



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en rammeavtale for layout og produksjon av magasinet Norsk Politi. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13 (1) bokstav f, ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud. Basert på dette fant klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 15. oktober 2012 i sak 2011/23

Klager: Millimeterpress AS

Innklaget: Politidirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandørs tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Politidirektoratet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. mai 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en rammeavtale for layout og produksjon av magasinet Norsk Politi. Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget punkt 4.2 "*Anslag over omfang*" angitt til å være 800 000 kroner per år eksklusiv merverdiavgift, og totalt for anbudsperioden ble det gitt et anslag på tre til fire millioner kroner over fire år. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 6.5 "*Frist for levering av tilbud*" angitt til å være 12. juli 2010.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.4), "*Kort beskrivelse av anskaffelsens art eller omfang*", fremgikk følgende:

"Trykk og distribusjon av magasinet Norsk Politi. Opplag ca 16.000 eksemplarer, fire utgaver per år, normalt 48 sider, fire farger. Distribuert til alle politidistrikter og enheter, særorgan samt offentlig forvaltning, kommuner, organisasjoner, media og politisk miljø."
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1 "*Om oppdraget*" fremgikk at direktoratet ville ha en samarbeidspartner som leverandør av både design og produksjon for magasinet Norsk Politi, og at tilbyderer måtte levere en helhetlig og samlet løsning. Videre at oppdraget ikke innebar trykking og distribusjon av magasinet.
- (4) I grunnlaget punkt 3, "*Produksjon*", fremgikk det at arbeidene som aktuelle anskaffelse omfattet var inndelt i fem ulike leveranser, som stikkordsmessig var angitt slik:

"1. Planlegging

2. Produksjon av tekst og bilder

3. Layout

4. Sideombrekking og ferdiggjøring

5. Løpende produktutvikling"

- (5) Grunnlaget punkt 3 inneholdt også en nærmere angivelse av hvilke arbeider som konkret hørte til hver av leveransene. For leveranse 2 og 4 fremgikk det følgende:

"Leveranse 2: Layout

- *Layout i tråd med magasinets konsept og visuelle profil*
- *Oppsett av sidespeil med skisse av sidene til hver utgave*

Leveranse 4: Sideombrekking og ferdiggjøring

- *Ombrekking av sider i henhold til magasinets konsept og profil*
- *Ferdiggjøring av elektroniske trykkfiler*
- *Oversendelse av trykkfiler til trykkeriet*
- *Utarbeidelse av elektroniske filer beregnet for nettpublisering"*

- (6) I grunnlaget punkt 4 "Vurderingskriterier" ble følgende opplyst:

"Anbudet er delt inn i fem leveranser. Hver av leveransene vektes slik beskrevet under. Innenfor hver leveranse vektes pris 60 % og kvalitet 40 %.

Leveranse 1 (Vektes 10 %)

Pris: Per time for planlegging/evaluering uavhengig av antall personer

Kvalitet: Dokumentert erfaring med planlegging av magasiner.

Leveranse 2 (Vektes 10 %)

Pris: Per utgave (48 sider) i henhold til beskrivelsen av leveransen

Kvalitet: Arbeidsprøver layout og sidespeil

Leveranse 3 (Vektes 30 %)

Pris: Per ferdig side i henhold til beskrivelsen av leveransen, inklusive fri gjenbruk av tekst og bilder som beskrevet.

Kvalitet: Arbeidsprøver på én større reportasje og en mindre artikkel, utført for annen oppdragsgiver. Begge med tekst og bilder. [...]

Leveranse 4 (Vektes 40 %)

Pris: Per ferdig ombrukket side, inkludert ferdiggjøring i henhold til beskrivelse.

For utarbeidelse av elektronisk fil av magasinet for nettpublisering.

For oversendelse av tekst og bilder.

Kvalitet: Arbeidsprøver på én enkeltside og én dobbeltside redigert med tekst og bilder, utført for annen oppdragsgiver.

Beskrivelse av kapasitet og fleksibilitet for å sikre effektiv gjennomføring av leveransen."

Leveranser 5 (Vektes 10 %)

Pris: Per time for justering og videutvikling uavhengig av antall personer.

Kvalitet: Dokumentert erfaring med justering og videreutvikling av tilsvarende konsepter."

- (7) Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 4.1 "Om rammeavtalen" og punkt 4.2 "Anslag over omfang", at avtaleperioden gjaldt fra høsten 2010 og 24 måneder fra kontraktsignering med mulighet for oppdragsgiver til å forlenge avtaleperioden med inntil to år, ett år av gangen.
- (8) Det kom, etter det opplyste i anskaffelsesprotokollen datert 24. september 2010, inn ni tilbud i konkurransen innen tilbudsfristens utløp, herunder fra Millimeterpress AS (heretter kalt klager) og fra Teft Design AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (9) I valgte leverandørs tilbud var det opplyst at leverandøren hadde lest og forstått alle leveranseområdene, og selskapets tilbudte priser var oppgitt slik i henhold til konkurransegrunnlaget punkt 4 "Vurderingskriterier":

"Leveranse 1 (vektes 10 %)

Pris: kr.[...]

Timeprisen er fast og gjelder også for bestilt arbeid som ikke er omfattet av etterspurte leveranser i konkurransegrunnlaget.

For dokumentasjon på leveranse 1, se sidene 10-11.

Leveranse 2 (Vektes 10 %)

Pris: kr [...] per side = [...] per utgave.

Denne prisen inkluderer sidespeil og layout på alle sider i tråd med magasinet konsept og visuelle profil.

For dokumentasjon på leveranse 2, se sidene 12-15.

Leveranse 3 (Vektes 30 %)

Pris: [...] per side.

Prisen inkluderer:

Reportasjeledelse, journalistiske reportasjer med tekst og bilder etter bestilling fra POD, redaksjonell behandling og desking/redigering og utkast til vinklinger, språkvask, korrektur og kvalitetskontroll, samt oversending av tekst og høyoppløselige trykte bilder for arkivering i POD etter nærmere avtale. Tekst og bilder kan fritt benytte i politiets egne publikasjoner og kanaler som intranett, Internett, trykksaker og visuelle presentasjoner. Prisen baseres på leveranser fra Teft i tråd med dagens nivå, dvs. at Teft håndterer de store sakene.

For dokumentasjon på leveranse 3, se sidene 16-25.

Leveranse 4 (Vektes 40 %)

Pris: kr 0

Prisen på kr [...] per side i leveranse 2 dekker ombrekking. Derfor kan vi sette denne delen av leveransen til kr 0. Vi har ingen tillegg for å produsere pdf'er, være seg til trykkeriet eller for nettpublisering, eller for å sende over filer til trykkeriet.

For dokumentasjon på leveranse 4 og beskrivelse av kapasitet og fleksibilitet, se sidene 26-29.

Leveranse 5 (Vektes 10 %)

Pris: kr 0

I løpet av våre fire år med Norsk Politi har vi hatt et kontinuerlig fokus på å finslipe magasinet. Ettersom vi både er blitt vist tillit til dette arbeidet, og har hatt en felles forståelse for omfang og retning på dette arbeidet, har det vært naturlig for oss å inkludere dette arbeidet i den kontraktsfestede sideprisen.

Skulle vi bli foretrukket som leverandør igjen, fortsetter vi gjerne dette arbeidet til samme pris.

For dokumentasjon på leveranse 5, se sidene 30-31"

- (10) Av klagers tilbud fremgikk det blant annet følgende under punkt 5.3 "Vurderingskriterier":

"5.3.2 Leveranse 2: Layout

I etterkant av planleggingsmøtet utarbeider vi et sidespeil, som inneholder grove skisser for mulige løsninger på reportasjene. I Millimeterpress skiller vi ikke mellom begrepene "sideombrekking" og "layout". Noe av vår sidepris på layout (idé, konsept, med kr [...] pr side) havner da på Leveranse 2, Layout, og resten (utførelse av layout, med kr [...] pr side) havner på Leveranse 3, Sideombrekking.

Pris: Per utgave (48) sider i henhold til beskrivelsen av leveransen [...]

Kvalitet: Se vedlagte arbeidsprøver layout og sidespeil.

[...]

5.3.4 Leveranse 4: Sideombrekking og ferdiggjøring

Pris:

- *Per ferdig ombrukt side, inkludert ferdiggjøring i henhold til beskrivelse. [...]*
- *Utarbeidelse av elektronisk fil av magasinet for nettpublisering (pdf med bla-funksjon). [...]*
- *Oversendelse av tekst og bilder: **inkludert uten vederlag***

Kvalitet:

[...]"

- (11) Klagers tilbud ble avvist fra konkurransen ved brev 3. september 2010. Klager ble etter det opplyste ikke kjent med dette brevet før 4. oktober 2010.

- (12) Tildelingsmeddelelse ble sendt 14. september 2010, og det fremgikk følgende:

"[...]Teft Designerkontor AS i Oslo tildeles leveransen.

Teft scorer maksimalt på kvalitet og har i tillegg levert tilbud på konkurransedyktige priser. Samlet sett kommer derfor Teft ut med det beste tilbudet [...]."

- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev 30. november 2010.

- (14) Innklagede opplyste i brev 28. januar 2011 at kontrakt ble signert 24. september 2010.

- (15) I tilsvaret til klagenemnda av 23. februar 2011 opplyste innklagede følgende:

"Saken gjelder spørsmål om rettmessigheten av Politidirektoratets avvisning av MMPs tilbud i en åpen anbudskonkurranse om trykking og layout av magasinet "Norsk Politi".

Politidirektoratet har ved en fornyet gjennomgang av saken kommet til at det neppe var rettslig grunnlag for å avvise MMPs tilbud i medhold av anskaffelsesforskriften § 20-13 første ledd bokstav f). Direktoratet kan heller ikke se at foretaket av andre grunner skulle eller kunne være avvist, og legger etter dette til grunn at avvisningen ikke var rettmessig.

[...] Selv om MMPs tilbud var blitt tatt i betraktning ville Teft Design AS fortsatt blitt valgt som leverandør.

Politidirektoratet vedlegger evalueringsskjema hvor direktoratet har evaluert MMP i samsvar med evalueringskriteriene for anbudskonkurransen. Som det fremkommer vurderer direktoratet MMP slik at foretakets tilbud samlet kommer ut med 826 poeng mot Teft Design AS' 858 poeng.[...]"

- (16) I evalueringsskjemaet, hvor klagers og valgte leverandørs tilbud ble sammenlignet ut fra evalueringskriteriene, fremgikk at klager under Leveranse 2 fikk 97 poeng, hvor 60 poeng var knyttet til priskriteriet. Valgte leverandør fikk på dette punkt 64 poeng, hvor 24 poeng var knyttet til priskriteriet. Under Leveranse 4 fikk klager 320 poeng, hvor

176 var knyttet til priskriteriet, mens valgte leverandør fikk 390 poeng, hvor 220 poeng var knyttet til priskriteriet. Samlet fikk klager en totalsum på 826 poeng, mens valgte leverandør fikk en totalsum på 858 poeng.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Klager bemerker innledningsvis at innklagede har erkjent at klager feilaktig er avvist fra konkurransen etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (18) Klager anfører for det første at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d, e og/eller f ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud, idet det foreligger et forbehold/avvik i tilbudet som medfører at selskapet kun skal håndtere store oppdrag, jf. tilbudets punkt "*Leveranse 3*". Dette er i strid med konkurransegrunnlaget, hvor det fremgår at det er oppdragsgiver som skal bestemme hvilke saker leverandøren skal levere. Det er ingen opplysninger i konkurransegrunnlaget om at leverandørene skal håndtere de store sakene, eller om hvordan fordelingen mellom store og små saker har vært i tidligere kontrakter. Det eneste som fremkommer er at fordelingen av produksjon mellom innklagede og leverandøren skal være ca. 50/50. Valgte leverandørs avvik/forbehold innebærer en arbeidsbesparelse med en klar priskonsekvens. Dette vil være konkurransevridende til fordel for valgte leverandør. Det vises til at klager har forholdt seg til konkurransegrunnlagets ordlyd, og i sin prising hensyntatt at selskapet trolig skal dekke både små og store saker. Avviket/forbeholdet må etter dette anses vesentlig etter forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Forbeholdet/avviket medfører også tvil om hvordan tilbudet skal rangeres i forhold til de øvrige tilbudene. Det skal svært lite til før avvik/forbehold mot priselementer i konkurransegrunnlaget anses vesentlige og dermed medfører plikt til avvisning, jf. blant annet klagenemndas sak 2007/109. Grunnet avviket/forbeholdet kan det også være tvil om rekkefølgen av leverandørene i konkurransen, og dermed en avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f.
- (19) Klager anfører for det annet at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e og/eller f ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud, idet valgte leverandørs tilbud under Leveranse 2 og Leveranse 4 avviker fra prismodellen i konkurransegrunnlaget. Det vises til at det i konkurransegrunnlaget er oppstilt en prismodell, hvor prosessen med å produsere magasinet er delt opp i fem leveranser, og leverandørene er bedt om å gi priser på hver av de fem leveransene. Konkurransegrunnlaget angir hvilke arbeider som skal prises under hvilke leveranser. Det er videre angitt hvor mange prosent hver enkelt leveranse skal vektas, og leveransene er vektet ulikt. I tilbudet fra valgte leverandør er kostnadene som etter konkurransegrunnlagets ordlyd skal plasseres under Leveranse 4, flyttet til Leveranse 2, og ved dette har valgte leverandør flyttet en prispost som etter konkurransegrunnlaget skulle vektas med 40 prosent til en prispost som kun er vektet med 10 prosent. Det fremholdes at valgte leverandør således kan oppgi en dyrere pris og samtidig få en høyere poengsum. Det vises til at dette er noe annet enn taktisk prising, som klagenemnda behandlet i klagenemndas sak 2011/69, ettersom valgte leverandørs prising ikke er en over- og underprisning av enkelte prisposter, men en forflytning av selve arbeidsprosessen fra en leveranse til en annen. Det er således ikke valgte leverandørs vederlagsfrie prising i henhold til arbeidet med elektroniske trykkfiler under Leveranse 4, klager hevder må medføre avvisning. Hva gjelder klagers

egen prising av Leveranse 4, vises det nettopp til at det er forskjell på å prise deler av en leveranse til kroner 0 og å forflytte en arbeidsprosess med tilhørende pris fra en leveranse til en annen. Klagers angivelse av prisen på oversending av tekst og bilder til kroner 0 får således en reell konsekvens for den faktiske prisen i kontraktsfasen.

- (20) Til slutt bemerker klager at begrepene "*layout*" og "*sideombrekking*" i dagens grafiske bransje brukes om hverandre for å beskrive det samme; Å visuelt sette sammen tekst, bilder og andre grafiske elementer til for eksempel en magasinside. Innklagede burde således ideelt sett slått sammen Leveranse 2 og "*sideombrekking*" i Leveranse 4. Når innklagede imidlertid ikke har gjort dette, må både innklagede og tilbyderne forholde seg til konkurransegrunnlaget. Det bemerkes endelig at det er fullt mulig å skille mellom "*layout*" og "*ombrekking*".

Tildelingsevalueringen

- (21) Subsidiært anfører klager at tildelingsevalueringen er i strid med anskaffelsesregelverket, ved at prisene ikke er gjort sammenlignbare i evalueringen av priskriteriet, idet ombrekkingkostnadene i valgte leverandørs tilbud er vektet med 10 prosent under Leveranse 2 i stedet for med 40 prosent under Leveranse 4. Poengtildelingen gjenspeiler heller ikke de relevante forskjellene mellom leverandørens tilbud. Etter klagers beregninger har klager det beste tilbudet i konkurransen dersom tilbudene sammenlignes på like premisser.
- (22) På bakgrunn av resultatet i saken gjengis ikke ytterligere argumentasjon knyttet til klagers anførsel om brudd på regelverket i tildelingsevalueringen.

Erstatning

- (23) Klager ber klagenemnda uttale seg om erstatningsspørsmålet. Hva gjelder erstatning for den negative kontraktsinteresse, vil klager bemerke at det er klart at selskapet ikke ville inngitt tilbud dersom selskapet visste at innklagede ville unnlate å avvise en konkurrent med et tilbud som inneholdt vesentlige forbehold/avvik. Selskapet ville heller ikke deltatt i konkurransen, dersom selskapet visste at innklagede ville godta avvikende pristilbud, uten å gjøre pristilbudene sammenlignbare.
- (24) Endelig anføres at de feil som foreligger ved gjennomføringen av anskaffelsen medfører et erstatningsansvar for den positive kontraktsinteresse. De ovenfor anførte brudd er vesentlige og det foreligger nødvendig årsakssammenheng mellom bruddene og klagers tap. Det er videre sannsynlighetsovervekt for at klager ville vunnet konkurransen dersom den hadde blitt gjennomført i samsvar med regelverket. Klager har fremlagt alternative beregninger som alle viser at selskapet ville ha vunnet konkurransen dersom den var blitt gjennomført i samsvar med regelverket. Det vises til at dersom valgte leverandør hadde blitt avvist, ville en lovlig evaluering medført at klager hadde hatt det beste tilbudet. Det fremholdes videre at enhver lovlig evaluering av priskriteriet må medføre at tilbudet med lavest totalpris får best poeng på priskriteriet, og klager således hadde hatt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Hva gjelder innklagedes eventuelle faktiske villfarelse ved evalueringen av tilbudene, kan ikke klager se at dette har betydning i saken. At innklagede ikke hadde nok kunnskap om trykkbransjen til å vite at det hadde vært mest praktisk å plassere "*ombrekking*" under Leveranse 2, er uten betydning for vurderingen, idet det ikke er i konkurransegrunnlaget den ansvarsbetingende feilen ligger, men i behandlingen av tilbudet fra valgte leverandør.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (25) Innklagede bestrider at valgte leverandørs tilbud inneholder forbehold/avvik som gir avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1).
- (26) For det første vises det til at valgte leverandørs formulering knyttet til store oppdrag i tilbudets punkt "*Leveranse 3*", ikke kan forstås som et forbehold. Ved vurderingen av om et tilbud inneholder et forbehold/avvik må formålet være å avgjøre om oppdragsgiver kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlaget, jf. presumsjonsprinsippet som er anerkjent i anbudsretten. Innklagede fremholder at formuleringen i valgte leverandørs tilbud må forstås dithen at omfanget av leveransen vil være av den størrelsesorden som det kan forventes ut fra konkurransegrunnlaget, og innklagede kan således kreve oppfyllelse etter konkurransegrunnlaget. Det fremgår videre av tilbudet at valgte leverandør har lest og forstått leveransepunkt 3, og prisen er klart angitt på dette punkt til kroner [...] per side. Sistnevnte er i tråd med konkurransegrunnlagets ordlyd, hvor det fremgår at prisen skal angis per ferdig side, uavhengig av antall artikler eller lengden på hver artikkel. Det vises også til at oppdragsgiver ikke på noe tidspunkt har brukt begrepet "*store saker*", men at det vil være hensiktsmessig at oppdragsgiver selv håndterer mindre oppslag og notiser.
- (27) For det annet bestrides at valgte leverandørs tilbud er avvikende i forhold til konkurransegrunnlaget ved at *Leveranse 4* er priset til 0 kroner, og deler av kostnadene knyttet til denne er lagt inn under *Leveranse 2*. Det gjøres gjeldende at valgte leverandørs prising er grunnlagt, i tråd med konkurransegrunnlagets modell, og ikke skaper uklarheter for oppdragsgiver i evalueringen. Valgte leverandør har således handlet innenfor rammen av hva konkurransegrunnlaget åpner for. En taktisk allokering av kostnader kan ikke anses som et avvik som danner grunnlag for avvisning. Det vises til klagenemndas sak 2011/69, hvor klagenemnda legger til grunn at det må være adgang til å allokere priser i henhold til forskjellige prisposter i konkurransegrunnlaget. Videre omfatter *Leveranse 4* mer enn arbeidet med ombrekking, og valgte leverandør har også tilbudt de resterende elementene under *Leveranse 4* vederlagsfritt. Det fremholdes også at klager selv har foretatt en skjønnsmessig fordeling av sidepris med hensyn til sideombrekking og layout med henholdsvis kroner [...] per side under *Leveranse 2*, og [...] per side under *Leveranse 4*. Dette ut fra at det i utgangspunktet ikke skilles mellom sideombrekking og layout. Klager og valgte leverandør har derfor i praksis gjort det samme, bare med en annen fordelingsnøkkel i forhold til allokering av kostnadene. Videre vises det til at også klager har priset deler av sin *Leveranse 4* til kroner 0. Det gjøres videre gjeldende at hvordan leveransene deles opp i forhold til evalueringen av tilbudene samt vektingen av tildelingskriteriene, ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda og domstolene. Evalueringsmodellen fremstår her som klar og forutberegnelig for alle tilbyderne. Muligheten for å plassere kostnadselementene taktisk var således åpen for alle tilbyderne, ettersom parameterne var oppgitt i konkurransegrunnlaget. At det i ettertid viser seg at *Leveranse 2* og *Leveranse 4* kanskje med fordel kunne vært slått sammen, utgjør ikke et brudd på regelverket.

Tildelingsevalueringen

- (28) Innklagede hevder at tildelingsevalueringen er utført i tråd med anskaffelsesregelverket, og bemerker at oppdragsgiver ifølge klagenemndas praksis har et betydelig rom for

skjønn i vurderingen av forskjeller mellom tilbudene og poengsettingen av disse, jf. klagenemndas saker 2009/192 og 2011/69. Klagers og valgte leverandørs priser er fullt ut sammenlignbare i forhold til inngitte tilbud for hver enkelt leveranse.

- (29) På bakgrunn av resultatet i saken gjengis ikke ytterligere argumentasjon knyttet til denne anførselen.

Erstatning

- (30) Prinsipalt gjøres det gjeldende at det ikke foreligger noen brudd på anskaffelsesregelverket, og at det således ikke foreligger erstatningsgrunnlag for klager. Subsidiært gjøres det gjeldende at klagenemnda ikke har tilstrekkelig grunnlag til at det er hensiktsmessig å kommentere erstatningsspørsmålet. Atter subsidiært gjøres det gjeldende at det uansett ikke foreligger grunnlag for erstatning, verken for den negative eller positive kontraktsinteresse.
- (31) Hva gjelder erstatning for negativ kontraktsinteresse, innebærer dette at en tilbyder vil kunne få erstattet faktiske utgifter knyttet til inngivelsen av et tilbud. Dette forutsetter imidlertid at selskapet faktisk har lidt et tap som følge av inngivelsen av tilbudet. Innklagede kan ikke se at det er sannsynliggjort fra klagers side at selskapet ville avstått fra å inngi tilbud i konkurransen. Dette blant annet basert på at evalueringsmodellen i konkurransen var kjent for klager. På denne bakgrunn kan innklagede ikke se at det foreligger grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse.
- (32) Hva gjelder erstatning for positiv kontraktsinteresse, gjøres gjeldende at det er klager som må sannsynliggjøre at selskapet ville blitt tildelt oppdraget om de anførte feil ikke hadde skjedd. Erstatning for den positive kontraktsinteresse forutsetter at det kan påvises med "*klar sannsynlighetsovervekt*" at klager ville fått tildelt kontrakten om den påberopte feil ikke var begått. Det er en snever adgang for å tilkjenne positiv kontraktsinteresse, jf. blant annet Nucleus-dommen (Rt. 2001 s. 1062). Det kan videre utledes av dette at det må være begått en "*vesentlig feil*", og ved denne vurderingen må det blant annet legges vekt på om oppdragsgiver kan klandres for feilen. Dette må igjen bero på en konkret helhetsvurdering. Videre omfatter vesentlighetskravet ikke bare skyld, men også størrelsen på feilen og typen feil. Rettslig henvises det til EU-domstolens saker C-568/08 "Strabagsaken", og C-314/09 "Combinatiesaken". I herværende tilfelle er det kun én feil som kan anses å foreligge - oppdelingen av leveransene. Innklagede kan ikke se at det er opplagt at oppdelingen av leveransene skulle vært gjort på en annen måte enn i konkurransegrunnlaget, og det må uansett være en viss adgang til å begå feil uten at dette er erstatningsbetingende, særlig sett hen til den begrensede feil som her er gjort. Det er videre her tale om faktisk villfarelse, som i henhold til norsk erstatningsrett i utgangspunktet kan være ansvarsbefriende. Ut fra en forutsetning om "*best intentions*" ved utformingen av konkurransegrunnlaget må et avvik kunne aksepteres, selv om resultatet blir at det beste tilbudet ikke blir valgt. Basert på det ovenstående har ikke klager sannsynliggjort at det foreligger grunnlag for erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av en rammeavtale for layout og produksjon av magasinet Norsk Politi, som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 15 i forskriftens vedlegg 5. Anskaffelsens

verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 4.2 *"Anslag over omfang"* angitt til å være 800 000 kroner per år eksklusiv merverdiavgift, og totalt for anbudsperioden ble det gitt et anslag på tre til fire millioner kroner over fire år. 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 III, jf. forskriften §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).

Hvorvidt valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist

- (34) Klagenemnda bemerker innledningsvis at det kan reises spørsmål ved om aktuelle konkurranse skulle vært avlyst basert på at innklagede i foreliggende sak har valgt å gi de ulike delene av et etterspurt totalarbeid forskjellig vekt i prisevalueringen. Siden dette imidlertid ikke er anført, går ikke klagenemnda nærmere inn på dette her.
- (35) Klagenemnda vurderer først om valgte leverandørs tilbud under punktene *"Leveranse 2"* og *"Leveranse 4"* inneholder *"avvik"* eller *"feil"* fra konkurransegrunnlagets prismodell, som *"kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*, og dermed skulle vært avvist med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav f.
- (36) Klagenemnda har i sin tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud *"kan medføre tvil"* om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2009/281 premiss (21). Det samme er lagt til grunn i Veileder FAD2006 side 165. Når det gjelder vilkåret om bedømmelsestvil *"i forhold til de øvrige tilbudene"*, er det i klagenemndas praksis slått fast at det *"...kun foreligger en avvisningsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene"*, jf. klagenemndas saker 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25).
- (37) I foreliggende sak har innklagede valgt å dele aktuelle anskaffelse inn i fem ulike leveranser, og konkret angitt hvilke arbeider som hører til hver av leveransene. Videre har innklagede under tildelingskriteriene vektet leveransene ulikt, og det var lagt opp til at tilbyderne skulle prise hver av leveransene særskilt. Når det gjelder leveranse 2 og 4 synes partene å være enige om at innenfor dagens grafiske bransje, brukes begrepene *"layout"* og *"sideombrekking"* ofte om hverandre. Nemnda legger likevel til grunn at det er mulig å skille disse to arbeidene fra hverandre, og at det er dette innklagede har gjort i foreliggende sak.
- (38) Valgte leverandør har i sitt tilbud priset Leveranse 4 til kroner 0, og angitt at: *"Prisen på kr [...] per side i leveranse 2 dekker ombrekking. Derfor kan vi sette denne delen av leveransen til kr 0."* Valgte leverandør har således flyttet arbeidet med *"ombrekking"* og prisingen av dette fra Leveranse 4 (det var her dette arbeidet ifølge konkurransegrunnlaget skulle vært priset) til Leveranse 2. Dette innebærer at ombrekkingsarbeidet i leveransen har en kostnad, men fordi dette er inkludert i det arbeidet som er priset i Leveranse 2 er kostnaden satt til kroner 0 i Leveranse 4. Hva den konkrete kostnaden for *"ombrekking"* er, er det således ikke mulig for innklagede å utlede av de opplysningene valgte leverandør har gitt i sitt tilbud. Slik nemnda oppfatter det, har det heller ikke vært mulig for innklagede å selv prissette dette arbeidet. Dette innebærer at innklagede for det første ikke er i stand til å vurdere kostnaden for ombrekking med 40 prosent vekt i evalueringen av prisen på Leveranse 4. Innklagede vil heller ikke være i stand til å vurdere prisen uten ombrekking i Leveranse 2 med 10 prosent vekt. Valgte leverandørs tilbudspris på disse to leveransene er dermed ikke

mulig å bedømme i forhold til de øvrige tilbudene. Dette "*kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene*", og innklagede har dermed brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav f ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud på dette grunnlag.

Erstatning

- (39) Basert på innklagedes uttalelser om at også klager i sitt tilbud, etter innklagedes oppfatning, har priset sine arbeider med en annen kostnadsallokering enn konkurransegrunnlaget legger opp til, velger klagenemnda å ikke ta stilling til hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndforskriften § 12, hvor det fremgår at nemnda kun har en rett, men ingen plikt til å uttale seg om dette.

Konklusjon:

Politidirektoratet har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav f, ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

Bergen, 15. oktober 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl