



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede endret konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp og ba tilbyderne om å sende inn nytt forenklet vedlegg 2 til det opprinnelige tilbudet. Innklagede antok at vedståelsesfristen samtidig ble utvidet til nye tre måneder, og valgte KonicaMinolta selv om vedståelsesfristen fra tilbudet som først ble innlevert, var gått ut. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 (2) ved å avslutte tildeling av kontrakt til en tilbyder etter at vedståelsesfristen var gått ut. Klagenemnda kom også til at innklagede hadde endret konkurransegrunnlaget og angitt tildelingskriteriene i strid med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 20. mars 2006 i sak 2005/306

Klager: Ricoh Norge AS

Innklaget: Innkjøpssamarbeidet Østfold Nord - Vest v/ Moss kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Angivelse av tildelingskriterier, endring av konkurransegrunnlag, evaluering av tilbud, forhandlingsforbud og virkninger av utløpt vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

- (1) Innkjøpssamarbeidet Østfold Nord - Vest (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. mai 2005 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av multifunksjons - maskiner.
- (2) I konkurransegrunnlaget fremgikk det at tildelingskriterium var ”det økonomisk mest fordelaktige tilbud” med følgende underkriterier:

”4. Kriterier for tildeling - økonomisk mest fordelaktig

Tildeling vil skje på basis kriterier oppgitt i vedlegg - blant annet i ikke prioritert rekkefølge;

Leiepris over 5 år

Salgspris

Produktene kvalitet og funksjonelle egenskaper - se vedlegg 2

Pris på tilleggsfunksjoner og servicepris pr. klikk

Servicegrad – responstid

Eventuelle planer for periodisk og forebyggende service for maskinene.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (3) Tilbudsfristen var satt til den 19. august 2005 kl. 1300. Av konkurransegrunnlaget pkt. 6 fremgikk det at vedståelsesfristen for tilbudet var 3 måneder fra tilbudsfristens utløp.
- (4) Canon Norge AS (heretter klager) innga sitt anbud innen fristens utløp. Det ble inngitt 12 tilbud.
- (5) I brev av 9. september 2005 skrev innklagede felles til tilbyderne:

"Vi bekrefter mottakelse av Deres tilbud. Det innkom i alt 12 tilbud. Vi er noe forsinket pga andre arbeidsoppgaver, særskilt i forbindelse med stortingsvalg 2005. Flere arbeider med beslutningsprosessen og vi skal onsdag f.k. ha vårt første samlingsmøte.

Vi vil etter hvert ta kontakt dersom tilleggsopplysninger ønskes, eller det mangler noe i tilbudene. Dersom vi skulle ha behov for å endre noe i konkurransegrunnlaget, blir samtlige tilbydere tilskrevet likelydende.

Dette til foreløpig orientering"

- (6) Innklagede innså etter hvert at tilbudene ikke kunne evalueres i henhold til de angitte tildelingskriterier, og sendte ut en e-post den 6.oktober 2005 hvor følgende fremgår:

"Det vises til Deres tilbud og vår meddelelse av 09.09.2005 om at vi ville bli forsinket i beslutningsprosessen og med forbehold om å endre konkurransegrunnlaget.

Vi har nå foretatt betydelige forenklinger i vedlegg 2: spesifikasjon av tilbudet. Vi etterspør kun en maskin i hvert sortiment og med reduserte opplysninger om funksjonalitet. Det er heller ikke videreført krav om priser på definert tilleggsutstyr. Servicepris skal være inkludert alle tilleggskostnader i løpet av 5 års drift er innregnet i denne.

Med dette er også pkt.5 Multifunksjonsmaskiner, endret tilsvarende, kfr. Responstid, hva som omfattes av serviceavtale samt opplysninger om andre maskiner, bortfalt eller dekket inn i sin helhet i vedlegg 2.

Vi ber om at vedlegg 2 besvares elektronisk innen fredag 28.10.2005 kl. 1500"

- (7) Samtlige tilbydere besvarte vedlegg 2 innen fristen. Innklagede foretok en evaluering av tilbudene, og det ble besluttet å tildele kontrakt til KonicaMinolta som hadde tilbudt den beste pris på leie og på kjøp. Det fremgår av anskaffelsesprotokollen (udatert) at KonicaMinolta hadde lavest pris og var "kvalifisert" på de øvrige tildelingskriterier.

Tilbyderne ble meddelt innklagedes beslutning om tildeling av kontrakt ved brev av 25.11.2005 hvor det fremgår;

"Etter pris og drift i 5 år er rangert:

1 KonicaMinolta AS

2 Danko Norge AS

3 Ricoh Norge AS

Rangeringen gjelder ved både kjøp og leie.

Disse tre tilbyderne tilfredsstilte også de øvrige kriterier i konkurransegrunnlaget.

Kontrakt vil bli inngått med KonicaMinolta AS, 12.12.2005"

- (8) I et brev til klager av 8.desember 2005 utdypet innklagede beslutningen om tildeling:

”Vår vurdering er at alle aktuelle tilbydere, etter at priser ble beregnet i ht. Pk 5 ovenfor, var kvalifisert i ht. de øvrige tildelingskriterier. Vi har ikke foretatt innbyrdes rangering isolert etter disse kriterier. Vi har da heller ikke oppgitt at spesiell vektning mellom de ulike kriterier ville bli foretatt. Vi har også vurdert det slik at det måtte ha vært mindre prisvariasjoner i tilbudene for at de øvrige kriterier kunne gitt utslag for andre valg og forklares saklig”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (10) Angivelse av tildelingskriteriene er i strid med anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 10-2 (2). I konkurransegrunnlaget oppgis at tildelingskriteriene er ”blant annet”, og tildelingskriteriene er derfor ikke uttømmende angitt slik regelverket krever. Det er videre uklart hvilke av opplysningene i vedlegg 2 som er tildelingskriterier, og hvilke som er funksjonelle krav.
- (11) Endringen av konkurransegrunnlaget er i strid med prinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 5. Innklagede skulle ha utlyst et nytt anbud med de nye og endrede premissene. Forskriftens § 4-3 er uten betydning i den foreliggende sak siden bestemmelsen kun kommer til anvendelse der oppdragsgiver benytter etterfølgende ”konkurranse med forhandling”. Endringene i konkurransegrunnlaget medførte ingen overgang til ny prosedyreform, men kun en videreføring av den opprinnelige.
- (12) De øvrige tildelingskriteriene utover pris er ikke vurdert og vektet, og vurderingen av tilbudene er derfor mangelfull.
- (13) Dersom prisene til KonicaMinolta var så lave som det blir anført, skulle innklagede ha avvist denne tilbyderen på grunn av unormalt lavt tilbud.
- (14) Det har vært telefonisk kommunikasjon mellom kommunen og to av tilbyderne, og det anføres at innklagede har brutt forhandlingsforbudet som gjelder i en åpen anbudskonkurranse.
- (15) Vedståelsesfristen utløp 19. november 2005, og innklagede har dermed ikke adgang til å inngå kontrakt med valgt tilbyder siden fristen ikke ble forlenget da konkurransegrunnlaget ble endret og tilbyderne måtte inngi nye tilbud.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (17) Det var ekstraordinær stor differanse mellom KonicaMinoltas pristilbud og de øvrige tilbyderne. Det var ikke mulig å skille mellom tilbudene på de øvrige kriterier.
- (18) Prisforskjellen var så stor at det ikke var mulig å se bort fra denne uansett om noen av de andre tilbyderne eventuelt hadde rangert høyere på de øvrige kriterier.

- (19) De innkomne tilbudene kunne ikke vurderes og var følgelig uakseptable i henhold til de angitte tildelingskriterier. Når så innklagede har innhentet nye tilbud fra samtlige tilbydere uten vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene, har innklagede handlet i overensstemmelse med forskriftens § 4-3a.
- (20) Endringen av konkurransegrunnlaget er ikke i strid med kravet til etterprøvbarhet. Klager synes å ha akseptert de nye premissene for konkurransegrunnlaget og en ny konkurranse ville ikke ført til bedret etterprøvbarhet. Eventuelle feil er følgelig uten betydning for konkurransen.
- (21) Det er ikke ført forhandlinger med noen av tilbyderne, kun avklaringer som er tillatt etter regelverket. Dersom klagenemnda skulle komme til at det ble foretatt ulovlige forhandlinger, vil dette uansett ikke ha betydning for utfallet av konkurransen siden oppklaringen gjaldt det opprinnelige tilbud som innklagede fant ikke kunne vurderes.
- (22) Vedståelsesfristen må anses for å løpe på nytt fra fristen for innlevering av revidert tilbud. Dette er uansett en feil som ikke har hatt betydning for utfallet av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.

