



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: *Avvisning av tilbud, De generelle kravene i § 4, Tildelingsevaluering, Anskaffelsesprotokoll*

Innklagede gjennomførte en anskaffelse etter forskriften del I, for inngåelse av rammeavtale om SMS-varslingsjeneste for de videregående skolene i Vestland fylkeskommune. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fordi det ble mottatt etter utløpet av tilbudsfristen. Klagers anførsler knyttet til anskaffelsesprotokoll førte ikke frem. Klagers øvrige anførsler ble ikke tatt stilling til.

Klagenemndas avgjørelse 15. september 2020 i sak 2019/455

Klager: Transponder AS

Innklaget: Vestland fylkeskommune (tidligere Hordaland fylkeskommune)

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Vestland fylkeskommune (heretter *innklagede*) inviterte 31. mai 2019 to leverandører til å levere tilbud i konkurranse etter forskriften del I for inngåelse av rammeavtale om SMS-varslingsjeneste for de videregående skolene i Vestland fylkeskommune. Rammeavtalen skulle inngås for en periode på ett år, med opsjon for forlengelse på ett år. Anskaffelsens verdi var estimert til å være under 1,3 millioner kroner ekskl. mva.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 fremgikk det at tilbudsfristen for konkurransen var 10. juni 2019 kl. 12.00. Av punkt 4.2 i konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilbudet skulle leveres per e-post til oppdragsgiver sin kontaktperson. E-postadressen var oppgitt i konkurransegrunnlaget punkt 1.2.
- (3) Tildelingskriteriene for kontrakten var ifølge konkurransegrunnlaget punkt 3.2 «pris» (70 prosent) og «kvalitet» (30 prosent). Av vedlegget til konkurransegrunnlaget «*Leverandør si skildring av leveransen*», fremgikk følgende av punkt 2:

«Nedanfor er krav til løysinga spesifisert. Tilboda vil verte evaluert på grunnlag av Leverandør sine svar i Vedlegg B og tilbodne prisar i Vedlegg C.

Krava for anskaffinga er delt inn i A-krav og B-krav (angjeven i kolonne «Type krav»). Alle A-krav skal enten bekreftast eller avkreftast i Vedlegg B. Tilbod som ikkje tilfredsstiller alle absolutte krav, vil bli avvist.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Andre krav som skal evaluerast og scoresettast er merka med B i kolonne «kravstype». Desse krave må leverandøren skildre i kolonnen «Tilbydar si skildring». Godheita av skildringa vil danne grunnlag for den score svaret oppnår.»

- (4) Av punkt 2.1 «Krav til kvalitet» i samme vedlegg, fulgte det en liste over ti «minimumskrav» («A-krav») til leveransen, og to «evalueringskrav» («B-krav»). Følgende var angitt som evalueringskrav:

«Tilbyder bør skildre den tilbudte løsnings mulighet for tilgangsstyring, funksjonalitet og brukevennlighet, samt muligheter for enkel bruk av filtreringsfunksjoner og organisering av ulike gruppesammensetninger (eks. skolenivå, klassenivå, fagnivå) ved utsending av SMS.

Utover en skriftlig skildring ønsker vi også at tilbyder gjennomfører en kort presentasjon av den tilbudte løsnings teknisk funksjonalitet og brukevennlighet via videokonferanse.

Vi vil kalle inn til en slik presentasjon i etterkant av at det skriftlige tilbudet er mottatt.

Leverandøren skal beskrive sine sikkerhetstiltak og rutiner i forbindelse med avvik –og personvernhandtering (innbefatter også rutiner for sletting av data)».

- (5) Innen tilbudsfristen, mottok innklagede tilbud fra Transponder AS (heretter klager).
- (6) Innklagede sendte e-post til Mobilskole AS 12. juni 2019:

«Vi kan ikke se at vi har mottatt nytt tilbud fra dere i denne runden. Er det slik at dere likevel ikke ønsker å levere?»

- (7) Mobilskole AS besvarte e-posten samme dag, og hevdet tilbudet hadde blitt sendt 9. juni 2019. Mobilskoles tilbud datert 10. juni 2019 ble samtidig oversendt.

- (8) Av anskaffelsesprotokollen datert 8. juli 2019, fremgikk det følgende om innhenting av Mobilskoles tilbud:

«Tilbudet frå Mobilskole var ikkje motteke på e-post innan tilbudsfristen gjekk ut den 10. juni kl. 12:00. Når vi kontakta leverandør vart det hevda at dette var sendt innan fristen og at det såleis var tekniske problem eller filtrering som gjorde at tilbudet ikkje nådde fram. Med bakgrunn i at vi kun mottok tilbod frå ein ytterlegare leverandør (utover tilbudet frå Transponder) var alternativet å la Mobilskole ettersende sitt tilbod eller å avlyse konkurransen.

