



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse for anskaffelse av IKT - utstyr. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 17-3 (10) ved utformingen av miljøkravene. Klagers øvrige anførsler førte ikke fram, eller ble ikke behandlet

Klagenemndas avgjørelse 27. juni 2011 i sak 2010/190

Klager: Bedriftssystemer AS

Innklaget: Troms fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Diskrimineringsforbudet. Vesentlig endring av avtalevilkår. Miljøkrav. Endring av tilbudsfrist. Vekting av tildelingskriterier. Evalueringsmodell. Volumtall. Endring av tildelingskriterium.

Bakgrunn:

(1) Troms fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. desember 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for inntil fire leverandører vedrørende anskaffelse av IKT - utstyr. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.I.4) angitt å være mellom 10 millioner og 20 millioner kroner. Tilbudsfristen var opprinnelig satt til 10. februar 2010 klokken 12.00, men ble ved tilleggskunngjøring 27. januar 2010 forskjøvet til 17. februar 2010 klokken 12.00.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4 "Avtaleperiode og avtalealternativer" fremkom følgende:

"Rammeavtalene skal gjelde for en periode på 1 år fra avtaledato, med opsjon som oppdragsgiver kan utløse for 3 år, 1 år av gangen. Total leveringstid kan bli 4 år.

For eventuell forlengelse vil avtalen bli evaluert innen 3 mnd. før avtalens utløp. Oppdragsgiver vil da etterspørre oppdaterte priser på produktene, jfr. Kravspesifikasjonen vedlegg 1 og Prisskjema vedlegg 2. Nye priser må være i samsvar med opprinnelig inngitt tilbud, prisvekst og valutaendringer. Det betyr at leverandørene kun kan kreve allerede inngitte priser, på opprinnelige produkter, valuta og prisjustert. På grunn av at IT utstyr endres fort kan det bli aktuelt for oppdragsgiver å foreta justeringer i krav til produktenes ytelse. Disse justeringene kan leverandørene prissette separat."

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.8 "Tilbudskonferanse" fremkom det at tilbudskonferanse ville avholdes 13. januar 2010 klokken 12.00.

- (4) Fra konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "Regler for konkurransen" hitsettes følgende:

"Reglement for Troms fylkeskommunes innkjøpsforvaltning fastslår generelt:

For anskaffelse gjelder lov/regelverk. Fylkeskommunen skal så vidt mulig bruke lokale leverandører. Fylkeskommunen har som uttalt strategi å være ankerkunde for nystartede lokale bedrifter for å hjelpe disse i gang.

Under ellers like forhold bør fylkeskommunen foretrekke bedrifter med tariffavtale, pensjonsavtaler, og bedrifter som tar inn lærlinger."

- (5) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 6.2 "Tildelingskriterier", og de gjengis:

"Valg av leverandør skjer på grunnlag av hvilke tilbud som er økonomisk mest fordelaktig, basert på følgende kriterier:

- *Pris*
- *Kvalitet (40 %)*
- *Miljø (20 %)*
- *Leveringstid (40 %)*

Prosent (%) angir vekten av det enkelte tildelingskriterium.

For nærmere beskrivelse av hva som inngår i det enkelte kriterium, se vedlegg 1, pkt. 4.1 med underpunktene 4.1.1 – 4.1.4.

For nærmere beskrivelse av evalueringsformelen, se vedlegg 1 pkt. 4.3."

- (6) Det var stilt følgende obligatoriske miljøkrav i konkurransegrunnlaget vedlegg 1 "Kravspesifikasjon" punkt 2.5:

"Krav 1 – 3: *Alle produkter som er ENERGY STAR-kvalifisert (iht gjeldende versjon) anses å oppfylle disse kravene. Alternativ dokumentasjon kan være teknisk spesifisering fra fabrikant eller testrapport fra anerkjent virksomhet som viser at kravene er oppfylt, utskrift for aktuelle produkter fra ENERGY STAR databasen, eventuelt egenekklæring.*

[...]

