

Saken gjelder: Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Avlysning/totalforkastelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelloppdrag for helhetlig utvikling av den gamle veterinærhøgskolen på Adamstuen i Oslo. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 19-1 (2), ved å ikke følge forskriftens krav om at opsjonen klart skal angi hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.

Klagenemndas avgjørelse 18. juni 2024 i sak 2023/1223

Klager: Arkitektbedriftene i Norge

Innklaget: Oslo kommune v/ Oslobygg KF

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Hallgrim Fagervold og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

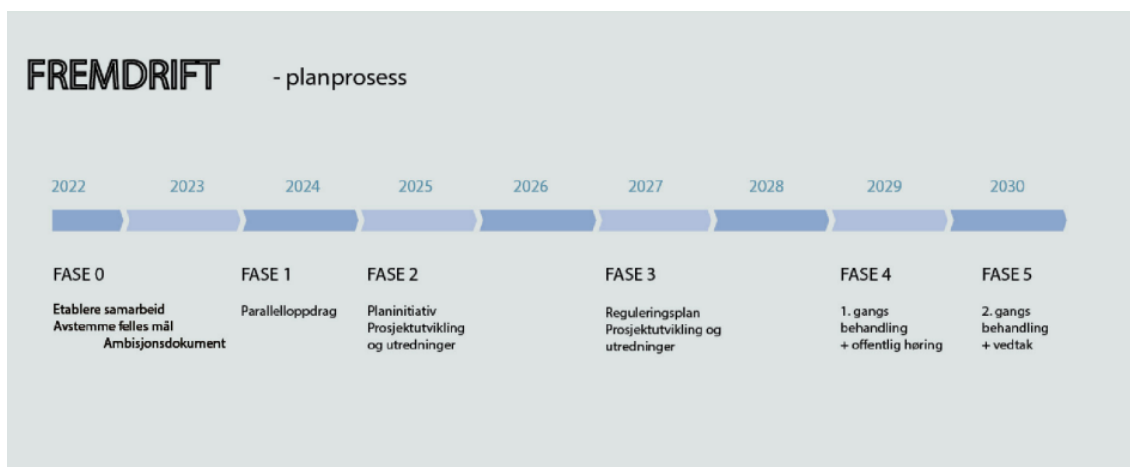
- (1) Oslobygg KF kunngjorde 20. september 2023 en åpen anbudskonkurranse på vegne av Oslo kommune v/Oslobygg KF (heretter *innklagede*) og Linstow AS. Anskaffelsen gjaldt parallelloppdrag for helhetlig utvikling av den gamle veterinærhøgskolen på Adamstuen i Oslo, som innklagede eier sammen med Linstow AS. I konkurransegrunnlaget punkt 1.5.2 ble det angitt at valgte leverandører skulle honoreres med 500 000 kroner ekskl. mva. hver. Det skulle velges inntil fire leverandører i henhold til punkt 1.5.1. I forbindelse med spørsmål og svar, endret innklagede dette til at det skulle inngås kontrakt med tre leverandører, med en honorering på 700 000 kroner ekskl. mva. per leverandør. Det var videre inntatt en opsjon med anslått verdi på 2-3 millioner kroner. Tilbudsfrist var 25. oktober 2023.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at anskaffelsens formål var å utforske hvilke muligheter «eksisterende eiendom med tilhørende bygningsmasse gir». Dette innebar å «få svar på hva byggene og tomten tåler av utvikling og hvordan ambisjoner og mål kan realiseres i en helhetlig plan». Det ble også påpekt at parallelloppdraget ikke kom til å gi et endelig svar på hvordan eiendommen skulle utvikles. Parallelloppdraget ville likevel være «et viktig kunnskapsgrunnlag for medvirkning, planinitiativ og konseptvalgutredning Oslo kommune skal gjennomføre knyttet til de aktuelle formålsbygg som skal innplasseres på eiendommen».
- (3) Anskaffelsens formål var nærmere beskrevet i leveransebeskrivelsen punkt 2.2:

«(...) Slik sett ønsker vi i denne fasen å «snu» tankegangen litt fra å først utrede behovet og så sjekke ut om behovet får plass til heller å undersøke hva eiendommen og byggene egner seg til og så prioritere behovet med dette som bakgrunnsteppe. Målet med parallelloppdraget for Oslo kommune er å få innsikt i konsekvenser av å prioritere ulike kommunale formål inn på eiendommen. (...) Videre ønsker både Oslobygg og Linstow å få innsikt i potensialet for synergier mellom ulike formål – både offentlige, private og frivillige. (...)

(...)

I tillegg til å være kunnskapsgrunnlag for kommunens konseptvalgutredning vil resultatet fra parallelloppdraget være grunnlag for den formelle planprosessen der utarbeidelsen av planinitiativ vil være første leveranse (...)»

- (4) Det fremgikk av invitasjonen til parallelloppdrag at innklagede ønsket en helhetlig utvikling av eiendommen, og at løsningsforslaget for parallelloppdraget skulle inkludere fellesarealer/kjellere/logistikk, erstatningsskole, videregående skole, barneskole med fire trinn, flerbrukshall, kulturarealer, arealer til produksjon og visning av kunst, bibliotek, omsorg + boliger og sykehjem, minigjenbruksstasjon, kunstgressbane, samt grøntområde og park.
- (5) Til leveransebeskrivelsen punkt 2.2 var det lagt ved en figur av tentativ fremdriftsplan for gjennomføring av parallelloppdraget og videre prosess frem til vedtatt regulering av hele eiendommen:



- (6) I leveransebeskrivelsen punkt 2.3 var hensikten med parallelloppdraget oppsummert slik:

«Hensikten med parallelloppdraget er å utforske mulighetsrommet for fremtidig utvikling på DgV. Leveransen skal være et grunnlag for videreutvikling og ikke endelig løsning. Parallelloppdraget skal vise hvordan de fire innsatsområdene og de 12 målene beskrevet i ambisjonsdokumentet kan nås, men også vise eventuelle målkonflikter som innspill til justering/ revidering av målene.

Leveransen skal brukes som grunnlag for planinitiativ, som kunnskapsgrunnlag for kommende konseptvalgutredninger i kommunal regi og som grunnlag for høringsinnspill til kommuneplanens arealdel som nå er på høring»

- (7) I ambisjonsdokumentet var det listet opp fire overordnede innsatsområder. De fire innsatsområdene var et helsefremmende sted, en bærekraftig bytransformasjon, synergier fra flerfunksjonalitet og samarbeid og involvering for en levende utvikling. Visjonen og innsatsområdene skulle oppfylles gjennom 12 mål.
- (8) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.5.1 at konkurransen skulle gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse.
- (9) Tildeling av kontrakt skulle skje basert på hvilket tilbud som hadde best kvalitet basert på tildelingskriteriene «Oppdragsforståelse» (vektet 70 prosent) og «Nøkkelpersoner og tilbudt team» (vektet 30 prosent).

- (10) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.5.3 at oppdragsgiver forbeholdt seg retten til å utløse opsjon «*med hele teamet til én av de fire leverandørene, deler av leverandørens team eller arkitekten fra denne leverandøren*». Leverandøren måtte være «*forberedt på at videre arbeid med å utvikle konseptet vil kunne inkludere løsninger fra en eller flere av de øvrige innleverte besvarelsene på paralleloppdraget*».
- (11) Samme sted ble det påpekt at omfanget og tidsperspektiv for leveransen i opsjonsperioden ville være «*gjenstand for nærmere avtale med Oppdragsgiver*». Det ble videre vist til at det i denne sammenheng kunne være «*aktuelt å engasjere for arbeid for begge grunneiere sammen, men også mulig oppdrag for grunneiere hver for seg*».
- (12) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var det stilt følgende kriterier for å vurdere hvilken av de fire leverandørene som fikk utløst opsjon, hvis opsjon ble utløst:

Kriterium	Dokumentasjonskrav
Leveranse paralleloppdrag	<i>Ingen dokumentasjonskrav i innlevert tilbud</i> Oppdragsgiver evaluerer levert paralleloppdrag iht. beskrivelse i Vedlegg 1 Leveransebeskrivelse paralleloppdrag som dokumentasjon på dette tildelingskriteriet.
Timepriser for tilbudte stillingskategorier dersom opsjon utløses	<i>Dokumentasjonskrav i tilbudet</i> Det skal legges ved timepris for de ulike fag/ stillingskategorier som inngår i Leverandørens team som er nødvendig for å levere i opsjonsperioden. Dette inkluderer også eventuelle fag/ stillingskategorier som ikke inngår i Leverandørens team som besvarer paralleloppdraget, ref. punktet om tilbudte nøkkelpersoner for opsjonsfasen beskrevet i raden under i denne tabellen.
Tilbudte nøkkelpersoner for opsjonsfasen	<i>Dokumentasjonskrav i tilbudet</i> I den grad andre nøkkelpersoner skal delta i opsjonsfasen, men ikke inngår i Leverandørens team som leverer paralleloppdraget, bes det spesifisert med CV hvem som vil inngå i Leverandørens team dersom opsjonen utløses. Dette dokumenteres med CV for hver nøkkelperson (maksimalt to (2) A4-sider per CV). Nøkkelpersonenes erfaring fra relevante og sammenlignbare prosesser med overføringsverdi til dette oppdraget i opsjonsperioden skal dokumenteres.

- (13) I leveransebeskrivelsen punkt 5 var det stilt krav til leveransen og vurdering:

«(...)

Som oppstart på leveransen vil det gjennomføres et felles oppstartseminar for de fire som velges som leverandører av paralleloppdraget. Videre vil det gjennomføres separate

midtveisseminar med hver enkelt leverandør. Hver leverandør bes også om å presentere sin leveranse ved leveransedato.»

- (14) Det fremgikk av leveransebeskrivelsen punkt 6:

«Oppdragsgiver vil bruke resultatet fra evalueringen av parallelloppdraget, inkludert prosessen med midtveisseminar og presentasjon av sluttleveranse, for å vurdere om og i så fall med hvem vi ønsker å utløse opsjon om videre arbeid med. I tillegg vil også timeprisene og CV til eventuelle nøkkelressurser som ikke var med i teamet for å løse parallelloppdraget gitt i tilbudet inngå i vurderingen om å utløse opsjonen. Dette er beskrevet nærmere i Konkurranses grunnlagets kapittel 4.»

- (15) Videre fremgikk det at dersom opsjonen ble utløst ville oppdragsgiver «vurdere omfanget av arbeidet som utløses av opsjonen». Videre ble det påpekt at det «i denne sammenheng [kan] være aktuelt å engasjere for arbeid for begge grunneiere sammen, men også mulige oppdrag for grunneierne hver for seg».

- (16) En av leverandørene stilte spørsmål til opsjonen 29. september 2023. Det ble bedt om at innklagede enten fjernet opsjonen eller kunne garantere oppdrag for en av de tre leverandørene som vant konkurransen. Til dette svarte innklagede følgende:

«En opsjon gir oppdragsgiver en rett, men ingen plikt, til å anskaffe en ytelse. Bruk av opsjoner kan være hensiktsmessig der oppdragsgivers behov er usikkert.

Det er stor usikkerhet knyttet til videre formell reguleringsprosess og utvikling av eiendommen. I Statsbyggs tidligere dialog med PBE ifm. salg av tomten antydte PBE ønske om felles regulering for hele eiendommen, både den delen Oslo kommune eier og den delen Linstow eier. I foreliggende utkast til arealdel er det foreslått Konsolideringsområde 1 for tomten. Dette tilsier i mindre grad behov for felles regulering. Hvorvidt Oslo kommune, ved Oslobygg, og Linstow AS vil gå videre med felles regulering eller ei vil derfor være usikkert. Det felles utarbeidde Ambisjonsdokumentet baserer seg imidlertid på en slik felles prosess, som anses planfaglig mest optimalt for en helhetlig utvikling.

Samtidig ønsker vi å åpne for muligheten for videre arbeid basert på forutberegnelige kriterier gitt allerede i utlysningen. Oslo kommune må følge offentlig anskaffelsesverk. Linstow AS kan i mye større grad selv velge samarbeidspartnere ut fra kommersielle hensyn. Med opsjonen, slik den er utformet med den forutberegneligheten som gis i tilbudsgrunnlaget, konkurrerer tilbyderne på likt grunnlag om videre arbeid, selv om det er usikkert om opsjonen utløses.

Dette er grunnen til at vi har valgt formen opsjon på videre arbeid da videre arbeid også i stor grad er usikkert fra oppdragsgivers side.

Parallelloppdraget som er utlyst har ikke form og innhold som en plan- og designkonkurranse. Dette er altfor tidlig. Parallelloppdraget skal utforske mulighetsrommet på tomten som grunnlag for videre plan- og designarbeid.»

- (17) Arkitektbedriftene i Norge (heretter klager) sendte brev til innklagede 29. september 2023. Det ble avholdt et felles møte med innklagede 11. oktober 2023. Den 12. oktober 2023 sendte klager og Norske Arkitekters landsforbund (NAL) en anmodning om å endre

betingelsene i konkurransen. Det ble særlig vist til at opsjonen ikke ga noe forutsigbarhet for leverandørene.

- (18) Innklagede publiserte en presisering av omfanget av opsjonen i Merccell 16. oktober 2023:

*«Omfang og tidsperspektiv for leveranse i opsjonsperioden vil være gjenstand for nærmere avtale med Oppdragsgiver. Det kan i denne sammenheng være aktuelt å engasjere for arbeid for begge grunneiere sammen, men også mulige oppdrag for grunneiere hver for seg. **Opsjonen som eventuelt utløses strekker seg fra levert parallelloppdrag til og med gjennomført oppstartsmøte med PBE. Dette tilsvarer fase 2 i figur 3 Tentativ fremdriftsplan på side 6 i Leveransebeskrivelsen.**»*

- (19) I samme dokument ble det også presisert hvem innklagede kunne utløse opsjon med:

*«Oppdragsgiver presiserer at opsjonen kan utløses for hele teamet til én av de fire leverandørene, deler av denne leverandørens team eller **arkitektteam (arkitekt og landskapsarkitekt)** fra denne leverandøren. Dette sikrer at kjerneteamet, slik NAL har vært med å spesifisere, kan velges i sin helhet eller enten suppleres med hele teamet som har levert konkurransen (gitt at de velges) eller kan suppleres med øvrige spesialrådgivere i videre arbeid.»*

- (20) Innen tilbudsfristen var det kommet inn tilbud fra totalt 28 leverandører. Tre av disse leverandørene ble valgt ut.

- (21) Meddelelse om tildeling ble sendt til leverandørene 4. desember 2023. Kontrakt ble inngått 20. desember 2023.

- (22) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. juni 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede har brutt forskriften § 19-1 (2) ved å innta en opsjon i kontrakten som ikke angir klart hva opsjonen går ut på, i hvilket omfang og på hvilke vilkår, og som åpner for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret. Opsjonen oppfyller ikke klarhetskravet i forskriften § 19-1 (2), ettersom innklagede ikke tydelig har beskrevet hva som skal til for at opsjonen utløses eller om det i det hele tatt utløses opsjon. Det er heller ikke forklart hva opsjonen eventuelt vil bestå i, eller overfor hvem opsjonen eventuelt utløses. Innklagede har gitt seg for stort spillerom, og spillerommet går utover rammen for endringsklausuler. Opsjonen åpner også for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret. Slik klager ser det, består konkurransen i realiteten av to ulike oppdrag som lyses ut samtidig. Opsjonen er ingen naturlig forlengelse av parallelloppdraget, og utgjør i realiteten hovedkontrakten.

- (24) Innklagede har brutt kravene til konkurranse, forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4 ved å kunngjøre parallelloppdraget og opsjonen som én anskaffelse.

- (25) Innklagede har brutt forskriften § 18-1 (6) ved å oppstille en uegnet evalueringsmodell for opsjonen. Evalueringsmodellen for utløsning av opsjonen er uegnet til å identifisere tilbyderer som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet på arbeidet, ettersom «tilleggs konkurransen» blir en konkurranse mellom tre leverandører som er anskaffet på

andre kriterier enn de som er oppstilt for opsjonen. Pris er for eksempel ikke et tildelingskriterium i den «*opprinnelige konkurransen*».

- (26) Innklagede skulle avlyst konkurransen, ettersom endringsklausulen og konkurransegrunnlaget kan ha påvirket deltakelsen. Opsjonen utgjør hoveddelen i anskaffelsen, og siden det er usikkert om opsjonen vil bli utløst er det vanskelig for leverandører å beregne ressursbruk og sette opp team som passer til anskaffelsen. Det vil derfor kunne være leverandører som har valgt å avstå fra å delta. Innklagede har ikke mulighet til å rette feilen på andre måter enn ved å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Innklagede bestrider at opsjonen er i strid med forskriften § 19-1 (2). Det fremgår av konkurranseokumentene hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta i beskrivelsen av rådgivningen som vil være aktuell ved opsjonsløsning, jf. blant annet konkurransegrunnlaget punkt 1.5.3 og leveransebeskrivelsen punkt 6. Det er også beskrevet hvilket omfang og på hvilke vilkår som gjelder for opsjonen. Opsjonen, etter dialog med bransjen under konkurransen, er begrenset til prosjektets fase 2 i figur 3 Tentativ fremdriftsplan på side 6 i leveransebeskrivelsen. Det er også oppgitt hvilke mulige kontraktgrunnlag som vil kunne regulere opsjonsarbeidet i konkurransegrunnlaget punkt 1.5.
- (28) Innklagede kan ikke se at utløsning av opsjonen åpner for at anskaffelsens overordnede karakter blir endret, jf. forskriften § 19-1 (2). Rådgivningsarbeidet som skal utføres i opsjonstiden er direkte knyttet til tilbudte team og de innleverte besvarelsene fra parallelloppdraget, se konkurransegrunnlaget punkt 1.5.3.
- (29) Innklagede bestrider at det foreligger brudd på de grunnleggende prinsippene i loven, i tillegg til forskriften del III. Opsjonen kan ikke anses som en ny konkurranse som skulle vært kunngjort i henhold til forskriften del III. Opsjonen er i overensstemmelse med de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling.
- (30) Innklagede bestrider at evalueringsmodellen er uegnet til å evaluere tilbudene. Evalueringsmodellen er ikke uegnet for utløsning av opsjon, ettersom kriteriene ikke er å anse som tildelingskriterier i en konkurranse, men forutberegnelige utvelgelseskriterier for opsjon.
- (31) Det foreligger ikke plikt til å avlyse konkurransen. Konkurransen er gjennomført i tråd med anskaffelsesregelverket. Det var kommet inn 28 tilbud innen tilbudsfristen, og det viser at et stort antall leverandører i markedet har forstått og akseptert konkurransens innhold. Det har formodningen mot seg at opsjonen kan ha påvirket deltakelsen i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager er bransje- og arbeidsgiverorganisasjon for praktiserende arkitekter, landskaps- og interiørarkitekter i Norge. Klagenemnda har lagt til grunn at interesseorganisasjoner kan ha selvstendig klagerett i tilfeller hvor organisasjonen har tilknytning til anskaffelsen, se klagenemndas sak 2010/12 avsnitt 13-15 og sak 2008/142 avsnitt 20. Forutsetningen er at organisasjonen representerer mulige leverandører i markedet konkurransen gjelder. Den aktuelle anskaffelsen retter seg blant annet mot yrkesgruppen arkitekter, og klager har fått flere henvendelser fra medlemmer vedrørende utformingen av konkurransen.

Klager representerer dermed potensielle leverandører i markedet konkurransen retter seg mot, og har derfor saklig interesse i å få avgjort spørsmålet om opsjonen er lovlig. Klagenemnda finner derfor at klager må anses for å ha rettslig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

- (33) Konkurransen gjelder et parallelloppdrag for helhetlig utvikling av den gamle veterinærhøgskolen på Adamstuen i Oslo, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 700 000 kroner til hver av tre leverandører. Dette utgjør totalt 2,1 millioner kroner. Verdien på opsjonen var estimert til 2-3 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (34) Klagenemnda skal ta stilling til om opsjonen er i strid med forskriften § 19-1 (2).
- (35) Utgangspunktet etter forskriften § 19-1 (2) første punktum er at oppdragsgiver kan fastsette endringsklausuler, herunder opsjoner. Endringsklausulen må klart angi «*hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår*», jf. forskriften § 19-1 (2) andre punktum. Andre punktum stiller dermed krav om at endringsklausulene klart fremgår av anskaffelsesdokumentene, slik at leverandørene blir gjort kjent med hvilke endringer som kan forekomme etter kontraktsinngåelse. Leverandørene kan dermed ta stilling til om de ønsker å delta i konkurransen og hvordan de ønsker å utforme tilbudet.
- (36) Forskriften § 19-1 (2) er en kodifisering av EU-domstolens praksis, der det oppstilles et klarhetskrav for endringsklausuler av hensyn til likebehandling og gjennomsiktighet, se blant annet EU-domstolens sak C-340/02 (*Kommisjonen mot Frankrike*) avsnitt 34 og C-496/99 avsnitt 120 flg. Formålet med bestemmelsen er å legge til rette for at oppdragsgiver har fleksibilitet til å tilpasse kontrakten under kontraktsperioden. Klarhetskravet i andre punktum skal forhindre at oppdragsgiver får et ubegrenset spillerom, jf. fortalen til direktiv 2014/24/EU avsnitt 111.
- (37) Bestemmelsen stiller i utgangspunktet svært strenge krav til endringsklausuler, ettersom oppdragsgiver «*klart*» skal angi hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Dette utgangspunktet er lagt til grunn av både Thue og Dragsten.¹ Trygstad og Bakken fremholder at «*[s]ett i lys av klarhetskravet [må omfanget og arten av eventuelle endringer og betingelsene for deres anvendelse] fremgå på en slik måte at alminnelige oppegående tilbydere kan forstå klausulens nøyaktige rekkevidde og tolke innholdet på samme måte*».²
- (38) Spørsmålet for klagenemnda er om opsjonen klart angir «*hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår*». Dette er kumulative vilkår som alle må være oppfylt for at opsjonen skal være lovlig.
- (39) Når det gjelder det første vilkåret, er det et krav om klargjøring av hvilke endringer som kan følge av opsjonen i forhold til parallelloppdraget. Det er imidlertid i liten grad konkretisert i konkurransegrunnlaget idet det eneste som fremgikk av konkurransegrunnlaget, var at det i punkt 1.5.3 var vist til «*videre arbeid med å utvikle*

¹ Anders Thue, Anne Buan, Kristine Røed Brun og Sofia Lazaridis, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser*, 2018, s. 1023, og Marianne Dragsten sin lovkommentar til anskaffelsesforskriften § 19-1 (2).

² Kristian Jätog Trygstad og Espen Bakken, *Offentlige kontakter Aktuelle temaer*, 1. utgave, 2020, s. 205.

konseptet». Men noen nærmere konkretisering av hva dette «*videre arbeidet*» i realiteten skulle bestå i, fremgikk ikke.

- (40) Det at innklagede kunne velge om arbeidet skulle baseres seg på «*en eller flere*» av parallelloppdragene, gjør det ytterligere uklart hva arbeidet kunne bestå i siden ingen på forhånd kunne vite resultatet av parallelloppdragene eller hvilke kriterier innklagede ville legge til grunn for valg av den eller de løsninger som eventuelt skulle legges til grunn for arbeidet. Det at innklagede i tillegg kunne velge fagpersoner eller teamsammensetninger som skulle være med i arbeidet, gjør innholdet i det videre arbeidet, ytterligere uklart. Det samme gjør det forhold at innklagede kunne velge om arbeidet skulle utføres for innklagede alene eller for de to grunneierne sammen, og at det kunne være aktuelt å anvende enten NS 8402 eller NS 8401 på arbeidet.
- (41) Omfanget av opsjonen er heller ikke tilstrekkelig klarlagt. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.5.3 at omfanget og tidsperspektivet for leveranse i opsjonsperioden ville være «*gjenstand for nærmere avtale*». Etter møtet med klager og NAL fremkom det at prosjektets andre fase tentativt skulle gjennomføres i 2025 og 2026. Selv om dette gir leverandørene en noe mer konkret tidsangivelse for opsjonsperioden, fremstår det likevel ikke klart hvor mye ressurser som skulle legges i arbeidet ved eventuell utløsning av opsjonen. Dette forsterkes ved at det var usikkert hvilke personer hos tilbyderne innklagede ønsket skulle være med videre.
- (42) Når det gjelder vilkår for opsjonen, så fremgikk det ikke av konkurransegrunnlaget noen nærmere bestemmelser om det slik at innklagede i realiteten står helt fritt til å vurdere om man ville utløse opsjonen eller ikke.
- (43) Derimot var det i konkurransegrunnlaget punkt 4.2 gitt tre kriterier for å vurdere hvilken leverandør som eventuelt ville få utløst opsjon, dersom den ble gjort gjeldende. Kriteriene knyttet seg til leveransen av parallelloppdraget, timepriser for tilbudte stillingskategorier dersom opsjon utløses og tilbudt nøkkelpersoner for opsjonsfasen. Nemnda forstår imidlertid dette som tildelingskriterier og ikke som vilkår for utløsning av opsjonen.
- (44) Etter nemndas syn åpner opsjonen etter dette i realiteten for en ny kontrakt med nye arbeider og nye personer involvert. Slik saken er opplyst for nemnda, gjelder parallelloppdraget en mulighetsstudie, mens opsjonen gjelder videre rådgivning og utredning frem mot mer konkret plan/reguleringsarbeid. Nemnda er derfor enig med klager i at opsjonen ikke er en naturlig forlengelse av parallelloppdraget, og at opsjonen i realiteten er en ny anskaffelse. Dette blir tydeliggjort ved at det er lagt opp til en egen konkurranse for opsjonen der oppdragsgiver åpner for at leverandørene kan tilby andre nøkkelpersoner enn for parallelloppdraget, og at leverandørene skal evalueres basert på sin løsning av parallelloppdraget. For den leverandør som eventuelt vil bli valgt ut, vil også verdien på opsjonen langt overstige verdien av parallelloppdraget for leverandøren.
- (45) Kravene som gjelder for endringsklausuler, tar sikte på å motvirke at oppdragsgivere forsøker å unngå kunngjøring av nye konkurranser gjennom vide og generelle endringsklausuler. Etter nemndas syn kan ikke det som her i realiteten er en ny konkurranse, hjemles i en endringsklausul i form av en opsjon.
- (46) Forskriften del V har egne regler for plan- og designkonkurranser som gir mulighet for å få utarbeidet et planleggingsarbeid gjennom en konkurranse. Her er det også åpnet for at vinnerne eller vinneren av konkurransen tildeles en tjenestekontrakt. Brukes reglene for

plan- og designkonkurransen, kan en slik tjenestekontrakt inngås uten kunngjøring, jf. § 8-17 (5) bokstav a. Konkurransen i vår sak er imidlertid utlyst som en åpen anbudskonkurranse, ettersom innklagede mente at det var for tidlig å lyse ut konkurransen som en plan- og designkonkurranse. Reglene i forskriften del III åpner ikke for noe tilsvarende som del V, når det gjelder å utforme oppdraget som en konkurranse der vinneren får en ny kontrakt.

- (47) Klagenemnda er etter dette kommet til at opsjonen ikke klart angir hvilke endringer innklagede kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Dette utgjør et brudd på forskriften § 19-1 (2).
- (48) Oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått feil som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, og feilen har påvirket dem som har deltatt eller hatt betydning for utfallet av konkurransen, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/277 avsnitt 49.
- (49) Det kom inn 28 tilbud innen tilbudsfristen, og innklagede har vist til at det derfor har formodningen mot seg at opsjonen har påvirket deltakerinteressen. Klagenemnda legger likevel til grunn at opsjonen slik den er utformet, kan den ha påvirket deltakelsen i konkurransen, og viser til klagers opplysning om at opsjonsbestemmelsen kan ha påvirket deltakerinteressen særlig fordi mindre leverandører kan ha unnlatt å inngi tilbud. Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning. Klagegebyret skal tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (50) Som følge av det resultat klagenemnda er kommet til, behandles ikke klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Oslobygg KF har brutt anskaffelsesforordningen § 19-1 (2), ved ikke å følge forordningens krav om at opsjoner klart skal angi hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår.

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur