



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

TNS Gallup AS
Postboks 240 Sentrum

0103 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0185-7

Dato:
15.02.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 30. juni 2011 vedrørende anskaffelse av en brukerundersøkelse for hjemmetjenesten 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:

- (1) Oslo kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. april 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om gjennomføring av en brukerundersøkelse for hjemmetjenesten i kommunen. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) angitt til å være mellom 1,2 og 1,4 millioner kroner.
- (2) Kvalifikasjonskravene fremgikk i konkurransegrunnlaget kapittel 3. I punkt 3.3.3 hadde innklagede stilt følgende krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

"Krav	Dokumentasjonskrav
• <i>Det kreves gjennomføringsevne</i>	• <i>Beskrivelse av:</i> • <i>Tilgjengelige ressurser og kompetanse</i> • <i>Plan for å håndtere uforutsette hendelser (sykdom og lignende)</i> • <i>CV for nøkkelpersoner</i>
• <i>Det kreves erfaring fra</i>	• <i>Liste over de mest relevante/viktigste</i>

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

<i>tilsvarende oppdrag</i>	<i>leveransene siste 2 år inkludert deres verdi, tidspunkt og hvem som har vært mottaker. Oppdragene skal dokumenteres ved attester, hvor verdi på oppdrag er oppgitt, utstedt eller bekreftet av oppdragsgiver."</i>
----------------------------	---

- (3) Blant leverandørene som leverte tilbud innen fristen 11. mai 2011 kl. 09.00, var TNS Gallup AS (heretter kalt klager).
- (4) Under "*Dokumentasjon på leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. punkt 3.3.3*" hadde klager lagt ved dokumentet "*Relevante leveranser siste 2 år*". Her hadde klager listet opp åtte utvalgte leveranser fra de siste to årene, hvorav fire leveranser til Oslo kommune. For hver av leveransene på listen var det opplyst om tidspunktet for leveransen, gitt en kort beskrivelse av leveransen og opplyst om kontaktperson og kontaktinformasjon til oppdragsgiver. Det var ikke lagt ved attester som var utstedt eller bekreftet av oppdragsgiver for leveransene. I tillegg til oversikten over relevante leveranser de siste to år, hadde klager lagt ved en 16 sider lang oversikt over sin erfaring med bruker- og omdømmeundersøkelser i statlig- og kommunal sektor, markeds- og kundeundersøkelser i privat sektor og offentlig eide selskaper og forskningsbaserte undersøkelser.
- (5) Innklagede avviste klager fra konkurransen ved brev 20. mai 2011:

"BRUKERUNDERSØKELSE I HJEMMETJENESTEN I OSLO KOMMUNE – AVVISNING

Vi viser til ovennevnte konkurranse og deres tilbud. Vi beklager å måtte meddele at TNS Gallup sitt tilbud er avvist.

Tilbudet avvises med hjemmel i forskriften § 11-10 (1) a, Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren. Helse- og velferdsetaten viser til forskriften:

1 – Oppdragsgiver skal avvise leverandører som:

- a) ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)*

Avvisning skjer fordi TNS Gallups tilbud ikke anses å oppfylle de obligatoriske kvalifikasjonskrav som er en forutsetning for deltakelse i konkurransen. Tilbudet er ikke vedlagt attester fra tidligere relevante oppdragsgivere. I konkurransegrunnlaget pkt. 3.3.3, Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglige kvalifikasjoner, stilles det krav til erfaring fra tilsvarende oppdrag. Dokumentasjonskravet til dette punktet var: Liste over de mest relevante/viktigste leveransene siste 2 år inkludert deres verdi, tidspunkt og hvem som har vært mottaker. Oppdragene skal dokumenteres ved attester, hvor verdi på oppdrag er oppgitt, utstedt eller bekreftet av oppdragsgiver.

Etaten har kun anledning til å vurdere den dokumentasjon som er vedlagt tilbudet. Etaten har derfor kommet til at TNS Gallup sitt tilbud avvises på grunn av forhold ved tilbudet, etter forskrift om offentlige anskaffelser (foa) § 11-10 (1) a."

- (6) Klager påklaget avvisningsbeslutningen ved brev til innklagede 10. juni 2011.

- (7) Innklagede avslo klagen ved brev 17. juni 2011:

"Vi viser til deres klage på avvisning av tilbud på brukerundersøkelse i hjemmetjenesten.

Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov og forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II.

TNS Gallup anfører at de har levert en fyldig referanseliste, og at de har tidligere gjennomført tilsvarende oppdrag for Oslo Kommune og Helse- og velferdsetaten. TNS Gallup stiller seg også undrende til at kommunen ikke er kjent med at TNS Gallup har gjennomført tilsvarende oppdrag tidligere. Videre anføres det at kommunen har valgt å diskvalifisere en kjent markedsleder pga tre manglende attester og at dette oppleves som formalistisk meningsløst. Det er riktig at TNS Gallup har levert en fyldig referanseliste. Det er også kjent for Helse- og velferdsetaten at TNS Gallup har utført tilsvarende oppdrag for kommunen tidligere. Ifølge lov og forskrift om offentlige anskaffelser har Helse- og velferdsetaten kun anledning til å vurdere dokumentasjon som ligger i tilbudet. Helse- og velferdsetaten kan ikke i denne anskaffelsen legge vekt på tidligere erfaringer og/eller kjennskap til tilbyder som en erstatning til dokumentasjonskravet på skriftlige attester. Dette ville være et brudd på grunnleggende krav i § 5 i lov om offentlige anskaffelser, som stiller krav til at det ikke forskjellsbehandles mellom leverandører.

TNS Gallup anfører at kommunen har valgt å etablere gjennom sine handlinger en situasjon med kun én tilbyder. Konkurransen er ivaretatt gjennom utlysningen av oppdraget, og at Helse- og velferdsetaten mottok tilbud fra tre leverandører. Det er leverandørenes eget ansvar å levere dokumentasjonen som det er stilt krav om i utlysningen.

Konklusjon

Vedtak om avvisning opprettholdes. TNS Gallup skriver selv i sin klage at dokumentasjonskravet ikke er oppfylt. Helse- og velferdsetaten opprettholder derfor sin beslutning om å avvise TNS Gallup sitt tilbud i henhold til (foa) § 11-10 (1) a."

- (8) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 24. juni 2011. Innklagede signerte kontrakt med Sentio Research AS 29. juni 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen på grunn av at klager ikke har levert attester på referanseoppdrag. Det følger av praksis at dersom en leverandør ikke har levert etterspurt dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, har oppdragsgiver plikt til å foreta en forsvarlig vurdering av om leverandørene likevel oppfyller kvalifikasjonskravene. Innklagede har i foreliggende sak kun lagt vekt på manglende etterspurte attester ved vurderingen av om klager oppfylte kravet til erfaring fra tilsvarende oppdrag, og ikke klagers oppgitte referanser eller annen kunnskap om klagers kvalifikasjoner, som også etterspørres i konkurransegrunnlaget.

- (10) Innklagedes påstand om at det ikke var adgang til å legge vekt på klagers referanseliste og innklagedes egen kunnskap om klager ved evalueringen er feil. Attester kan kun være formålstjenlig som dokumentasjon av referanser når en tilbyder er ukjent, eller det er ukjent for oppdragsgiver hvilke oppdrag tilbyderen har utført. I konkurransegrunnlaget fremgår det at attestene skal dokumentere vedlagte referanser. At attester ikke er levert kan da ikke være et automatisk avvisningsgrunnlag. I foreliggende sak har klager levert en utfyllende referanseliste. Klager har også utført en rekke oppdrag for innklagede, og innklagede hadde dermed god kjennskap til klagers kvalifikasjoner. Innklagede skulle ha benyttet denne kunnskapen ved vurderingen.
- (11) Klager bemerker at selskapet er den aktøren som leverer flest tilbud i markedet, og at offentlige oppdragsgivere normalt ikke krever attester i forbindelse med konkurranser om oppdrag vedrørende brukerundersøkelser og markedsanalyse.
- (12) Klager påpeker videre at innklagede ved å avvise klager og en annen tilbyder fra konkurransen, kun hadde ett gyldig tilbud i konkurransen. Innklagede har dermed ikke foretatt en helhetlig vurdering av pris opp mot kvalitet ved valg av leverandør. Valgte leverandør hadde 8 % lavere pris enn klager. Dette er en liten prisforskjell, og klager hadde kunnet vinne konkurransen med tilbudt kvalitet, nytteeffekter og oppdragsforståelse.

Innklagedes anførsler:

- (13) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. I konkurransegrunnlaget punkt 3.3.3 var det stilt krav om at leverandørene skulle ha erfaring fra tilsvarende oppdrag. Dette skulle dokumenteres ved at leverandørene skulle levere en liste over sine mest relevante leveranser de siste to årene. Leveransene skulle dokumenteres ved attester fra oppdragsgiverne. Slik kravet var stilt i konkurransegrunnlaget, var det ment at attestene skulle underbygge og bekrefte oppgitte leveranser i leverandørenes referanselister. Klagers tilbud inneholdt en liste over klagers mest relevante oppdrag de siste to år, og en liste over en rekke andre oppdrag klager har utført. Klager har imidlertid ikke dokumentert oppdragene med attester, slik det var bedt om i konkurransegrunnlaget.
- (14) Innklagede har likevel foretatt en vurdering av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet. Manglende dokumentasjon er i seg selv ikke en avvisningsgrunn etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a, men kan indikere at tilbyderen ikke oppfyller kvalifikasjonskravet. Mangelfull dokumentasjon må derfor være en del av vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt. Dersom den manglende dokumentasjonen tilsier at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, eller medfører at det ikke er mulig å vurdere hvorvidt leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandøren. Ved vurderingen av om klager oppfylte kravet til erfaring fra tidligere oppdrag, kom innklagede etter en helhetsvurdering frem til at den vedlagte dokumentasjon ikke var tilstrekkelig til å dokumentere oppfyllelse. Det er ikke riktig at innklagede ved vurderingen kun har lagt vekt på attester. Innklagede la vekt på alle dokumentene klager hadde lagt ved sitt tilbud. Innklagede hadde ved vurderingen ikke anledning til å legge vekt på udokumenterbare forhold som "egen kunnskap". Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet inneholder all nødvendig dokumentasjon.
- (15) Klager har påpekt at det normalt ikke kreves attester i forbindelse med konkurranser om offentlige kontrakter om brukerundersøkelser og markedsanalyse. Oppdragsgiver har

