



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en minikonkurranse for inngåelse av kontrakt om levering av kopimaskiner og multifunksjonelle kopimaskiner. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet "Kravspesifikasjon" ved å benytte en evalueringsmodell som ikke, i tilstrekkelig grad, fanger opp relevante fordeler og svakheter ved tilbudene og forskriften § 16-3 ved å åpne for at leverandørene kunne sende inn tilbudene i minikonkurransen på e-post uten å ivareta kravene til elektroniske systemer for levering av tilbud. Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Klagenemndas avgjørelse 19. oktober 2009 i sak 2009/148

Klager: Sharp Electronics Norge

Innklaget: Hof kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Morten Goller og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Tildelingskriterier i minikonkurranse, avvisning av tilbud fra minikonkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Vestfold offentlige innkjøpssamarbeid ved Sandefjord kommune kunngjorde 15. desember 2006 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med flere leverandører om kjøp og leasing av kopimaskiner, multifunksjonelle kopimaskiner og telefakser med tilknyttede tjenester. Oppdragsgivere i konkurransen var tretten kommuner, deriblant Hof kommune (heretter kalt innklagede), Fylkesmannen i Vestfold og Vestfold politidistrikt.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.5 var det gitt nærmere bestemmelser om antall leverandører og valg mellom disse når det skulle gjøres avrop på rammeavtalen:

"2.5 Antall leverandører

Det inngås kontrakt med tre leverandører. Ved avrop på avtalen vil det være tre fremgangsmåter:

Anskaffelser over kr 100.000,-

For anskaffelser med en totalverdi over kr 100.000,- skal det gjennomføres minikonkurranser der alle tre leverandørene blir invitert og får anledning til å gi tilbud. Konkurransen skal basere seg på tildelingskriteriene i dette konkurransegrunnlaget med vekten av det enkelte kriterium vil variere fra konkurranse til konkurranse avhengig av oppdragsgivers behov og krav. Svarfrist skal være minimum 10 arbeidsdager. Tilbudet skal leveres skriftlig til oppdragsgiver men kan i tillegg leveres pr e-post.

Anskaffelser mellom kr 50.000,- og kr 100.000,-

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

For anskaffelser med en totalverdi mellom kr 50.000,- og kr 100.000,- skal det gjennomføres en minikonkurranse der minst to leverandører blir invitert til å delta. Konkurransen kan gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse eller som en konkurranse med forhandlinger. Tilbudsfristen skal være minimum 5 arbeidsdager. Konkurransen skal basere seg på tildelingskriteriene i dette konkurransegrunnlaget men vektningen av det enkelte kriterium vil variere fra konkurranse til konkurranse avhengig av oppdragsgivers behov og krav. Tilbudet kan leveres pr e-post.

Anskaffelser under kr 50.000,-

For anskaffelser under 50.000,- kan den enkelte oppdragsgiver ta direkte kontakt med en leverandør basert på de resultater som ble oppnådd i anbudskonkurransen. Konkurransen skal basere seg på tildelingskriteriene i dette konkurransegrunnlaget men vektningen av det enkelte kriterium vil variere fra konkurranse til konkurranse avhengig av oppdragsgivers behov og krav. Kommunikasjon kan foregå på e-post og telefon.

Verdien skal kun beregnes ut fra maskinens kostpris basert på kjøp eller leie i 5 år.”

- (3) Tildelingskriteriene i konkurransen fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5.1:

”5.1 Tildelingskriterier

Oppdragsgiver vil velge den tilbyder med det økonomisk mest fordelaktige tilbud ved en kontraktstildeling. Følgende kriterier legges til grunn:

Tildelingskriterier	Vekting %
Priser og betingelser	30
Service og oppfølging	25
Kvalitet	25
Miljø	20

Kriteriene er satt opp i prioritert rekkefølge. For nærmere om tildelingskriterier og evaluering vises det til Tilbudsmappen (vedlegg 1).”

- (4) Fra tilbudsmappen hitsettes:

”4. TILDELINGSKRITERIER

Oppdragsgiver vil velge den tilbyder med det økonomisk mest fordelaktige tilbud ved kontraktstildeling. Følgende kriterier legges til grunn:

[...]

Kriteriene er satt opp i prioritert rekkefølge.

Alle de ovenstående komponentene vil bli tillagt vekt og vil samlet telle mot en totalvurdering av de enkelte tilbudene. Hver komponent vil bli gitt en karakter (0 - 10) som siden vektes og summeres i en total karakter for hver enkelt tilbyder. Leverandørens tilbud vil bli evaluert og rangert som følger:

	Tildelingskriterier	Karakter:	Delvekt:	Sum:	Totalvekt:	Sum:
1	Priser				30	

1.1	Produktpriser		80			
1.2	Betingelser		20			
2	Service og oppfølging				25	
2.1	Krav til leverandør		30			
2.2	Driftsavtaler		70			
3	Kravspesifikasjon og kvalitet				25	
3.1	Generelle krav		20			
3.2	Digitale kopimaskiner		30			
3.3	Skanning		30			
3.4	Kvalitets- funksjonstest og		20			
4	Miljø				20	
4.1	Miljøkrav til maskiner		50			
4.2	Miljøfremmende tiltak		50			

Kriteriene utdypes nærmere i de følgende avsnitt i kapittelet.

