



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en konkurranse med forhandling om rammeavtale vedrørende kommunikasjonstjenester for Norges forskningsråd. Klagenemnda fant at det var feil når kontraktens opsjonstid ikke var inkludert ved beregningen av anskaffelsens verdi. Klagenemnda fant videre at innklagedes anvendelse av tildelingskriteriet "Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten" var ulovlig, slik at innklagede skulle ha avlyst konkurransen. Klagenemnda behandlet også to anførsler om ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde inngått avtale av et vesentlig annet omfang enn det kunngjorte, og at avtalen ikke var inngått etter vedståelsesfristens utløp. Det var derfor ikke foretatt ulovlige direkte anskaffelse. Klagenemnda fant ikke grunnlag for å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 18. januar 2010 i sak 2009/46

Klager: Lystind DA

Innklaget: Norges forskningsråd

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Beregning av anskaffelsens verdi. Ulovlig tildelingskriterium. Vesentlig endring av tilbud. Forlengelse av vedståelsesfrist.

Bakgrunn:

- (1) Norges forskningsråd (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. april 2008 en konkurranse med ett-trinns forhandling vedrørende anskaffelse av "Kommunikasjonstjenester for Forskningsrådets bioteknologiprogram FUGE". Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Fristen for inngivelse av tilbud var satt til 23. mai 2008, og vedståelsesfristen var fastsatt til 1. juli 2008.
- (2) Det fremgår av kunngjøringen at innklagede tok sikte på å inngå en rammeavtale med én leverandør, og at avtalen skulle vare i to år, med opsjon på forlengelse i halvannet år. Den anslåtte verdi av anskaffelsen er angitt til mellom 1 og 1,5 millioner kroner. I kunngjøringens punkt II.1.5) er anskaffelsens art og omfang beskrevet på følgende måte:

"I Forskningsrådets forskningsprogram Funksjonell Genomikk (FUGE) er det behov for en rekke kommunikasjonstjenester, slik som administrering av programmets nettsider, produksjon av nyhetsbrev og brosjyremateriale til forskere og allmennheten og koordinering av arrangementer. All kommunikasjon tilknyttet programmet er forskningsrelatert og krever en viss innsikt i naturvitenskap.

Tjenesten ønskes kjøpt for 2 år fra sommeren 2008 til 2010, med mulighet for 1 ½ års forlengelse, ut til 2011.

[...]"

- (3) I kunngjøringens punkt II.1.4) – II.2.2) fremkommer blant annet følgende:

"Rammeavtalens varighet

Periode i år: 2

[...]

Rammeavtalen er på 2 år med opsjon på 1 ½ nye år.

Anslått verdi ekskl. MVA: mellom 1000000 og 1500000 Valuta: NOK

[...]

	<i>Hovedvokabular</i>	<i>Tilleggs vokabular (hvis relevant)</i>
<i>Hoved-anskaffelsen</i>	73210000	
<i>Tilleggs-leveranse</i>	85312300	
<i>[...]</i>		

II.2) KONTRAKTENS MENGDE ELLER OMFANG

II.2.1) Samlet mengde eller omfang inkludert eventuelle delarbeider, delleveranser og opsjoner.

Tilsvarende 50 % stilling per år i 2 år.

Opsjon for 1 ½ års forlengelse.

II.2.2) Opsjoner

Det er opsjoner for forlengelse av denne kontrakten. En forlengelse vil være en videreføring av de tjenester som allerede er utført samt mulig nye og vil kunne vare til ut 2011."

- (4) Av konkurransegrunnlaget fremkommer blant annet følgende:

"3. Anskaffelsesprosedyre

Konkurranse med forhandlinger etter Del II, anskaffelse av uprioriterte tjenester.

4. Beskrivelse av tjenesten

FUGE, Funksjonell genomforskning, er et av Norges forskningsråds syv store programmer som er opprettet for å bidra til strategisk, langsiktig kunnskapsutvikling og innovasjon på nasjonalt prioritert område. FUGE ble opprettet i 2002 og avsluttes i 2011 og har et årlig budsjett på 165 mill. kroner.

Programmets hovedmål er å bidra til at norsk kompetanse innen bioteknologi holder et høyt internasjonalt nivå og at Norge er en attraktiv partner for internasjonalt samarbeid. Nærmere informasjon om programmets mål og delmål finnes på FUGES hjemmesider www.forskningsradet.no/fuge

[...]

FUGE er opptatt av transparens, åpenhet og kommunikasjon. Programmet er inne i en fase hvor kommunikasjon og formidling er en av hovedaktivitetene. Det anses som svært relevant å synliggjøre hvilke resultater som er oppnådd i programmet og hvordan FUGE har hevet kvaliteten på norsk bioteknologisk forskning. FUGE tar også ansvar for generell folkeopplysning på området og arbeider for å heve kompetansenivået hos allmennheten innen bioteknologi. Ulike virkemidler tas i bruk for å oppnå dette.

Følgende virkemidler er tenkt tatt i bruk:

Nettsider

Nettsidene til programmet er en av administrasjonens kanaler til forskerne og gir mulighet for å formidle dato og tema for utlysninger, prosjekresultater og annen mer generell informasjon om programmet.

Media

Kanaler som forskning.no og hjemmesidene til Forskningsrådet (www.forskningsradet.no) skal brukes i størst mulig grad. Disse sidene er også utgangspunkt for en rekke forskningsjournalister fra dagspressen og øker mulighetene for å sette bioteknologisk forskning på dagsorden.

Nyhetsbrev

Leveres til abonnenter blant forskere, forskningsjournalister og publikum. Folkelig presentasjon av forskningsresultater fra programporteføljen. Fokus på forskning av meget høy kvalitet og som har åpenbar samfunnsmessig nytteverdi.

Brosjyrer og andre trykksaker

Materiale som presenterer programmet, på norsk og engelsk. Kan også være rapporter og mer generelt stoff om bioteknologi.

Opinionsundersøkelser

Undersøkelser om holdninger og kunnskap hos den norske befolkningen gjennomføres med jevne mellomrom. Opinionsundersøkelsen er verdifull fordi den sier noe om effekten av formidlings- og kommunikasjonsarbeidet som utføres.

Konferanser og seminarer

Konferanser og seminarer er svært viktige nettverksbyggende aktiviteter og FUGE skal arrangere konferanser innenfor bioteknologi både for forskere, næringsliv, politikere og publikum.

Møter

Møter og direkte kommunikasjon mellom Forskningsrådet og forskerne er særdeles viktig for å skape forståelse for forskningsmiljøenes behov og fagområdets retning og utvikling. På denne måten kan de riktige virkemidler settes inn på riktig felt til riktig tid.

Kommunikasjonskurs

FUGE skal arrangere kommunikasjonskurs, for å øke kompetansen blant forskere til å snakke med journalister og til å kommunisere fag på en folkelig måte.

Web-tv og filmproduksjon

Programmet skal være i front på ny kommunikasjonsteknologi og forsøke å treffe målgruppene med de best mulig tilpassede virkemidlene.

Forskningsdagene

FUGE skal være synlig under Forskningsdagene og formidle hva fagområdet har å by på. Dette er blant annet en viktig arena for rekruttering.

Typiske oppgaver for oppdraget er:

- Ansvar for programmets hjemmesider, inkludert web-publisering og noe oppdatering
- Utarbeide nyheter, inkludert bilder og illustrasjoner fra programmets portefølje. Disse skal publiseres på hjemmesidene og andre relevante nettsider i Forskningsrådet.
- Utarbeide andre reportasjer, artikler, intervjuer og kronikker innenfor bioteknologifeltet og arbeide for å få dette publisert også utenfor Forskningsrådet, for eksempel på forskning.no, relevante tidsskrifter, og allmenne mediekkanaler som aviser og TV.
- Utarbeide FUGEs nyhetsbrev – normalt 4 utgaver i året á 4 sider
- Utarbeide annet trykkmateriale, for eksempel brosjyrer og rapporter
- Være med å arrangere programmets konferanser

Leveransen tilsvarer en arbeidsmengde tilsvarende ca et halvt årsverk per år i 2 år. Detaljer om hva som inngår i engasjementet og omfang avtales nærmere med leverandøren. Generelt kan sies at arbeidet vil være en jevn oppfølging av kommunikasjons- og formidlingsoppgaver som ukentlig oppstår i forskningsprogrammet, samt større eller mindre tilleggsoppdrag. Oppgavene skal utføres i samarbeid med formidlingsansvarlige i FUGE-administrasjonen og divisjonens kommunikasjonsrådgivere. Det forventes imidlertid at leverandøren tar selvstendig initiativ når det gjelder å identifisere og følge opp viktige kommunikasjonsoppgaver. Det er ønskelig at leverandøren utfører deler av oppdraget i Forskningsrådets egne lokaler.

5. Beskrivelse av kvalifikasjonskrav

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

- Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift
- Krav til å fremlegge skatteavgift for skatt
- Krav til å fremlegge egenerklæring i samsvar med forskriftens vedlegg 2 om HMS

Dokumentasjon knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet:

- Foretakets siste årsberetning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall
- Fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner

- Oversikt over foretakets totale bemanning
- Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og cv for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget
- Foretakets viktigste leveranser de siste 3 årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker
- Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem

Leverandøren skal samarbeide i team med programkoordinatorer, faglige rådgivere og administrative konsulenter. Det stilles store krav både når det gjelder personlige egenskaper og faglige kvalifikasjoner hos den/de personer som skal utføre arbeidet for Forskningsrådet.

Krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

- *Evne til kommunikasjon både med næringsliv, forskningsmiljøer og offentlig virksomhet*
- *Selvstendighet, kreativitet og gjennomføringsevne*
- *Gode samarbeidsevner*
- *Etablert nettverk med norske media*
- *Erfaring fra arbeid mot FoU-virksomhet*
- *God kunnskap om og bruk av multimedia*
- *Gode engelskkunnskaper skriftlig og muntlig*
- *Den aktuelle leverandøren forutsettes å ha god kjennskap til bioteknologifeltet*

6. Kriterier ved tildeling av kontrakt

Valg av leverandør vil være basert på det tilbud som totalt sett vurderes som økonomisk mest fordelaktig. Det vil bli lagt vekt på opparbeidet kompetanse og erfaring hos staben som skal utføre arbeidet for Forskningsrådet.

Kriterier som legges til grunn vil være:

- *Leverandørens erfaring med tilsvarende oppgaver og arbeidsform*
- *De aktuelle medarbeidernes formelle kompetanse og erfaring*
- *De aktuelle medarbeidernes personlige egenskaper*
- *Den aktuelle leverandørens nettverk*
- *De aktuelle medarbeidernes kjennskap til relevant nasjonal og internasjonal FoU-virksomhet*
- *Tilbudets total kvalitet*
- *Pris*

Tilbudet må inneholde følgende:

Arbeidsprøver fra tilsvarende oppdrag. Det ønskes at leverandøren kan vise til nyhetsbrev, publisering av relevant stoff på forskning.no eller tilsvarende kanaler, eventuelle erfaring med web-tv og filmproduksjon for web-tv, samt tidligere erfaring med arrangering av konferanser (legg ved innbydelse, referat og lignende).

En prisoversikt på aktuelle tjenester

- *Timesats*
- *Pakkepris på 4 nyhetsbrev per år. Oppgaven inkluderer utarbeidelse i form av research, artikkelskriving og design. For å se eksempel på FUGEs nyhetsbrev gå til våre nettsider www.forskningsradet.no/FUGE*
- *Pakkepris for arrangering av konferanse. Oppgaven vil være av ulik størrelse, men eksempelvis en dagskonferanse med 50 deltakere*

- (5) Innklagede kunngjorde 21. mai 2008 endringer i konkurransegrunnlagets punkt 5 om kvalifikasjonskrav og punkt 6 om tildelingskriterier. Som nytt tildelingskriterium ble blant annet inntatt: *"Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten"*. Samtidig ble tilbudsfristen forlenget til 30. mai 2008.
- (6) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen, og tre av tilbyderne ble ansett kvalifisert til å delta i den videre prosessen. Dette var Lystind DA (heretter klager),

Perduco AS (heretter valgte leverandør) og Fete typer AS. Tilbyderne Agendum og BioInn ble avvist med den begrunnelse at de ikke oppfylte kvalifikasjonskravene.

- (7) Innklagede innkalte til forhandlingsmøter ved e-post 24. juni 2008, og anmodet samtidig samtlige tilbydere om forlengelse av vedståelsesfristen fra 1. juli til 1. september 2008.
- (8) Alle tilbydere aksepterte å forlenge vedståelsesfristen. Forhandlingsmøter med tilbyderne ble deretter avholdt i løpet av sommeren.
- (9) Tilbyderne ble ved innklagedes e-post 15. august 2008 anmodet om å levere inn et revidert tilbud innen 21. august 2008. Samtlige tilbydere leverte revidert tilbud innen fristen.
- (10) Ved telefonsamtale 22. august 2008 meddelte innklagede til valgte leverandør at de hadde det økonomiske mest fordelaktige tilbudet, og ville bli tildelt rammeavtalen.
- (11) Ved tildelingsbrev sendt til samtlige tilbydere 27. august 2008, meddelte innklagede at kontrakt ville bli tildelt valgte leverandør.
- (12) Klager ba 1. september 2008 innklagede om en nærmere begrunnelse. Det uttales i den forbindelse at *"Vi ønsker å stå ved tilbudet en måned ekstra i håp om at det finnes en løsning."* Innklagede utarbeidet deretter 8. september 2008 en nærmere begrunnelse.
- (13) Klager ba ved e-post 9. september 2008 om at innklagede utsatte klagefristen med 14 dager. Innklagede avsto begjæringen om utsatt klagefrist ved e-post 10. september 2008.
- (14) Innklagede inngikk deretter rammeavtale med valgte leverandør. Valgte leverandør signerte avtalen 12. september 2009, mens innklagede signerte 15. september 2009.
- (15) Klager sendte 18. september 2008 en ny e-post til innklagede. I e-posten ba klager om svar på en rekke spørsmål.
- (16) Innklagede svarte ved brev 29. september 2008. Fra brevet hitsettes:

"[...]Vi finner grunn til å redegjøre nærmere for anskaffelsesprosessen.

Det samlede budsjett for anskaffelsen er 1,5 mill.kr. og det er reglene for anskaffelser under EØS-terskelverdi som kommer til anvendelse. Oppdraget ble lyst ut i Doffin den 30.04.2008 med rettinger den 21.5.2008 og ny frist for å levere tilbud ble satt til 30.5.2008. Anskaffelsen ble gjennomført som en ett-trinns anskaffelse med forhandling.

[...]

Hvorvidt det er inngått kontrakt med den nå foretrukne tilbyder, herunder særskilt datoen for eventuell kontraktsinngåelse.

Kontrakt er inngått og signert den 15.09.2008.

[...]

Hvorvidt den nå foretrukne tilbyders tilbud fortsatt var gyldig ved den eventuelle kontraktsinngåelsen, herunder særskilt om deres vedståelsesfrist var forlenget og hvordan en eventuell forlengelse er dokumentert. (En kunngjøringspliktig kontrakt

inngått etter utløpt vedståelsesfrist er å regne som en ulovlig direkte anskaffelse med tilhørende gebyrrisiko.)

Forlengelse av vedståelsesfristen til 10.09 ble gitt ved e-post den 24.08.2008. Deretter muntlig frem til kontraktsunderskrift.

Hvilken form for senere forespørsel om utvidelse av vedståelsesfrist som ble sendt tilbyderne, ut over forespørselene vi har mottatt, og hvilket tidspunkt denne ble sendt. (Dersom kontrakt her er inngått vil denne være inngått etter 1. september, som er datoen dere oppgir i siste forespørsel om utvidelse.)

Forespørsel om forlengelse av vedståelsesfristen ble gjort over telefon. Forlengelse av vedståelsesfristen ble sendt Forskningsrådet på e-post den 24.08.2008. Fra 10.09 til dato for kontraktsinngåelse (15.9) ble vedståelsesfristen forlenget gjennom muntlig avtale.

[...]"

- (17) Anskaffelsesprotokollen ble signert 4. mars 2009. Fra protokollens punkt j) ”Vesentlige forhold og beslutninger i prosessen” hitsettes:

"[...]

På grunn av at man fryktet noe forsinkelse i prosessen ble det bedt om en utvidet vedståelsesfrist fra de tre kvalifiserte tilbyderne. Forespørselen ble sendt fra Forskningsrådet 24. juni per e-post. Samtlige av de tre tilbyderne svarte positivt ved å gi en utsettelse på vedståelsesfristen til 1. september.

Etter avgjørelsen om vinneren av oppdraget var tatt og det skulle utarbeides endelig kontrakt ble det igjen nødvendig å be om en utsettelse på vedståelsesfristen, først til 10. september. Avtale ble gjort per telefon mellom saksbehandler og kontaktperson i Perduco, Roy Eskild Banken. Bekreftelsen på denne avtalen ble sendt på e-post fra Banken til saksbehandler 24.8. På grunn av problemer med å finne felles møtedato ble kontraktsmøtet arrangert først 12.9. 10.9 ble det inngått en muntlig avtale om utsettelse av vedståelsesfristen til avtalte møtedato. Avtalen ble inngått over telefon mellom saksbehandler og kontaktperson i Perduco (Banken)."

- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 5. mars 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at konkurransen skulle vært kunngjort etter reglene i forskriftens del III. Det vises til at anskaffelsens verdi er fastsatt for lavt, og at den minst skulle vært satt til 2 625 000,- kroner da verdien av opsjonstiden var utelatt. Klager har også vist til at sakens dokumenter, blant annet valgte leverandørs reskonto og innklagedes budsjettvedtak, indikerer at anskaffelsens verdi skulle vært satt enda høyere.
- (20) Det anføres videre at innklagede har oppgitt feil CPV-kode, samt at det feilaktig er lagt til grunn at det er tale om en uprioritert tjeneste. Klager viser til at feilen trolig skyldes at innklagede ikke har benyttet det oppdaterte CPV-nomenklaturet, og viser samtidig til at CPC-kodene har forrang foran CPV-kodene. CPC-kodene viser at den etterspurte tjenesten er en prioritert tjeneste, som antas å falle under CPC-kodene 86500. Videre vises det til at innklagedes egen begrunnelse for valg av anskaffelsesmetode er nært

knyttet opp mot ordlyden i forskriften § 14-3 bokstav c, noe som taler for at også innklagede har ansett anskaffelsen for å være omfattet av forskriftens del III.

- (21) Klager viser til at den uriktige angivelsen av anskaffelsen verdi og klassifisering kan ha påvirket konkurransen, ved at en rekke potensielle tilbydere ikke fanget opp kunngjøringen. Det vises til at mange tilbydere abonnerer på automatiske søketjenester som søker etter bestemte CPV-koder.
- (22) Det anføres videre at innklagede har inngått en avtale av vesentlig annet omfang enn den utlyste. Ettersom anskaffelsen av denne grunn er en annen enn den som ble kunngjort, må avtaleinngåelsen anses som en ulovlig direkte anskaffelse.
- (23) Klager anfører videre at tildelingskriteriet "*Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten*" må anses som et kvalifikasjonskrav, og derfor er et ulovlig tildelingskriterium. Det vises videre til at tjenesten i konkurransegrunnlaget er oppgitt å kreve et halvt årsverk per år. Kapasitet utover dette kan da ikke tillegges vekt.
- (24) Klager anfører at innklagede har lagt til grunn feil faktum når det under evalueringen konkluderes med at klager har tilbudt fem personer i sitt "team". Klager har tilbudt seks ansatte personer og underleverandør.
- (25) Det anføres at klager uansett oppfyller kapasitetskravet på et halvt årsverk per år. Det vises til at klager, i sitt tilbud, har opplyst å ha 2,8 årsverk i kapasitet til dette oppdraget.
- (26) Klager anfører at innklagede har inngått avtale med valgte leverandør etter at vedståelsesfristen var utløpt, og at dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises til at forlengelse av vedståelsesfristen etter 1. september 2009 ble gjort muntlig. Det anføres at selv om det er adgang til å forlenge en vedståelsesfrist muntlig, må en slik forlengelse være tilstrekkelig presis og dokumentert, hvilket ikke er tilfellet i denne sak. Det som foreligger av dokumentasjon på den muntlige forlengelsen er innklagedes brev av 29. september 2008, og noen bemerkninger i anskaffelsesprotokollen. Idet anskaffelsesprotokollen var ferdigstilt ca et halvt år etter kontraktsinngåelse, svekker dette bevisverdien av denne. At dokumentene angir to forskjellige datoer for vedståelsesfristen, henholdsvis 12. og 15. september, viser at forlengelsen ikke er presist angitt.
- (27) Klager anfører videre at avtale ikke kan sies å være inngått før begge parter har signert den. Det vises til at selv om innklagede sier at avtalen ble inngått muntlig 12. september, ble den ikke signert av innklagede før 15. september.
- (28) Klager ber klagenemnda uttale seg om vilkårene for negativ og positiv kontraktsinteresse er til stede.
- (29) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (30) Innklagede bestrider at anskaffelsen skulle vært kunngjort etter reglene i forskriftens del III. Innklagede erkjenner likevel at det i kunngjøringen er benyttet feil tjenestekategori og CPV-kode til å beskrive anskaffelsen. Det anføres imidlertid at den korrekte tjenestekategori skulle vært ”27 – Andre tjenester”. Anskaffelsen er da en uprioritert tjeneste, og skal kunngjøres etter reglene i forskriftens del II, uavhengig av anskaffelsens verdi. Innklagede anfører videre at når begrunnelse for valg av anskaffelsesmetode er nært knyttet opp mot ordlyden i forskriften § 14-3 bokstav c, skyldes dette at det er benyttet en standardmal, der denne passus ikke er slettet.
- (31) Det bestrides videre at den feilaktige angivelse av anskaffelsens verdi og klassifisering har påvirket konkurransen, ettersom anskaffelsen og dens omfang er beskrevet i kunngjøringens punkt II.1.5. Ingen av tilbyderne har gitt uttrykk for at de ikke har forstått hva anskaffelsen gjelder, og samtlige tilbud er basert på en korrekt forståelse av dette. Det vises videre til at det ikke finnes noen CPV/CPC-kode for denne anskaffelsen.
- (32) Innklagede erkjenner at anskaffelsens verdi er feil angitt i kunngjøringen. Grunnen er at opsjonstiden ikke ble medregnet. Det anføres at kontraktens årlige verdi er omtrent 750 000 kroner, og at samlet verdi således skulle vært omtrent 2 625 000 kroner, inkludert opsjonstiden. Innklagede anfører likevel at kontraktens reelle verdi fremkommer av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget lest i sammenheng, særlig sett hen til beskrivelsen av den etterspurte tjenesten. Det vises også til at klager selv fremhever at beskrivelsen av den etterspurte tjenesten tyder på at verdien er betydelig større enn den oppgitte verdi.
- (33) Vedrørende tildelingskriteriet ”*Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten*” bemerker innklagede at det i tildelingsbrevet feilaktig er referert at klager kun tilbød fem personer. Klager har tilbudt et team på seks personer, og dette er de også vurdert i forhold til. Innklagede viser videre til at det fremgår av forhandlingsreferatet at innklagede er opptatt av om klager har tilstrekkelig kapasitet. De personer som klager tilbød, var alle i arbeidskrevende stillinger. Tre av de tilbudte personene var allerede i annet, tidkrevende prosjektarbeid. Klager styrket sin kapasitet i sitt reviderte tilbud med én person, men også denne var allerede i full jobb som forsker. Selv om klager tilbød seg å jobbe overtid om nødvendig, ble ikke innklagede overbevist på dette punkt.
- (34) Innklagede anfører at valgte leverandør forlenget vedståelsesfristen skriftlig frem til 10. september 2008. Deretter ble den forlenget muntlig frem til 12. september, da muntlig avtale ble inngått. Den muntlige forlengelsen fremkommer av anskaffelsesprotokollen. Det stilles ikke formkrav til forlengelse av vedståelsesfristen.
- (35) Det anføres videre at også klager forlenget sin vedståelsesfrist, i e-post av 1. september 2008, frem til 1. oktober 2008. Det var således to bindende tilbud på det tidspunktet kontrakten ble inngått.
- (36) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1266 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, annet ledd. Klagen er rettidig.

Vedrørende beregningen av anskaffelsens verdi

- (38) Klager anfører at anskaffelsen er kunngjort med for lav verdi, særlig fordi verdien av opsjonstiden ikke er tatt med ved beregningen av anskaffelsens verdi.
- (39) Det følger av forskriften § 2-3 første ledd at *"anskaffelsens anslåtte verdi beregnes på grunnlag av oppdragsgivers anslag av det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen."* og av andre ledd at *"beregningen skal være holdbar på kunngjøringstidspunktet..."*. Etter bestemmelsens femte ledd skal *"enhver form for opsjoner og eventuelle forlengelser av kontrakten"* hensyntas ved beregningen av anskaffelsens verdi.
- (40) Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.1.4) anslått å være mellom én og halvannen million kroner. Innklagede har erkjent at verdien knyttet til kontraktens opsjonstid, ved en feil, ble utelatt ved beregning av anskaffelsens verdi, slik at verdien angitt i kunngjøringen er for lav, jf. forskriften § 2-3 femte ledd jf. første ledd. Innklagede anfører at korrekt årlig verdi på anskaffelsen er 750 000 kroner, hvilket gir anskaffelsen en totalverdi på 2 625 000 kroner, inkludert verdien av opsjonstiden på halvannet år.
- (41) Klagenemnda er etter dette kommet til at når innklagede ikke har tatt med verdien av opsjonstiden ved beregningen av anskaffelsens verdi, foreligger et brudd på forskriften § 2-3.
- (42) Klagers anførsel om at anskaffelsens verdi skulle vært enda høyere, baseres på dokumenter som klagenemnda ikke har forutsetninger for å overprøve. Denne del av anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemnds forskriften § 9.

Hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse for anskaffelsen

- (43) Klager anfører at anskaffelsens verdi tilsier at den skulle vært kunngjort etter forskriftens del III, jf. forskriften § 2-2 første ledd.
- (44) Etter forskriften § 2-2 første ledd annet punktum skal vare- og tjenestekontrakter som inngås av statlige myndigheter kunngjøres etter forskriftens del III dersom *"den anslåtte verdi overstiger 1,05 millioner kroner ekskl. mva."*
- (45) Klagenemnda har ovenfor kommet til at anskaffelsens verdi er 2 625 000 kroner. Dette beløpet er over terskelverdien i forskriften § 2-2 første ledd, slik at forskriftens del III i utgangspunktet kommer til anvendelse. Det følger imidlertid av forskriften § 2-1 femte ledd at *"Kontrakter som gjelder uprioriterte tjenester, jf. vedlegg 6 (uprioriterte tjenester), følger reglene i del I og II selv om den anslåtte verdi overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2 (terskelverdier)."*

- (46) Vurderingstemaet blir da om foreliggende rammeavtale skal anses som en uprioritert tjeneste, jf. forskriftens vedlegg 5 og 6. I vedlegg 5, tjenestekategori 1 til 16, er det angitt hvilke tjenester som skal anses som prioriterte tjenester. I vedlegg 6, tjenestekategori 17 til 27, er det angitt en rekke tjenester som anses som uprioriterte, og avslutningsvis er det angitt en kategori som er kalt 27 ”- Andre tjenester”.
- (47) Anskaffelsen gjelder en rammeavtale som omhandler en rekke forskjellige tjenester, som med en samlebetegnelse er benevnt som kommunikasjonstjenester. Kommunikasjonstjenestene gjelder i hovedsak informasjonsformidling av FUGEs arbeid, både til publikum og til fagmiljøer, gjennom forskjellige kommunikasjonskanaler.
- (48) Anskaffelsen er kunngjort med hovedvokabular 73210000 som er CPV-koden for ”Konsulentvirksomhet i forbindelse med forskning”, som faller inn under tjenestekategori 8 – ”Forsknings- og utviklingstjenester...”. Det er på det rene, og erkjent av innklagede, at dette ikke er korrekt angivelse av anskaffelsen.
- (49) Kommunikasjonstjenester av denne type, som gjelder ikke-kommersiell informasjonsformidling til allmennheten og fagmiljøer, faller ikke inn under noen av de tjenestekategorier som er opplistet i forskriftens vedlegg 5 og 6. Tjenesten skal da klassifiseres under tjenestekategori 27 – ”Andre tjenester” som er en uprioritert tjeneste. Det er således korrekt når anskaffelsen ble kunngjort etter forskriftens del I og II, jf. forskriften § 2-1 femte ledd, og klagers anførsel kan etter dette ikke føre frem.

Hvorvidt tildelingskriteriet ”Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten” er lovlig

- (50) Klager har anført at tildelingskriteriet ”Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten” er et ulovlig tildelingskriterium. Det vises til at kriteriet, slik det er beskrevet, må anses som et kvalifikasjonskrav, ettersom det bare sier noe om tilbydernes egnethet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, jf. forskriften § 17-4, og ikke noe om kvaliteten ved tilbudene.
- (51) I kunngjøringens punkt IV.2) er det angitt at tildelingen skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at et tildelingskriterium for å være lovlig må ha tilknytning til kontraktens gjenstand, herunder at det er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriftens § 13-2.
- (52) Spørsmålet blir således om tildelingskriteriet ”Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten” har tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand, herunder er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 13-2 annet ledd.
- (53) EF-domstolen vurderte spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier i sak C-532/06 (”Lianakis”). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen var at disse forholdene angikk leverandørenes evne til å oppfylle kontrakten, slik at de var å anse som kvalifikasjonskriterier, og ikke tildelingskriterier, jf. premiss (25) til (32).
- (54) Etter at ”Lianakis”-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier, se for eksempel sakene

2008/92, 2008/120, 2008/136, 2008/163, 2008/189 og 2009/88. Klagenemnda har lagt til grunn at "Lianakis"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet etter kriteriet "*økonomisk mest fordelaktig*".

- (55) I denne sak er anskaffelsen i konkurransegrunnlaget generelt beskrevet slik: "*...arbeidet vil være en jevn oppfølging av kommunikasjons- og formidlingsoppgaver som ukentlig oppstår i forskningsprogrammet, samt større eller mindre tilleggsoppdrag.*" Det er også beskrevet hvilke kommunikasjonskanaler som er tenkt benyttet. Konkurransegrunnlaget angir videre at anskaffelsens omfang er anslått til å utgjøre "*...ca et halvt årsverk per år...*"
- (56) På bakgrunn av denne beskrivelse av hva som skal anskaffes, er klagenemnda av den oppfatning at tildelingskriteriet "*Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten*" ikke er egnet til å si noe om kvalitetsvariasjonene ved tilbudene, og således uegnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriet sier bare noe om de aktuelle tilbydernes evne til å oppfylle kontrakten slik den er kunngjort. Tildelingskriteriet "*Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten*" må derfor anses som et ulovlig tildelingskriterium i strid med forskriftens § 13-2 annet ledd.
- (57) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriftens § 8-2 første ledd, er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium vil ha en plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas sak 2009/82 premiss (36) med videre henvisninger.
- (58) Idet innklagede skulle avlyst konkurransen, finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler, da han ikke har saklig interesse i å få prøvet disse, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (59) Klager har imidlertid anført to ulike grunnlag for at anskaffelsen må anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Da det ikke er krav om saklig interesse for å fremme slike anførsler, må disse behandles av klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 13a første ledd. Anførlene behandles likevel kun så langt de angår ulovlige direkte anskaffelser.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (60) Klagen inneholder påstand om ulovlig direkte anskaffelse hvor fristen for å klage er to år fra avtaleinngåelse, jf. klagenemndsforordningen § 13a annet ledd, jf. lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Avtale ble inngått 15. september 2008 og klagefristen er overholdt.
- (61) Etter loven § 7b første ledd, kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse. En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring, jf. lovens § 7b, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1.

Hvorvidt det er inngått kontrakt av et vesentlig annet omfang enn det kunngjorte

(62) Klager har anført at den avtale som ble inngått mellom innklagede og valgte leverandør, var av et vesentlig annet omfang enn det som ble kunngjort, og at dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, i strid med lovens § 7b. Det er i den forbindelse vist til at rammeavtalens faktiske verdi er langt høyere enn den kunngjorte verdi.

(63) Klagenemnda har i sak 2008/5 premiss (56) lagt til grunn at inngåelse av en avtale med et vesentlig annet omfang eller innhold enn det som er kunngjort, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises også til EF-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 ("Presstext") der det i premiss 35 uttales:

"En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget."

(64) EF-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 ("Presstext") gjelder endringer gjort i kontraktperioden, men tilsvarende må gjelde også for endringer gjort i anbudsdokumentene i perioden fra kunngjøring til avtaleinngåelse. Vurderingstemaet blir således om den feilaktige verdiangivelsen i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget kan ha hatt som konsekvens at potensielle tilbydere har latt være å inngi tilbud som de ellers ville inngitt, om den korrekte verdien fremkom av kunngjøringen.

(65) Den foreliggende anskaffelse ble kunngjort med en beregnet verdi på mellom en og halvannen million kroner, mens den faktiske verdi var 2 625 000 kroner. Isolert sett taler en så betydelig forskjell mellom kunngjort og reell verdi for at endringen må anses vesentlig.

(66) Tjenesten var imidlertid beskrevet utførlig i konkurransegrunnlaget, med angivelse av blant annet hvilke nyhetskanaler som var tenkt benyttet, og at antatt arbeidsmengde tilsvarte et halvt årsverk. Likeledes var opsjonen på forlengelse i halvannet år tydelig angitt, og det var denne som medførte at verdiangivelsen er satt vesentlig for lavt. På denne bakgrunn er det her mer tale om en beregningsfeil, enn en endring av omfanget av den beskrevne tjenesten. Klagenemnda legger videre vekt på at det gjelder en rammeavtale, der omfanget av de ytelser oppdragsgiver ønsker, ikke er presist angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, men avgjøres av oppdragsgivers behov under avtaleperioden. En potensiell tilbyder vil derfor måtte påregne betydelig avvik fra det anslåtte omfang når han inngir tilbud på tjenesten. Dette i motsetning til vanlige kontrakter, der omfanget av den ønskede ytelse beskrives presist.

(67) Klagenemnda er etter dette kommet til at det ikke er inngått avtale av et vesentlig annet omfang enn det som ble kunngjort, og at det således ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.

Hvorvidt det er inngått kontrakt etter utløpt vedståelsesfrist

(68) Klager anfører at rammeavtalen ble inngått etter utløpet av vedståelsesfristen, og at også dette innebærer at anskaffelsen er en ulovlig direkte anskaffelse, jf. lovens § 7b.

- (69) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en kontrakt som inngås etter at vedståelsesfristen er utløpt, kan utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse, se blant annet klagenemndas sak 2007/108 premiss (33) til (43) med videre henvisninger. Dette gjelder selv om tildelingsbrevet ble sendt forut for vedståelsesfristens utløp.
- (70) Det første spørsmålet er således på hvilket tidspunkt rammeavtalen kan sies å være inngått. Innklagede anfører at rammeavtalen med valgte leverandør ble inngått ved muntlig avtale 12. september 2009. Skriftlig avtale ble signert av valgte leverandør samme dag. Innklagede signerte kontrakten 15. september 2009.
- (71) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav a, at en kontrakt i forskriftens forstand er en *"gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører"*. Det følger videre av forskriften § 13-3 første ledd at *"Med kontrakt [...] menes tidspunktet for signering av kontrakt eller rammeavtale av begge parter"*. Det vises også til at klagenemnda, blant annet i sak 2007/108 premiss (41), har lagt til grunn at endelig avtale først er inngått når den er signert.
- (72) Det må etter dette legges til grunn at rammeavtalen først ble inngått 15. september 2009, da også innklagede hadde signert avtalen. Det bemerkes også at innklagede, i sitt brev til klager 29. september 2008, uttaler at *"Kontrakt er inngått og signert den 15.09.2008."*
- (73) Spørsmålet blir så om valgte leverandør har forlenget sin vedståelsesfrist til 15. september 2009. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at en tilbyder gyldig kan forlenge sin vedståelsesfrist muntlig eller ved konkludent atferd, jf. sak 2008/13 premiss (30) med videre henvisninger, og sak 2008/217 premiss (79). Forlengelsen må skje mens tilbudet ennå er bindende. Vedståelsesfristen er en ensidig bindende disposisjon, og forlengelse av denne fristen må følge vanlige avtalerettslige regler, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2005/267 og 2005/64.
- (74) Klagenemnda har videre stilt et krav om at en forlengelse av vedståelsesfristen må angis tilstrekkelig presist. Det vises til sak 2005/189, hvor klagenemnda i premiss (68) blant annet uttalte at *"Forskriften § 14-2, 2. punktum bestemmer at 'fristen skal angis med dato og klokkeslett'. Når en så presis frist skal forlenges, kreves det en tydelig angivelse av den nye fristen. Det kan således ikke avtales at tilbudet fremdeles holdes gyldig i 'rimelig tid' eller lignende. Det må være den som påstår at en tilbyder har utsatt vedståelsesfristen, som har bevisbyrden for dette ved en eventuell tvil."*
- (75) Om vedståelsesfristen er forlenget tilstrekkelig tydelig, beror på en helhetsvurdering. I klagenemndas saker 2005/189 og 2005/97 ble det lagt avgjørende vekt på at det ikke forelå noen dokumentasjon for forlengelsen av vedståelsesfristen. I denne sak ble valgte leverandørs vedståelsesfrist forlenget muntlig. Denne muntlige forlengelsen er blant annet beskrevet i anskaffelsesprotokollen, hvor det fremkommer:

"På grunn av problemer med å finne felles møtedato ble kontraktsmøtet arrangert først 12.9. 10.9 ble det inngått en muntlig avtale om utsettelse av vedståelsesfristen til avtalte møtedato, 12.9. Avtalen ble inngått over telefon mellom saksbehandler og kontraktsperson i Perduco (Banken)."

(76) I innklagedes svarbrev av 29. september 2009 står det:

"Forlengelse av vedståelsesfristen til 10.9 ble gitt ved e-post den 24.08.2008. Deretter muntlig fram til kontraktsunderskrift...[...] Forespørsel om forlengelse av vedståelsesfristen ble gjort over telefon. Forlengelse av vedståelsesfristen ble sendt Forskningsrådet på e-post den 24.08.2008. Fra 10.9 til dato for kontraktinngåelse (15.9) ble vedståelsesfristen forlenget gjennom muntlig avtale."

(77) Klagenemnda viser videre til at valgte leverandørs signering av avtalen 12. september 2008 innebærer en underforstått forlengelse av vedståelsesfristen til den annen parts undertegning forelå.

(78) På bakgrunn av ovenstående finner klagenemnda det tilstrekkelig godtgjort at vedståelsesfristen ble forlenget til 15. september 2009, da avtale ble inngått. Innklagede har følgelig inngått rammeavtale med valgte leverandør innen vedståelsesfristens utløp, og det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse på dette grunnlag.

Erstatning

(79) Klagenemnda har i denne sak ikke grunnlag for å ta stilling til om vilkårene for erstatning for den positive kontraktsinteresse er oppfylt. Nemnda antar imidlertid at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen kan være oppfylt, idet innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium.

Konklusjon:

Norges forskningsråd har brutt forskriften § 2-3 ved ikke å ta med verdien på opsjonsperioden i beregningen av anskaffelsens verdi.

Norges forskningsråd har brutt forskriften § 13-2 ved å benytte "Tilstrekkelig kapasitet til å utføre tjenesten" som tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført frem eller er ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,
18. januar 2010


Georg Fredrik Rieber-Mohn