



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en konkurranse med forhandling om produksjon av kunngjøringer i Norsk Lysingsblad. Klagenemnda kom til at innklagede hadde anvendt flere av underkriteriene under tildelingskriteriet "Kvalitet/funksjonalitet" som minstekrav, hvilket utgjorde et brudd på kravet til forutberegnelighet. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 16. oktober 2006 i sak 2005/171 – 44

Klager: Telenor Business Solutions AS

Innklaget: Statens Forvaltningstjeneste

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Forbehold. Tolking av konkurransegrunnlaget. Vedståelsesfrist. Evaluering av tildelingskriteriene.

Bakgrunn:

- (1) Statens Forvaltningstjeneste (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. desember 2004 en konkurranse med forhandling om produksjon av kunngjøringer i den nye nettbaserte utgaven av Norsk Lysingsblad for en periode på fem år fra 1. juli 2005 (senere endret til 1. januar 2006), med opsjon på forlenging på tre år. Statens Forvaltningstjeneste har senere skiftet navn til Departementenes Servicesenter.
- (2) I kunngjøringen var anskaffelsen definert på følgende måte:

"Produksjon av kunngjøringer Norsk Lysingsblad. [...] Norsk lysingsblad utgis av Statens Forvaltningstjeneste på oppdrag fra Moderniseringsdepartementet. Det inneholder i det vesentligste kunngjøringer som kan eller skal kunngjøres med hjemmel i lov. Alle kunngjøringer fra offentlig myndighet kan tas inn i bladet, som bl.a. inneholder; meldinger fra foretaks- og løsreregisteret, konkurser, proklama, anbud og ledige stillinger. [...] Ft ønsker å sikre seg kontrakter med en leverandør som skal ha et helhetlig ansvar for alle deler av leveransen. Det viktigste element i konkurransen er drift av en løsning tilsvarende dagens Doffin. Det vil si en løsning for publisering av kunngjøringer av offentlige anskaffelser herunder oversendelse av dette i oversatt form til EU for kunngjøring der. De andre annonsene i Norsk lysingsblad vil her være opsjoner som oppdrag. [...]"
- (3) Fem av ti interesserte tilbydere ble ansett kvalifisert til å delta i konkurransen og inngi tilbud.
- (4) Av konkurransegrunnlagets punkt 2 fremgikk det at eksisterende Doffin inneholder en elektronisk nyhetsavis, Innkjøpsbilaget, som utkommer ukentlig. I

konkurransegrunnlagets bilag 1 til driftsavtalen punkt 2.3.1 fremgikk det at tilbudet skulle inkludere en informasjonsportal, som i punkt 1.1 i samme bilag var definert på følgende måte: *"Funksjonalitet for publisering av brukerveiledning, redaksjonelt stoff og annen informasjon i tilknytning til Basistjenester og eventuelle Tilleggstjenester fra Operatør."* I punkt 2.3.1 i samme bilag var det uttalt at informasjonsportalen *"skal inneholde informasjon om gjeldende regelverk, andre relevante søkbare databaser, elektroniske arkiver, beskrivelse av kunngjøringsrutiner eller andre forhold som kontraktsforvalter ønsker å publisere, jf. kapittel 2.2.5. Funksjonalitet for Kontraktsforvalter ovenfor. Dette skal være et lenkearkiv med pekere til informasjon og andre tjenester knyttet til offentlige innkjøp i Norge, Norden, EU og internasjonalt. Operatør skal ha kvalitetskontroll med at lenkene er operative. Det samme gjelder for alle domenenavnene som eies i tilknytning til Doffin og Norsk Lysingsblad."*

- (5) Av punkt 5 i konkurransegrunnlaget fremgikk det at *"Samtlige som leverer tilbud vil bli invitert til et forhandlingsmøte. De to beste vurdert etter at alle har fått revidere tilbudene vil bli invitert til videre forhandlingsmøte/ møter."*
- (6) Tildeling av kontrakt skulle ifølge konkurransegrunnlagets punkt 6 skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier, angitt med prosentmessig vekt i parantes:

"Kvalitet/funksjonalitet (40 %)

En vil evaluere alle deler av tilbudet, med særlig fokus på tilbudt responstid, ledetider, servicenivå, tilleggstjenester, saklig og relevant overoppfyllelse av minimumskravene mv. Vurderingen vil bli foretatt for hver av de oppgitte brukergruppene i prioritert rekkefølge: Oppdragsgivere, NL-avgivere, oppdragssøkere, tredjeparter, NI-søkere, kontraktsforvalter. I tillegg vil også tekniske og funksjonelle deler av tjenesten som ikke kan knyttes til en bestemt brukergruppe bli evaluert, så som sikkerhet, tjeneste- og integrasjonsplattform. [...]

Totalkostnad (40 %)

Alle oppgitte elementer i Vedlegg 3 til driftsavtalen vil bli vurdert. I tillegg vil pris på eventuelle tilleggstjenester som Operatør ønsker å få inkludert bli evaluert. Oppdragsgiver vil også vurdere hvorvidt den tilbudte løsningen vil medføre økte merkostnader for en eller flere brukergrupper. Dersom slike merkostnader blir lagt til grunn skal det være mulig å etterprøve dette, og tilbyder vil kunne kreve innsikt i dokumentasjon så vel som kalkyler.

Ferdigstillelse av de ulike elementer av tjenesten (15 %)

Utgangspunktet er at alle deler av tjenesten skal være ferdigutviklet, og klar til å settes i drift 1. januar 2006. [...]

Forbehold til kontrakt (5 %)

Forbehold til kontrakt som har en økonomisk og/ eller risikomessig konsekvens for Kontraktsforvalter vil utgjøre 5 % av den totale vurdering. Tilbyder vil bli gjort oppmerksom på alle forbehold eller uklarheter i utkastet til kontrakt med Vedlegg og Bilag som fører til lav score, og tilbyder vil få anledning til å endre sitt tilbud etter slik tilbakemelding."

- (7) I konkurransegrunnlagets bilag 1, kapittel 2 var det oppstilt hvilke funksjonelle krav innklagede stilte til kontraktsgjengen.
- (8) Blant de fem som var ansett kvalifisert til å inngi tilbud, var det kun tre firma som valgte å gjøre det. Dette var Telenor Business Solutions AS (heretter kalt klager), Nortrykk Narvik og Millstream associates Ltd (heretter kalt valgte leverandør.)
- (9) Etter mottak av tilbud inngikk innklagede i forhandlinger med samtlige tre tilbydere. Hver av tilbyderne deltok på tre forhandlingsmøter hver. Etter avslutning av forhandlingene ble tilbyderens endelige tilbud evaluert av en egen prosjektgruppe, som avga innstilling til valg av leverandør 30. mai 2005. Tilbudene ble evaluert blant annet på basis av de funksjonalitetskrav som var stilt i konkurransegrunnlagets bilag 1, kapittel 2. Det fremgår her at en del av underkriteriene under tildelingskriteriet "kvalitet/funksjonalitet" ikke er karaktersatt, men istedenfor vurdert som "godkjent". Dette gjelder deler av punkt 1 og hele punkt 2, som relaterer seg til underkriteriene "sikkerhet", "drifts- og kundestøtte", "språk", "dokumentasjon" og "nettlesere". For sikkerhetskriteriet og drifts- og vedlikeholdskriteriet under drifts- og kundestøtte var det angitt at de oppgitte krav var minimumskrav.
- (10) I brev av 31. mai 2005 ble klager meddelt at Millstream associates Ltd var tildelt kontrakten. Meddelelsen inneholdt følgende begrunnelse:
- "Millstream var best på tildelingskriteriene kostnader og funksjonalitet, nest best på tildelingskriteriene ferdigstillelse og forbehold til kontrakt. I forhold til tildelingskriteriet kostnader var Millstream noe lavere både når det gjelder basistjenestene og ulike obligatoriske tilleggstjenester. Funksjonaliteten til Millstream ble vurdert som bedre enn Telenors. I forhold til kriteriet forbehold til kontrakten hadde Millstream noen mindre forbehold som ikke ble utslagsgivende for valg av leverandør."*
- (11) Telenor ba i brev av 7. juni 2005 om en nærmere begrunnelse for innklagedes valg. Dette ble gitt i brev av 9. juni 2005, vedlagt innklagedes evalueringsrapport. Etter dette påklaget Telenor innklagedes tildelingsbeslutning, begjærte midlertidig forføyning for Oslo byfogdembete og innstevnet innklagede for Oslo tingrett. Innklagede avslo klagen i brev av 20. juni 2005. Da den midlertidige forføyning ikke førte frem, jf kjennelse av 6. juli 2005, ble kontrakt inngått med Millstream 7. juli 2005. Samtidig ble også stevningen for tingretten trukket tilbake.
- (12) Konkurransegrunnlaget inneholdt ikke noen regulering av tilbudenes vedståelsesfrist, men i e-post av 9. oktober 2006 innsendte innklagede dokumentasjon på at valgte leverandør den 27. juni 2005 hadde forlenget vedståelsesfristen med én måned, det vil si til 27. juli samme år.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (14) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at anskaffelsen skulle videreføre "dagens løsning" og at tilbudet skulle omfatte nyhetsavisen Innkjøpsbilaget og en informasjonsportal. Dette oppfattet klager slik at konkurransen også omfattet

produksjon av redaksjonelt stoff, og innga tilbud på dette. Dette fremgår for det første av tilbudets bilag 2.3.1, hvor det i forslaget til organisasjon inngår *"redaksjonelle ressurser, som i tillegg til øvrig fagkompetanse, får ansvar for å vedlikeholde informasjonsdelen i portalen"*, og videre at *"aktuelle temaer for informasjonsdelen i portalen vil kunne være generelle nyhetssaker om temaet offentlige anskaffelser"*. I punkt 3.2.3 fremgikk det videre at driftsforumet til å følge opp den daglige driften av portalen blant annet ville bestå av en representant for redaksjonelt innhold. I bilag 5 punkt 3 fremgikk det at støttefunksjoner til styrking av organisasjonen blant annet ville omfatte *"redaksjonell kompetanse"* og at *"redaksjonell kompetanse vil bli ivaretatt av Glomma Media AS som underleverandør"*. Innklagede skulle varslet klager under forhandlingene dersom konkurransen ikke omfattet redaksjonelt stoff, jf kravene til god forretningsskikk og likebehandling. Innklagede bestrider at anskaffelsen omfattet redaksjonelt stoff, hvilket i så fall må innebære at konkurransegrunnlaget var så vidt uklart utformet at det var i strid med kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lovens § 5. Valgte leverandør har ikke innlevert tilbud på redaksjonelt stoff.

- (15) Tildelingskriteriet "forbehold" er et ulovlig tildelingskriterium. Det vises her til klagenemndas uttalelse i sak 2003/59, hvor det uttales at "forbehold" ikke har den nødvendige tilknytning til kontraktens gjenstand og således ikke kan benyttes som tildelingskriterium. Klagenemnda kan/bør ikke uttale seg om dette kriteriet har hatt betydning for resultatet i saken. Klagenemnda skal kun uttale seg om kriteriet er lovlig eller ulovlig. Det henvises her til generaladvokatens uttalelse i sak C-448/01, som ble tilsluttet av domstolen. Det ble her uttalt at et ulovlig tildelingskriterium alltid må medføre at konkurransen avlyses.
- (16) Å invitere flere av leverandørene til videre forhandling enn det antall som er fastsatt i konkurransegrunnlaget, utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, idet dette innebærer at regler gitt i konkurransegrunnlaget er fraveket.
- (17) Selv om forutsetningen for innklagede var at fem leverandører skulle inngi tilbud, og ikke bare tre, er dette ikke en saklig grunn for å fravike konkurransegrunnlagets bestemmelse. Det bestrides at klager har gitt samtykke til at konkurransebestemmelsen fravikes. Ut fra kravet til likebehandling må konkurransebestemmelsen under enhver omstendighet anses ufravikelig, idet to leverandører lot være å inngi tilbud. Det kan ikke utelukkes at disse lot være å delta i konkurransen fordi det kun var to leverandører som ville få mulighet til å forhandle. Når det ikke er foretatt noen evaluering av tilbudene etter første forhandlingsmøte, er det tvil om hvilket tilbud som skulle vært forkastet. Det kan ikke utelukkes at det var valgte leverandørs tilbud som skulle vært forkastet.
- (18) Det er i strid med kravet til konkurranse i lovens § 5 å underskrive kontrakt etter at vedståelsesfristen er gått ut. Ifølge forskriftens § 7-5 utgår vedståelsesfristen 30 dager etter tilbudsfristen, dersom konkurransegrunnlaget ikke bestemmer noe annet. Det anføres at fristen for det første tilbudet avgitt 6. april 2005 utgikk 6. mai 2005. Det siste forhandlingsmøtet ble avholdt 25. mai 2005 og revidert tilbud innlevert ett par dager etter dette. Vedståelsesfristen for det endelige tilbudet utgikk derfor i slutten av juni 2005.

- (19) En rekke av kriteriene under tildelingskriteriet "*kvalitet/ funksjonalitet*" er evaluert i strid med den beskrivelse som ble gitt i konkurransegrunnlaget, idet man har brukt betegnelsen "godkjent"/ "ikke-godkjent" istedenfor karakterfastsettelse. Dette gjelder blant annet punkt 1.3.2., 1.3.3., 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3., 2.1.4, 2.1.5., 2.1.6., 2.2., 2.3., 2.4. og 2.5. i evalueringsdokumentet. Dette er et brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2), subsidiært i strid med kravet til forutberegnelighet.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (21) Produksjon av redaksjonelt stoff var ikke en del av kontraktsgjenstanden, denne omfattet kun publikasjon av slikt stoff. Dette er en videreføring av dagens ordning som også skiller mellom produksjon og publikasjon av slikt stoff og håndteres av to forskjellige leverandører. Klager har endret tilnærming til dette, fra å påstå at tilbudet omfattet produksjon av redaksjonelt stoff som en tilleggsfunksjon, til å hevde at dette inngikk i tilbudet fordi dette var etterspurt i kravspesifikasjonen. Innklagede bestrider at klagers tilbud kan anses for å omfatte produksjon av redaksjonelt stoff, og hadde derfor ingen foranledning til å avklare dette under forhandlingene. Klager tok det heller ikke opp selv.
- (22) Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 inneholder ingen uttømmende regulering av hvilke tildelingskriterier som er tillatt. Det avgjørende er om kriteriet er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og om det har tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand.
- (23) Forbehold til kontrakt kan ha konsekvenser for det tilbudte. Dette må evalueres på en eller annen måte, og én tilnærming er å benytte "forbehold" som tildelingskriterium. Innklagede bestrider ikke at "forbehold" kan være et ulovlig tildelingskriterium, men påpeker at dette kun er tilfellet dersom kriteriet mangler nødvendig tilknytning til kontraktens gjenstand i den konkrete saken. Som det fremgår av formuleringen i konkurransegrunnlaget, var det kun de forbehold som hadde økonomisk og/ eller risikomessig konsekvens for kontraktsforvalter som ble gjenstand for evaluering. Forbeholdet fra den leverandør som fikk lavere score på dette punkt, refererer seg til reduksjon av et bankgarantibeløp. Dette representerte en merrisiko for oppdragsgiver.
- (24) Saken fra klagenemnda som klager refererer til, gjelder en åpen anbudskonkurranse. Idet forbehold her letter medfører en plikt til avvisning, er forbehold som tildelingskriterium her mindre egnet enn i en konkurranse med forhandling. Videre var kriteriet knyttet til forbehold i nevnte sak ikke nærmere beskrevet. Dette er ikke tilfelle i aktuelle konkurranse. Det bemerkes også at hensynet til forutberegnelighet og likebehandling er ivaretatt, idet tildelingskriteriet er anvendt likt for alle. Kriteriet ga minimal uttelling, og var ikke utslagsgivende for utfallet. Det var klager som oppnådde høyest score på dette tildelingskriteriet, og Oslo byfogdembete kom til at kriteriet ikke var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (25) Opplegget for forhandlingene i konkurransegrunnlagets administrative bestemmelser ble lagt opp med bakgrunn i at det lå an til å bli fem leverandører å forhandle med. Av prosessøkonomiske hensyn ble det planlagt å kun forhandle med de to beste av disse i de to siste forhandlingsrundene. Da det kun kom inn tre tilbud, anså man det

mest hensiktsmessig å fullføre forhandlingene med alle tre. Dette er ikke i strid med kravene til likebehandling, forutberegnelighet eller god forretningsskikk. Innklagede kan ikke utelukke at flere tilbydere potensielt hadde vært interessert i å inngi tilbud om de hadde visst at tre tilbydere skulle bli invitert til videre forhandlinger, istedenfor to. Dette har imidlertid formodningen mot seg, idet det i alle fall var helt andre grunner til at de øvrige to inviterte tilbyderne unnlot å inngi tilbud. Selskap A trakk seg pga risikovurderinger, og selskap B trakk seg av ressurs hensyn. Ingen av de tre tilbyderne hadde noen innsigelser mot at det ble forhandlet med tre, istedenfor to. For øvrig vises det til følgende uttalelse i kjennelsen om midlertidig forføyning: *"Når det gjelder de fremsatte innvendinger mot gjennomføringen av utvelgelsen, vil retten først bemerke at det ikke kan sees å være noen feil at det ble valgt å forhandle med alle tre tilbyderne, istedenfor å velge bare to, slik som varslet."* Selv om det er korrekt, slik klager anfører, at det ikke ble foretatt noen fullstendig tildelingsvurdering etter det første forhandlingsmøtet, er det hevet over enhver rimelig tvil at tilbudet fra Millstream var bedre enn tilbudet fra Telenor. Referatet fra det første forhandlingsmøtet viser at det var langt flere usikkerhetsmomenter knyttet til klagers tilbud enn til valgte leverandørs tilbud, og den valgte leverandørs priser var lavere enn klagers.

- (26) Innklagede har dokumentert at vedståelsesfristen ble forlenget, og at kontrakt ble inngått innen utløpet av fristen. Tilbudet var opprinnelig vedstått til 29. juni 2005, og ble deretter 27. juni 2005 forlenget til 27. juli 2005. Kontrakt ble underskrevet 7. juli 2005.
- (27) Det er korrekt at enkelte av elementene ikke er gitt poeng. Dette gjelder elementer hvor innklagede ut fra anskaffelsens art, ikke har funnet det relevant å gi score da "overoppfyllelse" av disse elementene er uten betydning for anskaffelsen. Det eneste korrekte var således å gi en vurdering av om kravet var oppfylt eller ikke. Det fremgår av evalueringsdokumentet punkt 2 hvilke kriterier som er vurdert under sikkerhetselementet. Samtlige 31 kriterier er gitt kommentaren godkjent for alle tilbyderne, istedenfor karakter. Elementet "sikkerhet" er kun ett av 9 kriterier under tildelingskriteriet "kvalitet/funksjonalitet". Idet samtlige tilbydere besvarte dette punktet tilfredsstillende, var det ikke grunnlag for å gi ulik score her.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen reguleres etter sin verdi av forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, jf §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt konkurransen omfattet produksjon av "redaksjonelt stoff" og eventuelle konsekvenser av dette

- (29) Hvilke ytelser som inngår i en anskaffelse må baseres på en konkret tolking av konkurransegrunnlaget. Etter klagenemndas oppfatning kan kontraktsgjenstanden i dette tilfellet ikke anses for å omfatte produksjon av redaksjonelt stoff. Når det gjelder klagers anførsel om at produksjon av slikt stoff måtte anses omfattet fordi det fremgikk av kunngjøringen at konkurransen skulle videreføre "dagens løsning", bemerker nemnda at det i den påfølgende setning var forklart at dette ville si "en løsning for publisering av kunngjøringer av offentlige anskaffelser." Innklagede har også opplyst at daværende ordning innebar en deling av produksjon og publisasjon

av redaksjonelt stoff, fordelt på to forskjellige leverandører. Også dette taler for at klagers tolking av anskaffelsens omfang ikke kan legges til grunn. Heller ikke de opplysninger som var gitt om Innkjøpsbilaget tyder på at tilbyder skulle produsere det stoffet bilaget inneholder. Når det gjelder klagers anførsel om at definisjonen av informasjonsportalen taler for at produksjon av redaksjonelt stoff var omfattet, påpeker nemnda at det eneste som fremgår av denne definisjonen er at portalen skulle ha en funksjonalitet for *publisering* av redaksjonelt stoff. Det er etter nemndas oppfatning ikke naturlig å tolke dette som om tilbyder også skulle produsere dette stoffet. Det samme gjelder om den funksjonsbeskrivelse som er gitt om portalen.

- (30) Klager har videre anført at Telenors tilbud omfattet produksjon av redaksjonelt stoff, og at innklagede derfor skulle ha varslet klager hvis det var slik at produksjon av dette ikke var etterspurt. Slik klagenemnda tolker klagers tilbud, finner nemnda det ikke naturlig å konkludere med at tilbudet må anses for å omfatte produksjon av redaksjonelt stoff. På basis av at tilbudet skulle inneholde en funksjon for publisering av redaksjonelt stoff, finner nemnda det istedenfor mer nærliggende å tolke henvisningene i tilbudet til redaksjonelt stoff som en henvisning til denne publikasjonsfunksjonen. På grunnlag av dette hadde innklagede heller ingen foranledning til å varsle klager om at produksjon av redaksjonelt stoff ikke var etterspurt i konkurransegrunnlaget.

"Forbehold" som tildelingskriterium

- (31) I klagenemndas sak 2003/59 ble det fastslått at *"Forbehold kan begrunne en avvisning av tilbudet, men som tildelingskriterium finner klagenemnda at kriteriet ikke har den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden."*
- (32) Slik klagenemnda oppfatter bruken av *"forbehold til kontrakt"* i denne saken, kan dette aksepteres som et tildelingskriterium. Det fremgår klart av beskrivelsen under overskriften *"Forbehold til kontrakt"* at det innklagede i realiteten hadde tenkt å vurdere her var tilbydernes forbehold som hadde en *"økonomisk og/ eller risikomessig konsekvens for Kontraktsforvalter."* Innsendt dokumentasjon viser også at det er dette innklagede faktisk har vurdert. Overskriften *"forbehold"*, som et tildelingskriterium fremstår etter klagenemndas oppfatning som terminologisk uheldig. Det kan imidlertid ikke være tvil om at oppdragsgiver i dette tilfellet har rett til å evaluere de forhold som faktisk er listet opp under overskriften, som del av tilbudets kvalitative egenskaper.
- (33) Medlemmet Krüger ser slik på spørsmålet om forbehold anvendt som tildelingskriterium: Forbehold til anskaffelsesmyndighetens kontraktsvilkår kan tas uten at dette behøver omtales i konkurransegrunnlaget. Hvis slike forbehold lar seg takseres som pristillegg, kan dette også gjøres under anbudsevalueringen uten særskilt hjemmel. Slik dette medlem oppfatter avsnittet *"Forbehold til kontrakt"* i konkurransegrunnlagets pkt. 6, dreier det seg om en særskilt varslet fremgangsmåte for å prissette *"økonomisk og/ eller risikomessig konsekvens for Kontraktsforvalter."* Innsendt dokumentasjon viser at det også er dette innklagede faktisk har vurdert. Bruken av *"forbehold"* som et tildelingskriterium fremstår da etter dette medlemmets oppfatning som klargjørende for hvordan forbehold som ikke er forhandlet bort, vil bli vurdert og håndtert ved den endelige tilbudsevaluering. Det kan ikke være tvil om at oppdragsgiver i dette tilfellet har rett til å evaluere de forhold som faktisk er listet opp under overskriften som del av tilbudets kvalitative egenskaper og på den måten

som er varslet, og for forbeholdenes vedkommende med et angitt vektingstall (5 %) i forhold til de øvrige tildelingskriterier. Dette utgjør ikke brudd på regelverket.

Antall leverandører som ble invitert til forhandlinger

- (34) Slik klagenemnda tolker konkurransegrunnlagets punkt 5 er dette kun en angivelse av hvilke ressurser innklagede antok å ville bruke i den siste delen av forhandlingsperioden, og således ikke en bestemmelse som tilbyderne kan utlede noen rettigheter fra. Innklagede har derfor ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å slutføre forhandlingene med tre og ikke bare to av tilbyderne. Nemnda kan heller ikke se at dette har påvirket konkurransen i negativ forstand.

Inngåelse av kontrakt innen vedståelsesfristens utløp

- (35) Forlengelse av vedståelsesfristen er en ensidig avtalerettslig disposisjon, og nemnda legger til grunn at fristen i alle fall implisitt må anses forlenget så lenge avtalepartene er i aktive forhandlinger. I dette tilfellet forstår klagenemnda det slik at det var pågående forhandlinger med alle leverandørene frem til alle ble invitert til å inngi et nytt revidert tilbud. Når forhandlingene er avsluttet og endelig tilbud innlevert, følger det av forskriftens § 7-5 at vedståelsesfristen utløper 30 dager etter dette, dersom ikke annet er sagt. Spørsmålet om innklagedes ansvar for å håndtere forlenget vedståelse for flere leverandører som deltar i siste runde – likhetsprinsippet – er ikke anført og foreligger dermed ikke i denne saken.
- (36) Av innsendt dokumentasjon fremgår det at valgte leverandørs endelige tilbud ble innlevert "et par dager" etter 25. mai 2005, det vil si 27. mai 2005. Vedståelsesfristen for tilbudet utløp da 30 dager senere, det vil si 27. juni 2005. Innklagede har imidlertid dokumentert at valgte leverandør samme dag vedsto seg tilbudet inntil 27. juli 2005. Kontrakt ble underskrevet 7. juli 2005, altså innen fristens utløp.

Tildelingsevalueringen av kriteriet "kvalitet/funksjonalitet"

- (37) I evalueringen av tildelingskriteriet "kvalitet/ funksjonalitet" har innklagede istedenfor å poengsette tilbudene på basis av alle underkriteriene, for noen av disse begrenset seg til kun å vurdere tilbudene som godkjent. Dette gjelder i forhold til enkelte av kriteriene under punkt en og alle kriteriene under punkt to. Innklagede bestriker ikke dette, men har anført at begrunnelsen for dette er at forskjeller mellom tilbudene på disse punkt ikke representerer noen merverdi for innklagede, såfremt et minimumsnivå var tilfredsstillt.
- (38) I klagenemndas saker 2004/162 (premiss 24) og 2004/294 (premiss 67 og 68) ble det fastslått at tildelingskriterier ikke kan brukes som minstekrav, men må skjønnsmessig evalueres. Slik klagenemnda tolker innklagedes evaluering av tilbudene på ovennevnte kriterier er kriteriene kun anvendt som minstekrav, og forskjeller mellom tilbudene utover oppfyllelse av et minstenivå er ikke evaluert. Dette må anses rettmessig i forhold til kravene tilknyttet sikkerhets- og drifts- og vedlikeholdskriteriene, da konkurransegrunnlaget for disse oppga at kravene var minimumskrav. For de øvrige kravene utgjør innklagedes manglende evaluering utover et minstenivå et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Konklusjon:

Statens forvaltningstjeneste har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å anvende enkelte av underkriteriene tilknyttet "kvalitet/funksjonalitet" som minstekrav.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

16. oktober 2006



Inger Roll-Matthiesen