Angivelse av tildelingskriteriene

- (23) Tildelingskriteriene skal være klart og uttømmende angitt, jf. forskriftens § 10-2 (2), som viderefører det overordnede krav til forutberegnelighet i lovens § 5. I sak 2003/176 ble tillegget "mv" benyttet i forbindelse med angivelse av tildelingskriteriene og funnet i strid regelverket. Det er da tilsvarende i strid med regelverket å åpne for tildelingskriterier ved bruk av uttrykket "blant annet". Samtidig vil nemnda bemerke at det ikke virker som om dette forholdet har hatt betydning for resultatet av konkurransen.

Vedståelsesfrist

- (24) Vedståelsesfristen er akseptfrist for foreliggende tilbud og kan bare forlenges ved at tilbyderne samlet eller enkeltvis godtar dette. Den settes av anskaffelsesmyndigheten etter forskriftens § 7-5. Forlengelse av fristen følger avtalerettslige regler, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/267, der det ble uttalt:

"Det følger av klagenemndas avgjørelse i sak 2005/189, og forutsetningsvis av flere tidligere avgjørelser, at tilbyderne kan forlenge sin vedståelsesfrist etter at tilbud er inngitt. Forlengelse må imidlertid skje mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en avtalerettslig disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler."

- (25) Vedståelsesfristen utløp i dette tilfellet den 19. november 2005. Innklagedes beslutning om tildeling er datert den 25. november 2005. Da var fristen utløpt. Innklagede har ikke rettet noen direkte forespørsel om forlengelse av vedståelsesfristen til tilbyderne, og det er på rene at ingen av tilbyderne har forlenget den eksplisitt. Spørsmålet er om tilbyderne likevel kan anses for å ha utvidet fristen

ved å ha etterkommet innklagedes anmodning om å levere inn endringer i vedlegg 2: ”Spesifikasjon av tilbudet etter anmodning fra innklagede” i den forstand at endringene regnes som et nytt tilbud, slik at det løper en ny vedståelsesfrist fra tilbudsinngivelsen vedrørende vedlegg 2.

- (26) Det fremgår ikke av e-post av 6. oktober 2005 fra innklagede eller av noen annen dokumentasjon fra anbudsprosessen at tilbyderne skal innlevere nye tilbud i den forstand at hele det opprinnelige tilbudet skal erstattes. Innklagede ber kun om at vedlegg 2 til tilbudet besvares på nytt – og innen en frist som ligger godt foran utløpet av den opprinnelige vedståelsesfristen. Når det i senere e-post av 25.10.2005 fra innklagede blir presisert at ”det nye vedlegg 2 erstatter det opprinnelige i sin helhet”, må dette tolkes slik at det nye vedlegget kun erstatter det opprinnelige ”vedlegget”, ikke hele tilbudet. De nye tilbudene ble levert lenge før utløpet av vedståelsesfristen, og ingen av tilbyderne hadde dermed grunn til å tro at innklagede ikke ville være i stand til å ferdigbehandle saken før fristens utløp 19. november.
- (27) Slik det fremstår for klagenemnda, har tilbyderne kun levert endringer i tilbudet uten å ha berørt spørsmålet om fristutløp. Dersom innklagede vurderte innsendelsen av nytt vedlegg 2 som et nytt fullstendig tilbud, måtte dette ha fremgått av den korrespondanse som ba tilbyderne om å fylle ut nytt vedlegg 2 (som i seg selv uansett utgjorde et brudd på regelverket, jf. nedenfor).
- (28) Det var intet som tilsa at innklagede ikke skulle kunne vurdere endringene før vedståelsesfristen gikk ut, og det kan derfor ikke legges til grunn at tilbyderne burde skjønt at endringene medførte ny vedståelsesfrist på tre måneder fra inngivelse av endringene, hvilket i seg selv uansett ikke ville vært nok som grunnlag for tilsagn om utsettelse.
- (29) Når vedståelsesfristen er utløpt, foreligger ingen bindende tilbud, og i et slikt tilfelle er det ingen annen mulighet for kontraktstildeling enn å kunngjøre ny konkurranse, jf. sak 2004/48, der det ble uttalt:

”Vedståelsesfristen angir den tiden tilbudene er bindende, jf forskriftens § 7-5. Når denne utløper uten at oppdragsgiver har akseptert et av tilbudene, er leverandørene ikke lenger bundet av tilbudene som er levert. [...] Etter klagenemndas syn er en konkurranse avsluttet idet oppdragsgiver står tilbake uten bindende tilbud. Tildeling av kontrakt har dermed skjedd i strid med regelverket ettersom ny konkurranse ikke ble gjennomført”.

Endring av konkurransegrunnlaget

- (30) Forskriftens § 5-4 gir adgang til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget, men bare frem til tilbudsfristens utløp, jf. klagenemndas sak 2004/79. Senere er det ikke adgang til å foreta slike endringer, dette for å sikre at hensynene til forutberegnelighet og lik behandling av tilbyderne ivaretas, men også av hensyn til leverandører som ut fra konkurransegrunnlagets opplysninger har valgt ikke å delta med tilbud, jf. lovens § 5.
- (31) Endringene i dette tilfellet ble i følge innklagede gjort fordi det var vanskelig å sammenligne tilbudene ut fra den opprinnelige spesifikasjonen. Et slik behov skriver seg fra mangler ved konkurransegrunnlaget og kan ikke rettes på annen måte enn ved

at det utlyses ny konkurranse. Ved dette har innklagede brutt forskriftens § 5-4, jf. lovens § 5.

Evaluering og rangering av tilbudene

- (32) Hovedregelen er at oppdragsgiver ved valg av "det økonomisk mest fordelaktige tilbud" skal evaluere tilbudene etter alle de oppgitte kriteriene for tildeling, jf. forskriftens § 10-2. Tildelingskriteriene kan ikke kunngjøres som minstekrav, jf. klagenemndas sak 2005/104.
- (33) Det fremgår av både protokollen og evalueringen at innklagede har nøydt seg med å sette "ok" på andre kriterier enn pris. Innklagedes vurdering var at alle aktuelle tilbydere var "kvalifisert" etter de øvrige tildelingskriterier, slik at man unnlot å foreta noen innbyrdes rangering eller vekting siden det i tilfelle måtte ha vært mindre prisvariasjoner i tilbudene for at de øvrige kriterier kunne gitt utslag. Det oppgis at den innstilte leverandør var mest prisgunstig både på kjøp, leie og drift – og med størst forskjell på drift i forhold til konkurrentene.
- (34) Klagenemnda har kommet til at innklagede for så vidt har evaluert tilbudene både på pris og øvrige kriterier. Regelen er at samtlige kriterier skal vurderes og brukes i den endelige sammenligningen av tilbudene, men det ble altså ikke gjort. Ved et så stort prisutslag som her, kan man ut fra innkjøpsfaglige hensyn allikevel måtte godta at det ikke gjøres noen eksplisitt rangering av øvrige underkriterier, ut fra den vurdering at alle tilbydere var tilnærmet likeverdige på disse, slik at det skulle en del til før man gikk bort fra det åpenbart gunstigste pristilbud.
- (35) Forskrift om offentlige anskaffelser § 8-10 (2) bokstav c gir oppdragsgiver rett til å avvise tilbud som har unormalt lav pris, etter å ha fulgt prosedyren oppgitt i § 8-11. Bestemmelsen innebærer uansett ingen plikt til å avvise slike tilbud, og det er derfor uten betydning i denne saken om prisen på det valgte tilbudet var unormalt lav. Nemnda har ikke holdepunkt for å anta at innklagede burde gjort nærmere undersøkelser vedrørende dette.

Forhandlinger

- (36) Det er i strid med regelverket for anbudskonkurranser å endre eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger, jf. forskriften § 9-1 (1). Det er adgang til å foreta avklaringer vedrørende uklarheter i tilbudene, jf. § 9-1 (2), men bare så langt slike uklarheter ikke medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. § 8-10 d. Det er erkjent at det i dette tilfellet har forekommet elektronisk kontakt med to tilbydere i konkurransen. Kontakten gjaldt blant annet enhetspriser til vedlegg 2 i konkurransegrunnlaget.
- (37) Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å ta stilling til om det ble foretatt ulovlige forhandlinger eller tillatte avklaringer i henhold til regelverket i disse samtalene, men understreker at endringer som gjelder priser normalt neppe kan godtas som avklaringer, jf. Rt. 2003 s. 1531.

Konklusjon:

Innkjøpssamarbeidet Østfold Nord - Vest har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2) ved å kunngjøre ikke uttømmende tildelingskriterier.

Innkjøpssamarbeidet Østfold Nord - Vest har brutt kravet til konkurranse ved å beslutte tildeling av kontrakt til KonicaMinolta etter at vedståelsesfristen var gått ut, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 (2).

Innkjøpssamarbeidet Østfold Nord - Vest har brutt kravet til forutberegnelighet og etterprøvbarhet ved å endre konkurransegrunnlaget etter at tilbudsfristen var gått ut, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 (3).

For klagenemnda,
20. mars 2006

Kai Krüger