



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling vedrørende anskaffelse av bredbånd for innbyggere, næringsliv og skoler/kommunale enheter i syv Vestfoldskommuner. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ikke foreta en saklig og forsvarlig vurdering av underkriteriet service. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet eller har ikke ført frem.

Klagenemndas avgjørelse 6. juli 2009 i sak 2009/4

Klager: Re-Nett AS

Innklaget: Kommunene Re, Sande, Hof, Stokke, Lardal, Nøtterøy og Larvik

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Tilbudsevaluering. Poenggivning.

Bakgrunn:

- (1) Den 22. august 2008 kunngjorde Re kommune en konkurranse med forhandling for anskaffelse av bredbånd til innbyggere, næringsliv og skoler/kommunale enheter i kommunene Re, Hof, Sande, Stokke, Lardal, Nøtterøy og Larvik. (heretter kalt de innklagede kommunene eller bare innklagede). Anskaffelsen ble foretatt via 12K-samarbeidet. Dette er et samarbeid mellom 12 Vestfoldskommuner, herunder de innklagede kommunene i denne saken.
- (2) I anbudsprotokollen er kontraktens verdi estimert til mellom 2 og 20 millioner kroner, og kontraktens varighet satt til 5 år. I konkurransegrunnlagets punkt 1.2 er anskaffelsens omfang beskrevet på følgende måte:

"Konkurransen gjelder levering av bredbånd til innbyggere, næringsliv og skoler/kommunale enheter i 7 kommuner i Vestfold – Hof, Re, Sande, Stokke, Lardal, Nøtterøy og Larvik kommuner.

Flere av områdene er tynt befolket, og en utbygging forutsetter således et offentlig engasjement. Brukerne står i fokus, og består av innbyggere og næring, og i noen kommuner er det også behov for å oppgradere tilbudet til skoler/kommunale enheter. Fritidsboliger er ikke en del av prosjektet, men det ses positivt på et utvidet tilbud her også.

Det er i forkant av dette prosjektet gjennomført en kartlegging av dekningsgrad / tilbud på bredbånd. Denne kartleggingen gir kun en indikasjon på områdene, og er ikke en utfyllende og komplett analyse. Denne viser at det er kapasitetsproblemer/lengde etc. begrensninger ved dagens tilbud, som gjør at ulike steder ikke har noe tilbud. Dette

gjelder også sentrale deler av kommunene. I tillegg er det også noen områder som pr. dato ikke har noen bredbåndsutbygging."

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 nest siste avsnitt fremkommer at:

*"Det gis anledning til å gi pris til en, flere eller alle kommunene.
Oppdragsgiver åpner for muligheten til å dele kontrakten mellom flere tilbydere.
Tilbyder redegjør for hvilke konsekvenser dette kan få."*

- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 3, kriterier for tildeling av oppdrag, fremkommer at:

"Tildeling av kontrakt skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. § 10-2 (2) (Lov om offentlige anskaffelser). Ut fra kriteriene som er listet opp nedenfor, vil det økonomisk mest fordelaktige tilbudet bli valgt:

** Priser og kostnader. Vekt 40 %.*

** Kvalitet. Vekt 60 %."*

- (5) I konkurransegrunnlagets punkt 3.1. og 3.2. er de to tildelingskriteriene nærmere beskrevet slik:

"Sluttbrukerpris:

Oppdragsgiver ser for seg at priser og betingelser til sluttbruker vil være de til enhver tid gjeldende prisene den respektive tilbyder har i markedet. Dersom tilbyder benytter underleverandør(er) med annen teknologi enn den hovedansvarlige har i markedet, skal tilsvarende pris og betingelser gjelde for denne teknologien.

Tilbyder må fylle ut prismatrise som inneholder abonnementspris knyttet til forskjellige tilgjengelige hastigheter og teknologi i vedlegg 2 prisskjema under den enkelte kommune.

[...]

3.2 Kvalitet

Tildelingskriteriet Kvalitet veier 60 % og deles inn i underpunkt.

[...]

Underpunktene er:

<i>Løsningsforslag</i>	<i>Gjennomføringsevne</i>
<i>Produktmessige løsninger</i>	<i>Miljø</i>
<i>Service</i>	<i>Forbehold</i>
<i>Bemanning"</i>	

- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede syv tilbud, deriblant fra Re-Nett AS (heretter kalt klager), H-Nett Bredbånd AS og Direct Connect AS.
- (7) Av punkt 7 i tilbudet til Direct Connect AS fremgår det blant annet at: *"Tilbudt pris på utbyggingen forutsetter utbygging av samtlige kommuner."* Av klagers tilbud fremkommer det at det tas forbehold om å bli tildelt Re kommune dersom klager også ble tildelt Lardal kommune, men ikke omvendt. H-Nett Bredbånd AS inngav separate tilbud på Hof og Sande kommuner.

- (8) Innklagede meddelte tilbyderne ved tildelingsbrev 14. november 2008 at det ville bli inngått kontrakt med Direct Connect AS (heretter kalt valgte leverandør). Fra brevet til klager hitsettes følgende:

”PRISER OG KOSTNADER:

Tilbyder tillegges ansvar for å levere et oversiktlig og lett forståelig prisbilde.

12-k`s vurdering: *Av de 7 innkomne tilbud, er det tre pristilbud som ga pris på komplett levering, hvor det skiller på kostnader. Øvrige tilbydere ga pris på deler av leveransen. Totalpris- vurdering innebar at en komplett leveranse ga det økonomisk beste resultat. Oppdeling i 3 eller flere leverandører ga betydelig merkostnad.*

Andre tildelingskriterier – kvalitet:

12-k`s vurdering:

Løsningsforslag: *Det er valgt noe forskjellige løsninger fra tilbydere, og dette gjelder bl.a. stamnett. Deres tilbud:* Vi har vurdert deres tilbud som noe svakere på dette punkt.

Produktmessige egenskaper: *Det er ulike løsninger på dette. Deres tilbud:* Vi har vurdert deres tilbud som noe svakere på dette punkt (redundans).

Service: *Her finnes det variasjoner i hvordan tilbydere løser dette, men 12-k kan ikke se at det er noen vesentlig forskjeller av betydning. Deres tilbud:* Vi har vurdert deres tilbud som likeverdig.

Bemanning: *Her finnes det variasjoner i hvordan tilbyderne løser dette. Deres tilbud:* Vi opplever det som en liten svakhet at dere er en liten organisasjon. Samtidig er vi klar over at service og support likevel kan utføres på en tilfredsstillende måte.

Gjennomføringsevne: *Her finnes det variasjoner i hvordan tilbydere løser dette, men 12-k kan ikke se at det er noen vesentlig forskjeller av betydning. Deres tilbud:* Vi har vurdert deres tilbud som likeverdig.

Forbehold: *12-k kan ikke se at det er noen vesentlige forskjeller av betydning. Deres tilbud:* Vi har vurdert deres tilbud som likeverdig.

Eventuelle bemerkninger til vårt leverandørvalg må være oss i hende innen 25.11.2008 kl 12.00. Etter denne dato anses valg av leverandør som endelig.”

- (9) Klager rettet deretter en del spørsmål til innklagede, både per telefon og på e-post. Ettersom klager ikke fant svarene tilfredsstillende, fremsatte selskapet en klage til innklagede 25. november 2008. Fra klagen hitsettes:

”1. Prinsipp for tildeling – åpenhet ang. reelle sjanser

[...]

Konkurranses grunnlaget sier eksplisitt at det er anledning til å inngi pris på deler av leveransen, dvs en eller flere enkeltkommuner. Basert på denne formuleringen får man et klart inntrykk av at tilbudene vil bli vurdert kommune for kommune, slik at det for hver kommune blir valgt den løsning som gir høyest poengscore på pris/kvalitet.

På grunn av at Re-Nett har lagt inn pris på kun 2 kommuner har vårt tilbud ved sammenligning med Direct Connect sitt blitt satt sammen med andre tilbydere med en høyere pris, noe som gjør at vi har blitt vurdert ut fra egenskaper/priser vi ikke har kontroll på.

Ved at vurderingen har blitt foretatt på denne måten har Re-Nett (og andre små tilbydere) i realiteten blitt fratatt enhver sjanse til å hevde oss i konkurransen. Faktum er at det til syvende og sist ikke er kvalitet/pris på Re-Netts tilbud som avgjorde hvorvidt vi ville få Re og Lardal, men andre tilbyders pris/kvalitet i andre kommuner!

Altså – det åpnes for delleveranser, og det opereres med egne skjemaer med priser for hver kommune, men når man kommer til vurderingen er det total pris på hele leveransen som vurderes, og små leverandører uten muskler til å bygge alle 7 kommuner er i realiteten sjanseløse, med mindre de skulle være så heldige å bli kombinert med andre små leverandører som inngir en gunstig pris på øvrige kommuner.

Det fremholdes at Direct Connect tok forbehold om alt eller ingenting, og dette at DC ikke skulle tilbys kontrakt på deler av leveransen har tydeligvis blitt opphøyd til et ufravikelig prinsipp.

Direct Connect visste like godt som alle andre at leveransen kunne bli delt, og de stod i likhet med andre leverandører ansvarlig for det de hadde tilbudt kommune for kommune.

Ved å gjøre som det åpnes for i konkurranseteksten, "dele kontrakten mellom flere tilbydere", for eksempel H-Nett og Re-Nett i nord og Direct Connect i syd, ville man sannsynligvis oppnådd en lavere totalpris enn DC alene, og dermed oppfylt intensjonen i teksten "Tildeling av kontrakt skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud."

*Dersom det var prosjektets intensjon fra starten av å favorisere de store leverandørene bør det opplyses i utlysningen at det kun aksepteres pris på hele leveransen, da det til syvende og sist er slik tilbudene blir vurdert.
[...]"*

- (10) Ved brev 9. desember 2008 meddelte innklagede at klagen ikke ble tatt til følge. Fra brevet hitsettes:

"PRISER OG KOSTNADER:

Fra konkurransegrunnlaget: Det gis anledning til å gi pris til en, flere eller alle kommunene. Oppdragsgiver åpner for muligheten til å dele kontrakten mellom flere tilbydere. Tilbyder redegjør for hvilke konsekvenser dette kan få.

Vår kommentar: *Oppdragsgiver har åpnet for mulighet til å dele kontrakt med flere, men konsekvensene skal redegjøres for. Alle tilbydere har tatt forbehold, med unntak av en, om oppdeling av tilbud, og beskrevet konsekvensene. Redegjørelsene vedrørende konsekvenser ved oppdeling dreier seg om mulighet for redundans og lønnsomhet ved å velge helhetsløsninger. Ved oppsplitting ville tilbudte priser måtte oppjusteres. I vår vurdering har vi sett på de forskjellige konstellasjonene for å få til en helhetlig løsning,*

og i deres tilfelle må vi ha minst ytterligere to aktører på banen for full dekning. Dette må vi uansett vekte slik at det beste totalprisbildet blir den som scorer høyest på pris under vurdering av anleggsbidrag.

Totalinvestering:

Er en indikator på hva som forventes investeres, men vektes ikke.

Anleggsbidrag:

Dette punktet vektes med 30 poeng, og vi har vektet anleggsbidrag for dekning i alle 7 kommuner, og brukt de totalpriser som gir full dekning eller konstellasjoner som vil kunne gi dekning i alle 7 kommuner.

Sluttbrukerpris:

Oppdragsgiver ser for seg at priser og betingelser til sluttbruker vil være de til enhver tid gjeldende prisene den respektive tilbyder har i markedet. Dette punktet vektes med 10 poeng.

Betalingsbetingelsen:

Vektes ikke, men må aksepteres. Vurderes under forbehold hvis avvik.

Tidligere svar:

12-k's vurdering: Av de 7 innkomne tilbud, er det tre pristilbud som ga pris på komplett levering, hvor det skiller på kostnader. Øvrige tilbydere ga pris på deler av leveransen. Total prisvurdering innebar at en komplett leveranse ga det økonomisk beste resultat. Oppdeling i 3 eller flere leverandører ga betydelig merkostnad.

Tilleggssvar:

Pristabell anleggsbidrag vedlegges – kun vinner og Re-Netts konstellasjoner oppgis: Re-Nett vektes i den beste konstellasjonen 1 som var mulig med flere leverandører, til tross forbehold. Re-Nett tok forbehold om levering i Lardal. Totalscore anleggsbidrag er 30 poeng.

Pris anleggsbidrag:

Tilbyder	1	2	3Vinner	4	Kons 1	Kons 2
Pris	9 924 400	8 027 400	9 575 295	11 000 000	9 831 706	10 402 006
Poeng	23	30	24	19	23	21
Rangering	5	1	2	4	3	6
	Forbehold					Forbehold

Konstellasjon 1 er den gunstigste gruppe som deres firma hører hjemme i. Konstellasjon 2 er komplisert samarbeidsløsninger hvor forbehold er tatt, men løsning mulig inkludert deres firma.

Pris sluttbruker:

Her har vi vektlagt priser montering, sluttbrukerpris, sluttbrukerpris bedrift, mangfold. Totalt kan 10 poeng utdeles.

Tilbyder	1-2	3	4	5	6	7	Re-Nett
Poeng	8	8	5	10	5	6	4

Rangering	2	2	5	1	5	4	7
-----------	---	---	---	---	---	---	---

Tilbyder 1 og 2 er samme leverandør, som valgte å trekke sitt alternative tilbud (1) etter forhandlingsrunde. Re-Nett har et meget begrenset utvalg hastigheter og har i forhold til øvrige tilbydere høy etableringskostnad. Prisnivået ligger også blant de høyeste.

Andre tildelingskriterier – kvalitet:

Løsningsforslag: Det er valgt noe forskjellige løsninger fra tilbydere, og dette gjelder blant annet stamnett. **Deres tilbud:** Vi har vurdert deres tilbud som noe svakere på dette punkt.

Tilbyder	Poeng	1-2	Vinner	4	5	6	7	Re-Nett
3.2.1 Løsningsforslag	26	6	24	21	18	17	23	19

12-k svar: Det er tilgjengelig 26 poeng. Re-Nett er trukket poeng på underpunkt skalering. Dere skriver i tilbudet: "I første omgang vil nettet bli bygd ut til en hastighet på minst 1500/500 kbps til sluttbruker, noe som er over minstekravet i anbudsunderlaget." Dere skriver videre i tilbudet: "Redundans. Stamnettet bygges så langt det lar seg gjøre opp som et ringnett med alternative fremføringsveier." Poengtrekk for dette er likt fordelt på 3.2.1 og 3.2.2.

Produktmessige egenskaper: Det er ulike løsninger på dette. **Deres tilbud:** Vi har vurdert deres tilbud noe svakere på dette punkt (redundans).

Tilbyder	Poeng	1-2	Vinner	4	5	6	7	Re-Nett
3.2.2 Produktmessige egenskaper	15	5	6	4	5	5	4	4

12-k svar: Det er tilgjengelig 15 poeng. Dere skriver i tilbudet: "Redundans. Stamnettet bygges så langt det lar seg gjøre opp som et ringnett med alternative framføringsveier."

Service: Her finnes det variasjoner i hvordan tilbydere løser dette. **Deres tilbud:** Vi har vurdert deres tilbud som likeverdig.

Tilbyder	Poeng	1-2	Vinner	4	5	6	7	Re-Nett
3.2.3 Service	7	5	6	4	5	5	4	4

12-k svar. Vår vurdering av konsekvenser bemanning er primært vurdert under pkt bemanning.

Bemanning: Her finnes det variasjoner i hvordan tilbydere løser dette. **Deres tilbud:** Vi opplever det som en liten svakhet at dere er en liten organisasjon. Samtidig er vi klar over at service og support likevel kan utføres på en tilfredsstillende måte.

Gjennomføringsevne: Her finnes det variasjoner i hvordan tilbydere løser dette, men 12-k kan ikke se at det er noen vesentlige forskjeller av betydning. **Deres tilbud:** Vi har vurdert deres tilbud som likeverdig.

Tilbyder	Poeng	1-2	Vinner	4	5	6	7	Re-Nett
3.2.4 og 3.2.5 Bemanning/gjennomføringsevne	7	6	6	5	6	5	4	3

12-k svar: Det er tilgjengelig 7 poeng. Re-Nett er trukket på bemanning. Dere skriver i tilbudet: "Re-Nett AS er i oppstartsfasen og har foreløpig ingen ansatte, men vi har knyttet til oss ressurser som vil stå for teknisk bistand i begynnelsen, delvis ved innleie på timebasis. Dersom vi vinner et eller flere av anbudene vil vi måtte oppbemanne organisasjonen i forhold til oppdragsmengden." 12-k må forholde seg til deres organisasjon og bemanning pt.

Miljø: Her finnes det variasjoner i hvordan tilbydere løser dette, men 12-k kan ikke se at det er noen vesentlige forskjeller av betydning. Det gis ikke poeng, men bedømmes som godkjent eller ikke godkjent. **Deres tilbud:** Vi har vurdert deres tilbud som likeverdig.

Tilbyder	Poeng	1-2	Vinner	4	5	6	7	Re-Nett
3.2.6 Miljø	0	G	G	G	G	G	G	G

Forbehold: 12-k kan ikke se at det er noen vesentlige forskjeller av betydning. Deres tilbud: Vi har vurdert deres tilbud som likeverdig.

Tilbyder	Poeng	1-2	Vinner	4	5	6	7	Re-Nett
3.2.7 Forbehold	5	4	4	4	4	4	4	4

Oppsummert

Tilbyder	Poeng	1-2	3Vinner	4	5	6	7	Re-Nett
Poeng	100	72	85	70	77	70	71	66
Rangering		3	1	5	2	5	4	7

[...]

Deres punkt 1: Prinsipp for tildeling – åpenhet ang. reelle sjanser

[...]

Sitat fra prosjektleder 24.11.08:

"Dette betyr at vi skal velge den totalløsning som er mest økonomisk fordelaktig (pris og kvalitet) – uavhengig om det er totaltilbud eller oppsplitting som velges."

[...]

Svar: Her er 12k av en annen oppfatning, og henviser til konkurransegrunnlaget og svarbrev. Oppdragsgiver må vektlegge helheten, og i dette tilfelle teller kun 40 % av totalen, og spesifikt så teller anleggsbidrag 30 % og sluttbrukerpris 10 %. Re-Nett tok også forbehold om tildeling av Re for å tegne kontrakt på Lardal.

Hvis vi skulle valgt å vurdere priser etter deres firmas synspunkter, kan vi informere om at ved enkeltleveranser ville deres firma vært 3. valg i Re og 4. valg i Lardal, når det gjelder anleggsbidrag. Øvrige vurderinger – se poengtabell. "

- (11) Re-Nett AS sendte deretter et udatert brev med kommentar som svar på klagen til innklagede. Det fremkommer her blant annet at klager ikke er tilfreds med det svar innklagede gav.
- (12) Innklagede inngikk kontrakt med Direct Connect AS 10. desember 2008.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. januar 2009.
- (14) Klagenemndas sekretariat tok kontakt med innklagede ved e-post 24. juni 2009, hvor innklagede ble bedt om å sende inn en beskrivelse av hvilke forbehold tilbudene inneholdt. Dette ble besvart av innklagede på følgende måte i e-post 24. juni 2009:

"Her er punktene hentet fra innkomne tilbud:

Dette er hentet direkte fra den enkelte tilbyders svar på konkurransen om oppdeling.

Arctic Tele:

1.1 Omfang

Alle estimer er basert på full utbygging. Dersom Oppdragsgiver velger å ikke effektivere kjøp av enkelte områder, vil dette påvirke den overordnede nettplanen og dermed påvirke kostnader, markedsmuligheter, dekningsberegninger, tilgjengelighet og redundans. Vi vil derfor ikke kunne vedstå et slikt tilbud.

Telenor:

Hof og Sande er vurdert som helhet og må rekalkuleres dersom områder fjernes/tilkommer.

NexGenTel:

NextGenTel har valgt å tilby en løsning for kommunene Larvik, Stokke og Nøtterøy. Løsningen er basert på trådløst bredbånd, hvor enkeltstasjoner gir dekning i flere kommuner. Tilbudt løsning forutsetter derfor utbygging av alle tre kommuner i sammenheng. Begrensning til enkeltkommuner vil gi dårligere dekning, eller høyere kostnad for utbygging per kommune.

Hafslund (tilbud 1 og 2):

Hafslund Telekom AS tilbyr 100 % utbygging og leveranse til alle som bestiller innenfor bestillingsfrist. Bestillingsfrist er skissert i Vedlegg 500-1. Hafslund Telekom aksepterer ikke å ta på seg delvis utbygging i en eller flere kommuner, og heller ikke utbygging i kun enkelte av kommunene som omfattes av konkurransegrunnlaget.

Direct Connect:

Se tidligere oversendt brev fra vinner – vedlegg

De to klageres forbehold om dette er tidligere belyst

Dette betyr at det ikke ville bli konkurranse ved en oppdeling av tilbudene. Derfor ble eneste mulighet å sette sammen tilbud fra NextGenTel, H-Nett og Re-Nett til ett fullverdig tilbud og priskonkurrere med de øvrige tilbydere. Mao vi satt igjen med 5 mulige komplette løsninger som konkurrerte i pris. Totalløsningenes kostnad ble poengsatt deretter – se tidligere oversendt poengskjema."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Tilbudsevalueringen

- (15) Klager viser til konkurransegrunnlagets punkt 1.2, hvor det blant annet fremkommer at det er anledning til å inngi pris på en eller flere kommuner, samt at oppdragsgiver åpner for muligheten til å dele kontrakten mellom flere tilbydere. Klager anfører at konkurransegrunnlaget må forstås slik at inngitte tilbud blir vurdert enkeltvis for hver kommune basert på egenskaper og priser. Dette underbygges også ved at konkurransegrunnlaget inneholdt egne prisskjema for hver kommune. Den enkelte tilbyders mulighet til å nå opp i konkurransen, må således avgjøres på bakgrunn av tilbyders eget tilbud, og ikke hvilke andre tilbydere man settes sammen med for at tilbudene til sammen skal dekke alle kommunene.
- (16) Når det gjelder setningen om at *"Tilbyder redegjør for hvilke konsekvenser dette kan få."*, anføres det at det er uklart hva som menes med dette. Klager gjør gjeldende at man her ikke får annen informasjon enn at det oppfordres til at hver tilbyder redegjør for hvilke konsekvenser en oppdeling av kontrakten kommune for kommune vil få for tilbyders eget selskap. Ettersom konkurransegrunnlaget angir at en oppdeling av kontrakten er mulig, er det urimelig at et forbehold fra en tilbyder om "alt eller ingenting" skal hindre oppdragsgiver i å evaluere tilbudene enkeltvis for hver kommune, herunder å velge den mest gunstige løsningen for den enkelte kommune. Ut fra innklagede sin tolkning av konkurransegrunnlaget ville mindre tilbydere, som klager, som tilbød pris på enkelte kommuner, i utgangspunktet ikke ha muligheter til å nå opp i konkurransen. Selv ikke dersom klager hadde vært best på kvalitet og pris ville de ha nådd opp i konkurransen. Dette var noe klager ikke var kjent med ved inngivelsen av tilbudet, og klager gjør på denne bakgrunn gjeldende at de har deltatt i konkurransen på gale og ukjente premisser.

Poenggivningen

- (17) Under dette punkt anfører klager at innklagede har gjort en rekke feil ved poengtildelingen.
- (18) Når det gjelder underkriteriet om pris/mangfold til sluttbruker, anføres at poengtrekket er basert på en feilaktig antakelse om at klagers produktspekter er begrenset til den ene (laveste) hastighetsklassen som er angitt i prisskjemaet. Det vises til at det i tilbudsskjemaet blant annet fremkommer at *"I første omgang vil nettet bli bygd ut til en hastighet på minst 1500/500 kbps til sluttbruker, noe som er over minstekravet i anbudsgrunnlaget. Re-Nett vil også tilby abonnementstyper med høyere hastighet og det er ventet at tilbudt hastighet vil øke i takt med behov/etterspørsel."*
- (19) Når det gjelder sluttbrukerpris, anføres at det er feil når innklagede har lagt til grunn ADSL-prisene til valgte leverandør.
- (20) I tillegg gjør klager gjeldende at det er feil når innklagede har trukket klager for poeng for underkriteriet *"løsningsforslag/stamnett"*. Det vises til at klager og valgte leverandør tilbød det samme i sine tilbud.
- (21) Klager anfører dessuten at det er feil når innklagede har trukket seks av femten poeng for underkriteriet *"produktmessige egenskaper – redundans"*. Det vises til at redundans

i det vesentligste begrenser seg til stamnettet, og at klager har presentert et løsningsforslag som ikke gir grunnlag for et så stort poengtrekk.

- (22) Når det gjelder punktet om *"service"*, anføres det at klager til en viss grad har forståelse for at det trekkes i poeng for bemanning, ettersom klager representerer et lite selskap. Klager gjør imidlertid gjeldende at det er feil når innklagede i sin vurdering av klagers tilbud 9. desember 2008 uttaler at tilbudets beskrivelse av service er likeverdig, og deretter trekker klager to poeng mer enn valgte leverandør ved evalueringen.

Avlysning. Ny kunngjøring. Erstatning.

- (23) Klager krever at anbudsprosessen kjennes ugyldig, samt at anbudet lyses ut på nytt. I tillegg kreves erstatning.

Innklagedes anførsler:

Tilbudsevalueringen

- (24) Innklagede anfører at konkurransegrunnlaget tydelig beskriver at det i utgangspunktet er tale om én leveranse, ettersom det må redegjøres for konsekvensene av en oppdeling. De fire tilbudene som omfattet alle deltakerkommunene tok forbehold mot oppdeling av leveransen, og tre av de øvrige tilbyderne tok forbehold om ugunstig oppdeling av leveransen. Det var således bare én tilbyder som ikke tok forbehold om oppdeling, H-Nett Bredbånd AS. Det påpekes dessuten at klager tok forbehold om at Lardal kommune ikke var aktuell dersom de ikke ble tildelt Re kommune. For å få full dekning i alle kommuner måtte innklagede sette sammen mulige konstellasjoner for deretter å gi poeng for totalpris. Det ble deretter gitt flest poeng til de som hadde best totalpris.

Poenggivningen

- (25) Når det gjelder poengtrekkene som er foretatt vedrørende pris til sluttbruker, legges det ved oversikt over alle tilbyderes sluttbrukerpriser, hvor det fremgår at det var store forskjeller i pris og utbud.
- (26) Når det gjelder poengtrekkene klager har fått for løsningsforslag – stamnett, vises det til at klager i tilbudet oppgir at *"stamnettet bygges ut så langt det lar seg gjøre som et ringnett med alternative framføringsveier"*, uten at det gis ytterligere dokumentasjon på dette. I tillegg har klager inngitt begrenset tilbud på skalering. Det er disse forholdene innklagede har trukket for ved poenggivningen.
- (27) Når det gjelder punktet om *"produktmessige egenskaper – redundans"*, påpeker innklagede at klagers beskrivelse av egen redundans etter deres skjønn ikke er så godt som øvrige tilbydernes beskrivelser. Dette er grunnlaget for poengtrekket.
- (28) For underkriteriet *"service"*, viser innklagede til at det ikke kan være tvil om at store selskaper som Telenor ASA, Hafslund ASA og Direct Connect AS må få høyere poengscore enn et firma uten en fast ansatt, slik som firmaet klager representerer. Det kan ikke vektlegges at klager vil kunne tilby økning av ansatte hvis de blir tildelt oppdraget.
- (29) Innklagede viser til at de etter beste skjønn har vurdert tildelingskriteriene ut fra det tilbyderne har beskrevet i sine tilbud, samt det som fremkom under forhandlingene. Det vises dessuten til at valgte leverandør fikk 85 poeng og klager 66, slik at det skal en betydelig poengendring til for at klager skal løftes opp på innklagedes nivå.

Avlysning. Ny kunngjøring. Erstatning.

- (30) Innklagede viser til konkurransegrunnlaget punkt 1.9 og avviser at det er grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Det er heller ikke aktuelt å avbryte kontrakten.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste art (bygge- og anleggsarbeid) og verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402 del I og del II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (32) Innledningsvis bemerker klagenemnda at innklagede også har blitt klaget inn for nemnda av en annen tilbyder i sak 2009/11. Sakene ble avgjort samme dag, og har noen sammenfallende anførsler.

Tilbudsevalueringen

- (33) Klager har anført at innklagede skulle ha evaluert de innkomne tilbud kommune for kommune. Dette følger etter klagers oppfatning av konkurransegrunnlaget punkt 1.2, hvor det fremgår at det var anledning til å inngi tilbud på *"en, flere eller alle kommunene"*, samt at oppdragsgiver åpnet for muligheten til å dele kontrakten mellom flere tilbydere. Når det gjelder setningen; *"Tilbyder redegjør for hvilke konsekvenser dette kan få"*, er det uklart for klager hva som menes med dette, men setningen kan etter selskapets oppfatning i høyden forstås som en oppfordring til den enkelte tilbyder om å redegjøre for hvilke konsekvenser en oppdeling av kontrakten kommune for kommune vil få for den enkelte tilbyder.
- (34) Av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 følger det at oppdragsgiver må evaluere tilbudene i samsvar med det som må anses påregnelig ut fra de opplysningene som er gitt om dette i for eksempel kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. I dette tilfellet var det åpnet for tre ulike måter å inngi tilbud på. Tilbyder kunne enten inngi separate tilbud kommune for kommune, ett tilbud for flere kommuner samlet, eller ett tilbud for alle kommunene samlet. Da må tilbyderne i utgangspunktet kunne forvente at alle de tre alternativene blir evaluert under tilbudsevalueringen. Dette må imidlertid tilpasses og ses i sammenheng med hvilke tilbudskonstellasjoner oppdragsgiver faktisk mottar tilbud på.
- (35) Av innklagedes forklaringer for klagenemnda og den innsendte dokumentasjon fra anskaffelsesprosessen fremgår at det kun var én av tilbyderne, H-Nett Bredbånd AS, som innga separate tilbud for enkeltkommuner. Dette selskapets tilbud gjaldt kommunene Hof og Sande. Blant de øvrige tilbyderne hadde selskapene tatt forbehold om at deres selskaps tilbud kun gjaldt dersom selskapet ble tildelt kontrakt for samtlige kommuner selskapets tilbud omfattet. For klagers tilbud var det tatt forbehold om å få kontrakt på Re kommune dersom klager også ble tildelt Lardal kommune, men ikke omvendt. Dette innebærer at innklagede kun hadde ett separat og selvstendige tilbud for hver av kommunene Hof, Sande og Re. Ellers var de tilbud som forelå betinget av at tilbyderen fikk samtlige kommuner som var tilbudt. Når dette var tilfellet, var det de alternative tilbudskonstellasjonene som forelå, som innklagede hadde mulighet og plikt til å evaluere.

- (36) Av innklagedes forklaringer for klagenemnda, og den innsendte dokumentasjon fra anskaffelsesprosessen for øvrig, fremgår det at innklagede både vurderte samlet tildeling til én leverandør for samtlige kommuner, og to ulike konstellasjoner av tildeling til tre ulike tilbydere, som til sammen dekket alle de syv kommunene konkurransen gjaldt. Dette var etter klagenemndas oppfatning de alternative tilbudskonstellasjonene som forelå ut fra de innkomne tilbud. Etter dette konkluderte innklagede med at det økonomisk mest fordelaktige alternativet, i henhold til de opplyste tildelingskriteriene, var samlet tildeling av kontrakt til én tilbyder, Direct Connect AS. Klagenemnda kan ikke se at dette, ut fra de tilbudene som forelå, må anses i strid med regelverket. Klagers anførsel kan på bakgrunn av dette ikke føre frem.

Poenggivningen

- (37) Under dette punkt har klager anført at innklagede har begått en rekke feil ved poenggivningen av tilbudene. Klagenemnda forstår dette slik at det anføres at poenggivningen ikke har vært saklig og forsvarlig, herunder i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. I det følgende vil klagenemnda gjennomgå de feil som er påberopt.
- (38) Innledningsvis vil nemnda presisere at oppdragsgiver ved vurderingen, herunder poenggivningen, av de innkomne tilbud, utøver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig av klagenemnda. Nemnda kan prøve hvorvidt oppdragsgivers skjønnsutøvelse har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med de oppgitte tildelingskriteriene. I klagenemndas sak 2008/112 er det blant annet uttalt at *"Det følger imidlertid av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 at oppdragsgivers poengsetting i alle fall må sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene tilbudene gis, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/201 premiss (42), sak 2006/90 premiss (34) og sak 2007/30 premiss (39)."*
- (39) Når det gjelder underkriteriet pris sluttbruker, herunder mangfold, anfører klager at det er feil når innklagede har lagt til grunn at Re-Nett AS' produktsortiment er begrenset til den angitte hastighet.
- (40) Her vil klagenemnda vise til klagers tilbudsbrief, hvor det fremkommer at: *"I første omgang vil nettet bli bygd ut til en hastighet på minst 1500/500 kbps til sluttbruker, noe som er over minstekravet i anbudsunderlaget. Re-Nett vil også tilby abonnementstyper med høyere hastighet og det er ventet at tilbudt hastighet vil øke i takt med behov/etterspørsel"*. Det vises dessuten til innklagedes svarbrev 9. desember 2009, hvor det påpekes at klager har et begrenset utvalg hastigheter. Valgte leverandør har i sitt tilbud garantert en minimumskapasitet til den enkelte kunde på 2000/500 og opererer med et prisskjema som viser at kundene har mange valgmuligheter når det gjelder hastighet. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det er feil ved poengtrekket klager fikk vedrørende underkriteriet pris sluttbruker.
- (41) Når det gjelder sluttpriser, anfører klager videre at det er feil når innklagede har lagt til grunn valgte leverandørs ADSL-priser.
- (42) Av konkurransegrunnlaget fremkommer det ikke hvilke priser som skal legges til grunn ved evalueringen utover at: *"Oppdragsgiver ser for seg at priser og betingelser til sluttbruker vil være de til enhver tid gjeldende prisene den respektive tilbyder har i markedet."*, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3.1. Klagenemnda innehar ikke den

tekniske kompetanse som kreves for å ta stilling til denne anførselen vedrørende hvilke priser som skal legges til grunn, ettersom dette, så vidt nemnda kan se, blant annet vil være avhengig av på hvilken måte nettet bygges ut. Anførselen avvises således som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndforskriftens § 9.

- (43) Klager anfører videre at innklagede har trukket selskapet for mange poeng på underkriteriet "*løsningsforslag – (stamnett)*".
- (44) I tildelingsbrevet 14. november 2008 fremkommer at tilbyderne har valgt noe forskjellige løsninger vedrørende stamnettet, samt at klagers tilbud er vurdert som noe svakere på dette punktet. I innklagedes brev 9. desember 2008 sies det videre at Re-Nett AS har fått 19 av 26 poeng, og at det er trukket for underpunktet om stamnett og skalering. Innklagede viser i tilsvaret til at klager ikke dokumenterte hvordan stamnettet skulle bygges ut, herunder at stamnettet skulle bygges "*så langt det lar seg gjøre som et ringnett med alternative framføringsveier*". Klagenemnda har merket seg at tilbudet fra valgte leverandør synes langt fyldigere enn klagers med hensyn til løsningsforslag, hovedinfrastruktur og skalering, men har heller ikke her den tekniske kompetansen som kreves for å ta stilling til anførselen. Den avvises derfor også som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforskriften § 9.
- (45) Klager anfører videre at selskapet har blitt trukket for mange poeng ved vurderingen av underkriteriet "*produktmessige egenskaper – (redundans)*".
- (46) Innklagede har i tildelingsbrevet lagt til grunn at klagers beskrivelse av egen redundans ikke er like god som øvrige tilbyderes. I svarbrevet 9. desember 2008 fremkommer det i tillegg at klager har fått 9 av 15 mulige poeng. Klagenemnda bemerker at den heller ikke på dette punkt innehar den tekniske kompetansen som synes å kreves for å ta stilling til foreliggende anførsel. Anførselen avvises således som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforskriften § 9.
- (47) Klager anfører til slutt at det ikke er sammenheng mellom det innklagede skriver i brevet av 14. november 2008 om hvordan klager er vurdert vedrørende underkriteriet "*service*", og det poengtrekket som er gitt.
- (48) Av tildelingsmeddelelsen 14. november 2008 fremkommer det at selv om det forelå variasjoner mellom tilbyderne på dette punkt, så forelå det ikke noen "*vesentlige forskjeller av betydning*". Basert på dette ble klagers tilbud vurdert som "*likeverdig*". Av innklagedes brev 9. desember 2008 til klager fremgår det imidlertid at klager kun fikk fire av syv poeng for service, mens valgte leverandør ble gitt 6 poeng på dette punkt. Klagenemnda bemerker at ettersom det er opplyst at klagers tilbud ble ansett likeverdig med de øvrige tilbudene/valgte leverandørs tilbud, så må det etter nemndas oppfatning anses klart vilkårlig å kun gi klagers tilbud fire poeng på dette punkt, mot valgte leverandør, som ble gitt 6 poeng, uten noen nærmere begrunnelse. Innklagedes poenggivning må på dette punkt derfor anses i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Dette må gjelde uavhengig av at innklagede i tilsvaret for klagenemnda har uttalt at det ikke kan være tvil om at store selskaper som Telenor ASA, Hafslund ASA og Direct Connect AS må få høyere poengscore enn et firma uten en fast ansatt, slik som firmaet klager representerer.

Avlysning. Ny kunngjøring. Erstatning:

- (49) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til ovenfor, kan nemnda ikke se at det i dette tilfellet forelå noen plikt til å avlyse konkurransen. På bakgrunn av ovenstående er klagenemnda også av den oppfatning at vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse ikke foreligger.

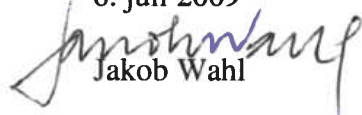
Konklusjon:

Re, Sande, Hof, Stokke, Lardal, Nøtterøy og Larvik kommuner har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ikke foreta en saklig og forsvarlig vurdering av underkriteriet "service".

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet eller har ikke ført fram.

For klagenemnda,

6. juli 2009


Jakob Wahl