPark den fulle råderett over nummeret når det gjelder bruk av kodeord og tjenester på portalnummeret (i avtaleperioden)"*. Etableringsprisen for et firesifret telefonnummer var på kr [...], mens den månedlige driftskostnaden for tjenesten var på kr [...].
- (14) Klagers totalpris til sluttbrukerne i eksempelet tilbyderne skulle prise var på kr 77.
- (15) I brev av 11. desember 2008 ble tilbyderne meddelt at EasyPark AS (heretter kalt valgte leverandør) var tildelt kontrakten. Det fremgår videre av brevet at klager og valgte leverandør var blitt bedømt likt på tildelingskriteriene tilknyttet leveringstid og teknisk løsning, hvor begge tilbyderne var gitt full score på 10 poeng. På priskriteriet var EasyPark AS gitt 9,97 poeng, mens klager var gitt 9,73 poeng. Etter vekting ga dette EasyPark AS 9,97 poeng og klager 9,77 poeng.

- (16) I brev av 5. januar 2009 påklaget klager tildelingsbeslutningen. Klagen ble avslått i innklagedes brev av 19. januar 2009. I brev av 20. januar 2009 fremsatte klager en revidert klage. Denne ble besvart av innklagede i e-post av 21. januar 2009, hvor innklagede meddelte at kontrakt ville bli inngått på formiddagen den 23. januar 2009. Klager fremsatte samme dag (den 21. januar 2009) en begjæring om midlertidig forføyning for Oslo byfogdembete. Begjæringen ble tatt til følge i kjennelse av 22. januar 2009. Fra kjennelsens slutning hitsettes følgende:

"1. Oslo kommune, Trafikketaten, plikter å stanse inngåelse av kontrakt for mobilbetaling inntil Klagenemnda for offentlige anskaffelser har behandlet klage og Teletopia har fått fem – 5 – virkedager etter mottakelse av resultatet av klagen til å vurdere videre rettslige skritt.

2. Forbudet i post 1 skal ikke ha varighet ut over 15. mars 2009."

- (17) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 23. januar 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud etter forskriftens § 11- 11 (1) bokstav e

- (18) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist idet manglende tilbud på et eget kortnummer utgjør et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, jf forskriftens § 11-11 (1) bokstav e. Kortnummeret valgte leverandør tilbød er riksdekkende og benyttes også for andre parkeringsselskap. Det vil si at dette ikke er særskilt dedikert til Oslo kommune, slik dokumentet *"spørsmål og svar"* av 27. oktober 2008 krevde, jf formuleringen: *"Det kreves et eget kortnummer"*. Å tilby et eget dedikert kortnummer innebærer økte kostnader. Hvis det aksepteres at valgte leverandør ikke trengte å tilby et eget kortnummer, vil dette innebære en konkurranseulempe for klager.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud etter forskriftens § 11- 11 (1) bokstav f

- (19) Valgte leverandørs tilbud skulle også vært avvist etter forskriftens §§ 11-11 (1) bokstav f, idet tilbudet gir grunnlag for relativ bedømmelsestil mht om tilbudet oppga den totale pris for sluttbruker. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at tilbyder skal oppgi den totale sluttprisen for parkerer. Valgte leverandørs tilbudspris inkluderte imidlertid kun *"en påminnelse SMS samt tap på fordringer."* Det er dermed uklart om tilbudsprisen også inkluderer eventuelle øvrige SMS meldinger som kan være nødvendige for å starte, stoppe og forlenge parkeringen. Den oppgitte sluttprisen skulle være uavhengig av parkeringens lengde og bruk av de i konkurransegrunnlagets angitt obligatoriske tjenestefunksjoner. Etter klagers oppfatning krevde konkurransegrunnlaget at man tilbødte en fastpris, slik klager også gjorde. Klager kan ikke se at valgte leverandør har gjort dette, og det er dermed uklart hvilke tillegg som kommer utover den tilbødte basisprisen på kr 75,30. Det fremgår av CPA-avtalen (avtalen med Telenor) at minsteprisen for en melding som skal belastes brukeren er kr 1. Siden valgte leverandør heller ikke har redegjort for hvordan man kan fakturere med desimaler, må det i tillegg legges til grunn at leverandørens basispris var kr 76, og ikke kr 75,30 som angitt i tilbudet. Den oppgitte basisprisen innebærer videre at valgte leverandør taper minimum kr 1,225 pr parkeringstilfelle i henhold til eksempelet tilbyderne skulle prise (dette

inkluderer 2 utakserte kvitteringsmeldinger à kr 0,35/stk, jf CPA avtalens punkt 16, + netto tap som følge av at det utbetales et større beløp enn det som innkreves, kr 0,35). Ytterligere forlengelsesmeldinger som ikke skal belastes særskilt øker dette tapet med kr 0,35/melding. Tap på fordringer samt interne kostnader i selskapet forbundet med kundeservice, systemdrift, faste avgifter mv kommer i tillegg. Når leverandøren går med tap ift priseksempellet, har det formodningen for seg at dette tapet dekkes inn andre steder i tilbudet, eksempelvis gjennom tilleggsbelastninger som følge av at parkeringen stoppes eller forlenges, og/eller at det ligger andre påslagsprosenter til grunn for parkeringer som er kortere eller lengre enn akkurat 2 timer i rød sone. Dersom det ikke fremgår av valgte leverandørs tilbud at det ikke påløper andre kostnader for parkerer, slik at totalprisen reelt sett blir høyere, er det ikke mulig å sammenligne tilbudet med de øvrige tilbudene, og det skulle dermed vært avvist etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav f.

Avlysning som følge av at evalueringsmodellen ikke var egnet

- (20) Subsidiært, dersom det ikke foreligger relativ bedømmelsestil, må konkurransen avlyses, idet den evalueringsmodell som er brukt for å vurdere tilbudenes priser ikke er i stand til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette fordi det eksempelet som er valgt som grunnlag for tilbyderens priser ikke er representativt ift den faktiske parkering, jf innklagedes egen parkeringsrapport for rød og gul sone av 2006. Av rapportens side 6 og 7 fremgår det at det kun er 24 % av parkeringene i rød sone som foretas i 1,5 til 2 timer. De resterende parkeringer er kortere. Videre fremgår det av rapportens side 1 at det totalt er 5 500 avgiftsbelagte parkeringsplasser, hvorav kun 2400 av disse er i rød sone. De resterende 3100 (flertallet) er altså i gul sone. Ut fra innklagedes egen forståelse av konkurransegrunnlaget, som kun ber om pris for en bestemt type parkering, foreligger det en stor mulighet for taktisk prising ved at tilbyderen kan prise annen type parkering vesentlig høyere. Dersom konkurransegrunnlaget ikke må forstås slik at det må oppgis en pris per parkering som er uavhengig av lengde, start/stopp, påminnelser og forlengelser, er den benyttede prismodell ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og konkurransen må da avlyses.

Avlysning som følge av manglende opplysninger

- (21) Atter subsidiært, dersom tilbudet til valgte leverandør ikke blir avvist eller konkurransen avlyst som følge av uklart konkurransegrunnlag, må konkurransen i alle fall avlyses på det grunnlag at innklagede ikke har utjevnet den kunnskapsforskjell som forelår mellom tilbyderne mht parkeringsmønsteret på parkeringsplassene til innklagede, jf regelverkets krav til likebehandling og klagenemndas tidligere saker 2003/230, 2004/46, 2006/77, 2007/104, 2008/53, 2008/79 og 2008/135. Som eksisterende leverandør av annen mobilparkering til innklagede hadde valgte leverandør kunnskap av betydning som de øvrige tilbyderne ikke hadde. Et eksempel av betydning her er i hvilken grad mobilbrukerne forlenger sine parkeringer. Dette er noe valgte leverandør som eksisterende leverandør kan ha kunnskap om, og som dermed også har gitt selskapet større adgang til taktisk prising. Et annet forhold er hvordan parkeringen fordeler seg mellom ulike soner og tidsrom. For øvrig nevnes at kontrakten om mobilparkering for Oslo kommune er viktig ut over sin egen isolerte økonomiske verdi. Kontrakten er for det første en signalkontrakt både i Norge og Skandinavia. For det annet er kontrakten på grunn av det relative omfanget av parkering i Oslo i forhold til annen parkering i Norge svært viktig. Den leverandøren som får kontrakten, vil få stordriftsfordeler som gir leverandøren et sterkt konkurransefortrinn om alle kommende tilsvarende kontrakter.

For det tredje vil private brukere i Stor-Oslo av betalingsløsninger for parkering også være opptatt av å inngå avtale med en leverandør som tilbyr dekning i Oslo. Leverandøren i Oslo vil dermed også få et konkurransefortrinn fremfor andre.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud etter forskriftens § 11- 11 (1) bokstav e

- (22) Svaret fra Trafikketaten lest i sammenheng med spørsmålet og konkurransegrunnlaget innebærer at det ikke aksepteres at det skal brukes et telefonnummer som deles med andre tjenester enn parkering, jf bruk av kodeord som atskiller parkeringen fra andre ytelser knyttet til samme nummer. Det er en misforståelse når klager oppfatter svaret slik at det kreves et telefonnummer som er eksklusivt for Oslo. Noe slikt krav fremgår verken av konkurransegrunnlaget eller av svaret i spørsmålsrunden. Trafikketaten har vært opptatt av at det benyttes et eget kortnummer for parkeringstjenester. Bakgrunnen for dette er dels at slik delt bruk er tungvint for kunden, og dels at det ikke skal kunne oppstå misforståelser og sammenblanding med øvrige betalingstjenester over sms som stemmegivning på Idol eller lignende, bestilling av ringetoner, kjøp fra automater, deltakelse på interaktiv chat på tv, osv. Det at man ikke ønsker å dele telefonnummer med andre tjenester innebærer imidlertid ikke at det er nødvendig med et telefonnummer eksklusivt reservert for bruk til sms-betaling på Oslo kommunes avgiftsplasser. Hver automat for betaling av parkeringsavgift i Oslo kommune har et eget takstgruppenummer. Nummeret angir geografisk plassering og tariff. Takstgruppenummeret er særskilt dedikert for den enkelte automat og benyttes bare av Oslo kommune. Som det fremgår av kravspesifikasjonens pkt. 1.1.1 krav 2 skal løsningen baseres på at SMS-meldingen fra den som parkerer oppgir dette takstgruppenummeret samt bilens registreringsnummer. Parkeringen er da plassert geografisk, og det er derfor ikke behov for at det skal opprettes et eget kortnummer for Oslo kommune. Hvordan tilbyderne legger opp løsningen på dette området er altså ikke avgjørende for Oslo kommune, forutsatt at bruken av kortnummeret ikke er egnet til å skape misforståelser eller at avgiftsparkeringsbetalingen blandes sammen med tjenester som Oslo kommune ikke ønsker å bli forvekslet med. Tilbudet fra EasyPark er basert på bruk av kortnummer som kun benyttes til parkeringstjenester, og som ikke deles med andre tjenester ved hjelp av kodeord eller lignende. Tilbudet ligger da innenfor kravspesifikasjonen, selv om samme nummer kan benyttes ved parkering andre steder enn i Oslo. Noe grunnlag for å avvise EasyPark på denne bakgrunn foreligger derfor ikke.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud etter forskriftens § 11- 11 (1) bokstav f

- (23) Valgte leverandør oppfylte de dokumentasjonskrav som var satt til pris i konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen. Det etterspurte eksempelet var priset, og det var angitt en generell sluttpris til bruker i en fast prosentsats av parkeringsavgiften, [...] %. Prisen i eksempelet vil være representativ for de alt overveiende antall parkeringssituasjoner. Dette gjorde derfor tilbudet sammenlignbart med de øvrige tilbudene (også for parkeringssituasjoner som ikke fremgikk av prisskjemaet) og det forelå da heller ikke noe grunnlag for å avvise leverandørens tilbud etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav f.
- (24) For øvrig kan tilføyes at EasyPark i sitt tilbud har lagt opp til en løsning hvor start-sms en fra bilisten innebærer at avgiftsparkeringen løper i en time, med mindre det sendes en stopp-sms før denne tiden er gått ut. Hvis parkeringen ikke er stanset av bilisten, vil han

eller hun motta en påminnelse-sms 15 minutter før den første timen er utløpt. Bilfører kan da velge å forlenge avgiftsparkeringen for ytterligere en time ved å sende en sms, eller flytte kjøretøyet innen den timen det er betalt for. Dersom bilfører forlenger avgiftsparkeringen vil parkeringen forlenges i en time. Også ved en eventuell forlengelse vil bilfører når som helst kunne stoppe avgiftsparkeringen ved å sende en stopp-sms når parkeringen avsluttes. Slik løsningen fra EasyPark er lagt opp, er det altså ikke behov for flere oppfølgingsmeldinger under avgiftsparkeringen enn 1 påminnelse og evt kvittering for bestilt forlengelse. Disse meldingene er inkludert i prisen som er oppgitt i tilbudet fra EasyPark. Klagers anførsler om at den pris som er oppgitt i EasyParks tilbud ikke er dekkende for en del situasjoner som fremheves i klagen, er dermed ikke holdbar.

Avlysning som følge av at evalueringsmodellen ikke var egnet

- (25) Innklagede bestrider at prisskjemaet ikke er egnet til å identifisere det beste tilbudet og at konkurransen på dette grunnlag må avlyses. Dokumentasjonskravene til pris er satt opp slik at det vil tydeliggjøre maksimalkostnad for sluttbruker samtidig som det gir et enkelt og godt sammenligningsgrunnlag mellom tilbudene. Selv om prisskjemaet er basert på en bilist som parkerer i 2 timer i rød sone, gir det i tillegg også informasjon om kostnad for sluttbruker for 1. time og for 2. time. I Oslo har rød sone den dyreste parkeringsavgiften, samtidig som de alt overveiende antall plasser har en maksimal parkeringstid på 2 timer. Den pris som oppgis for denne parkeringssituasjonen vil da for alle praktiske formål utgjøre en maksimalpris for avgiftsparkering. Det er videre forutsatt i konkurransegrunnlag og kravspesifikasjon at alle kostnader for sluttbruker er tatt med i prisen. Dette innebærer at det er forutsatt at prisen som oppgis inkluderer startmelding, kvitteringsmelding, eventuelt forlengelsesmelding og stoppmelding. Teoretisk kan det tenkes et stort antall parkeringssituasjoner med en annen pris enn det som fremgår av dokumentasjonskravene. Det er imidlertid ikke praktisk anledning til å ta med alle mer eller mindre sannsynlige parkeringssituasjoner som kan foreligge. Så lenge prisdokumentasjonen er uttrykk for et forsvarlig parkeringsmønster basert på statistikk og empiri må valg av prisdokumentasjon høre under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Som det fremgår av kravspesifikasjonen punkt 1.1.1 kulepunkt 2 er det av Trafikketaten lagt opp til en løsning hvor man sender én startmelding ved oppstart av avgiftsparkering og én stoppmelding når avgiftsparkeringen avsluttes. Trafikketaten har imidlertid også akseptert løsninger som baseres på forhåndsbestilling av tid. Hvordan løsningen er lagt opp vil imidlertid påvirke hvor nøyaktig pris i henhold til dokumentasjonskravene vil være. For løsninger som er basert på start- og stoppmelding fra bilfører (slik som løsningen til EasyPark), vil behovet for flere meldinger enn det som følger av kravspesifikasjonen ikke være tilstede. Den pris som er oppgitt basert på en slik løsning vil følgelig gi et nøyaktig kostnadsbilde for sluttbruker. Ved de tilbud som er basert på forhåndsbestilling av tid (jf klagers tilbud), vil det derimot kunne være behov for et større antall meldinger. Det kan da knytte seg usikkerhet til om totalprisen i skjemaet inkluderer dette. Klager har som nevnt foran kompensert for en slik usikkerhet ved å sette et "tak" for slike kostnader, slik at dette ikke influerer på totalkostnaden for sluttbruker ved 2 timers parkering. Det er kun for de få avgiftsplasser hvor det er adgang til parkeringstid ut over 2 timer at prisskjemaet ikke gir et presist kostnadsbilde for sluttbruker. For å holde vurderingskriteriene klare og uomtvistelige og på bakgrunn av at antall avgiftsparkeringsplasser med lengre maksimaltid enn 2 timer utgjør et så vidt lite antall av totalen, har Trafikketaten valgt å ikke ta med disse plassene i dokumentasjonskrav for pris.

- (26) Innklagede har vanskelig for å forstå at den avgjørelse fra KOFA som klager viser til (sak 2003/50 jf 2003/279 hvor samme formulering er gjentatt), gir noen støtte for klagers oppfatning. Den sentrale uttalelsen i denne sammenheng er som følger:

"Oppdragsgivers utvelgelse av produkter i matrisen for beregning av tilbudsprisene skal være saklig og forsvarlig. Det avgjørende vil være om det kan forventes at de utvalgte produktene vil gi et representativt bilde på de forventede kostnadene til innkjøpene."

- (27) Poenget her må være at oppdragsgiver ikke trenger å ta med alle varianter i sitt prisskjema, så lenge de utvalgte kriteriene gir et representativt bilde. Det er nettopp det Trafikketaten har gjort ved de opplysninger det er bedt om, jf det som foran er sagt om antall plasser med to timers tidsbegrensning, soneinndeling m.v.
- (28) På bakgrunn av dette er det innklagedes oppfatning at prisskjemaet sett i sammenheng med løsningen som er skissert i kravspesifikasjonen gir en tilstrekkelig presis angivelse av pris til sluttbruker.

Avlysning som følge av manglende opplysninger

- (29) Den eksisterende avtalen innklagede har med EasyPark skiller seg vesentlig fra den avtalen aktuelle konkurranse gjelder. Aktuelle konkurranse gjelder et allment tilbud til alle som har et mobiltelefonabonnement med betalingen over telefonregningen. Eksisterende avtale forutsetter derimot en forhåndsavtale med etterfølgende fakturering. Videre er avtalen en abonnementsløsning basert på en månedlig medlemspris og en pris utover avgiftsparkeringsprisen ved den enkelte parkering. Betaling av avgift foregår via kredittkort eller faktura i ettertid. Abonnementsavtalen benyttes også nesten utelukkende av næringsdrivende med tjenestebiler. Eksisterende avtale er altså annerledes utformet, betalingen skjer på en annen måte, og kundegrunnlaget og kundenes parkeringsmønster er et annet. Det er vanskelig å se for seg at dette gir noen informasjon som EasyPark kan tenkes å ha hatt noen glede av i sammenheng med denne konkurransen.
- (30) For det annet utfører Trafikketaten beleggsundersøkelser med jevne mellomrom. Den sist publiserte er fra 2007, og er offentlig tilgjengelig på Trafikketatens hjemmesider. Undersøkelsen viser blant annet parkeringsbelegget innenfor gul og rød sone, parkeringenes lengde, betalingsvillighet osv. Det må være tilbyders eget ansvar å innhente offentlig tilgjengelig informasjon som de mener har betydning for prising av tilbud i konkurransen. Klager har da også funnet fram til dette materialet, jf at den fulgte som vedlegg til Teletopias henvendelse til Trafikketaten av 20. januar 2009. Beleggsundersøkelsen er det beste informasjonsgrunnlaget som finnes om bilisters parkeringsmønster på Oslo kommunes avgiftsplasser. Informasjon som EasyPark eventuelt måtte kunne utlede av den eksisterende avtalen med Trafikketaten vil ikke gå utover det som fremgår av Beleggsundersøkelsen 2007.
- (31) Innklagede er enig i at leverandører skal stille mest mulig likt, og at eksisterende leverandører kan tenkes å ha fordeler som det påhviler oppdragsgiver å utjevne, jf avgjørelse 2003/230 som klager har vist til. I dette tilfelle er det imidlertid ikke snakk om samme type leveranse, idet konkurransen gjelder et annet parkeringstilbud enn eksisterende avtaler. Det er også slik at oppdragsgiver har sørget for at de mest relevante opplysninger for leverandørene er allment tilgjengelige. Det bestrides derfor også at konkurransen skulle vært avlyst på dette grunnlag.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav e

- (33) Av forskriftens § 11-11 (1) bokstav e følger det at et tilbud skal avvises når det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (34) Klager har anført at valgte leverandørs unnlatelse av å tilby et eget telefonnummer til oppdragsgivers eksklusive bruk tilknyttet det formål aktuelle anskaffelse gjelder, utgjør et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen, og at valgte leverandørs tilbud på dette grunnlag skulle vært avvist etter forskriftens § 11-11 (1) bokstav e.
- (35) Det første spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er derfor om kravspesifikasjonen kan anses for å oppstille et slikt absolutt krav om et eksklusivt telefonnummer, kun til bruk for oppdragsgiver, og kun til bruk for det formål aktuelle anskaffelse gjelder.
- (36) I konkurransegrunnlagets punkt 1.1.1. "obligatoriske brukerkrav til tjenesten" fremgår det at det kreves "tilgang til kort telefonnummer (maks 5 sifre) for tilgang til tjenesten". Av dette kan det således ikke utledes noe krav til eksklusivitet. I dokumentet "spørsmål og svar", fremgår det imidlertid at en av tilbyderne stilte følgende spørsmål til oppdragsgiver: "Kreves det et eget dedikert kortnummer eller er kodeord på delt kortnummer akseptabelt?" Til dette svarte innklagede: "Det kreves et eget kortnummer." Dette må anses som en akseptabel endring etter forskriftens § 8-2 (1), og klagenemnda kan etter endringen ikke forstå konkurransegrunnlaget på annen måte enn at det nå ble stilt et absolutt minstekrav til tilbyderne om at det skulle tilbys et eksklusivt telefonnummer, kun til bruk for oppdragsgiver, og kun til bruk for det formål aktuelle anskaffelse omfatter. Dersom oppdragsgiver ikke ønsket å oppstille et slikt absolutt krav, burde oppdragsgivers svar til tilbyderne vært formulert på en helt annen måte.
- (37) Det neste spørsmålet blir da om valgte leverandørs tilbud kan anses for å inneholde et avvik fra kravet om eksklusivt telefonnummer.
- (38) Av valgte leverandørs tilbud (tilbudsbrevets punkt 2.1 og tilbudsbesvarelsens punkt 1.5 og 6.3.5) fremgår det at leverandøren tilbød et "riksdekkende" telefonnummer. Selv om dette utelukkende skulle kunne benyttes til parkeringstjenester, var nummeret ikke forbeholdt parkererer som benytter oppdragsgivers parkeringsplasser. Telefonnummeret skulle således kunne benyttes av alle de parkererer som benytter en parkeringsplass som valgte leverandør har ansvar for. Valgte leverandørs tilbud inneholder derfor et avvik fra kravspesifikasjonens krav om et eksklusivt telefonnummer.
- (39) Det siste spørsmålet blir da om dette avviket må anses "vesentlig". I klagenemndas sak 2008/58 ble det uttalt følgende om vurderingen av hvorvidt et avvik fra kravspesifikasjonen må anses vesentlig:

"Ved vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt."

- (40) I dette tilfellet er det tale om et avvik fra et "obligatorisk" krav til tilbudene. Videre kan det, slik saken er opplyst for klagenemnda, ikke utelukkes at unnlatelsen av å tilby et eget telefonnummer, kan ha påvirket den pris valgte leverandør hadde anledning til å gi til innklagede. Av valgte leverandørs avtale med Carrot Communication AS fremgår det at EasyPark AS betaler en etableringsavgift på kr [...] og en fast månedspris på kr [...] for kortnummeret. Dette er utgifter som leverandøren må dekke inn igjen gjennom sin fortjeneste på de parkeringsoppdrag som selskapet tilbyr. Dersom utgiftene kan fordeles på flere oppdragsgivere (gjennom et riksdekkende og felles telefonnummer), er det klart at fordelingen på den enkelte oppdragsgiver kan begrenses. I tillegg fremgår det av innsendt dokumentasjon at prisforskjellen mellom tilbyderne, spesielt mellom klager og valgte leverandør, i dette tilfellet var marginal. Dette betyr at den påvirkningsmulighet en unnlatelse av å tilby et eksklusivt telefonnummer ikke trenger å være stor før det kan være tale om å forrykke konkurranseforholdet tilbyderne imellom. Basert på dette er klagenemnda kommet til at unnlatelsen av å tilby et eksklusivt telefonnummer, kun til bruk for oppdragsgiver, og kun til bruk for det formål aktuelle anskaffelse gjelder, må anses som et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. Innklagedes unnlatelse av å avvise valgte leverandørs tilbud på dette grunnlag utgjør derfor et brudd på forskriftens § 11-11 (1) bokstav e.
- (41) Basert på dette resultat, finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Trafikketaten har brutt forskriftens § 11-11 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For klagenemnda,

9. mars 2009

Andreas Wahl



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for vintervedlikehold av veier og plasser i Porsanger kommune. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 6 jf. § 5, ved at det ikke var tatt inn informasjon om klausul om lønns- og arbeidsvilkår i konkurransegrunnlaget. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 9. mars 2009 i sak 2008/143

Klager: Johan Isaksen AS

Innklaget: Porsanger kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Manglende informasjon om klausul om arbeids- og lønnsvilkår i konkurransegrunnlaget. Kvalifikasjonsvurdering. Prissamarbeid. Unormalt lavt tilbud. Tilbudsåpning. Krav til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Klagefrist. Innsyn i valgte leverandørs tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Porsanger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. april 2008 en åpen anbudskonkurranse om vintervedlikehold av veier og plasser i kommunen.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1 fremgikk det at innklagede fikk bistand av Finnut Consult AS ved gjennomføringen av anskaffelsen.
- (3) Fra konkurransegrunnlaget punkt 2 hitsettes følgende om kvalifikasjonskrav:

"Det kreves erfaring fra tilsvarende oppdrag og kapasitet til å gjennomføre oppdraget. Dette dokumenteres med

- 1) Oversikt over firmaets totale bemanning*
- 2) Beskrivelse av utstyr, maskinpark eller annet tilgjengelig utstyr som har betydning for utførelsen av denne kontrakten (fylles ut på prisutfyllingsskjemaet)*
- 3) Attester/bekreftelse på erfaring fra tilsvarende oppdrag*

For detaljerte krav til maskiner, se utfyllingsskjema for hver rode."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 5 var det opplyst følgende om kriterier for valg av tilbud:

"Kommunen vil velge anbudet/anbudene med lavest pris totalt sett for kommunen.

Totalprisen som legges til grunn for prissammenligning er summen av fastpris for vintervedlikeholdet og timepris for ekstraarbeid med følgende omfang:

*Rode 1 – Olderfjord/Smørfjord: 20 timer
Rode 2 – Stabburnes/Ytre Billefjord: 100 timer
Rode 3 – Lakselv sentrum: 100 timer
Rode 4 – Lakselv omegn: 10 timer
Rode 5 – Gangveger Lakselv sentrum: 20 timer
Rode 6 – Skoganvarre: 20 timer
Rode 7 – Børselv: 30 timer”*

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 7 var det blant annet angitt følgende:

”Ufullstendige anbudsbesvarelser, eller besvarelser som inneholder forbehold, feil eller uklarheter som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, vil bli avvist.”

- (6) Innen tilbudsfristens utløp 9. juni 2008 mottok innklagede to tilbud på rode 2. Tilbydere var Johan Isaksen AS (heretter kalt klager) og Jarl Inge Falch Graving og Transport AS.

- (7) I brev av 12. juni 2008 ble klager meddelt at Jarl Inge Falch Graving og Transport AS (heretter kalt valgte leverandør) var tildelt kontrakt på rode 2:

”Johan Isaksen leverte anbud på rode 2. På denne roden hadde Jarl Inge Falch Graving og Transport AS lavest pris og kommunen ønsker å inngå kontrakt med denne leverandøren.

Følgende totalpriser er lagt til grunn. Prisen er satt sammen av fastpris for vintervedlikeholdet pluss et anslag over timesarbeid. Oppgitte priser er pr brøytesesong.

<i>Leverandør</i>	<i>Sum</i>
<i>Johan Isaksen AS</i>	<i>930000</i>
<i>Jarl Inge Falch Graving og Transport</i>	<i>476250</i>

Det vil bli gitt en frist til onsdag 25. juni for å klage på beslutningen.”

- (8) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 19. juni 2008, og det ble blant annet vist til følgende:

”3. Mannskap: For roden er det behov for 3 personer inklusiv avløser ut fra dagens regler, jfr forskrift om arbeidstid ut fra EF-direktiv 2002/15/EF samt kjøre- og hviletidsbestemmelser av 1.8.2007 som oppdragsgiver er pålagt å følge iht regelverket. Hvor mye mannskap har vinnertilbyder anført og hva er godkjent av dere? [...]

4. Sosial dumping: Jeg vil også gjøre oppmerksom på forskrift mot sosial dumping som ble ikraftsatt fra 1.3.2008, og denne informasjonen var IKKE tatt med i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, og er å betrakte som MANGLER ved anbudsbeskrivelsen og som kan ha medført prisforskjellene på arbeidskraft. Dette er et forhold som gjør at anbyderne ikke er gjort oppmerksom til denne forskriften, og denne mangelen fra deres

side i konkurransegrunnlaget kan ha gjort konkurransevridding til ugunst for mitt anbud hvor jeg har fulgt også denne forskriften, og har ikke "sosial pris dumping".

5. Strøsand: Ferdig saltet og utkjørt ligger i anbudet. Det er ikke tatt forbehold for noe av dette.

[...]

7. Forbehold: Jeg viser til deres konkurransegrunnlag pkt 7 ... "at forbehold vil bli avvist..." og til punkt (firkantet ramme) med overskrift "Eventuelle forbehold og merknader" i prisskjemaet. Jeg hadde IKKE tatt forbehold av noen art med. Jeg forutsetter derfor at de tilbyderne som har tatt forbehold av noen art er AVVIST. Dette vil jeg særlig forfølge om nødvendig, og ber derfor om opplysninger om vinneranbyder har tatt forbehold av noen art og som er godkjent av dere.

[...]

9. Dokumenter og godkjenninger: Det er også her vanskelig å klage på de andre anbyderne, da jeg ikke vet om de besitter den faglige kompetansen med HMS, Sentrale godkjenninger, skatte og annen økonomiske attester. Jeg formoder at disse forhold er i orden av de med lavere pris enn mitt anbud, jfr § 15-12 i Forskrift om offentlige anskaffelser."

- (9) I brev av 3. juli 2008 ble klager meddelt at tildelingsbeslutningen var opprettholdt. Fra brevet hitsettes:

"3) Valgt leverandør har 4 sjåfører tilgjengelig for dette oppdraget.

4) Det er riktig at konkurransegrunnlaget skulle inneholdt informasjon om kontraktsklausulen om lønns- og arbeidsvilkår som offentlige arbeidsgivere er pålagt å ha i sine kontrakter. Klausulen vil bli tatt inn i kontrakten som skal undertegnes med leverandørene. Kommunen har ikke registrert at sosial dumping har forekommet lokalt i denne bransjen og anser det som usannsynlig at leverandørene i denne anbudskonkurransen har priset sine tjenester ut fra en forutsetning om å bruke arbeidskraft med unormalt dårlige lønns- og arbeidsvilkår.

5) Valgt anbyder har ingen forbehold.

[...]

7) Valgt anbyder har ingen forbehold.

8) og 9) Vi har ved tidligere utsendt brev oppfylt begrunnelsesplikten i forskrift om offentlige anskaffers § 20-16. Informasjon om øvrige tilbud på andre roder er ikke relevant. Vi kan bekrefte at valgt anbyder oppfyller kravene som er stilt i konkurransen og at det ikke er grunnlag for avvising etter § 20-12 (tidligere § 15-12)."

- (10) Klager sendte en ny klage på tildelingsbeslutningen i brev av 11. juli 2008. Fra brevet hitsettes:

"5) Strøsand: Svaret godkjennes, med mindre vinneranbyder har inngått noen form for "vertikal samarbeid" som kan medføre strid etter konkurranseloven. Dette forholdet vil en komme tilbake til om så skulle ha skjedd.

[...]

7) Svaret godkjennes."

- (11) Innklagede besvarte denne i brev av 31. juli 2008. Det ble opplyst at kontrakt med valgte leverandør var inngått 29. juli 2008.
- (12) I brev av 31. juli 2008 fikk tilbyderne i konkurransen en oversikt over valgte leverandører på samtlige roder og deres pristilbud:

"Rode	Valgt anbyder	Sum pr sesong (inkl. ekstraarbeid)
<i>Rode 1</i>	<i>Terje Lind</i>	<i>284 000</i>
<i>Rode 2</i>	<i>Jarl Inge Falch Graving og Transport</i>	<i>476 250</i>
<i>Rode 3</i>	<i>Lakselv Transport & Maskin AS</i>	<i>662 000</i>
<i>Rode 4</i>	<i>Tore Hansen</i>	<i>264 700</i>
<i>Rode 5</i>	<i>Willy Aronsen</i>	<i>174 400</i>
<i>Rode 6</i>	<i>Stein Salamonsen</i>	<i>234 000</i>
<i>Rode 7</i>	<i>Skoganvarre handel og transport</i>	<i>246 500</i>
<i>Totalsum</i>		<i>2 341 850"</i>

- (13) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 6. august 2008.
- (14) I brev til klager av 15. september 2008 var det vedlagt anskaffelsesprotokoll og oversikt over hvilke tilbydere som hadde deltatt i konkurransen på de ulike rodene. Av anbudsprøtollen fremgikk det at to representanter fra Finnut Consult AS hadde vært tilstede ved anbudsåpningen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Det anføres at konkurransegrunnlaget var mangelfullt ved at det ikke var tatt inn opplysninger om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Innklagede har erkjent denne mangelen i brev av 3. og 31. juli 2008. Mangelen i konkurransegrunnlaget kan ha medført prisforskjeller på arbeidskraft. Dette har i tilfelle gått ut over klager, som har fulgt forskriften. Innklagede opplyste at klausulen ville bli inntatt i kontrakten, at det ikke er registrert sosial dumping lokalt i bransjen og at mangelen ikke har hatt betydning for utfallet av saken. Dette bestrides da klager ikke har fått innsyn i innklagedes vedtak på dette punkt og heller ikke i øvrige tilbud og tilhørende protokoller i saken
- (16) Valgte leverandørs tilbud anses å være antatt som "sosial dumping". Det vises til at valgte leverandør har en bemerkelsesverdig lav pris. Etter klagers syn kan prisen ikke forsvares med mindre det på tilbudstidspunktet var inngått et vertikalt eller horisontalt prissamarbeid. Klager har sett at valgte tilbyder brøyter og strør med samme bil og

materiell for innklagede og Mesta AS på de strekninger som ifølge konkurransegrunnlaget ville medføre mye tomkjøring. Valgte leverandør benytter Mestas strø- og brøytemateriell også på de kommunale veiene og plassene. Innklagede må ha kjent til og godkjent dette, men en slik handling er i strid med både anskaffelses- og konkurransereglene. I konkurransegrunnlaget var det ikke opplyst at slikt samarbeid kunne inngås, og samarbeidet vil uansett være ulovlig. Konkurransen har ikke vært lik for alle tilbydere, da valgte leverandør har fått godkjent et prissamarbeid som er i strid med konkurranseloven.

- (17) Valgte leverandørs tilbud var unormalt lavt. I forskrift om offentlige anskaffelser §§ 20-13 og 20-14 fremgår det at oppdragsgiver har et særlig ansvar for å påse at et unormalt lavt tilbud ikke antas til skade for tilbyderen. Roden er ikke forsvarlig med mindre enn én brøytebil og én maskin (hjullaster og/eller traktor) inklusive brøytemateriell til maskinene. Dette materiellet må videre være tilgjengelig 24 timer i roden, dvs. døgnekontinuerlig vaktordning.
- (18) I konkurransegrunnlaget er det stilt krav om "*oversikt over firmaets totale bemanning*". For roden er det behov for tre personer inklusiv avløser ut fra dagens regler, jf. forskrift om arbeidstid ut fra EF-direktiv 2002/15/EF Forskrift om arbeidstid for sjåfører av 22. mai 2006. Klager har ikke fått svar på hvor mye mannskap valgte leverandør har, og hva som er godkjent av innklagede, men fikk bare opplyst at innklagede ikke hadde ytterligere kommentarer. Dette svaret viser at innklagede ikke kan ha vurdert disse forhold.
- (19) I konkurransegrunnlaget punkt 7 var det opplyst at tilbud som inneholdt forbehold ville bli avvist. Klager har bedt om opplysninger om hvilke tilbydere som er avvist, men innklagede har ikke besvart dette.
- (20) Klager har heller ikke fått svar på om valgte leverandør har tilbudt ferdig saltet og utkjørt strøsand, eller om det samarbeides med andre leverandører for å ivareta dette.
- (21) Innklagede har brutt "*Alcatel-pausen*" ved å inngå kontrakt før klager fikk tilsendt tilstrekkelig dokumentasjon til å utforme en fyllestgjørende klage. Innklagede meddelte i brev av 12. juni 2008 om hvem som var tildelt kontrakt for rode 2, og ga en klagefrist til 25. juni 2008 uten at noen saksopplysninger (møteprotokoller og tilbydernes opplysninger om sine tilbud) var vedlagt.
- (22) Det anføres at manglende innsyn i anbudsdokumentene er strid med kravene til etterprøvbarhet og forutberegnelighet i lovens § 5. Klager har ikke fått innsyn i tilbudene fra de øvrige tilbydere og heller ingen oversikt over hvilke samarbeidsavtaler (horisontalt og vertikalt) de ulike tilbyderne har lagt inn i sine beregningsgrunnlag. Innklagede har dessuten ikke vist til noen hjemmel for å nekte klager innsyn. Klager fikk heller ikke oversendt anbudsprotokoll før ved brev av 15. september 2008, til tross at det ble anmodet om dette allerede i brev av 19. juni 2008. For øvrig bemerkes det at ingen representanter fra innklagede har deltatt under åpningen av tilbudene 10. juni 2008, og det settes spørsmålstegn ved om dette er i tråd med regelverket.

Innklagedes anførsler:

Mangelfullt konkurransegrunnlag

- (23) Innklagede erkjenner at det manglet informasjon i kunngjøring/konkurransegrunnlag om kontraktsklausul mot sosial dumping, jf. § 6 i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Etter en vurdering besluttet innklagede likevel å fullføre konkurransen. Dette fordi tildelingsbrev sammen med opplysninger om valgte leverandørers tilbudssummer allerede var sendt ut da innklagede ble oppmerksom på mangelen. En avlysning og ny gjennomføring av konkurransen kunne ha skadet konkurransesituasjonen siden anbudssummer var gjort kjent. Innklagede vurderte det slik at den manglende informasjonen i konkurransegrunnlaget ikke hadde hatt betydning for utfallet av konkurransen. Klausulen er tatt med i kontrakten som nå er inngått.
- (24) Klager synes å anføre at prisen på det valgte anbudet var for lav og skulle vært avvist etter forskriftens § 20-13, og at den lave prisen måtte skyldes ulovlig prissamarbeid, sosial dumping, forbehold mot kontraktsbetingelsene og manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene (maskiner og mannskap). Etter innklagedes syn var valgte leverandørs tilbud ikke unormalt lavt priset. Oppdragsgiver har uansett ikke plikt til å avvise et tilbud som er unormalt lavt. Videre fikk klager i brev av 3. og 31. juli 2008 opplyst at valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene og ikke hadde tatt forbehold mot kontraktsvilkårene. Innklagede finner ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om prissamarbeid da dette formodentlig ikke vil bli behandlet av klagenemnda.
- (25) Etter innklagedes syn har klager fått tilstrekkelige opplysninger til å vurdere de relevante faktiske forhold i anbudsproessen, samt fått tilstrekkelig klagefrist. Tildelingsbrevet av 12. juni 2008 inneholdt klagefrist samt prisen til valgte leverandør på de rodene som den enkelte tilbyder hadde levert inn tilbud på. Da det var en priskonkurranse, antar innklagede at begrunnelsen oppfylte kravene i forskriftens § 22-3. Innklagede kan ikke se at klager i brev av 19. juni og 11. juli 2008 har bedt om innsyn i tilbudene fra de ulike tilbyderne, og klager har i brevet av 11. juli opplyst at han tar til etterretning/sier seg fornøyd med/godkjenner svarene innklagede har gitt vedrørende mannskap, materiell og at det ikke var tatt forbehold om strøsand, drivstoff eller annet i tilbudet fra valgte leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste etter forskriftens Vedlegg 5 nr. (1), og følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Mangelfullt konkurransegrunnlag

- (27) Klager har anført at konkurransegrunnlaget er mangelfullt fordi det ikke var tatt inn opplysninger om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Det vises til at mangelen kan ha medført prisforskjeller på arbeidskraft, som i tilfelle vil ha gått ut over klager.
- (28) Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter av 8. februar 2008 nr. 112 er gitt i medhold av lov om offentlige anskaffelser § 11a. Av forskriftens § 5 (1) følger:

"Oppdragsgiver skal i sine kontrakter stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Dette gjelder også for arbeid som skal utføres i utlandet."

- (29) Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ble innført for å oppfylle statens forpliktelser etter ILO-konvensjon nr. 94 om arbeiderklausuler i offentlige kontrakter (plikt til å pålegge sentrale statlige myndigheter å ta med arbeidsklausuler i sine kontrakter) og for å motvirke sosial dumping ved kontrakter som andre offentlige myndigheter inngår, jf. Ot.prp. nr. 7 (2007-2008) s. 1. I høringsuttalelse fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser om innføring av regler mot sosial dumping i arbeidslivet av 16. mai 2007, ble følgende uttalt:

"Basert på klagenemndas saksbehandlingsform og kompetanseområde finner vi det videre greit at nemnda, i de tilfeller der dette er anført som brudd i en konkret klagesak, kontrollerer om oppdragsgiver har overholdt forpliktelsen til å stille krav om gjengs lønns- og arbeidsvilkår i kontrakten som skal gjelde mellom oppdragsgiver og leverandør, og om den enkelte leverandør har akseptert kravene."

- (30) Av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 6 fremgår det at oppdragsgiver har plikt til å ta informasjon om kontraktsklausulen inn i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Det er på det rene at dette ikke ble gjort i den foreliggende sak, og innklagede har dermed brutt forskriftens § 6.

Kvalifikasjonsvurdering

- (31) Klager har anført at innklagede ikke kan ha vurdert valgte leverandørs totale bemanning. I konkurransegrunnlaget punkt 2 om kvalifikasjonskrav fremgikk det at leverandøren måtte ha erfaring fra tilsvarende oppdrag og kapasitet til å gjennomføre oppdraget. Dette skulle blant annet dokumenteres med en oversikt over firmaets totale bemanning. I brev av 3. juli 2008 opplyste innklagede at valgte leverandør hadde fire sjåfører tilgjengelig for oppdraget. Etter klagenemndas syn viser dette at valgte leverandørs totale bemanning er vurdert, og klager kan således ikke høres med denne anførselen.

Prissamarbeid med videre

- (32) Klager har anført at valgte leverandør må ha inngått et horisontalt eller vertikalt prissamarbeid for å kunne tilby den lave prisen, og at dette vil være i strid med både konkurranseloven og anskaffelsesregelverket. Klagenemnda har ikke kompetanse til å vurdere hvorvidt det foreligger et prissamarbeid som er i strid med konkurranseloven, jf. klagenemndsforordningen § 6 (1), og anskaffelsesregelverket har ikke regler som rammer prissamarbeid mellom leverandører, jf. EF-domstolens dom C-94/99 ARGE og klagenemndas saker 2003/6 og 2008/109 premiss (24)-(26). Klager kan derfor ikke høres med denne anførselen.
- (33) Klager har videre anført at innklagede ikke har svart på om valgte leverandør har tilbudt ferdig saltet og utkjørt strøsand, eller om det samarbeides med andre leverandører for å ivareta dette. Klagenemnda kan ikke se at klager har etterspurt disse opplysningene i brev av 19. juni eller 11. juli 2008, og innklagede hadde dermed ingen oppfordring til å opplyse om dette. Det foreligger således ikke brudd på kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5.

- (34) Klagenemnda kan heller ikke se at innklagede ut fra kravet til begrunnelse i forskriftens § 20-16 (1) skulle ha plikt til å opplyse om hvilke samarbeidsavtaler valgte leverandør hadde lagt inn i beregningsgrunnlaget for tilbudet.

Unormalt lavt tilbud

- (35) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud var unormalt lavt, og vist til at oppdragsgiver etter forskrift om offentlige anskaffelser §§ 20-13 og 20-14 har plikt til å påse at et unormalt lavt tilbud ikke antas til skade for tilbyder. Klagenemnda forstår dette slik at klager mener valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som unormalt lavt, og legger dette til grunn i det følgende. I forskriftens § 20-13 (2) bokstav c fremgår det at et tilbud "*kan*" avvises når det virker unormalt lavt i forhold til ytelsen. Ordlyden viser at oppdragsgiver har rett til å avvise tilbudet i slike tilfeller, men ikke plikt. Innklagede hadde dermed ikke foranledning til å vurdere om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist etter denne bestemmelsen.

Tilbudsåpning

- (36) Klager har bedt nemnda vurdere om det var i strid med regelverket at ingen personer fra innklagede var til stede ved tilbudsåpningen 10. juni 2008. I forskriftens § 20-7 (2) følger det at tilbudsåpningen skal foretas av "*minst to representanter for oppdragsgiver*". Av anbudsprotokollen fremgår det at to personer fra Finnut Consult AS var tilstede ved tilbudsåpningen, og det er på det rene at dette selskapet skulle bistå innklagede ved gjennomføringen av anskaffelsen, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1. Klagenemnda legger derfor til grunn at vilkåret i § 20-7 (2) er oppfylt.

Krav til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet

- (37) Klager har anført at innklagede ikke har besvart klagers spørsmål om hvilke tilbydere som var avvist. I brev av 19. juni 2008 forutsatte klager at tilbydere som hadde tatt forbehold var avvist, og det ble bedt opplyst om valgte leverandør hadde tatt forbehold av noen art. I brev av 3. juli 2008 meddelte innklagede at valgte leverandør ikke hadde tatt noen forbehold, og i brev av 11. juli 2008 opplyste klager at svaret var godkjent. Klagenemnda kan på grunnlag av dette ikke se at klager har bedt om å få opplyst hvilke leverandører som var avvist, og det foreligger dermed ikke brudd på regelverket.

Klagefrist

- (38) Klager har anført at innklagede inngikk kontrakt før klager fikk tilsendt tilstrekkelig dokumentasjon til å utforme en fyllestgjørende klage. Av forskriftens § 21-3 (1) følger det at oppdragsgivers tildelingsbeslutning skal meddeles deltakerne "*i rimelig tid*" før kontrakt inngås, og at meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for tildelingen i samsvar med § 20-16.
- (39) Av § 20-16 følger det at begrunnelsen for kontraktstildeling skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier. Et sentralt formål bak begrunnelsesplikten er at leverandøren skal få grunnlag for å vurdere om tildelingsbeslutningen skal imøtegås, enten ved at leverandøren bes om å endre avgjørelsen eller ved at det blir begjært midlertidig forføyning, jf. FAD Veileder s. 201. I klagenemndas sak 2008/92 premiss (115-116) la nemnda til grunn at kravet i § 20-16 (1) var oppfylt fordi det av begrunnelsen klart fremgikk hvilket tildelingskriterium som var avgjørende for tildelingen, og hva som skilte tilbyderne på dette punkt.

- (40) I tildelingsmeddelelsen av 12. juni 2008 ble valgte leverandørs totalpris oppgitt. Ettersom det i den foreliggende sak var tale om en priskonkurranse, fremgikk det således klart hva som var avgjørende for tildelingen og hva som skilte tilbyderne på dette punktet. Begrunnelsen oppfylte dermed kravene i § 20-16 (1). I tildelingsmeddelelsen ble klagefrist opplyst å være 25. juni 2008. Klagenemnda kan ikke se at en frist på 13 dager var i strid med kravet til "*rimelig tid*" i forskriftens § 22-3 (1).

Innsyn i valgte leverandørs og de øvrige leverandørers tilbud

- (41) Klager anfører at selskapet skulle fått innsyn i de øvrige tilbudene og fått en oversikt over hvilke samarbeidsavtaler (horisontalt og vertikalt) de ulike tilbyderne hadde lagt inn i beregningsgrunnlaget for tilbudet.
- (42) Klagenemnda har kun anledning til å ta opp spørsmålet om innsyn i valgte leverandørs tilbud, da klager mangler saklig interesse i å få avgjort spørsmålet om innsyn i de øvrige leverandørers tilbud, jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).
- (43) Klagenemnda kan ikke se at klager i brev av 19. juni og 11. juli 2008 ba om innsyn i valgte leverandørs tilbud. Nemnda forstår det slik at klager først ba om innsyn i valgte leverandørs tilbud i klage av 6. august 2008, og at innklagede avslo å gi slikt innsyn i prosesskrift av 27. august 2008. Dette legges til grunn i det følgende. Spørsmål om innsyn i øvrige leverandørers tilbud er i dag regulert av § 23 i offentleglova av 19. mai 2006, som trådte i kraft 1. januar 2009. Spørsmålet om innsynsrett i den foreliggende sak må imidlertid avgjøres på grunnlag av det dagjeldende regelverk, det vil si offentlighetsloven av 19. juni 1970. I henhold til lovens § 2 er forvaltningens saksdokumenter offentlige så langt det ikke er gjort unntak i eller i medhold av lov. I medhold av § 11 er det i forskrift av 14. februar 1986 nr. 351 punkt V nr. 12 fastsatt at forvaltningen har adgang til å unnta tilbud og protokoller i en konkurranse om offentlig anskaffelse. Dette innebærer at klager ikke hadde rett til innsyn i valgte leverandørs tilbud.
- (44) Det følger av offentlighetslovens § 2 (3) at oppdragsgiver også har en plikt til å vurdere innsyn etter prinsippet om meroffentlighet. I prosesskrift av 27. august 2008 opplyses det at klager etter innklagedes syn har fått tilstrekkelig med opplysninger til å kunne vurdere de relevante faktiske forhold i anbudsprosessen. Basert på dette legger klagenemnda derfor til grunn at innklagede også vurderte hvorvidt det skulle gis innsyn ut fra prinsippet om meroffentlighet. Regelverket er således ikke brutt på dette punkt.

Konklusjon:

Porsanger kommune har brutt forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 6 jf. § 5, ved at det ikke var tatt inn informasjon om klausul om lønns- og arbeidsvilkår i konkurransegrunnlaget.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda, 9. mars 2009

Andreas Wahl