imidlertid full anledning til å kreve dette, jf. forskriften § 17-9 (1) bokstav c. Bestemmelsen gjelder anskaffelser som gjennomføres etter forskriften del III, men viser at det også er adgang til å kreve denne type dokumentasjon for anskaffelser som følger del II.

- (16) Innklagede kunne på bakgrunn av den manglende dokumentasjonen også ha avvist klager etter forskriften § 11-10 (2) bokstav g.

Sekretariatets vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kontrakt for gjennomføring av en brukerundersøkelse, som er en prioritert tjeneste i kategori 10, med CPC-kode 79311200. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1) estimert til mellom 1,2 og 1,4 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens § 2-1 (2).
- (18) Spørsmålet i saken er om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen fordi klager ikke hadde levert etterspurt dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om erfaring fra tidligere oppdrag, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.3.3.
- (19) Innklagede avviste klager fra konkurransen ved brev 20. mai 2011, under henvisning til forskriften § 11-10 (1) bokstav a, hvor det fremgår at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltagelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*. Avvisningen var begrunnet med at klager ikke hadde lagt ved attestester fra oppdragsgivere for tidligere utførte oppdrag.
- (20) Klagenemndas sekretariat finner ikke grunn til å vurdere hvorvidt innklagede hadde plikt til å avvise klager fra konkurransen etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a, fordi innklagede uansett hadde rett til å avvise klager fra konkurransen etter forskriften § 11-10 (2) bokstav g.
- (21) Etter forskriften § 11-10 (2) bokstav g kan oppdragsgiver avvise leverandører som *"har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren."*
- (22) I klagenemndas sak 2009/219 uttalte nemnda i premissene (35) og (36) følgende om forholdet mellom de tilsvarende bestemmelsene i forskriften § 20-12 (1) bokstav a og 20-12 (2) bokstav g:

"(35) Når det gjelder forholdet mellom disse to bestemmelsene, ble det i klagenemndas sak 2009/128 premiss (84) presisert at en leverandør skal avvises etter § 20-12 første ledd bokstav a dersom han ikke oppfyller det tilhørende dokumentasjonskravet "og ved dette viser at han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet (eller som følge av dette ikke har dokumentert at han oppfyller kravet). Dersom tilbyder "ellers" ikke oppfyller kravene til dokumentasjon, kan selskapet avvises etter § 20-12 andre ledd bokstav g, men i slike tilfeller har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet.

(36) Dette viser at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som ikke på noen måte har dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Oppdragsgivers rett til å avvise en leverandør etter § 20-12 andre ledd bokstav g er dermed forbeholdt tilfeller der dokumentasjonskravet ikke er oppfylt, men leverandøren på annen måte likevel har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt, eller at dette fremstår som sannsynlig."

- (23) Bestemmelsen i forskriften § 11-10 (2) bokstav g innebærer altså at oppdragsgiver har rett til å avvise leverandører som ikke har levert etterspurt dokumentasjon for oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav, uansett om leverandøren på annen måte har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt.
- (24) I konkurransegrunnlaget punkt 3.3.3 hadde innklagede stilt krav om at leverandørene måtte ha erfaring fra tilsvarende oppdrag. Oppfyllelsen av kravet skulle dokumenteres ved en liste over tilbyderens mest relevante leveranser de siste årene. Det skulle også leveres attester for de utførte oppdragene. Attestene skulle være utstedt eller bekreftet av oppdragsgiver. Klager har i sitt tilbud levert en liste over sine mest relevante oppdrag de to siste årene. Det var imidlertid ikke levert attester fra oppdragsgiverne for de utførte oppdragene, verken for de oppdragene som var utført for innklagede, eller for de oppdragene som var utført for andre oppdragsgivere. Klager har dermed ikke levert den dokumentasjonen som var etterspurt fra innklagede for oppfyllelse av kravet om erfaring fra tilsvarende oppdrag. Innklagede hadde da hjemmel i forskriften § 11-10 (2) bokstav g til å avvise klager fra konkurransen. Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen kan dermed ikke føre frem.
- (25) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Erlend Pedersen
gruppeleder (e.f.)

Linda Midtun
rådgiver

Vedlegg:

Kopi til:

Oslo kommune
Utviklings- og
kompetanseenheten

Postboks 6538
Etterstad

0606 OSLO

Norge