[...]

4.3 Kravspesifikasjon og kvalitet/funksjonstest

Se også vedlegg 7b, Kravspesifikasjon

[...]

Dersom tilbyder krysser av for NEI i tabellen ovenfor er dette å tolke som et forbehold. Tilbyder utdyper sitt forbehold under avsnittet om forbehold.

[...]

5. FORBEHOLD

Om forbehold: Dersom tilbyder tar forbehold til krav i forespørselen må følgende gjøres:

Leverandøren skal henvise til de eventuelle punkter i tilbudsgrunnlaget som det enkelte forbehold refererer seg til. Tilbyder oppgir hvilken konsekvens det får dersom kommunen ikke aksepterer forbeholdet (fortrinnsvis pris). Forbehold kan bety at Vestfold offentlige innkjøpssamarbeid tillegger avviket en kostnad eller trekk i poeng.

Avvikene skal være presise og entydige, slik at oppdragsgiver kan vurdere dem uten kontakt med tilbyder.”

- (5) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 13. februar 2007. Etter evalueringen av de innkomne tilbudene, inngikk Vestfold offentlige innkjøpssamarbeid kontrakt med Sharp Electronics Norge (heretter kalt klager), Canon Business Center Vestfold Telemark AS og Konica Minolta Business Solutions Norway AS.
- (6) I rammeavtalen mellom klager og innklagede var det gitt følgende bestemmelser om gjennomføring av minikonkurranser:

”3.1 Generelt På denne avtalen er det valgt tre leverandører. Avtalen dekker maskiner innen ulike kapasitetssegmenter fra inntil 20 kopier pr min til over 60 kopier pr min. Vedlagt følger en tabell med oversikt over de ulike segmentene og hvilke priser og kapasiteter de ulike modellene har.
3.2 Gjennomføring av minikonkurranse Etter gjennomført behovsanalyse, utført av en eller flere av de tre leverandørene, skal det iverksettes en formell minikonkurranse basert på tildelingskriterier og vekting av disse. Det er utarbeidet egne dokumenter til bruk til dette formålet. Hensikten er å gi alle tre leverandørene mulighet til å gi tilbud, slik at det til en hver tid oppnås til et best mulig resultat basert på tildelingskriteriene. Tildelingskriteriene er forhåndsdefinert men kan vektes etter behov alt etter hva som er viktig for den enkelte virksomhet. Det er viktig at denne prosessen gjøres enklest mulig med minst mulig bruk av ressurser.
3.3 Valg av leverandør Etter gjennomført minikonkurranse skal tilbudene evalueres etter tildelingskriteriene og leverandør velges. Alle leverandørene skal tilskrives (gjerne pr e-post). Som kontrakt skal nyttes leverandørens kontraktstandard (kjøpskontrakt eller leasingkontrakt), men dog skal det henvises til VOIS sin kontrakt med hensyn til betingelser.”

- (7) Innklagede gjennomførte våren 2009 en minikonkurranse mellom de tre valgte leverandørene. Den antatte verdien på anskaffelsen var over kr 100 000,-. Frist for å levere tilbud var 6. mai 2009 kl. 12.00. Det var angitt både en gateadresse og en e-postadresse for innlevering av tilbudene. Fra konkurransedokumentet hitsettes:

”Tildelingskriterier

	Tildelingskriterier	Karakter:	Vekt:	Sum:	
1	Priser	0 – 10	30	0	
	Priser på forespurt løsning				
2	Service og oppfølging		30	0	
	Totalvurdering av krav og ønsker	0 – 10			
3	Kravspesifikasjon		20	0	
	Totalvurdering av krav og ønsker	0 – 10			
4	Miljø		20	0	0
	Totalvurdering av krav og ønsker	0 – 10			
			100		

Priser

Det er tre elementer som påvirker resultatet; leiepris og klikkpris for hhv sort/hvit og farge. Den som har lavest totalkostnad vil få 10 poeng, deretter en prosentvis reduksjon i poeng etter prosentvis avvik fra laveste pris.

* Se ufravikelige krav

Service og oppfølging

Standard oppmøtetid er 4 timer. Tilfredsstillelse av kriteriene gir maks 10 poeng.

* Se ufravikelige krav

Kravspesifikasjon

Velg ut de krav som skal telle og foreta en innbyrdes vektning mellom kravene. Grad av tilfredsstillelse avgjør poengsum, maks 10 poeng.

* Se ufravikelige krav

Miljø

Viktighet og vektning av miljø og universell tilpasning vil variere i forhold til hvor maskinen skal stå og hvem som er brukere.

Modell	Antall maskiner	Leiesum pr maskin	Servicepris SH (klikkpris)	Beregnet volum pr modell	Servicepris FRG (klikkpris)	Beregnet volum pr modell	Total
Eksempel (fjernes av leverandør)	2	1000	0,19	1000	0,98	1000	kr 3 170,-
							kr -
							kr -
							kr -
							kr -
							kr -
							kr -
							kr -
Sum kolonne	2			1000		1000	kr -
						Sum total	kr 3 170,-

* Leieavtale skal være på 3 år som i dag

* Leieavtalepris skal oppgis pr modell pr år

* Serviceavtalepris oppgis pr modell pr SH/FRG pr år (klikkpris)

* Serviceavtalepris justeres årlig etter satt klikkpris ved avvik etter avtalt årsvolum

Kravspesifikasjon	JA eller NEI
Samme antall maskiner (54) som dagens løsning eller bedre	
Samme kvalitet og utskriftshastighet som dagens løsning eller bedre	
Dagens AFICIO 2075/SR861/FS skal erstattes av maskin med hurtigere utskriftshastighet	
Dagens AP410NCHN/FS skal erstattes av multifunksjonsmaskiner	
Dagens AFICIO SP C411DN/FS skal erstattes av multifunksjonsmaskiner	

* Dokumenter må kunne skannes inn i brukermapper på vår server, samt kunne sendes som e-post

Miljø	JA eller NEI
Ufarlig toner (ikke giftig)	

<i>Tonerkassetter kan behandles som vanlig søppel (nedbrytbar). (som vi har i dag med Ricoh)</i>	
<i>Oppsamlerkassetter av brukt toner kan behandles som vanlig søppel (nedbrytbar). (som vi har i dag med Ricoh)</i>	
<i>Leverandør kan sørge for å hente tomme tonerkassetter til resirkulering</i>	

<i>Service og oppfølging</i>	<i>JA eller NEI</i>
<i>Oppmøtetid på 4 timer</i>	

- * All tonerforbruk, reparasjoner og deler inngår i serviceavtalepris*
- * Feil og mangel på toner meldes direkte fra maskin til leverandør*
- * Supportnummer som brukerne i Hof kommune kan ringe man-fre kl 08.00 – 16.00*
- * Support e-post adresse som brukerne i Hof kommune kan sende feilmelding til*

**** = Ufravikelige krav***

- (8) Klager sendte inn tilbud i minikonkurransen ved e-post 6. mai 2009 kl. 12.02. Tilbudet manglet imidlertid tilbudsskjema, og ved e-post av samme dag kl. 12.12, ba innklagede om at dette ble ettersendt. Senere på dagen, kl. 14.04, sendte klager inn tilbudsskjemaet. Fra denne e-posten hitsettes.

”Hei igjen!

Da har jeg satt inn summer i det originale regnearket. Har holdt på med mange store anbud de siste dagene, så jeg har vært litt uoppmerksom på din forespørsel. Har rett og slett oversett fanen med regnearket fra deg.

Det jeg ikke har gjort i dette arket er å sette inn volumet. Hos oss så betaler dere bare for det som er forbruket på antall trykk, brukt på de forskjellige maskiner.

Du kan bare sette inn det volumet på farge og sort/hvit som du ser skal inn.

Som du ser må du utvide cellen slik at du får med summene i cellen. (Egentlig unødvendig informasjon til en med din kompetanse...O”)

- (9) 14. mai 2009 sendte innklagede følgende e-post til klager:

”Først vil jeg si at det er første gangen vi holder en slik minikonkurranse og at vi skulle formulert oss litt annerledes i Konkurransen.xls.

Ser vi skulle satt noen av underpunktene til punkt 3 som ufravikelige krav og vektet gjenstående punkt med poeng ut fra avvik (slik som beregning av pris), men dette hadde ikke forandret sluttresultatet da Canon ligger tett oppunder og over ønsket hastighet.

Hvorfor Canon ble trukket 2 poeng på utskriftshastighet:

Punkt 3 kravspesifikasjon gir 10 poeng. Punkt 3 består igjen av 5 underpunkter (hvor ett var utskriftshastighet = 2 poeng). Da vi ikke hadde vektet underpunktene fordelte vi de 10 poengene på de 5 underpunktene.”

- (10) Innklagede informerte klager om valg av leverandør i e-post av 12. mai 2009:

"Vi takker for at dere har lagt inn et anbud i minikonkurransen.

Vi har møtt dere alle personlig og skulle gjerne jobbet videre med alle (meget hyggelige mennesker).

Nå er det nå slik at en må velges og poengfordelingen ble slik (oppgir data etter å ha rådført meg med VOIS):

Vinner Canon med Total årskostnad på kr 352 447,- Trukket i poeng for utskriftshastighet...

	Tildelingskriterier	Karakter:	Vekt:	Sum:	Poeng:
1	Priser	0 - 10	30	10	30
	<i>Priser på forespurt løsning</i>				
2	Service og oppfølging		30	10	30
	<i>Totalvurdering av krav og ønsker</i>	0 - 10			
3	Kravspesifikasjon		20	8	16
	<i>Totalvurdering av krav og ønsker</i>	0 - 10			
4	Miljø		20	10	20
	<i>Totalvurdering av krav og ønsker</i>	0 - 10			
			100		96

Skriver egen e-post til hver av dere enkeltvis hvor jeg oppgir deres tall."

- (11) Klager påklaget beslutningen om valg av leverandør i brev av 26. mai 2009. Fra brevet hitsettes:

"1. Bakgrunn

I kravspesifikasjonen ble det opplyst at maskinene skulle ha "Samme kvalitet og utskriftshastighet som dagens løsning eller bedre". Dette innebærer at tilbud som vesentlig avviker fra disse kravene skal avvises, jf. krav til likebehandling og forutsigbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Sharp har gjennomgått de maskiner som var beskrevet i eksisterende løsning, og sammenholdt dette med spesifikasjonene for de valgte maskinene. Dette viser et negativt avvik i utskriftshastighet for flertallet av de valgte maskinene.

2. Presisering av hva uenigheten gjelder

Sharp har gjort kommunen oppmerksom på avviket fra kravspesifikasjonen, og vi oppfatter det slik at det ikke er uenighet om dette. Uenigheten synes derimot å gjelde hvorvidt dette likevel er akseptabelt, siden tilbudet i stedet for å bli avvist fikk 2 poeng lavere score på tildelingskriteriet "Kravspesifikasjon", "Total vurdering av krav og ønsker".

3. Anførsler om fremgangsmåten ved evalueringen

Kravspesifikasjonen må naturlig nok vurderes før tildelingskriteriene. Dersom et tilbud inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, skal dette derfor lede til avvisning, og tilbudet skal ikke gå videre til en evaluering opp mot tildelingskriteriene. Ved å vurdere tilbudet opp mot tildelingskriteriene, har dermed kommunen allerede akseptert at det foreligger vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen.

Slik konkurransegrunnlaget var utformet, kan det neppe forstås på andre måter enn at maskinene skulle ha samme utskriftshastighet som dagens maskiner. Dersom noen av tilbyderne kunne tilby bedre utskriftshastighet, skulle dette derfor gitt flere poeng under kriteriet "Kravspesifikasjon". Altså at det er overoppfyllelse som ville gi uttelling."

(12) Innklagede avviste klagen ved brev av 10. juni 2009.

(13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 23. juni 2009. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har uttalt seg i saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

(14) Det presiseres at klager ikke har bedt klagenemnda ta stilling til hvorvidt rammeavtalen er inngått i samsvar med regelverket. De regelbrudd som er anført knytter seg til gjennomført minikonkurranse, og gjelder spørsmålet om hvorvidt denne er gjennomført i henhold til de rammer som oppdragsgiver har forpliktet seg til ved den forutgående konkurransen om rammeavtalen. Slike regelbrudd ville man naturlig nok ikke hatt mulighet til å forskuttere innen en periode på seks måneder etter inngåelse av rammeavtalen.

(15) Klagenemnda har ikke plikt til å avvise klagen fordi den gjelder en minikonkurranse. En slik forståelse av regelverket ville svekke den funksjonen klagenemnda er ment å ha, jf. lovens § 7 a. Klager kan heller ikke se at klagenemndsforskriften tilsier at klagen må avvises. Klagen dreier seg om gjennomføringen av en anskaffelse. At begrepet "kontrakt" er brukt når det gjelder seksmånedersfristen, kan etter klagers mening ikke forstås slik at det utelukker klager seks måneder etter at rammeavtalen er inngått. I en sak som gjelder en rammeavtale der det løpende foretas enkeltanskaffelser, må kontraktsbegrepet dekke også sistnevnte. Dette gjelder særlig når anskaffelsene foretas ved minikonkurranse, hvor det er satt krav til gjennomføringen i anskaffelsesregelverket. En annen forståelse ville undergrave og uthule regelverkets grunnleggende prinsipper. I regelverket brukes også begrepene anskaffelse og kontrakt om hverandre. For eksempel er det ved vurderingen av om det foreligger en ulovlig vesentlig endring av kontrakt et spørsmål om det kan sies å dreie seg om en "ny anskaffelse". Kontraktsbegrepet er med andre ord ikke begrenset til å gjelde den "opprinnelige" kontrakten. Det vises også til klagenemndas sak 2007/19, der klagenemnda ila oppdragsgiver overtredelsesgebyr for løpende ulovlige direkte anskaffelser, foretatt på grunnlag av en lovlig inngått rammeavtale.

(16) Innklagede har brutt forskriften § 15-3 og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved valg av tildelingskriterier i minikonkurransen. Etter § 15-3 skal minikonkurranser gjennomføres på grunnlag av tildelingskriteriene som ble brukt for å tildele rammeavtalen, med mindre det er oppgitt andre vilkår i konkurransegrunnlaget for

rammeavtalen. Vilkårene kan om nødvendig presiseres. Innklagede har i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen bundet seg til å bruke de samme tildelingskriteriene som ble benyttet ved inngåelsen av rammeavtalen. Den eneste variabelen var vektingen. Dette, sammenholdt med § 15-3, må innebære at tildelingskriterienes innhold heller ikke kan endres, og at underkriteriene som velges ved minikonkurransen må harmonere med underkriteriene som gjaldt i konkurransen om rammeavtalen. Konkret betyr dette eksempelvis at innklagede for tildelingskriteriet "*kravsoppfyllelse*" må evaluere på bakgrunn av "*bør-krav*", og ikke "*må-krav*" eller minimumskravene i konkurransegrunnlaget. Klager kan ikke se at innklagede har benyttet "*bør-krav*" som underkriterier, og innklagede har således brutt forskriften § 15-3 og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

- (17) Subsidiært anføres at underkriteriene til tildelingskriteriet "*kravspesifikasjon*" og evalueringsmetoden er ulovlig. Etter forskriften § 22-2 (2) skal det, når tildeling av kontrakt skal skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbud, benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. For at et tildelingskriterium skal være lovlig, må det være relevant for tilbudets verdi, være knyttet til kontraktens gjenstand, ikke være så vagt at det i realiteten gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn og det må ikke være i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5, jf. EF-domstolens sak C-513/99 og klagenemndas sak 2003/3. Tilsvarende må gjelde ved valg av underkriterier, da det er disse som fyller tildelingskriteriet med innhold.
- (18) For samtlige fem underkriterier til tildelingskriteriet "*kravspesifikasjon*" skulle leverandørene krysse av for ja eller nei. Tilbudsskjemaet var ikke utformet slik at det var forutsatt beskrivende tekst i tillegg. Dette var det naturlig å forstå slik at en som tilbød to maskiner og en som tilbød femtito maskiner skulle krysse nei, og begge ville få null poeng på det første underkriteriet. Videre at både en som tilbød samme kvalitet som og samme utskriftshastighet som det oppdragsgiver hadde, og en som tilbød bedre kvalitet og utskriftshastighet enn det oppdragsgiver hadde, skulle krysse ja på underkriterium 2. Begge leverandørene ville da få 2 poeng. Gjennomgående er de aktuelle underkriteriene ikke egnet til å skille mellom tilbudenes relative fordeler og svakheter. De egner seg således ikke som konkurranseparametre, og er ikke egnet til å nå formålet, nemlig å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (19) Da de regelbrudd som er anført ikke lar seg rette opp innen rammen av avholdt minikonkurranse, må konkurransen avlyses og innklagede må sende ut en ny tilbudsforespørsel som er forenlig med forskriften § 15-3 og konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.
- (20) Klager kan ikke se at manglene innklagede påpeker medfører en plikt for innklagede til å avvise klagers tilbud. Avvisningsreglene i forskriften regulerer ikke spørsmålet om avvisning av tilbud innkommet i en minikonkurranse. Dersom konkurransen hadde vært lagt opp fullt ut i samsvar med reglene for anbudskonkurranser, innser klager at det kan argumenteres med avvisningsplikt. Innklagede har imidlertid ikke innrettet konkurransen som en ordinær anbudskonkurranse i dette tilfellet. Det er ikke opplyst at denne prosedyreformen er lagt til grunn, og innklagede har heller ikke opptrådt som om rammene for en anbudskonkurranse var fullt ut gjeldende. Innklagede tillot for eksempel at tilbudene ble sendt inn på e-post, uten at det er sannsynliggjort at innklagede hadde slike systemer som dette forutsetter, jf. forskriften §§ 7-1 og 7-3. Innklagede avviste heller ikke klagers tilbud, men ba i stedet om ettersending av dokumentet. Tilbudet ble

så evaluert og rangert. Dette viser at innklagede selv mente å ha rett til å innhente uteglemt dokument innenfor minikonkurransens rammer.

- (21) Dersom klagenemnda skulle være av den oppfatning at innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud i minikonkurransen, og at avvisningsretten ikke er falt bort på dette stadiet, anføres at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen, da tilbudenes fortrolighet ikke er sikret frem til tilbudsfristens utløp. Det forhold at man ikke klart nok har signalisert viktigheten av at tilbudet er hundre prosent fullstendig ved tilbudsfristens utløp, kan muligens også, kombinert med nevnte, understøtte at konkurransen må avlyses på grunn av uklar tilbudsforespørsel, jf. det faktum at det dreier seg om en minikonkurranse, som mest sannsynlig blir oppfattet som mindre formell enn den opprinnelige konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (22) Det dreier seg i dette tilfelle om en anskaffelse som gjennomføres ved minikonkurranse med grunnlag i allerede inngåtte og tidligere kunngjorte avtaler. Saken egner seg derfor ikke for behandling i klagenemnda, og bør avvises.
- (23) Dersom saken ikke avvises på nevnte grunnlag, anføres subsidiært at klagers anførsler vedrørende påståtte brudd på regelverket ved inngåelsen av rammeavtalen avvises i sin helhet, da rammeavtalen er inngått for mer enn seks måneder siden, og fristen for å klage på gjennomføringen av denne konkurransen er utløpt. Klager har dessuten oppnådd avtale, og påstandene er uansett ikke relevante i denne sammenheng.
- (24) Det ble i minikonkurranseskjemaet angitt hva som var ufravikelige krav, og hva som var *"kravspesifikasjoner og ønsker"*. Etter innklagedes mening, kom de nevnte forholdene godt nok frem ved at avvik i *"ufravikelige krav"* ville føre til avvisning av tilbud, mens tilbyderne ble bedømt og poengsatt på *"kravspesifikasjoner og ønsker"*. Dette ble fulgt under tildelingsevalueringen.
- (25) I avsnittet om krav og ønsker var det angitt fem underpunkter som tilbyderne ville bli vurdert etter. Dette skulle til sammen gi ti poeng. Hvert punkt ville telle to poeng. Leverandørene som ikke oppfylte innklagedes ønsker ble altså trukket i poeng. Innklagede vurderte avviket til valgte leverandør som akseptabelt på grunn av modell, kvantum og plassering. Det bør nevnes at de maskinene som avviker fra kravet til hastighet, er maskiner som har svært lite volum i antall utskrifter per år. Opplevelsen for brukerne, i negativ forstand, vil derfor være svært liten. Oversikt over forbruk for dagens modeller ble sendt alle tilbydere.
- (26) Det bemerkes at klagers tilbud manglet anbudsdocumentet ved innleveringen, og derfor burde vært avvist. Innklagede valgte i stedet å be om at klager leverte på nytt. Anbudsdokumentet manglet også volum per modell ved innlevering, hvorpå klager ba innklagede om å fylle ut dette selv. Innklagede hadde akseptert at klager leverte sitt tilbud litt senere enn fristen, på grunn av at klager hevdet å ha et høyt arbeidspress på gjeldende tidspunkt. Det forelå imidlertid ingen avtale om at klager kunne unnlate å levere selve hoveddokumentet *"konkurranse.xls"*. Dette skulle i seg selv føre til at tilbudet fra klager ble avvist. Det var heller ingen avtale om at innklagede skulle fylle ut ulike data i dokumentet etter at klager hadde sendt dette til innklagede. Dette var nødvendig for å gjøre tilbudet fullstendig, da tilbudet ellers ikke ville vært forståelig. Klager skulle også vært avvist på dette grunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

Behandling av saken i klagenemnda

- (27) Innklagede har anført at saken må avvises fra behandling i klagenemnda fordi den gjelder en anskaffelse som gjennomføres ved minikonkurranse på grunnlag av allerede inngåtte avtaler.
- (28) Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 1. ledd at klager til klagenemnda *"må gjelde unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov [...] om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne"*.
- (29) I forskriften § 4-2 bokstav f, er en rammeavtale definert som en *"avtale [...] som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode"*. Bestemmelsene i rammeavtalen gjelder således vilkår for anskaffelser som skal foretas på et senere tidspunkt. Når oppdragsgiver velger å inngå rammeavtale med flere leverandører, er det imidlertid ikke alltid slik at alle vilkårene for de senere anskaffelsene fastsettes i rammeavtalen. Hvem av leverandørene som oppdragsgiver har inngått rammeavtale med og som får den enkelte kontrakt, avgjøres da ved en minikonkurranse, jf. forskriften §§ 6-3 (2) og 15-3 (3). I disse bestemmelsene er det også gitt bestemmelser om gjennomføringen av minikonkurranser. Ved gjennomføringen vil også de alminnelige prinsippene i lovens § 5 og forskriften § 3-1 få anvendelse. Klagers anførsler gjelder nettopp brudd på bestemmelsene i forskriften, og klagenemnda kan dermed behandle klagen.
- (30) Fristen for å klage til klagenemnda er seks måneder fra kontrakt er inngått, jf. klagenemnds forskriften § 6, 2. ledd. Når avrop på rammeavtalene gjennomføres ved minikonkurranser, må fristen for å klage til klagenemnda beregnes ut fra inngåelse av hver enkelt kontrakt under rammeavtalene, ikke inngåelsen av selve rammeavtalen. Innklagede har ikke inngått kontrakt etter gjennomføringen av minikonkurransen, og klagen er rettidig.
- (31) Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III.

Endring av tildelingskriteriene

- (32) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 15-3 og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved valg av tildelingskriterier i minikonkurransen. Det er vist til at innklagede har endret innholdet i tildelingskriteriet vedrørende oppfyllelse av kravene i kravspesifikasjonen, ved at evalueringen av tilbudene i minikonkurransen er basert på minimumskrav, og ikke ønsker fra innklagede
- (33) Det følger av forskriften § 15-3 (3) bokstav d at oppdragsgiver ved gjennomføringen av en minikonkurranse skal tildele kontrakt *"til den tilbyder som har gitt det beste tilbudet på grunnlag av de tildelingskriterier som er fastsatt i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen"*.
- (34) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget vedrørende rammeavtalen punkt 2.5 at minikonkurranser etter rammeavtalene skulle *"basere seg på tildelingskriteriene i dette*

konkurransegrunnlaget", men at vektingen ville variere fra konkurranse til konkurranse, avhengig av oppdragsgivers behov og krav. Det var i konkurransegrunnlaget ikke oppgitt egne tildelingskriterier for minikonkurransene. Konkurransegrunnlaget må dermed forstås slik at innklagede ville benytte de samme tildelingskriteriene ved gjennomføringen av minikonkurranser som ved gjennomføringen av konkurransen om rammeavtalen. Det er på det rene at innklagede ikke hadde minstekrav under tildelingskriteriene i den forrige konkurransen.

- (35) Oppdragsgiver må ved evalueringen foreta en rangering av tilbudene ut fra i hvilken grad det enkelte tilbud oppfyller tildelingskriteriene. Det er ikke tilstrekkelig å konstatere at tilbudene oppfyller visse minstekrav, jf. klagenemndas saker 2004/77 premiss (28) og 2006/121 premiss (36).
- (36) Ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Kravspesifikasjon*" la innklagede vekt på oppfyllelsen av de fem kravene som var satt opp under punktet "*Kravspesifikasjon*" i konkurransegrunnlaget for minikonkurransen. Spørsmålet er om disse punktene må anses som absolutte krav, og som ikke kan vektlegges ved tildelingsevalueringen.
- (37) Det innklagede la vekt på ved evalueringen i minikonkurransen var formulert som krav, blant annet "*[s]amme kvalitet og utskriftshastighet som dagens løsning eller bedre*" og "*[d]agens AP410NCHN/FS skal erstattes av multifunksjonsmaskiner*". Det er ut fra disse formuleringene uklart hvorvidt kravene er å anse som absolutte. Det at innklagede la opp til at leverandørene skulle svare ja eller nei på om disse kravene var oppfylt tyder imidlertid på at kravene ikke kan forstås slik. Dette støttes av at innklagede i konkurransegrunnlaget for minikonkurransen hadde stilt en rekke andre krav til maskinene som skulle leveres. Disse kravene var imidlertid merket med stjerne, og det fremgikk klart av konkurransegrunnlaget at kravene som var merket på denne måten var å anse som ufravikelige. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har endret innholdet i tildelingskriteriet "*Kravspesifikasjon*" ved å legge vekt på absolutte krav ved tildelingsevalueringen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Ulovlig evalueringsmetode

- (38) Subsidiært har klager anført at underkriteriene og evalueringsmodellen innklagede har benyttet ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Kravspesifikasjon*" er ulovlige, fordi de ikke fanger opp relevante fordeler og svakheter ved de innkomne tilbudene.
- (39) I konkurransegrunnlaget for minikonkurransen var det i skjema med opplysninger om tildelingskriteriene og vektingen av disse angitt om tildelingskriteriet "*Kravspesifikasjon*" at det var en "*[t]otalvurdering av krav og ønsker*". Videre var det som en intern instruks angitt følgende: "*Velg ut de krav som skal telle og foreta en innbyrdes vekting mellom kravene. Grad av tilfredsstillelse avgjør poengsum, maks 10 poeng.*" Samlet sett, forstår klagenemnda dette slik at innklagede ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Kravspesifikasjon*" skulle evaluere i hvor stor grad tilbudene oppfylte de enkelte krav innklagede ville legge vekt på.
- (40) Det følger av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at oppdragsgiver ved evalueringen av tilbudene må benytte en evalueringsmodell som fanger opp relevante forskjeller i tilbudene og premierer disse i samsvar med tildelingskriterienes oppgitte vekt, jf. klagenemndas saker 2007/130 premiss (30), 2008/67 premiss (45) og 2008/140 premiss (52). Dette må også gjelde ved evalueringen av tilbud i minikonkurranser.

- (41) Ved evalueringen av tildelingskriteriene benyttet innklagede en karakterskala fra én til ti. Som det fremgår over la innklagede ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Kravspesifikasjon"* vekt på om tilbudene oppfylte de fem kravene som var stilt under punktet *"Kravspesifikasjon"* i konkurransegrunnlaget. I stedet for en skjønnsmessig vurdering av tilbudene ved evalueringen av dette tildelingskriteriet, ble poengskalaen benyttet slik at det ble gitt to poeng for hvert av de fem kravene som det var opplyst at tilbudet oppfylte. Dersom det var opplyst at et tilbud ikke oppfylte ett av kravene, ble det gitt null poeng for dette kravet. Dette innebærer at et tilbud hvor det var svart nei på hvorvidt det ville bli levert samme antall maskiner som innklagede hadde med dagens løsning eller bedre, ville få null poeng uavhengig av hvor mange maskiner som kunne leveres. På samme måte ville et tilbud hvor det var svart ja på dette spørsmålet få to poeng uavhengig om det ble tilbudt like mange eller flere maskiner enn dagens løsning. Etter klagenemndas mening medfører dette at den evalueringsmetoden innklagede har benyttet ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Kravspesifikasjon"* er for unyansert, og at modellen ikke fanger opp relevante forskjeller mellom tilbudene. Evalueringsmetoden er heller ikke i samsvar med opplysningene om evaluering av tildelingskriteriet *"Kravspesifikasjon"* som var gitt i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner derfor at evalueringsmodellen innklagede har benyttet ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Kravspesifikasjon"* er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Avlysning av konkurransen

- (42) Klager har anført at det foreligger plikt for innklagede til å avlyse minikonkurransen. Dette er blant annet begrunnet med at tilbudenes fortrolighet ikke er sikret frem til tilbudsfristens utløp. Slik klagenemnda forstår klager, er bakgrunnen for denne anførselen at tilbudene kunne leveres på e-post.
- (43) Det følger av forskriften § 15-3 (3) bokstav c at innholdet av tilbudene *"skal holdes fortrolig inntil utløpet av den fastsatte tilbudsfristen"*.
- (44) I forskriften § 16-3 er det stilt særlige krav til elektroniske systemer for innlevering av tilbud. Vanlig e-post oppfyller ikke vilkårene i denne bestemmelsen, og spørsmålet blir om bestemmelsen gjelder også ved innlevering av tilbud i minikonkurranser. Kravene i denne bestemmelsen skal blant annet sikre at innholdet i dokumentene holdes fortrolig.
- (45) Det følger av direktiv 2004/18/EF artikkel 32 at *"[m]ed henblik på indgåelse af en rammeaftale følger de ordregivende myndigheder de procedureregler, der er omhandlet i dette direktiv, i alle faser indtil tildelingen af de kontrakter, der er baseret på denne aftale"*. Klagenemnda tolker dette slik at reglene i direktivet gjelder helt frem til kontrakt om en leveranse er inngått på bakgrunn av en minikonkurranse. Forskriften del III er en implementering av prosedyrereglene i direktiv 2004/18/EF i norsk rett. Reglene i forskriften del III må derfor forutsettes å samsvare med dette direktivet. Dette taler etter klagenemndas mening for at bestemmelsene i forskriften § 16-3 også gjelder for elektronisk innlevering av tilbud i minikonkurranser. Det vises også til Fornyings- og administrasjonsdepartementets *"Rettleiar til reglane of offentlege anskaffingar"* fra 2006, side 143 hvor det fremgår følgende om § 16-3:

"Ordlyden i forskrifta bruker "innlevering av tilbod" både om ordinære tilbud og om innlevering av tilbud ved gjenopning av konkurransen i rammeavtaler og etter dynamiske innkjøpsordningar. Etter departementet si vurdering gjeld krava til

elektroniske system både ved ordinær innlevering av tilbud, ved førespurnad om å delta i konkurranser og ved tilbud som blir leverte ved gjenopning av konkurransen i rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger”.

- (46) Det samme synspunkt fremgår i Sue Arrowsmith *”The Law of Public and Utilities Procurement”*, 2. utgave 2005 side 1172. De samme hensynene til fortrolighet gjør seg gjeldende ved minikonkurranser som ved ordinære konkurranser etter forskriften. Klagenemnda har på bakgrunn av ovennevnte kommet til at de samme kravene for innlevering av tilbud må gjelde ved minikonkurranse som for innlevering av tilbud i en vanlig konkurranse.
- (47) Det er på det rene at innklagede i dette tilfellet hadde oppgitt både en postadresse og en e-postadresse for levering av tilbudene, jf. konkurransegrunnlaget for minikonkurransen. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede har brutt forskriften § 16-3 ved å be om at tilbudene i minikonkurransen ble levert på e-post.
- (48) Ettersom innklagede ved dette har begått en feil som ikke kan rettes, finner klagenemnda at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen, jf. EF-domstolens sak C-448/01.
- (49) På grunn av sakens resultat, finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på spørsmålet om hvorvidt innklagede hadde rett eller plikt til å avvise klagers tilbud fra konkurransen.

Konklusjon:

Hof kommune har brutt forskriften § 5 ved evalueringen av tildelingskriteriet *”Kravspesifikasjon”* ved å benytte en evalueringsmodell som ikke fanger opp relevante fordeler og svakheter ved tilbudene.

Hof kommune har brutt forskriften § 16-3 ved å åpne for at leverandørene kunne sende inn tilbudene i minikonkurransen på e-post uten å ivareta kravene til elektroniske systemer for levering av tilbud.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram eller er ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,
19. oktober 2009

Morten Goller