Med bakgrunn i ei heilheitleg vurdering vart det beslutta at det var lite hensiktsmessig å avlyse, og Mobilskole fekk såleis anledning til å ettersende sitt tilbod.»

- (9) I tildelingsbrev av 5. juli 2019 meddelte innklagede at kontrakt vil bli tildelt Mobilskole AS (heretter valgte leverandør). Av brevet fremgikk det at klager hadde oppnådd 5,88 poeng for tildelingskriteriet «Pris», og 6 poeng for tildelingskriteriet «Kvalitet». Valgte leverandør fikk 6 poeng for «kvalitet», og 5,92 poeng for «pris».

- (10) Deretter var det inntatt følgende begrunnelse for tildelingen:

«Tilbydarane leverte begge høg kvalitet i høve våre behov, og fekk god uttelling både kva gjeld moglegheit for tilgangsstyring, funksjonalitet, sikkerheit og brukarvennlegheit.

Konkurransen vart gjennomført med ei stor grad av «skal» krav (A krav) som begge leverandørane oppfylte. På evalueringskriteria leverte også begge leverandørane fullgode løysingar ihht. våre krav, noko som i praksis gjorde det vanskeleg å skilje dei tilbodne løysingane. Begge leverandørane har fått karakteren 6 på tildelingskriteriet «kvalitet».

Prismessig var det også svært tett mellom dei aktuelle tilbydarane. Mobilskole leverte ein totalpris på kr 490.000 medan Transponder leverte ein totalpris på kr 500.000. Dette fører til at Mobilskole får ein noko betre score enn Transponder på tildelingskriteriet pris.

Etter evalueringa er vi såleis komne til at Mobilskole har gjeve det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. På bakgrunn av dette vil Mobilskole AS bli tildelt kontrakt.»

- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 11. juli 2019.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 30. oktober 2019.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. september 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Valgte leverandørs tilbud ble levert etter tilbudsfristens utløp. Tilbudet skulle derfor ha vært avvist.
- (15) Valgte leverandørs tilbud skulle uansett vært avvist fordi tilbudet inneholder avvik fra minimumskrav om at produktet skulle ha funksjon for enveis SMS-kommunikasjon. Valgte leverandørs tilbud er heller ikke signert, og mangler den etterspurte standardkontrakten.
- (16) Manglende føring av anskaffelsesprotokoll utgjør et brudd på forskriften § 7-1. Metadata for anskaffelsesprotokollen viser at dokumentet ble opprettet 23. juni 2020. Det er vanskelig å lese dette annerledes enn at innklagede ikke opprettet noen anskaffelsesprotokoll da konkurransen ble gjennomført, men har opprettet dette i ettertid.
- (17) Innklagedes tildelingsevaluering var i strid med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene, herunder prinsipper om likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 4, fordi de to tilbudene er vurdert å ha identisk kvalitet. Valgte leverandør har ikke gitt en tilstrekkelig detaljert beskrivelse av sikkerhetstiltak som er implementert i systemet. Klagers tilbud skulle derfor ha vært vurdert som bedre enn valgte leverandør på kriteriene som knytter seg til sikkerhet. Evalueringen innebærer også en altfor grovmasket kvalitetsvurdering, noe som medfører at den relative vektningen av de to tildelingskriteriene har blitt endret i etterkant, ved at pris i praksis har blitt vektet med 100 prosent. Dette utgjør et klart brudd på bl.a. kravet til forutberegnelighet, jf. f.eks. sak C-6/15 Dimarso, se særlig premiss 24 og 25.

- (18) Innklagede hadde en plikt til å undersøke valgte leverandørs tilbud nærmere, ettersom valgte leverandørs tilbud innebar et misforhold mellom ytelse og pris. Klager mener at valgte leverandør ikke kan ha tilbudt en ren SMS-tjeneste til den tilbudte prisen. Klager mener at nærmere undersøkelser ville ha avdekket at tilbudet ikke står i forhold til ytelsen som skal leveres, eventuelt at valgte leverandør rent faktisk ikke planla å levere i henhold til tilbudet.
- (19) Klager ber klagenemnda ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Valgte leverandørs tilbud var ikke mottatt innen tilbudsfristens utløp, og vi vurderte det slik at dersom vi kun mottok ett tilbud, måtte hele konkurransen avlyses på grunn av mangelfull konkurranse. Vår vurdering var derfor at valgte leverandør skulle få en kort utsatt frist for å levere tilbud, all den tid de hevdet at tilbudet allerede var sendt innen fristen.
- (21) Når det gjelder minimumskravene, har valgte leverandør bekreftet i tilbudet at de oppfyller kravene som er fastsatt. Dette er også bekreftet i kommunikasjonen med leverandøren etter tildelingen. Manglende signatur på tilbudet er dermed også uproblematisk, ettersom kommunikasjonen etter tilbudsinnleveringen har bekreftet at tilbudet er bindende.
- (22) Det er gjort en forsvarlig evaluering av tilbudene. Denne evalueringen ligger innenfor oppdragsgivers frie skjønn, særlig sett i lys av at det er tale om en anskaffelse etter forskriften del I. De to tilbudene er utformet ulikt, men begge svarer på det som er etterspurt i konkurransegrunnlaget på en måte som gjorde at det ikke var grunnlag for å skille mellom kvaliteten hos tilbyderne.
- (23) Når det gjelder kostnadsbildet, som klager mener fører til undersøkelsesplikt for innklagede, har vi i korrespondanse med valgte leverandør 8. juli 2019 fått bekreftet at valgte leverandør leverer en SMS-løsning for den prisen som er tilbudt.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for SMS-varslings-tjeneste for de videregående skolene i Vestland fylkeskommune, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til å være under 1,3 millioner kroner ekskl. mva. 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, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (25) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist fordi det ble levert etter utløpet av tilbudsfristen.
- (26) Anskaffelsesforskriften del I inneholder ingen særskilte bestemmelser om avvisning av tilbud eller leverandører, og heller ingen bestemmelser om fastsettelse og overholdelse av frister. Det er dermed i stor grad oppdragsgiver selv som lager reglene for konkurransen, og som gjennom disse må sørge for at konkurransen gjennomføres i samsvar med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Når oppdragsgiver har satt en

frist for innlevering av tilbud, følger det av hensynet til forutberegnelighet at oppdragsgiver er forpliktet til å overholde denne.

- (27) Unntak fra denne hovedregelen er oppstilt i praksis knyttet til konkurranser etter forskriften del II og III, se eksempelvis Borgarting lagmannsretts avgjørelse i sak LB-2017-194440-2 og klagenemndas avgjørelser i sakene 2008/89, 2008/109 og 2010/6. Avgjørelsene viser at oppdragsgiver har svært begrensede muligheter for å kunne ta med et for sent innkommet tilbud i konkurransen. Også i tilfeller hvor fristoversittelsen kan tilskrives en feil hos oppdragsgiveren, har det blitt lagt til grunn at tilbudet må avvises. I praksis har det vært gjort unntak fra dette utgangspunktet bare i særlige tilfeller, hvor det for eksempel har vært uklartheter knyttet til fristutsettelse, eller hvor det klart ikke har vært en fare for misbruk, og tilbyder ikke har fått noen fordel ved å levere for sent.
- (28) Klagenemnda kan ikke se at det er større adgang til å anta for sent innkomne tilbud etter forskriften del I. I konkurranser etter del I der en oppdragsgiver bare har mottatt ett tilbud innen tilbudsfristens utløp, vil avlysning av konkurransen være et enkelt og aktuelt alternativ til å akseptere et for sent innkommet tilbud. Oppdragsgiver vil dermed kunne sikre at aktuelle leverandører får konkurrere om oppdraget ved å gjennomføre en ny konkurranse. I en slik situasjon vil det også være mulig å gjennomføre en ny konkurranse med svært korte frister.
- (29) I vår sak var det i konkurransegrunnlaget fastsatt at tilbudsfristen var 10. juni 2019 kl. 12.00, og at tilbudene skulle leveres per e-post til oppdragsgivers kontaktperson. Innklagede har forklart at man ikke hadde mottatt tilbud fra valgte leverandør innen fristen, og at innklagede etterlyste leverandørens tilbud per e-post den 12. juni 2019. Valgte leverandør svarte samme dag at de hadde sendt e-post med tilbud 9. juni 2019, og tilbudsbrev datert 10. juni 2019 ble samtidig oversendt.
- (30) Slik saken er opplyst, er det uklart hva som var grunnen for at innklagede ikke hadde mottatt valgte leverandørs tilbud innen fristen, og dermed hvilken part som hadde skyld i fristoversittelsen. Det har imidlertid ikke vært uklartheter knyttet til fristen eller leveringssted, og det har vært mulig for leverandørene å levere innen tilbudsfristen. Det foreligger derfor etter klagenemndas syn ikke særlige grunner for å gjøre unntak fra hovedregelen om at tilbud som innkommer etter tilbudsfristens utløp skal avvises. Valgte leverandørs tilbud skulle derfor vært avvist.
- (31) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13. Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12
- (32) Ettersom nemnda har kommet til at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, tar ikke nemnda stilling til klagers øvrige anførsler om tildelingsevalueringen og avvisning av tilbud.
- (33) Når det gjelder klagers anførsel om brudd på forskriften § 7-1 (3), følger det av denne bestemmelsen at *«vesentlige forhold for gjennomføringen av anskaffelsen skal nedtegnes eller samles i en protokoll»*. Klagenemnda kan ikke se at de forholdende klager har pekt på innebærer et brudd på denne plikten.

Konklusjon:

Vestland fylkeskommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør.

Vestland fylkeskommune har ikke brutt plikten til å føre protokoll i forskriften § 7-1 (3).

Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk