



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en utvelgelse av leverandører til konkurranse med forhandlinger. De fem best kvalifiserte leverandørene ble valgt ut, og klagenemnda fant at denne fremgangsmåten var i samsvar med § 9-3. Klagenemnda fant ikke at leverandørenes kvalifikasjoner skulle vært vurdert annerledes. I kunngjøringen var Bergen kommune oppgitt som eneste oppdragsgiver, og klagenemnda fant at det vil innebære en ulovlig direkte anskaffelse dersom andre rettssubjekter som er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, tilslutter seg rammeavtalen.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2005/240

Klager: Ventelo AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Krav til kunngjøring. Utvelgelse til forhandlinger.

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter også kalt innklagede) kunngjorde 3. februar 2005 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av transportnettverk og teletrafikk-løsninger. Anskaffelsen var betegnet som en tjenesteanskaffelse. Konkurransen var begrenset, dvs at det først skulle gjennomføres en prekvalifisering. Det var oppgitt at mellom tre og seks av søkerne ville bli invitert til å inngi tilbud.

- (2) Under punktet ”sted for bygge- og anleggsarbeidet, levering eller utførelsessted” het det:

”Bergen med omkringliggende kommuner”

- (3) Kvalifikasjonskravene var oppgitt i kunngjøringen og utdypet i et eget kvalifikasjonsgrunnlag. I kvalifikasjonsgrunnlaget het det innledningsvis:

”Oppdragsgiver for denne anskaffelsen er Bergen kommune, BFKN, IT-seksjonen, heretter kalt BK. Konkurransen gjennomføres av Bergen kommune, Byrådsavdelingen for finans, kultur og næring, seksjon for konkurranse og utvikling/innkjøp. Bergen kommune har inngått samarbeidsavtale med en del

samarbeidspartnere, disse er listet i vedlegg III. BK vil i konkurransegrunnlaget komme tilbake til hvem som vil knytte seg til en eventuell avtale.”

- (4) Vedlegg III inneholdt navn på 13 kommuner i Hordaland og syv offentlige enheter med tilhold i Bergen.
- (5) I et brev som senere ble sendt ut til de leverandørene som var valgt ut til å inngi tilbud, var det oppgitt at følgende enheter hadde avgitt innklagede fullmakt, slik at de kunne velge å slutte seg til avtalen: Kommunene Askøy, Fjell, Lindås, Meland, Os, Radøy og Øygarden, Bergen kino AS, Bergen og omland havnevesen, BiR AS, Bergen kirkelige fellesråd og Bergen tomteselskap.
- (6) I kvalifikasjonsgrunnlaget het det følgende om anskaffelsen:

”Oppdragsgiver innbyr til konkurranse i forbindelse med anskaffelse av transportnettverk og teletrafikk tjenester til Bergen kommune.

BK skal inngå nye avtaler innenfor områdene transportnettverk og teletrafikk. Dette har i tidligere avtaler blitt sett på som separate saker. BK ønsker nå å se disse anskaffelsene i sammenheng, da de teknologisk er i ferd med å nærme seg hverandre. Anskaffelsen er delt inn i følgende tjenestområdegrupper:

Datakommunikasjon

1 Transportnett

2 Internettaksess

Telefonitjenester

3 Fasttelefoni

4 Mobiltelefoni”

- (7) Kravene til leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet var presentert slik:
- ”
- 1. Det kreves at leverandøren viser god økonomisk styrke.*
Dokumentasjon:
 - Følgende nøkkeltall skal dokumenteres og beregnes: soliditet, likviditet og lønnsomhet. Nøkkeltallene skal være fra den enhet som ønsker å bli prekvalifisert. Konsernregnskap vil ikke bli godkjent.*
 - 2. Det kreves at leverandøren skal ha evne til å foreta langsiktige investeringer.*
Dokumentasjon:
 - Det skal vedlegges de siste 3 års revisorgodkjente årsregnskaper. Disse regnskapene skal være fra den enhet som ønsker å bli prekvalifisert. Konsernregnskap vil ikke bli godkjent.*
 - Investeringsbudsjett for de neste 3 årene skal vedlegges.”*

- (8) Kravene til leverandørenes tekniske kapasitet var beskrevet som følger:

”

- 1. Det kreves at leverandør skal kunne levere ethernett-grensesnitt.*
Dokumentasjon:

- *Beskrivelse av de grensesnitt som leverandøren håndterer.*
2. *Det skal være et transportnett tilgjengelig i hele området.*
Dokumentasjon:
 - *Vedlegg II til kvalifikasjonsgrunnlaget skal være utfyllt.*
 3. *Det kreves at leverandøren har erfaring fra minst én tilsvarende leveranse tidligere.*
Dokumentasjon:
 - *Beskrivelse av de viktigste leveranser de siste 5 år.*
 4. *Det kreves god gjennomføringsevne.*
Dokumentasjon:
 - *Det skal vedlegges en bemanningsplan for de tjenester man ønsker å levere innenfor.*
 5. *Det kreves at leverandøren har en drifts- og vedlikeholdsserviceevne innenfor omfanget.*
Dokumentasjon:
 - *Det skal vedlegges en beskrivelse av serviceorganisasjon.”*
- (9) Elleve leverandører innga søknad om prekvalifisering, blant dem Ventelo AS (heretter kalt klager). I søknaden skrev klager følgende om transportnettverk:

”Vi var først usikre på hva som skulle fylles inn i vedlegg 2, men fikk muntlig beskjed av innkjøpleder Alf Jarle Albertsen at det kun var dagens leverandører av transportnettverk/internettaksesser som skulle fylle inn velegget.

Det kan imidlertid leveres ADSL/SHDSL/Fiber til lokasjonene i vedlegget. Det er også en mer omfattende beskrivelse av de ulike bredbåndsproduktene i vedlagt ”IP Dokument”.

Ventelo er nå inne i en fase der vi bygger ut et eget IP nett for å kunne tilby våre kunder IP Tjenester, som f.eks ADSL, SHDSL, IP VPN og IP Telefoni. Denne utbyggingens fase 1 skal være ferdigstilt i løpet av mai 2005, og innebærer at vi setter inn eget utstyr i Telenors sentraler og etablerer infrastruktur mellom de 5 største byene i Norge. ADSL og SHSL har Ventelo tidligere tilbudt gjennom en videresalgsavtale med Telenor. Det skal vi fortsatt gjøre, men kun til kunder som ikke er på en av våre egne sentraler.”

- (10) To søkere ble avvist, mens ni ble funnet å oppfylle kvalifikasjonskravene. Innklagede rangerte så søkerne innenfor kategoriene økonomisk styrke, tilgjengelig transportnett, tidligere erfaring, god gjennomføringsevne og drifts- og vedlikeholdsevne. På hvert av punktene ble søkerne rangert lavt, middels eller høyt og ble gitt henholdsvis null, ett og to poeng. Klager ble vurdert som middels på alle punkter bortsett fra gjennomføringsevne, der klager fikk høy uttelling. Total uttelling for klager var dermed 6 poeng. Fem leverandører med poengsummer fra 8 til 10 ble valgt ut til å inngi tilbud. Klager ble dermed ikke valgt til forhandlinger. I sine notater skrev innklagede blant annet:

”Dei fem med høgast poeng omfatta fire leverandørar på transportnett og internettaksess, tre på mobiltelefoni og tre på fasttelefoni. Dette vart sett som ei konkurransemessig tilfredsstillande fordeling, då det også var ei blanding av tilbydarar som kunne levere fleire tenester, og spesialistfirma som bare leverte innfor nokre kategoriar.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Partsforhold

- (12) Konkurransen er en form for innkjøpssamarbeid mellom innklagede og en rekke andre offentlige oppdragsgivere. Det fremgår ikke av kunngjøringen at anskaffelsen også skal gjelde innkjøp til andre kommuner og offentlige etater enn innklagede. Anskaffelser til andre offentlige oppdragsgivere enn innklagede kan derfor ikke skje uten ny kunngjøring. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2004/220. Kunngjøringen navngir ingen andre innkjøpere enn Bergen kommune. At det er opplyst at levering eller utførelse er ”Bergen og omkringliggende kommuner”, er ikke tilstrekkelig identifisering av de andre innkjøperne. Det viser seg dessuten at mange andre offentlige aktører enn ”omkringliggende kommuner” skal delta i innkjøpet.

Valg av anskaffelsesprosedyre

- (13) Konkurransen følger del II i forskrift om offentlige anskaffelser. Da er hovedregelen at konkurransen skal gjennomføres som en anbudskonkurranse. Unntaksbestemmelsene i forskriftens § 4-2 skal tolkes strengt. Vilåårene for å benytte konkurranse med forhandling er ikke oppfylt. Iallfall bør det ikke være problematisk å avholde anbudskonkurranse for tjenesteområdene fasttelefoni og mobiltelefoni. De forholdene innklagede beskriver, gjelder bare transportnettjenestene. Det må derfor være i best overensstemmelse med regelverket for offentlige anskaffelser dersom det ble avholdt en separat konkurranse for leveransene til Bergen kommune.
- (14) For å rette denne feilen må innklagede gjennomføre en ny konkurranse med prosedyren anbudskonkurranse.

Kvalifikasjonskravene

- (15) I kvalifikasjonsgrunnlaget er det blant annet angitt tekniske kvalifikasjonskrav som tilgjengelig transportnett, erfaring med transportnett, og drifts- og vedlikeholdsevne for transportnett. Disse kravene er bare aktuelle for Bergen kommune, og ikke de andre oppdragsgiverne som er med i innkjøpssamarbeidet. Bruk av tekniske kvalifikasjonskrav som ikke er relevante for resten av oppdragsgiverne i innkjøpssamarbeidet, er i strid med kravet til forholdsmessighet og i strid med anskaffelsesforskriftens bestemmelser om hvilke kvalifikasjonskrav som kan fastsettes.
- (16) Dersom det ses bort fra disse tekniske kvalifikasjonskravene, der klager i følge innklagede er vurdert som ”middels”, ville klager blitt rangert på ”topp” i forhold til

behovet for de øvrige oppdragsgiverne. Klager skulle derfor hatt anledning til å inngi tilbud til disse oppdragsgiverne.

- (17) Videre er de tekniske kvalifikasjonskriteriene angitt på en slik måte at leverandørene blir vurdert etter hvem som best oppfyller kriteriene, dvs med høyest margin ut over det som er nødvendig for å sikre at leverandøren er egnet til å levere kontraktsmessig. Dette er i strid med forskriftens § 5-5 (1) og (2). Leverandørene er i realiteten blitt vurdert i henhold til hvem som lettest kan tilby transportnett. Dette skal vurderes som del av tilbudsevalueringen.

Vurderingen av klagers kvalifikasjoner og utvelgelsen av leverandører

- (18) Når det gjelder vurderingen av kvalifikasjonene, har innklagede uriktig vurdert klagers finansielle styrke som ”middels”. Den oversendte dokumentasjonen viser at klagers økonomi er meget god.
- (19) Videre er klager uriktig blitt vurdert som middels i forhold til de tekniske kvalifikasjonskravene som er nevnt ovenfor. For det første har ikke innklagede tilstrekkelig materiale til å konkludere med at klager er middelmådig med hensyn til transportnett. For det andre viser den innleverte dokumentasjonen at klager er i stand til å tilby internettaksess/transportnettverk basert på den videresalgsavtalen med Telenor som det ble opplyst om i søknaden om prekvalifisering.
- (20) Vurderingen av klagers kvalifikasjoner fremstår som vilkårlig og usaklig, og det er ikke dokumentert at klagers kvalifikasjoner er middels i forhold til de øvrige leverandørene. Referanseprosjektdokumentasjonen viser at klager blant annet har 60% av kommunene og Forsvaret som kunder, og innklagedes vurdering fremstår derfor som uforståelig.
- (21) Innklagede har vurdert negativt at klager har søkt om prekvalifisering for samtlige av de fire tjenesteområdene, herunder transportnett. Det fremgår ikke av kvalifikasjonsgrunnlaget at det vil bli vektlagt om leverandørene ønsker å inngi tilbud for samtlige eller bare enkelte tjenesteområder, og det er usaklig og uriktig å trekke dette inn i prekvalifiseringen.
- (22) Det er i strid med kravet til konkurranse at leverandørene i prekvalifiseringen vurderes relativt i forhold til hverandre. Vurderingstemaet bør være hva som sikrer best mulig konkurranse om anskaffelsen.

Innklagedes anførsler:

- (23) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Partsforhold

- (24) Av kunngjøringen fremgår det at sted for levering eller utførelse er ”Bergen med omkringliggende kommuner”, mens det i kvalifikasjonsgrunnlaget ble opplyst hvilke enheter som var partnere i samarbeidsavtalen. Det var videre opplyst at innklagede ville komme tilbake med opplysninger om hvilke parter som ville knytte seg til rammeavtalen. Anskaffelsen er derfor tilstrekkelig kunngjort. Dersom kunngjøringen likevel har vært feil, har ikke dette hatt betydning for klager.

- (25) Denne saken skiller seg fra sak 2004/220 ved at det her bare er én oppdragsgiver, nemlig Bergen kommune. Samarbeidspartenes behov for tjenester ivaretas ved at leverandøren inngår kontrakt med Bergen kommune som oppdragsgiver. Videre skiller herværende sak seg fra 2004/220 ved at prosedyren er konkurranse med forhandling og ved at det gjelder en rammeavtale.

Valg av anskaffelsesprosedyre

- (26) Unntaket for bruk av konkurranse med forhandling er oppfylt. Anskaffelsen gjelder en type teknologi som er i en rivende utvikling. Da innklagede høsten 2004 gjennomførte en markedsundersøkelse for å klarlegge hvilke løsningsmodeller, viste det seg at transportnettene nå kan realiseres på ulike teknologiske plattformer, med et stort spekter av funksjonsalternativer og større mulighet for tilstrekkelig båndbredde til alle lokasjoner. Samtidig øker leverandørenes mulighet til å dele nettverksinfrastrukturen mellom flere kunder, noe som kan redusere kostnadene per kunde, men samtidig introdusere sikkerhetsproblemer. Videre har det skjedd en konvergens mellom data og telefoni, slik at tidligere adskilte tjenester kan realiseres over samme infrastruktur. Dette gjorde det ønskelig å etterspørre alle tjenestene samtidig for å få prøvd denne muligheten i markedet.
- (27) Innklagedes behov, med høyt antall brukere og tjenestesteder, båndbreddekrav, sikkerhetskrav og kompleks organisasjon, viser at leveransen er så kompleks, både når det gjelder teknologi og logistikk, at de fleste leverandører vil måtte tilpasse sine løsninger for å oppfylle kravene. Disse forhandlingene vil lett overskride den typen avklaringer som tillates ved anbudskonkurranser. Innklagede har bevisst prøvd å unngå å spesifisere en bestemt teknologisk løsning, slik at konkurransen ikke skulle bli unødvendig begrenset. Dermed måtte det også kunne gjennomføres forhandlinger for å tilpasse løsningen til innklagedes behov.

Kvalifikasjonskravene

- (28) Bergen kommune alene er oppdragsgiver ved anskaffelsen. De øvrige kommunene har mulighet til å knytte seg til rammeavtalen dersom de ønsker dette. Innklagede har derfor benyttet de kvalifikasjonskravene som er relevante for Bergen kommunes behov, og det er opp til samarbeidspartene å vurdere om de vil knytte seg til den avtalen som inngås.
- (29) Når transportnett inngår i anskaffelsen, er det relevant å vurdere evnen til å tilby dette. Det er adgang til å trekke inn i utvelgelsesvurderingen hvilken leverandør som lettest kan tilby en leveranse.

Vurderingen av klagers kvalifikasjoner og utvelgelsen av leverandører

- (30) Klagers økonomi er vurdert opp mot de andre leverandørenes økonomi. Klagers økonomi kan være god nok, men sett i forhold til de andre leverandørene er klager vurdert som dårligst av de ni leverandørene.
- (31) Videre er klager vurdert som middels på transportnett. Bakgrunnen er at klager ikke har transportnettverk, men intensjoner om å bygge dette. Klager hadde heller ingen referanser på levering av transportnett.
- (32) De fem leverandørene som hadde høyest poengsum, omfattet fire leverandører på transportnett, tre på mobiltelefoni og tre på fasttelefoni. Utvelgelsen av leverandører

som får inngi tilbud, gir en sammensetning som sikrer både leveringskvalitet og konkurranse i tilbudsfasen.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder prioriterte tjenester og er etter sin verdi underlagt forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.

Partsforhold

- (34) Etter forskriftens § 6-2 skal oppdragsgiver som ønsker å tildele en kontrakt, gjøre dette kjent gjennom en kunngjøring. Oppdragsgivere som er omfattet av regelverket, kan dermed som hovedregel ikke inngå en kontrakt uten forutgående kunngjøring. I kunngjøringen er bare Bergen kommune nevnt som oppdragsgiver. Dersom andre offentlige oppdragsgivere anskaffer de aktuelle tjenester uten forutgående kunngjøring, vil dette være i strid med § 6-2. Det vises i denne sammenheng til klagenemndas avgjørelse i sak 2004/220, der klagenemnda fastslo at Sametinget ikke kunne tiltre en avtale som var kunngjort av seks fylkeskommuner, ettersom Sametinget ikke var oppgitt som oppdragsgiver i kunngjøringen.
- (35) Innklagede har vist til at saken skiller seg fra sak 2004/220 ved at det i den foreliggende sak er tale om å inngå en rammeavtale, og at prosedyren er konkurranse med forhandling. Til dette vil klagenemnda bemerke at kravet til kunngjøring er gitt av hensyn til alle potensielle leverandører og gjelder uavhengig av konkurranseform og kontraktstype.
- (36) Videre er det vist til at det i den foreliggende sak ikke er tale om å tilslutte seg en avtale med leverandøren, men å inngå kontrakt med Bergen kommune. Klagenemnda forstår innklagedes anførsel slik at samarbeidende enheter skal forholde seg til Bergen kommune, slik at Bergen kommune anskaffer på vegne av dem. Uten å ta stilling til om dette er riktig vil klagenemnda bemerke at det er uten betydning i forhold til kunngjøringsreglene om eventuelle samarbeidsparter kontraherer med Bergen kommune eller med den valgte leverandøren. Om en annen enhet gjennomfører anskaffelsen fra Bergen kommune eller fra den valgte leverandøren direkte, er anskaffelsen uansett ikke blitt kunngjort, og dette vil innebære et brudd med § 6-2. Kommuner er i forhold til regelverket selvstendige rettssubjekter og kan derfor ikke anskaffe fra hverandre uten konkurranse fra markedet.
- (37) Ettersom kunngjøringsreglene er gitt av hensyn til potensielle leverandører, har det ingen betydning at klager gjennom prekvalifiseringsgrunnlaget er gjort kjent med hvilke andre offentlige enheter som uten å ha forpliktet seg ved utlysning i fortsettelsen kan velge å tilslutte seg rammeavtalen.

Valg av anskaffelsesprosedyre

- (38) For kontrakter som omfattes av forskriftens del II, kan konkurranse med forhandling bare unntaksvis benyttes, jf § 4-1. Dette gjelder blant annet i særlige tilfeller hvor tjenestens eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd, jf § 4-2 bokstav b. Videre kan konkurranse med forhandling benyttes når tjenesten som skal leveres, er av en slik art at det ikke i

tilstrekkelig grad kan fastsettes så nøyaktige spesifikasjoner at valg av det beste tilbudet kan skje etter reglene for åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf § 4-2 bokstav c. Dette unntaket gjelder særlig intellektuelle tjenester og finansielle tjenester.

- (39) Innklagedes argumentasjon, jf premissene 26 og 27, er særlig aktuell i forhold til sistnevnte unntak, men klagenemnda antar at de to unntakene til dels faller sammen. Tjenestene som skal anskaffes, må betegnes som intellektuelle tjenester og er dermed i kjernen for unntaket. Klagenemnda anser innklagedes argumenter om at det dreier seg om en komplisert og mangesidig anskaffelse der utvikling av løsninger skjer i et raskt tempo, som relevante. Det kan ikke forventes at en oppdragsgiver er kjent med alle mulige løsninger innen et så teknisk felt som det aktuelle. Klagenemnda har ikke faktiske forutsetninger for å avgjøre om anskaffelsen kunne vært gjennomført som anbudskonkurranse etter et forprosjekt, eller om dette ville nødvendiggjort en detaljspesifikasjon som ville virke unødvendig bindende i forhold til valg av løsning og dermed hemme konkurransen. Klagenemnda kan etter dette ikke overprøve innklagedes vurdering av at konkurransen ikke med rimelighet kunne vært gjennomført som anbudskonkurranse.

Kvalifikasjonskravene

- (40) I henhold til forskriftens § 5-11 kan oppdragsgiver be om å få oppgitt leverandørens erfaring med tilsvarende leveranser. Transportnett er en del av innklagedes forespørsel, og klagenemnda antar at det er relevant å vurdere leverandørens evne til å tilby dette. Klagenemnda trenger ikke å ta stilling til om det er relevant å stille dette som krav også ved levering til andre mulige oppdragsgivere som ikke skal ha transportnett. Bergen kommune er den eneste oppdragsgiveren som har kunngjort anskaffelsen, og er dermed den eneste som kan inngå kontrakt uten å bryte kunngjøringsreglene.

Vurderingen av klagers kvalifikasjoner og utvelgelsen av leverandører

- (41) I henhold til forskriftens § 9-3 (1) og (2) skal oppdragsgiver velge ut leverandører som får inngi tilbud, på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. En rangering av leverandører som ikke er avvist, etter en vurdering av hvor godt de oppfyller forhåndskunngjorte objektive kvalifikasjonskrav, slik som i dette tilfellet, er etter klagenemndas vurdering ikke i strid med bestemmelsens ordlyd.
- (42) Klagenemnda registrerer at klager ikke har referanser på levering av nettverk, og nemnda er ikke i stand til å vurdere om videresalgsavtalen med Telenor er et fullgodt substitutt for eget nettverk eller erfaring med levering av et slikt. Etter dette har klagenemnda ikke grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering av at klager hadde middels tekniske kvalifikasjoner i forhold til levering av nettverk.
- (43) Basert på klagers fremlagte regnskapstall for årene 2001, 2002 og 2003 regnet innklagede ut klagers soliditet og likviditet, og klagenemnda ser at klager jevnt over blir vurdert som svakere enn de andre leverandørene mht disse parametrene. Klagenemnda har ingen kommentar til at klagers økonomi ble vurdert som svakere enn de andre søkeres økonomi.

- (44) Etter å ha gjennomgått de fremlagte dokumenter kan klagenemnda ikke se at innklagede har vektlagt i klagers disfavør at klager ønsker å inngi tilbud på alle tjenesteområdene.
- (45) Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved utvelgelsen av leverandører som skal få inngi tilbud.

Konklusjon:

Bergen kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Andre offentlige oppdragsgivere vil bryte forskrift om offentlige anskaffelser § 6-2 dersom de tilslutter seg Bergen kommunes avtale.

For klagenemnda,
24. oktober 2005

Svein Dahl