



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av annonseformidling, som ble avlyst. Klagenemnda fant at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. forskriftens § 13-1 (1).

Klagenemndas avgjørelse 23. februar 2009 i sak 2008/177

Klager: Cicero Annonsebyrå AS

Innklaget: Fylkeskommunene Møre og Romsdal, Sør-Trøndelag, Nord-Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark, kommunene Vågan, Værøy, Hadsel, Grane, Flakstad, Dønna, Andøy, Meløy, Vestvågøy, Vefsn, Fauske, Sortland, Saltdal, Hemnes, Lødingen, Rana, Alstadhaug, Kåfjord, Karlsøy, Kvæningen, Sørreisa, Harstad, Storfjord, Berg, Høylandet, Namsos, Nærøy, Namsskogan, Lierne, Vikna, Grong, Overhalla, Snåsa, Namdalseid, Melhus, Klæbu, Selbu, Malvik og Snillfjord, samt Valnesfjord Helseportsenter, Høgskolen i Bodø og Fylkesmannen i Troms.

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Fylkeskommunene Møre og Romsdal, Sør-Trøndelag, Nord-Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark, kommunene Vågan, Værøy, Hadsel, Grane, Flakstad, Dønna, Andøy, Meløy, Vestvågøy, Vefsn, Fauske, Sortland, Saltdal, Hemnes, Lødingen, Rana, Alstadhaug, Kåfjord, Karlsøy, Kvæningen, Sørreisa, Harstad, Storfjord, Berg, Høylandet, Namsos, Nærøy, Namsskogan, Lierne, Vikna, Grong, Overhalla, Snåsa, Namdalseid, Melhus, Klæbu, Selbu, Malvik og Snillfjord, samt Valnesfjord Helseportsenter, Høgskolen i Bodø og Fylkesmannen i Troms (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. juni 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av annonseformidling, lay-out mv.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 3.5 var det opplyst at innklagede ville foreta valg av leverandør etter følgende kriterier:

„

- *prismessige betingelser* 50 poeng
- *service/oppfølging* 30 poeng
- *Miljø* 20 poeng

Ad. Prismessige betingelser

Det vises til Prisskjemaet i punkt 6, som må fylles ut. Hvis det er andre ting som leverandørene har under punktet "tilleggstjenester", og som har betydning for en mer optimal bruk av ressursene, ber [vi] om at dette bli tatt med. Prisene under "Tilleggstjenester" vil ikke bli lagt til grunn under evalueringen."

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) Fra konkurransegrunnlaget punkt 6 hitsettes prisutfyllingsskjemaet:

”

1. Produksjon	pris pr. spaltemeter	kr
2. Originaler	pris pr. avis	”
3. Formidling	pris pr. avis	”
4. Fellesannonser	pris pr. avis	”
5. Formidling av annonse på internett	pris pr. annonse	”
6. Oversetting til samisk	pris pr. anslag	”
7. Oversetting til nynorsk	pris pr. anslag	”

Tilleggstjenester

Vi ønsker også pris på tilleggstjenester slike som:

- *illustrasjoner*
- *innskanning av foto*
- *logoer/brosjyrer*
- *produksjon av annonser med utenlandsk tekst*
- *ekspressendinger*
- *stopping av utsendt annonse*
- *korrigering av utsendt annonse*

Vi ønsker også opplyst om det er andre tjenester byrået kan levere.”

(4) Fra konkurransegrunnlaget punkt 4 "Krav til tjenesten" hitsettes:

"4.1 Tjenester

Leverandøren skal påta seg å formidle all stillingsannonsering for kunden til aviser/fagpresse/ukepresse og andre skrifter/publikasjoner i inn- og utland. Dette kan også omfatte annonsering på internett, og også andre typer annonser enn stillingsannonser.

Leverandøren skal yte:

- *profesjonell medieveiledning*
- *distribuere utgivelsesdata m/frister*
- *besørge innrykk*
- *utføre lay-out/sats ifølge retningslinjer som er gitt i samarbeide med den enkelte oppdragsgiver*
- *kontroll av innrykk/gjengivelse*
- *betale media/stille garanti*
- *sende regning til hver enkelt rekvirent*

- ta hånd om reklamasjoner ovenfor media

Leverandøren skal sørge for at all annonsering holder seg til den grafiske mal som hver enkelt oppdragsgiver har vedtatt.

Avtalen skal i prinsippet omfatte all stillingsannonsering for Fylkeskommunene Nord, med de institusjoner/kommuner/ som til enhver tid er tilsluttet de enkelte fylkeskommuners avtaler. I tillegg kan avtalen omfatte den annonsering som fylkeskommunen har behov for utenom stillingsannonsene.

Vi ønsker også at tilbud kan omfatte annonsering på Internett. Det bes opplyst hvilke tjenester som vil omfattes av Internett-tilbudet, og hvilke samarbeidspartnere som er aktuelle.”

- (5) Innen tilbudsfristens utløp 4. august 2008 mottok innklagede tilbud fra tre leverandører: Cicero Annonsebyrå AS (heretter kalt klager), Media Plus AS og Frantz Annonse-service AS.
- (6) I brev av 8. september 2008 ble klager meddelt at klagers selskap var tildelt kontrakten.
- (7) Media Plus AS og Frantz Annonse-service AS påklaget tildelingen i brev av 18. september 2008. Det ble prinsipalt anført at konkurransegrunnlaget var i strid med anskaffelsesregelverket. Subsidiært ble det anført at tildelingsevalueringen var i strid med regelverket. Det ble videre anmodet om en nærmere begrunnelse og opplyst at klagers anbudspraksis ville bli klaget inn for Konkurransetilsynet.
- (8) Innklagede avlyste konkurransen i brev av 24. september 2008:

”Vi har mottatt en klage på konkurransegrunnlaget som bl.a. går ut på at vi skulle ha vektet innbyrdes de forskjellige priselementer som fremgår av prisutfyllingsskjemaet.

Dette har vi tatt hensyn til, og avlyser hermed konkurransen.

Vi vil med det første utlyse ny konkurranse, hvor vi har vektet de forskjellige priselementene.”
- (9) I brev av 29. september 2008 ba klager om en nærmere redegjørelse for årsaken til at anbudskonkurransen ble avlyst:

”Vi ber om en redegjørelse for årsaken til at anbudskonkurransen avlyses. Vi stiller oss noe uforstående til at klager mener enkeltelementer i priskriteriet var uklart. Etter vår mening, burde dette fra klagers side vært avklart i løpet av den perioden anbudskonkurransen har vært ute, og ikke i etterkant av en avgjørelse.”
- (10) Innklagede kunngjorde 2. oktober 2008 en ny åpen anbudskonkurranse for samme anskaffelse.
- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 7. oktober 2008.
- (12) I brev til klager av 7. oktober 2008 opplyste innklagede følgende:

"Vi mener at vi hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, og viser til vårt brev av 24. september, og også den dokumentasjon som dere har fått oversendt, som inneholdt klagen fra advokaten."

- (13) Både klager, Frantz Annonse-service AS og Media Plus AS leverte inn tilbud i den nye anbudskonkurransen.
- (14) I brev av 24. desember 2008 ble klager meddelt at Frantz Annonse-service AS var tildelt kontrakt.
- (15) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 13. januar 2009.
- (16) I brev av 20. januar 2009 ble klager meddelt at innklagede opprettholdt tildelingsbeslutningen.
- (17) I e-post av 2. februar 2009 informerte innklagede om at kontrakt ikke ville bli inngått før klagenemndas avgjørelse forelå, under forutsetning av at saken ble behandlet på nemndsmøte den 23. februar 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Avlysningen av den første konkurransen var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5, da innklagede ikke hadde saklig grunn til avlysning, jf. forskriftens § 22-1 (1). Det vises til at konkurransen ble avlyst etter at tildeling var skjedd, og det skal i slike tilfeller mer til for at det skal foreligge saklig grunn enn der avlysning foretas i god tid før tilbudsfristens utløp, jf. klagenemndas sak 2008/60.
- (19) Under anskaffelsesprosessen ble det ikke gjort feil som kunne ha påvirket det forhold at klagers tilbud ble valgt. Av innklagedes anførsler fremgår det at den omstendighet som utløste avlysningen var manglende vektning av underpunktene til tildelingskriteriet pris. Forskriften må forstås slik at der oppdragsgiver har presisert det enkelte tildelingskriterium i flere underpunkter, er det ikke nødvendig å prioritere underpunktene, jf. Dragsten/Lindalen s. 1715. At underpunktene til priskriteriet ikke var vektet, var således ingen saklig grunn til avlysning.
- (20) Videre hadde innklagede et forsvarlig innkjøpsfaglig system for å kunne sammenligne tilbudene både med hensyn til volum, vektning og pris. I tilsvarende konkurranser om annonseformidling gjennom de siste 15 år har innklagede benyttet det samme innkjøpsfaglige skjønn, de samme evalueringsprinsipper og de samme prismatriser. Samtlige av tilbyderne i den avlyste konkurransen har deltatt i disse konkurransene, og tilbyderne var således inneforstått med tildelingskriteriene. Det vises i den forbindelse til klagenemndas sak 2004/188. Klager har vunnet anbudskonkurranse om samme oppdrag med samme konkurransegrunnlag med Frantz Annonse-service AS som øvrig tilbyder i perioden 1996-2000 og 2000-2004, men tapte mot Frantz Annonse-service AS i perioden 2004-2008. Media Plus AS var også deltaker i ovennevnte konkurranser. Når samtlige deltakere var klar over tildelingskriteriene, var det i strid med kravet til god forretningsskikk i lovens § 5 å avlyse på grunnlag av at de ulike priselementene burde ha fremgått av prisevalueringsskjemaet.

- (21) Tildelingskriteriene med underpunkter, vektingen og de volumtall som konkurransegrunnlaget for øvrig oppgav, samt betydelig erfaring fra deltakelse i konkurranser for tilsvarende oppdrag for samtlige tilbydere, har gitt tilstrekkelig veiledning for tilbyderne. Det er på det rene at samtlige tilbydere var klar over at produksjon og formidling utgjorde det alt vesentlige av oppdraget, jf. til støtte for dette klagenemndas sak 2004/188.
- (22) Tilbyderne har også fått samme informasjon, slik at det ikke lar seg fastslå om den manglende meddelelsen om vektingen av underpunktene til tildelingskriteriet pris har hatt betydning for resultatet av konkurransen. Informasjonen var den samme for alle tilbydere, og representerte ingen forskjellsbehandling.
- (23) Dersom denne måten å gjennomføre anbudskonkurranser på skulle være lovlig, ville dette blant annet åpne opp for at oppdragsgiver på en utilbørlig måte kan "teste" markedet ved konkurranser i to trinn, hvor den første blir avlyst på bakgrunn av underkjenning av egne etablerte og forsvarlige tildelingskriterier.
- (24) I den første konkurransen oppfylte innklagede formålet med tildelingskriteriene og vektingen av disse, nemlig å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i en fullt ut forsvarlig innkjøpsprosess. Når hovedformålet med anbudskonkurransen var oppfylt er det således uklart om innklagede har oppfylt bevisbyrden med hensyn til spørsmålet om *hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med avlysningen* er tilstrekkelig til å oppfylle saklighetskravet. Det vil for eksempel ikke foreligge saklig grunn dersom formålet med avlysningen kun har til hensikt å avbøte klage fra leverandørene, se Dragsten/Lindalen s. 1695.
- (25) Dersom det anses påvist at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, bes nemnda om å vurdere erstatningsspørsmålet.

Innklagedes anførsler:

- (26) Det var i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 at forbruksmengder ikke var oppgitt for de ulike enhetsprisene. Av klagenemndas praksis følger det at mengder som vil bli lagt til grunn for evalueringen av enhetspriser, skal opplyses i konkurransegrunnlaget, jf. klagenemndas saker 2004/79, 2006/152, 2006/68 og 2007/139.
- (27) Videre må det være klart at man får et umulig sammenligningsgrunnlag når prisene skal oppgis *per spaltemillimeter, per avis, per annonse og per anslag*. Når det i tillegg er bedt om pris på diverse tilleggstjenester, og til slutt bes opplyst om leverandørene kan tilby andre tjenester, vil det ikke være mulig å sammenligne prisene fra leverandørene.
- (28) Konkurransegrunnlagets anmodning om å oppgi priser på de øvrige tjenester leverandørene kunne tilby, uten å spesifisere innholdet nærmere, var i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling og forutsigbarhet i lovens § 5. Avhengig av hvilke tjenester leverandørene tilbyr, vil samlet pris endres, samtidig som anskaffelsens innhold endres. Anskaffelsens innhold vil imidlertid ikke endres på samme måte, idet leverandørene vil tilby ulike tjenester under denne posten. Tilbudene blir dermed usammenlignbare. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas sak 2006/106.

- (29) Klager har vist til klagenemndas sak 2004/188 som et argument mot saklig grunnlag for avlysning i saken. Innklagede kan ikke se at det i den saken var reist spørsmål om den aktuelle prismatrisen var tilstrekkelig klar. For øvrig var Frantz Annonse-service AS og Media Plus AS ikke parter i saken, og kan ikke være forhindret fra å påberope manglene ved prismatrisen i en senere prosess.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste etter forskriftens Vedlegg 6 nr. (27). Dette medfører at anskaffelsen følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 (5) og 2-2.

Hvorvidt innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen

- (31) Av forskriftens § 13-1 (1) følger det at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en "saklig grunn". I klagenemndas sak 2008/60 premiss (29) uttalte nemnda følgende om dette kravet:

"Hvorvidt det foreligger saklig grunn, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. I vurderingen må det tas hensyn til hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiveren ønsket å oppnå med den, jf blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2003/75. Det skal mindre til for at det foreligger saklig grunn dersom avlysningen foretas i god tid før tilbudsfristens utløp, enn hvor avlysningen foretas etter at tilbudene er innlevert, jf blant annet klagenemndas saker 2007/70 og 2007/71."

- (32) Innklagede har anført flere forhold som grunnlag for at det var saklig grunn til avlysning av konkurransen. Klagenemnda vil først vurdere om unnlatelsen av å oppgi forbruksmengder for de ulike enhetsprisene var en saklig grunn til avlysning, jf. kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5.
- (33) Kravet til forutberegnelighet pålegger oppdragsgiver å gi tilgang til relevante opplysninger som foreligger før tilbudsfristens utløp, jf. klagenemndas sak 2005/17 premiss (49). Dette kravet gjelder likevel ikke hvor de aktuelle volumtall kunne forutses av tilbyderne, jf. klagenemndas sak 2005/116 premiss (20).
- (34) Klagenemndas sak 2006/68 gjaldt anskaffelse av annonsetjenester. Klagenemnda fant at kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 var brutt ved at øvrige tilbydere ikke fikk opplysninger tilsvarende de eksisterende leverandør hadde om antall annonser som ble utlyst. Fra avgjørelsen hitsettes premiss (31):

"Stjørdalens Blad var fra 2002 og frem til kunngjøringstidspunktet leverandør av annonsetjenester for innklagede. Som eksisterende leverandør hadde Stjørdalens Blad således kjennskap til hvor mange annonser, herunder hvor mange av hver annonsetype, som var utlyst de foregående år. Denne informasjonen var ikke gjort kjent for øvrige leverandører gjennom konkurransegrunnlaget. Et anslag av hvor mange annonser det gjennomsnittlig er tale om å utlyse, samt et anslag av hvor mange annonser av hver type som utlyses, kan etter klagenemndas oppfatning være av betydning når leverandørene skal bestemme sine tilbudspriser. Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt

kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å gi øvrige tilbydere opplysninger tilsvarende de opplysninger Stjørdalens Blad hadde vedrørende antall annonser som ble utlyst."

- (35) Som i sak 2006/68 legger nemnda til grunn at et anslag over hvor mange annonser det både samlet og for hver type var aktuelt å utlyse, ville kunne ha betydning for tilbydernes priser i den aktuelle konkurranse. Opplysningene om forbruksmengder kunne etter nemndas syn ikke forutsettes kjent av tilbydere på forhånd. Klagenemnda legger derfor til grunn at unnlatelsen av å opplyse om dette i konkurransegrunnlaget var i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5. Basert på at dette er en feil som nemnda ikke kan se at innklagede kunne reparere uten å avlyse konkurransen og kunngjøre den på nytt, var det saklig grunn til å avlyse konkurransen etter forskriftens § 13-1 (1).
- (36) Ut fra det resultat nemnda er kommet til i premiss (35), finner nemnda ikke tilstrekkelig grunn til å vurdere de øvrige forhold innklagede har påberopt som saklig grunn for avlysning.

Erstatning

- (37) Slik klagenemnda oppfatter det, har klager utelukkende bedt om en vurdering av erstatningsspørsmålet dersom nemnda kom til at det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. Idet nemnda i det ovennevnte er kommet til det motsatte resultat, drøftes derfor ikke dette spørsmål.

Konklusjon:

Fylkeskommunene Møre og Romsdal, Sør-Trøndelag, Nord-Trøndelag, Nordland, Troms og Finnmark, kommunene Vågan, Værøy, Hadsel, Grane, Flakstad, Dønna, Andøy, Meløy, Vestvågøy, Vefsn, Fauske, Sortland, Saltdal, Hemnes, Lødingen, Rana, Alstadhaug, Kåfjord, Karlsøy, Kvæningen, Sørreisa, Harstad, Storfjord, Berg, Høylandet, Namsos, Nærøy, Namsskogan, Lierne, Vikna, Grong, Overhalla, Snåsa, Namdalseid, Melhus, Klæbu, Selbu, Malvik og Snillfjord, samt Valnesfjord Helsesportsenter, Høgskolen i Bodø og Fylkesmannen i Troms, har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen.

For klagenemnda,
23. februar 2009

Per Christiansen
Per Christiansen