



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Forhandlingsforbud. Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av billett- og administrasjonssystem til kinoer og et butikkdatasystem for salg av kioskvarer. Klagenemnda konkluderte med at innklagede brøt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Videre brøt innklagede likebehandlingsprinsippet, forutberegnelighetsprinsippet og etterprøvbarhetsprinsippet i anskaffelsesloven § 4 ved å besøke en av leverandørenes referansekinoer og delta på et etterfølgende møte.

Klagenemndas avgjørelse 9. desember 2023 i sak 2023/0600

Klager: Ticket International GmbH & Co. KG

Innklaget: KinoNor AS

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen.

Bakgrunn:

(1) KinoNor AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. august 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av billett- og administrasjonssystem for kino og et butikkdatasystem for salg av kioskvarer. Anskaffelsens verdi var på kunngjøringstidspunktet estimert til 7 millioner kroner over 7 år. Tilbudsfrist var 30. september 2022.

(2) Om anskaffelsesprosedyre fulgte det av konkurransegrunnlagets punkt 2.1:

«Anskaffelsen gjennomføres i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) av 7. april 2006 nr. 402. del I og del III. Kontraktstildeling vil bli foretatt etter prosedyren "Begrenset anbudskonkurranse jfr. FOA § 14 -1 (1).

Bare de tilbyderne som oppfyller kvalifikasjonskravene og har blitt invitert til å levere tilbud vil få sine tilbud evaluert.

I denne konkurransen er det ikke anledning til å forhandle. Det er følgelig ikke anledning til å endre tilbudet etter tilbudsfristens utløp. Videre gjøres det oppmerksom på at tilbud som inneholder feil, uklarheter, ufullstendigheter mv. som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal vurderes sammenliknet med de øvrige tilbudene, skal avvises etter forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13(1).

Leverandøren oppfordres derfor på det sterkeste til å følge de anvisninger som gis i dette konkurransegrunnlaget med vedlegg og eventuelt stille spørsmål ved uklarheter per e-post til kontaktperson.».

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (3) Under overskriften «Kvalifikasjonskrav» i konkurransegrunnlagets punkt 2.2 stod følgende:

«• Skatteattest for betalt merverdiavgift

• Skatteattest for betalt skatt og trygdeavgifter

• HMS-egenerklæring

• Kort firmapresentasjon med firmaattest.

• Oversikt over foretakets totale bemanning.

• Organisasjonskart og opplysninger om faglige kvalifikasjoner hos administrativ ledelse og nøkkelpersoner som vil gjennomføre arbeid i henhold til kontrakten

• Referanseliste for tilsvarende tjenesteleveranser siste 3 år inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker.

• Revisorbekreftet årsregnskap, styrets beretning, balanse og noteopplysninger iht. Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) § 7-1, for siste to regnskapsår.».

- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 3 om tildelingskriterier ble det presisert at:

«Bare tilbud som er levert av kvalifiserte tilbydere og som innfrir de obligatoriske krav og spesifikasjoner som angitt i konkurransegrunnlaget herunder kontraktsforslaget og kravspesifikasjonen vil bli vurdert i forhold til tildelingskriteriene.».

- (5) Tildelingskriteriene var pris og kvalitet, og dette skulle evalueres basert på følgende:

Kriterium	Vekt
Pris • Sum etablerings og lisensutgifter, avtaleperioden • Utvidelseskostnader • Timepris, videreutvikling og tilpasninger	50% • 60% • 30 % • 10 %
Kvalitet • Administrasjonsmodul (Back Office) • Salgsmodul (POS), inkl. oppgjør • Internettsalg • Selvbetjent POS/innslipp • Billettautomater • Bestillinger / reservasjoner • Rapporter • Support / service	50 % • 20 % • 20 % • 10 % • 10 % • 5 % • 5 % • 10 % • 20 %

- (6) Det fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 3.1 om evalueringen:

«Pris: Den tilbyderen som har den laveste samlede pris får 10 poeng. Øvrige tilbydere gis poeng etter hvor stor andel laveste tilbyders pris utgjør av den aktuelle tilbyders pris

(proporsjonal skala). Den endelige poengsummen fremkommer som et vektet gjennomsnitt for underkriteriene.

Kvalitet: Den tilbyder som har det mest attraktive tilbudet innenfor hvert tildelingskriterium gis 10 poeng. De øvrige tilbydere gis skjønnsmessig poeng lavere enn 10 poeng slik at det gjenspeiler oppdragsgivers vurdering av tilbudets attraktivitet. Den endelige poengsummen fremkommer som et vektet gjennomsnitt for underkriteriene.

Tilbudets kvalitet vil vurderes ut fra i hvilken grad det er dokumentert at systemet møter kravspesifikasjonene.

Dersom leverandøren oppgir at systemet ikke møter enkelte punkter i kravspesifikasjonen, men gir en forpliktende tidsplan for når dette vil foreligge, vil dette allikevel tas med i poengvurderingene. Se dog punktet om tilbakeholdsrett i punkt 5.3.»

- (7) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 4.2 at tilbudet skulle utformes etter følgende disposisjon:

«• Tilbudsbrev signert av juridisk ansvarlig representant for leverandøren. Tilbudsbrevet må inneholde følgende:

- En aksept av vilkår i konkurransegrunnlaget. Eventuelle forbehold må fremkomme her og være angitt i henhold til de bestemmelser som er gitt om forbehold og avvik i dette konkurransegrunnlaget. Videre må brevet inneholde navn og kontakinformasjon til leverandørens kontaktperson.*
- Etterspurt dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.*
- Leverandørens løsningsspesifikasjon (leverandørens svar på oppdragsgivers kravspesifikasjon med etterspurt dokumentasjon).»*

- (8) Videre fulgte det av innledningen til kravspesifikasjonen at:

«Her følger vår kravspesifikasjon til anskaffelsen. Vi ber leverandør dokumentere og redegjøre for hvordan deres system møter disse kravene.

Vi ber videre leverandøren eksplisitt spesifisere på hvilke punkter det tilbudte systemet eventuelt ikke oppfyller kravene. På disse punktene vil vi ha en redegjørelse for hvorvidt det vil bli utviklet løsninger som gjør at disse kravene vil bli møtt, med en forpliktende tidsplan.

Tilbudets kvalitet vil vurderes ut fra i hvilken grad det er dokumentert at systemet møter kravspesifikasjonene, samt våre vurderinger av systemets funksjonalitet og brukervennlighet.»

- (9) Om kassasystemet fremgikk det av kravspesifikasjonens del 1 punkt 4 bokstav c at *«Kassasystemet må være produkterklært i.h.t. Kassasystemloven §5»*.
- (10) Den 23. september 2022 sendte Ticket International GmbH & Co. KG (heretter *klager*) en e-post til innklagede angående mulighetene for å kunne demonstrere hvordan deres systemer fungerte direkte overfor oppdragsgiver. Innklagede svarte samme dag at anskaffelsesregelverket ikke tillot slik dialog.

(11) Innen tilbudsfristen 30. september kom det inn fire tilbud i konkurransen, herunder Admit One AS (heretter *valgte leverandør*) og klager.

(12) Under kravspesifikasjonens krav til produkterklært kassasystem svarte *valgte leverandør*:

«Under similar acts, We are compliant in a number of other European countries and will ensure that this act is complied with in full priority to any commitment».

(13) Den 12. oktober 2022 sendte innklagede en e-post til *valgte leverandør* og spurte om følgende:

«We have one request that I'm hoping you can help us out with! We would love to visit one of your reference clients and see the system live. This is a big investment/commitment for us, and making such a decision blindly does not feel like a great idea. We have debated back and forth if seeing a presentation from you guys would be sufficient, but we came to the conclusion that we would prefer to see it live.

Is there any way you can hook us up with someone?».

(14) I videre e-post korrespondanse med *valgte leverandør* samme dag uttalte innklagede at:

«I must mention one thing though! The law regarding a purchase like this is pretty strict in Norway. We are not allowed to negotiate/discuss terms in your bid - simply to ask for clarifications. We have decided that asking to see your system live can be defined as a "clarification". (...)».

(15) Den 14. november 2022 reiste tre ansatte hos innklagede til Dublin for å besøke en referansekino som brukte *valgte leverandør*s systemer.

(16) Etter turen sendte innklagede en e-post til *valgte leverandør* 16. november 2022 der det fremgikk:

«So, most of our team is now back from Dublin, and they are very happy with what they saw! We do still have a few clarifications that need to be made, so I was wondering if it would be possible to do a Teams meeting to iron out a few more details?

- *See a short presentation of the Head office module*

- *Briefly discuss export of data to our accounting system(s)*

- *"Old" UI vs new UI (from what we get there is a new release early next year?)*

- o *If were to start migrating in Feb for instance - which system would we be rolling out?*

- *Any other questions the team might have after the visit».*

(17) Kontrakt ble tildelt *valgte leverandør* ved tildelingsbeslutning 22. desember 2022. Klager ble rangert som nummer to med en vektet score på 6,6 poeng, mot *valgte leverandør*s 8,02 poeng.

- (18) Klager sendte samme dag en e-post til innklagede der de etterlyste dokumentasjon for hvordan tilbudet deres hadde blitt evaluert.
- (19) Det ble videre utvekslet en rekke e-poster mellom klager og innklagede om dokumentasjon for hvordan tilbudene hadde blitt evaluert i perioden fremover.
- (20) Den 3. januar 2023 etterlyste klager en begrunnelse for den lave uttellingen under tildelingskriteriet kvalitet.
- (21) Innklagede svarte 5. januar 2023 med en redegjørelse av den gjennomførte tilbudsevalueringen.
- (22) Klager bestred rettmessigheten av de vurderingene innklagede har gjort under flere av kvalifikasjonskravene, samt at det hadde vært en dialog mellom innklagede og valgte leverandør og at valgte leverandør fikk muligheten til å vise fram sitt system.
- (23) Innklagede svarte via sin advokat 16. februar 2023, og fremholdt at vurderingene var lovlige og rette og at de ville inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (24) Den 27. februar ba klager om innsyn i valgte leverandørs tilbud og samtlige dokumenter som innklagede utarbeidet i forbindelse med anbudskonkurransen.
- (25) Det ble gitt innsyn i anskaffelsesprotokollen 1. mars 2023.
- (26) I anskaffelsesprotokollen ble valg av leverandør begrunnet med at *«Tilbudet fra Collaborative Software Limited hadde lavest pris, og fremstår som meget sterkt kvalitetsmessig. Det er ingen punkt i kravspesifikasjonen som de sier at de ikke kan levere på. Deres forpliktelse til support/service er meget god. Systemet fremstår som fremoverlent og innovativt, og tilbyr kinoene en fleksibilitet på mange områder i kravspesifikasjonen som har vært savnet tidligere.»*.
- (27) Videre kom det frem av anskaffelsesprotokollen at *«Etter evaluering av tilbudene ble det gjennomført en befarung av systemet fra Collaborative Software Limited for å forsikre om at systemet deres faktisk var i samsvar med leverandørenes tilbud, og de krav som ble stilt i kravspesifikasjonen. Denne befarungen hadde kun til formål å forsikre KinoNor om at det tilbudte systemet oppfylte kravene, og det ble ikke gjort endringer i evalueringen i ettertid.»*.
- (28) Den 1. mars 2023 sendte innklagede en e-post til valgte leverandør for å etterspørre følgende dokumentasjon:

«- Tax certification (some sort of documentation stating that you have paid your taxes according to regulations)

- HSE self-declaration (attaching file to be used here - date it back to Sept 2022)

- Short company presentation

- Short staff presentation (org.chart or similar) - who will work on this project

- Reference list (customers)

- Year end financial statement for the last two years».

- (29) Kontrakt ble inngått mellom innklagede og valgte leverandør 1. mars 2023.
- (30) I tiden fremover ble det utvekslet flere e-poster mellom partene, herunder om ytterligere innsyn i sakens dokumenter og rettmessigheten av evalueringen.
- (31) Klager klagde til innklagede på tildelingen og evalueringen av tilbudene 27. april 2023.
- (32) Innklagede avviste klagen i brev datert 6. juni 2023.
- (33) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 28. juli 2023.
- (34) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. november 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (35) Innklagede har brutt forutberegnelighetsprinsippet i anskaffelsesloven § 4 ved ikke å overholde føringene i konkurransegrunnlaget og ved å vektlegge utenforliggende forhold i tilbudsevalueringen.
- (36) Innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4 ved å gjennomføre befarings av valgte leverandørs system uten å tilby klager en tilsvarende mulighet, og uten å ha informert om dette i konkurransegrunnlaget.
- (37) Innklagede har brutt forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften § 23-6 tredje ledd gjennom dialogen med valgte leverandør, der innklagede stilte oppfølgingsspørsmål og gjennomførte testing med formål om å verifisere at det tilbudte systemet oppfylte kravene i konkurransegrunnlaget.
- (38) Innklagede har brutt etterprøvnbarhetsprinsippet i anskaffelsesloven § 4 og anskaffelsesforskriften § 7-1 ved ikke å dokumentere forholdene rundt befaringsen i Dublin i anskaffelsesprotokollen.
- (39) Valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen fordi de ikke oppfyller kvalifikasjonskravene og tilbudet inneholdt et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (40) Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved gjennomføring av konkurransen. Uansett om man anser besøket til referansekinoen som referansesjekk eller etterfølgende avklaring har ikke valgte leverandør fått mulighet til å endre, supplere eller på annen måte forbedre tilbudet sitt.
- (41) Valgte leverandør oppfylte alle kvalifikasjonskrav på tilbudstidspunktet og bekreftet oppfyllelse av kravspesifikasjonens krav til produkterklæring for kassasystem. Det forelå dermed ingen avvisningsplikt.

- (42) Innklagede hadde en plikt til å avvise klager fra konkurransen da tilbudet ikke var bindende, tilbudt pris avvek fra forutsatt prismodell og det var ikke bekreftet oppfyllelse av kravene i kravspesifikasjonen.

Klagenemndas vurdering:

- (43) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder for anskaffelse av billett- og administrasjonssystem for kino og et butikkdatasystem for salg av kioskvarer som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var på kunngjøringstidspunktet estimert til 1 000 000 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. Selv om innklagede har vist til tidligere regelverk i konkurransegrunnlaget, reguleres konkurransen av gjeldende regelverk.

Avvisning av valgte leverandør

- (44) Klagenemnda skal først vurdere om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen som følge av at de ikke oppfylte kvalifikasjonskravene.
- (45) Klagenemnda bemerker innledningsvis at anskaffelsesforskriften stiller krav til utformingen av kvalifikasjonskravene, herunder at de må gjelde leverandørenes faktiske kvalifikasjoner og ha tilknytning og stå i forhold til leveransen. Hvorvidt kvalifikasjonskravene i seg selv er lovlig utformet, ligger imidlertid utenfor det klagenemnda skal ta stilling til i saken.
- (46) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.
- (47) Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt, skal det tas utgangspunkt i tilbudet samt eventuelt ettersendt informasjon i forbindelse med en avklaring etter anskaffelsesforskriften § 23-5 jf. HR-2022-1961-A. I denne konkurransen har innklagede i konkurransegrunnlaget lagt opp anskaffelsen etter den gamle forskriften, som ikke inneholdt regler om at tilbyderne vedlagt tilbudet skulle levere ESPD-skjema, og at oppdragsgiver etterfølgende må etterspørre dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene fra valgte leverandør senest før tildeling av kontrakt. Det gamle regelverket bygget på en forutsetning om at all dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav skulle være inngitt på tilbudstidspunktet.
- (48) Slik konkurransen er lagt opp, og slik det også lovlig kan gjøres etter dagens forskrift, skulle dermed tilbyderne dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene på tilbudstidspunktet. Valgte leverandør leverte ikke slik dokumentasjon, og innklagede hadde dermed ikke dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene på tidspunktet da de skulle ha gjennomført kvalifikasjonsvurderingen. Når det ikke er inngitt dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og det heller ikke er sannsynliggjort på annen måte at kravene er oppfylt, har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandøren, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a.
- (49) Nemnda tilføyer for ordens skyld, uten å ta stilling til om det her var adgang til å få ettersendt dokumentasjon etter forskriften § 23-5, at dokumentasjonen i så fall må ettersendes i hvert fall senest før kontrakt er inngått. Innklagede bad i denne anskaffelsen

i alle tilfeller om å få den nødvendige dokumentasjonen, først etter at innklagede hadde sendt signert kontrakt til leverandøren for signering. Innklagede mottok først dokumentasjon etter at leverandøren hadde returnert signert kontrakt.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (50) Videre vil klagenemnda vurdere om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (51) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiveren skal avvise et tilbud som *«inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*. Avvik foreligger typisk dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlaget slik det blant annet er lagt til grunn i Borgarting lagmannsrett sin avgjørelse i LB-2019-85112. For å avgjøre om det foreligger et avvik må konkurransegrunnlaget og tilbudet tolkes. Man tar utgangspunkt i den alminnelige språklige forståelsen, men andre momenter, som formål og sammenhengen i og mellom dokumenter, vil også kunne få betydning.
- (52) I kravspesifikasjonen er det i punkt 4 bokstav c stilt krav om at det tilbudte kassasystemet må være produkterklært etter kassasystemloven § 5.
- (53) Spørsmålet blir på hvilket tidspunkt kravet må være oppfylt.
- (54) I konkurransegrunnlagets punkt 3 fremgår det at bare tilbud som *«som innfrir de obligatoriske krav og spesifikasjoner som angitt i konkurransegrunnlaget herunder kontraktsforslaget og kravspesifikasjonen»* vil bli evaluert etter tildelingskriteriene. Samtidig bes leverandørene i innledningen til kravspesifikasjonen spesifisere på hvilke punkter det tilbudte systemet eventuelt ikke oppfyller kravene og redegjøre for hvorvidt det vil bli utviklet løsninger som gjør at disse kravene vil bli møtt, med en forpliktende tidsplan. Anskaffelsesdokumentene åpner dermed for at noen av kravene kan bli oppfylt underveis i kontraktsperioden.
- (55) Når det i selve kravspesifikasjonen er angitt at leverandøren kunne oppfylle kravspesifikasjonene på et senere tidspunkt dersom man redegjorde og forpliktet seg til dette, og valgte leverandør har bekreftet og forpliktet seg til at kassasystemet skulle være produkterklært til kontraktsstart, kan ikke klagenemnda se at det er grunnlag for å avvise tilbudet på denne bakgrunn. Når det gjelder klagers innsigelser knyttet til at produkterklæringen ikke forelå ved kontraktsoppstart, viser nemnda til at dette er et forhold som må følges opp av innklagede ved kontraktgjennomføringen. Nemnda forstår i alle tilfeller her kontraktsoppstart ikke som tidspunkt for kontraktsignering, men tidspunktet når kunden tar løsningen i bruk.
- (56) Klagers anførsel om avvisning av valgte leverandør fører dermed ikke frem.

Tilbudsevalueringen

- (57) Klagenemnda skal vurdere om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved tilbudsevalueringen.
- (58) Det klagenemnda kan prøve, er om evalueringen er gjort innenfor rammene av tildelingskriteriene, og om evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller på annen måte

i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 44.

- (59) Klager anfører for det første at innklagede har brutt forutberegnelighetsprinsippet ved å basere evalueringen av klagers tilbud basert på klagers systemer som var i eksisterende bruk hos innklagede. Innklagede har forklart at de ikke har gjort dette. Det innklagede har gjort der tilbudet fra klager hadde mangelfulle beskrivelser var å legge til grunn til at klager var forpliktet til å levere i henhold til kravet. Klagenemnda legger dette til grunn.
- (60) Klager anfører for det andre at innklagede har brutt forutberegnelighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet ved å gjennomføre befaringsvalgte leverandør sitt tilbudte system.
- (61) Innklagede har forklart at tre av deres ansatte reiste til Dublin 14. november 2022 for å besøke en referansekunde som brukte valgte leverandørs systemer. Forholdene rundt reisen er ikke nærmere dokumentert i anskaffelsesprotokollen, men innklagede har fremlagt korrespondansen med valgte leverandør angående besøket. I tillegg har innklagede forklart at man har foretatt enkelte avklaringer med valgte leverandør, både før og etter turen til Dublin. Ifølge innklagede hadde reisen ingen innvirkning på konkurransen, siden evalueringen var ferdig 6. oktober 2022 og ikke ble endret etter dette.
- (62) Partene er uenige om hvorvidt turen til Dublin i realiteten innebar at valgte leverandør fikk adgang til å forhandle, og om demonstrasjonen av valgte leverandørs systemer ga utslag i evalueringen.
- (63) Innklagede har forklart at valgte leverandør ikke var til stede på kinoen innklagede besøkte. Klagenemnda legger dette til grunn i det følgende. Nemnda finner det videre sannsynliggjort at poenggivningen under tildelingskriteriene ble ferdigstilt før turen, og at det ikke er gjort endringer i poengene i ettertid.
- (64) Ifølge innklagede var formålet med turen til Dublin heller ikke å supplere innholdet i tilbudet. Innklagede har forklart at man utelukkende ville forsikre seg om at det ikke var gitt uriktige opplysninger i tilbudet, og at det for mange av funksjonene i praksis ikke var mulig å kontrollere basert på den skriftlige dokumentasjonen. Innklagede vurderte det imidlertid slik at fremvisning av systemet hos en referansekunde var en lovlig avklaring. Slik nemnda forstår det, har innklagede dermed vurdert det slik at deres fastleggelse av innholdet i valgte leverandørs tilbud var beheftet med så mye usikkerhet, at det ikke var mulig å anta tilbudet uten å se systemet i bruk.
- (65) Konkurransen er gjennomført som en åpen anbudskonkurranse, og utgangspunktet er dermed at kontrakt skal tildeles basert på innholdet i tilbudet alene og at det er forbudt å forhandle jf. § 23-6 tredje ledd. Begrunnelsen bak hovedregelen om åpen eller begrenset anbudskonkurranse i anskaffelsesforskriften § 13-1 første ledd er at disse prosedyrene er antatt å være mest i samsvar med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, og da særlig kravet til likebehandling. Her tillater ikke systemet i forskriften kontakt mellom oppdragsgiver og leverandørene som kan medføre endringer i tilbudene, da dette ikke gir like stor gjennomskiktighet og dermed større risiko for at de grunnleggende kravene ikke overholdes, se blant annet Marianne Dragsten, *Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar*, § 13-1. I denne anskaffelsen hadde oppdragsgiver selv utelukket demonstrasjon av løsningen gjennom svar på spørsmål fra klager.

- (66) Forskriften § 23-5 første ledd åpner likevel for at oppdragsgivere på visse vilkår kan foreta avklaringer med leverandørene:

«Oppdragsgiver kan skriftlig be leverandørene ettersende, supplere, avklare eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen synes å inneholde feil eller uklarheter eller dersom bestemte opplysninger eller dokumenter mangler».

- (67) Denne adgangen er begrenset ved at ettersendingen ikke kan medføre at det opprinnelige tilbudet *«forbedres»*, jf. § 23-5 andre ledd. I dette ligger det at avklaringene må skje i samsvar med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 3 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-387/14 *Esaprojekt*.

- (68) I Esaprojekt-saken, som gjaldt en anbudskonkurranse, ga EU-domstolen uttrykk for at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet ikke er til hinder for *«at opplysningerne vedrørende tilbudet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør»*.

- (69) Det ble videre presisert at det er oppdragsgiver som må sørge for at man opptrer i samsvar med det grunnleggende prinsippene ved gjennomføringen av avklaringene:

«Desuden påhviler det den ordregivende myndighed under udøvelsen af sit skøn for så vidt angår muligheden for at anmode ansøgerne om at præcisere deres bud at behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af buddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning», jf. avsnitt 40.

- (70) Slik saken er opplyst for klagenemnda, har ikke innklagede skriftlig anmodet om suppleringer, utfylling eller avklaringer av innholdet i tilbudet. Innklagede henvendte seg til leverandøren og ba om å bli satt i kontakt med en referansekunde som skulle gi innklagede en demonstrasjon av systemet i bruk.

- (71) I alle tilfeller har innklagede også i ettertid henvendt seg til valgte leverandør, og bedt om et møte via Teams for å gjennomføre avklaringer. Agendaen var her en presentasjon av deler av det tilbudte systemet, en kort diskusjon om eksport av data fra systemet til innklagedes regnskapssystem, oppdatering av programvare i forhold til planlagt migrasjon, og eventuelle andre spørsmål knyttet til det man observerte i Dublin.

- (72) Klagenemnda har ikke fått fremlagt møtereferat, og avklaringene som ble gjort via Teams er heller ikke skriftliggjort i protokollen. Dette er i strid med kravet til etterprøvbarehet i loven § 4.

- (73) Innklagede har dermed ikke foretatt avklaringer i tråd med forskriftens system, jf. § 23-5. Fremgangsmåten er heller ikke i samsvar med opplysningene i konkurransegrunnlaget, eller for øvrig i samsvar med prinsippene om etterprøvbarehet, likebehandling og forutberegnelighet.

- (74) Innklagede har dermed brutt regelverket ved å foreta avklaringer i strid med prinsippene i loven § 4.

- (75) På bakgrunn av manglende etterprøvbarehet som gjør det vanskelig å dokumentere eller sannsynliggjøre hvilket utfall konkurransen ville hatt dersom regelverket hadde vært overholdt finner klagenemnda at det er grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (76) Innklagede har avslutningsvis anført at det på flere grunnlag også forelå en plikt til å avvise klagers tilbud. Anførselen er til dels foranlediget av at innklagede har foretatt en ny vurdering av klagers tilbud.
- (77) Nemnda har her delt seg i et flertall og mindretall når det gjelder spørsmålet om nemnda kan behandle innklagedes anførsel om at de uansett hadde plikt til å avvise tilbudet på et annet grunnlag enn det som er vurdert i hhv. avsnitt 44 flg. og i avsnitt 50 flg.
- (78) Flertallet bestående av nemndsmedlemmene Nyhus og Torkelsen mener at offentlige oppdragsgivere etter klagenemndsforordningen ikke har egen selvstendig klagerett på eventuelle egne feil. Klagenemndsforordningen som regulerer nemndas kompetanse og saksbehandling, gir en rett for den som har rettslig klageinteresse, til å få vurdert om offentlige oppdragsgivere har brutt anskaffelseslovgivningen i en konkret anskaffelsesprosess. Det er klager som gjennom sin klage setter rammen for saken og nemndas behandling, blant annet ved at nemnda er bundet av partenes anførsler og påstander.
- (79) Innklagedes anførsel om at klagers tilbud i denne anskaffelsen skulle vært avvist på annet grunnlag enn det som er vurdert ovenfor, har ingen relevans for de påstander og anførsler klager har i saken og kan derfor ikke behandles av nemnda.
- (80) Mindretallet bestående av nemndsmedlem Gulsvik forstår klagenemndsforordningen § 6 annet ledd slik at nemnda i en sak hvor den innklagede oppdragsgiveren som et forsvar mot at klager skal få (i en prioritert sak) eller skulle ha fått (i en erstatningssak) kontrakten fordi valgte leverandør skulle vært avvist eller det er feil ved evalueringen som har påvirket utfallet av konkurransen, vil kunne måtte ta stilling til en anførsel fra innklagede om at klager skulle vært avvist. Klagenemndsforordningen § 6 annet ledd krever at klager må ha saklig klageinteresse. Dersom klager skulle vært avvist, vil det påvirke hvilke andre brudd klager har rettslig klageinteresse i få behandlet.
- (81) Dersom nemnda utelukker å ta stilling til en anførsel fra innklagede om at klager skulle vært avvist, som praktisk ofte oppstår, utelukker nemnda seg som et aktuelt tvisteorgan i mange tvister, da en klagesak for nemnda kun vil løse første halvdel av tvisten mellom partene, hvor partene uansett må fortsette tvisten for domstolene som vil ta stilling til hele tvisten. Dette er i strid med klagenemndas formål om å være et tilgjengelig lavterskel tvisteløsningsorgan.
- (82) Gitt resultatet nemnda er kommet til går mindretallet ikke inn i de konkrete vurderingene av om klager skulle vært avvist.
- (83) Klagen gjelder en anskaffelse hvor kontrakt er inngått. Klagenemnda forstår anførselen fra innklagede som et forsvar mot et eventuelt krav om erstatning, hvor en eventuell plikt til å avvise tilbudet fra klager vil innebære at det ikke foreligger årsakssammenheng. Klagenemnda tar ikke stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt, og anførselen blir dermed ikke behandlet.

Konklusjon:

Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Innklagede har også brutt likebehandlingsprinsippet, forutberegnelighetsprinsippet og etterprøvhetsprinsippet i anskaffelsesloven § 4 ved å besøke en av leverandørenes referansekinoer og delta på et etterfølgende møte.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur