



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Rambøll Norge AS
Engebrets vei 5
Pb 427 Skøyen
0213 OSLO

Offentlig versjon

Deres referanse
mhnosl

Vår referanse
2010/265

Dato
23.08.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

- (1) Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 24. september 2010 vedrørende forprosjektering for rehabilitering av Schous plass, i Bydel Grünerløkka i Oslo kommune. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (2) Oslo kommune ved Bydel Grünerløkka (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. juni 2010 en åpen anbudskonkurranse vedrørende forprosjektering for rehabilitering av Schous plass i Bydel Grünerløkka i Oslo kommune. Anskaffelsens verdi var i kravspesifikasjonen punkt 3 "*Pris*" angitt til å være 450 000 kroner. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 satt til 6. juli 2010 kl. 15.00.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 fremgikk det at anbudskonkurransen omhandlet en forprosjektering som innebar en utarbeidelse av plan for rehabilitering for Schous Plass til kultur- og handelstorg. Planen skulle være grunnlag for søknad om pengebevilgning til rehabilitering av Schous Plass.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.14 fremgikk at det ikke var anledning til å ta vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlaget (forbehold mot grunnleggende elementer). Videre var det opplyst at tilbud som inneholdt slike vesentlige forbehold ville bli avvist.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 4.2 om tildelingskriterier fremgikk det at tildelingen ville skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomiske mest fordelaktige, med grunnlag i følgende tildelingskriterier; *"Prosjektgjennomføring og oppdragsforståelse"*, *"Planen som blir resultat av forprosjekteringen"* og *"Tilbudt personell"*.
- (6) I kravspesifikasjonen, som var vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget, fremgikk følgende om pris for anskaffelsen i punkt 3:

"Prisen for oppdraget er NOK 450 000,- ekskl. mva. for hele oppdraget inklusive alle kostnader i henhold til det foreliggende konkurransegrunnlaget med de krav og presiseringer som er omtalt. Eventuelle kostnader nevnt i NS 8401 pkt. 10.4 kommer i tillegg til det som er nevnt i dette punktets 1.punktum, jfr. kontrakten pkt. 16. 1 (Pris for oppdraget).

At tilbudt pris for oppdraget ikke overstiger NOK 450 000,- ekskl. mva. er et minimumskrav."

- (7) I konkurransegrunnlaget var videre vedlagt et prisskjema med tilsvarende ordlyd som i kravspesifikasjonen punkt 3 første avsnitt. Dette skjemaet skulle signeres av tilbyderne.
- (8) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte kontrakten som gjaldt for anskaffelsen, NS 8401, og av kontrakten fremgår følgende av punkt 16.1 *"Pris for oppdraget"*:

"Prisen for oppdraget er NOK 450 000,- ekskl. mva. for hele oppdraget inklusive alle kostnader i henhold til det foreliggende konkurransegrunnlaget med de krav og presiseringer som er omtalt der. Eventuelle kostnader nevnt i NS 8401 pkt 10.4 kommer i tillegg til det som er nevnt i dette punktets 1. punktum."

- (9) Innen tilbudsfristens utløp hadde tretten leverandører levert tilbud, herunder var Rambøll Norge AS (heretter kalt klager) og Sweco Norge AS (heretter kalt valgte leverandør). Tre av tilbudene ble avvist.
- (10) I tilbudsbrevet av 7. juni 2010 tilbød klager å utføre arbeidene som beskrevet i tilbudsbesvarelsen til fastpris 450 000 kroner eks. mva. Vedlagt tilbudet fra klager fulgte signert prisskjema.
- (11) I tilbudets punkt 6 fremgår klagers *"HONORAR"* for oppdraget. Det hitsettes:

"Vi vil gjennomføre et forprosjekt som beskrevet innenfor den oppgitte honorarrammen på kr. 450 000 eks. mva.

I tillegg til leveranser beskrevet ovenfor inkluderer det:

*4 stk arbeidsmøter med oppdragsgiver a 3 t inkl referat – 2 medarbeidere fra Rambøll
2 stk møter med kommunal referansegruppe a 2 t inkl. referat - 2 medarbeidere fra Rambøll*

2 stk medvirkningsmøter a 2 t inkl. planlegging og oppsummering – 2 medarbeidere fra Rambøll

I revisjonsrunde rapport – mindre vesentlige endringer

Møter og revisjoner ut over dette faktureres etter medgått tid.

Timesatser tilleggsarbeid:

Senior landskapsarkitekt kr [...]

Junior landskapsarkitekt kr. [...]

Utlegg til kopiering og digitale kartdata viderefaktureres i henhold til faktiske kostnader.

Vi forutsetter at kartgrunnlaget fra PBE er tilstrekkelig for et forprosjekt, og tilbudet omfatter derfor ikke oppmåling.

Utgifter til en eventuell oppmåling viderefaktureres i henhold til faktiske kostnader."

- (12) I brev fra innklagede av 12. august 2010 ble klager meddelt at tilbudet var avvist. Dette ble begrunnet på følgende vis:

"Deres tilbud avvises med hjemmel i Forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 første ledd bokstav d og bokstav e.

Avvisningen [...] skjer fordi Deres tilbud inneholder vesentlig forbehold mot kontraktsvilkår og vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen. Det vises til at Dere i tilbudets skilleark 8, punkt 6 "HONORAR" har tatt flere forbehold som totalt sett medfører at tilbudet inneholder vesentlig forbehold mot kontraktsvilkår og vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen."

- (13) Innklagede viser videre i brevet særlig til at:

" "Møter og revisjoner utover dette [de møter og revisjoner som er uttrykkelig angitt i tilbudet] faktureres etter medgått tid." ... er et vesentlig avvik mot kravspesifikasjonens punkt 3 "Pris", og et vesentlig forbehold mot kontraktsvilkåret i konkurransegrunnlagets vedlegg 2 "Kontraktsbestemmelser" punkt 16.1 "Pris for oppdraget"."

- (14) Innklagede sendte brev og e-post med meddelelse om at valgte leverandør var tildelt kontrakten den 16. august 2010.

- (15) Klager klaget på avvisningen ved brev datert 18. august 2010:

"Vi har i vårt tilbud beskrevet en arbeidsmetodikk og en arbeidsprosess vi mener vil føre fram til et sluttprodukt i tråd med kravspesifikasjonen, og vi bekrefter i oversendelsesbrevet at vi tilbyr å utføre det vi har beskrevet innenfor en ramme på kr 450 000,- eks. mva.

For at det ikke skal være uklartheter knyttet til innholdet i og omfanget av vår leveranse har vi lagt ved et eksempel på en tilsvarende forprosjektrapport med takst,

kostnadsberegninger og tegninger, samt spesifisert hvor mange møter, møtereferater og revisjonsrunder som inngår i vår fastpris. Vi har videre orientert om at arbeid utover det vi har beskrevet- dvs. arbeid ut over utarbeidelse av et forprosjekt i tråd med kravspesifikasjonen faktureres etter medgått tid i henhold til oppgitte timesatser. Dette er en generell tilleggsopplysning relatert til eventuelle tilleggsbestillinger etter ferdigstilt forprosjekt, og ikke et forbehold mot aktuelle kontraktsvilkår og et avvik fra kravspesifikasjonen."

- (16) Klagen ble besvart i brev av 26. august 2010, hvor innklagede opprettholdt begrunnelsen for avvisningen.
- (17) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør den 30. august 2010. Kontrakten ble imidlertid sagt opp ved brev datert 17. september 2010, ettersom Bydel Grünerløkka likevel ikke fikk en øremerket bevilgning til dette prosjektet.
- (18) Klage kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 24. september 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Det anføres at innklagede ikke hadde hjemmel til å avvise tilbudet fra klager datert 7. juni 2010, idet vilkårene i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 første ledd bokstav d og bokstav e ikke var oppfylt. Det vises til at sluttprodukt er i tråd med kravspesifikasjonen, og at klager i oversendelsesbrevet til tilbudet bekrefter å utføre det som er beskrevet innenfor en ramme på 450 000 kroner eks. mva. Videre vises det til at informasjonen i tilbudsbrevet om fakturering utover den oppgitte timesats, kun er generell tilleggsopplysning relatert til eventuelle tilleggsbestillinger etter ferdigstilt forprosjekt.

Innklagedes anførsler:

- (20) Det anføres at tilbudet fra klager er rettmessig avvist i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 første ledd bokstav d og bokstav e.
- (21) Det vises til at klager har tatt forbehold mot kontraktsbestemmelsen i punkt 16. 1, samt avviker fra kravspesifikasjonens punkt 3. Innklagede hevder dette fremgår av klagers uttalelser i tilbudets punkt 6 "*HONORAR*", hvor det er tatt forbehold mot tidsbruken til møter og revisjoner, samt at utlegg til kopiering og digitale kartdata viderefaktureres i henhold til faktiske kostnader.
- (22) Herunder vises til at forbehold/avvik fra minstekrav som et klart utgangspunkt må anses som vesentlige, samt at flere forbehold/avvik må vurderes samlet dersom de isolert sett ikke anses som vesentlige.

- (23) Det vises videre til at det er tilbyder som bærer risikoen for mangler eller uklarheter i tilbudets innhold, med mindre dette kan tilskrives uklarheter i konkurransegrunnlaget som oppdragsgiver kan klandres for, noe som ikke er tilfelle i herværende sak.

Sekretariatets vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Kontrakten gjelder forprosjektering for rehabilitering av Schous Plass til kultur- og handelstorg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Verdien av kontrakten, som gjelder forprosjekteringen, er i kravspesifikasjonen punkt 3 estimert til 450 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi i utgangspunktet forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2. Ettersom oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget punkt 2 *"Regler for gjennomføring av konkurransen"*, herunder punkt 2.1 *"Prosedyre"* angir at konkurransen gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse etter forskriftens del I og II, følger det imidlertid av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at forskriften del II også kommer til anvendelse, jf. også klagenemnda sin sak 2010/116.

Hvorvidt innklagede urettmessig har avvist klagers tilbud

- (25) Klager har anført at tilbudet ikke skulle vært avvist fra konkurransen. Problemstillingen er hvorvidt klagers tilbud inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, eller vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 første ledd bokstav d og e. Hvorvidt man i herværende sak tar utgangspunkt i bokstav d eller e har i utgangspunktet ingen rettslig betydning, idet konsekvensen av at vilkårene i bokstav d og/eller e er oppfylt i begge tilfeller vil være en plikt for innklagede til å avvise tilbudet. Det er som innklagede har gjort, mulig å betrakte formuleringene i klagers tilbud både som et avvik fra kravspesifikasjonen og som et forbehold mot kontraktsvilkårene.
- (26) Sekretariatet finner det hensiktsmessig å behandle klagen etter § 11-11 første ledd bokstav e, hvor det fremgår at et tilbud skal avvises når *"det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Ordlyden i forskriften tilsier at det kun er visse kvalifiserte avvik som fører til avvisningsplikt. I Fornyings- kirke- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fremgår i punkt 13.3.1. side 162 at: *"Dersom avviket medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, er avviket vesentlig, og tilbudet må avvises. Om tilbudet avviker fra kravspesifikasjonene på flere punkt som hver for seg ikke kan kalles vesentlige, kan avvikene samlet sett føre til at tilbudet må avvises"*.
- (27) Klagenemnda har tidligere uttalt seg om hvilke momenter det må ses hen til ved vurderingen av om det foreligger vesentlige avvik. Fra klagenemndas sak 2008/58 premiss (46) siteres: *"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."*

- (28) Hva gjelder avvik mot minstekrav kan det vises til klagenemndas sak 2009/73, hvor det i premiss (37) blant annet uttales: *"Klagenemnda har i flere saker slått fast at avvik fra minstekrav som et klart utgangspunkt må anses som vesentlige"*.
- (29) Spørsmålet blir dermed hvorvidt klagers tilbud inneholdt slike vesentlige avvik. Det fremgår av kravspesifikasjonen til konkurransegrunnlaget punkt 3 *"Pris"*, samt kontraktsbestemmelsene punkt 16.1 *"Pris for oppdraget"*, at den totale prisen for oppdraget skulle være 450 000 kroner eks. mva.
- (30) Klager har i sitt tilbudsbrev vist til at de vil *"utføre arbeidene som beskrevet i vedlagte tilbudsbesvarelse til fastpris kr 450 000,- eks mva."* Imidlertid fremgår det av tilbudets punkt 6 *"HONORAR"* at: *"Møter og revisjoner ut over dette [de møter om er uttrykkelig angitt i tilbudet] faktureres etter medgått tid."* Videre oppgis timesatser for tilleggsarbeid. Klager har vist til at opplysningene må forstås som rene tilleggsopplysninger relatert til eventuelle tilleggsbestillinger etter ferdigstilt prosjekt. Sekretariatet kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for en slik tolkning. Etter sekretariatets syn er det mest nærliggende å forstå opplysningene i tilbudet slik at det er innklagede som må bære risikoen for at klager bruker mer tid enn forutsatt på prosjektet. Dette slik at klager, gjennom timeantallet som er oppgitt i tilbudet, avviker fra prisen oppgitt i kravspesifikasjonen punkt 3.
- (31) Det kan i tillegg vises til at det av klagers tilbud punkt 6 *"HONORAR"* fremgår at: *"Utlegg til kopiering og digitale kartdata viderefaktureres i henhold til faktiske kostnader."* Det er også nærliggende å tolke dette som en risiko for merkostnad for oppdragsgiver, og derav et avvik mot prisen på 450 000 kroner eks. mva. i konkurransegrunnlaget punkt 3.
- (32) Sekretariatet bemerker for øvrig at det er tilbyder som har risikoen for mangler eller uklarheter i tilbudets innhold, med mindre dette kan tilskrives uklarheter i konkurransegrunnlaget som oppdragsgiver kan klandres for, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/247.
- (33) Det er på det rene at prisen på 450 000 kroner er angitt som et minimumskrav for oppdraget, jf. kravspesifikasjonen punkt 3. Videre kommer det at oppdragsgiver setter en fastpris for å unngå å sitte med den økonomiske risiko for at leverandørens beregning av antall timer og rammer for gjennomføringen av oppdraget er tilstrekkelig. Innklagede har dessuten opplyst at kravet til fastpris er viktig grunnet i at forprosjekteringen skulle kjøpes inn med en øremerket bevilgning til prosjektet. Hertil kommer det at avvik fra minimumskravet vil kunne forrykke konkurransen mellom leverandørene. Muligheten for klager til å kreve tillegg i prisen er egnet til å gi klager en konkurransefordel, jf. Fornyings- kirke- og administrasjonsdepartementets veileder punkt 13.3.1 side 162. Sekretariatet finner etter dette at klagers ovennevnte avvik i alle fall samlet må anses som vesentlige. På denne bakgrunn må klagers tilbud sies å inneholde vesentlige avvik i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11 første ledd bokstav e.

- (34) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Jonn Sannes Ramsvik
gruppeleder (e.f.)

Silje Bruun Teigen
rådgiver