2. Produktet skal oppfylle gjeldende energisparekravene for dokumenthåndteringsprodukter (Imaging Equipment) ihht. ENERGY STAR ®` Produktet skal oppfylle gjeldende energisparekrav for PCer ihht. ENERGY STAR ®.

3. Flate skjermer skal oppfylle gjeldene energisparekrav for skjermer ihht. ENERGY STAR."

- (7) Beskrivelsen av tildelingskriteriet "Pris" var som følger i vedlegg 1 "Kravspesifikasjon" punkt 4.1.1:

"Totalsum (TS) som blir bruk i evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet fremkommer på følgende måte: Leverandøren skal oppgi pris pr. produkt i prisskjemaene A, B, C, D, E, F, i vedlegg 2. Pris pr. produkt blir multiplisert med antatt volum pr. år for å finne totalpris pr produkt. Summen av alle totalprisene blir leverandørens tilbudspris som ganges med 4 (for 4 år) og brukes videre i evalueringsmodellen, beskrevet i kapittel 4.3 i dette dokumentet.

[...]

Antatt volum:

Tabell 3.

	<i>Produkt</i>	<i>Volum pr. år</i>	<i>Pris pr. stk</i>	<i>Totalpris</i>
<i>Stasjonære datamaskiner</i>	<i>Ultra</i>	<i>85</i>		
	<i>Standard</i>	<i>170</i>		
<i>Bærbare datamaskiner</i>	<i>Liten</i>	<i>45</i>		
	<i>Standard</i>	<i>30</i>		
<i>Flatskjerm</i>	<i>20"</i>	<i>10</i>		
	<i>22"</i>	<i>100</i>		
	<i>24"</i>	<i>25</i>		
<i>Projektor (Videofremvisere)</i>	<i>Stasjonær</i>	<i>2</i>		
	<i>Mobil</i>	<i>1</i>		
		<i>SUM</i>		

Volum pr. år er kun et anslag, og på ingen måte bindende for oppdragsgiver."

- (8) I konkurransegrunnlagets vedlegg 1 "Kravspesifikasjon" punkt 4.3 var evalueringsmodellen som skulle anvendes ved evalueringen av tildelingskriteriene beskrevet. Det var også gitt en nærmere beskrivelse av formelen, som er en brudde brøk. Videre var det gitt en nærmere beskrivelse av tellerne og nevnerne. Det fremkom blant annet at høyest oppnåelige karakter på kriteriet "Kvalitet", "Miljø" og "Leveringstid" var 6 poeng, og at disse skulle vektas med henholdsvis 40, 20 og 40 prosent. Fra formelen hitsettes følgende:

”

$$I = TS \cdot \left[1 + \frac{1}{\alpha} \cdot \left(\frac{[(\beta \cdot K_{kvalitet}^{maks}) + (\delta \cdot K_{miljø}^{maks}) + (\lambda \cdot K_{levering}^{maks})] - [(\beta \cdot K_{kvalitet}^{faktisk}) + (\delta \cdot K_{miljø}^{faktisk}) + (\lambda \cdot K_{levering}^{faktisk})]}{(\beta \cdot K_{kvalitet}^{maks}) + (\delta \cdot K_{miljø}^{maks}) + (\lambda \cdot K_{levering}^{maks})} \cdot 100 \right) \right]$$

Der:

$I = \text{Totalsum}$

[...]

a = Konstant som er bestemmende for ”prisingen” av de ”myke” tildelingskriteriene, dvs. Kvalitet miljø og levering

[...]

Påslag = Økning i indeksen I med basis i TS og a , som inntreffer hvis leverandør samlet sett på tildelingskriteriene kvalitet, miljø og levering oppnår maksimal karakteruttelling.

”

- (9) I vedlegg 1 ”Kravspesifikasjon” punkt 4.3 fremkom det i tillegg at:

”Tildelingskriteriene det faglige opplæringsopplegget og rammer rundt opplæringsopplegget veier henholdsvis 70 % og 30 % i forhold til hverandre.”

- (10) Det er opplyst at tilbudskonferanse ble avholdt 13. januar 2010, og referatet fra denne er datert 21. januar 2010, og kunngjort samme dato. Vedrørende konkurransegrunnlaget punkt 2.1 ”Regler for konkurransen” fremkom det at det som sto der om preferansen for lokale leverandører er *”tekst som leverandørene kan se bort ifra. Den har ingen betydning for konkurransen”*. Videre fremkom følgende om gjennomgangen av vedlegg 1 ”Kravspesifikasjonen”:

- *Evalueringsmodell: Vi bruker påslagsmodellen, den vekter de myke kriteriene (dvs. ikke prisen) og lavere karakterer enn maksimum (karakteren 6) gir en ”straff” på prisen”.*

[...]

- *I forklaringen til evalueringsmodellen har det sneket seg inn en feil!!*

”Tildelingskriteriene det faglige opplæringsopplegget og rammer rundt opplæringsopplegget veier henholdsvis 70 % og 30 % i forhold til hverandre.”
Skal være: Tildelingskriteriene kvalitet, miljø og levering veier henholdsvis 40 %, 20 % og 40 % i forhold til hverandre.”

- (11) Ved brev adressert til ”Aktuelle tilbydere” 21. januar 2010 opplyste innklagede om følgende:

"5. Under pkt 4.3, i forklaringen til evalueringsmodellen, har det sneket seg inn en feil!!

"Tildelingskriteriene det faglige opplæringsopplegget og rammer rundt opplæringsopplegget veier henholdsvis 70 % og 30 % i forhold til hverandre."

Det skal være: Tildelingskriteriene kvalitet, miljø og levering veier henholdsvis 40 %, 20 % og 40 % i forhold til hverandre."

- (12) Bedriftssystemer AS (heretter kalt klager) innga tre parallelle tilbud på levering av IKT - utstyr 15. februar 2010.
- (13) Innen tilbudsfristens utløp var det innkommet syv tilbud fra fire forskjellige tilbydere. I følge innholdsfortegnelsen til anskaffelsesprotokollen, ble alle syv tilbud avvist som følge av at kravspesifikasjonen ikke var oppfylt. Alle tilbyderne påklaget avvissningsbeslutningen.
- (14) Innklagede informerte tilbyderne om at konkurransen ble avlyst ved brev 30. mars 2010. Det ble vist til at det, som følge av at ingen av tilbudene oppfylte alle spesifikasjonskrav som var satt til produktene, forelå saklig grunn etter forskriften § 22-1 (1) til å avlyse konkurransen. Tilbyderne ble derfor invitert til en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 bokstav a. Tilbudsfristen var satt til 26. april 2010 klokken 12.00. Følgende justering av miljøkravene ble foretatt:

"Produktene skal oppfylle alle opprinnelige krav satt i vedlegg 1, kravspesifikasjonen og vedlegg 2, prisskjema, men med følgende justeringer:

20" Flatskjerm skal oppfylle alle kravene til Energy Star 5.0, mindre justeringer i kravet til lysstyrke godkjennes.

22" Flatskjerm skal oppfylle alle kravene til Energy Star 5.0, mindre justeringer i kravet til lysstyrke godkjennes.

24" Flatskjerm skal oppfylle alle kravene til Energy Star 5.0, mindre justeringer i kravet til lysstyrke godkjennes."

- (15) Samtlige tilbydere leverte nytt tilbud innen overnevnte frist. Innklagede informerte om følgende ved brev til tilbyderne 3. mai 2010:

"Ved nærmere gjennomgang av saken viser det seg at vårt krav til 20" Flatskjerm TFT/LED ikke lar seg oppfylle mht Energy Star 5,0.

Vi ønsker derfor nytt tilbud fra dere på overnevnte produkt og vil frafalle miljøkravet slik det er formulert tidligere. Dere bes fylle ut vedlegg E og legge ved miljøinformasjon på det (nye) tilbudte produktet.

[...]

Frist for å innsende nytt tilbud er satt til fredag den 7. mai kl 1200."

- (16) Alle tilbyderne fulgte instruksjonene i overstående brev innen fristen 7. mai 2010. Klager ble valgt som leverandør for regionene Nord- og Midt-Troms. For regionene

Troms m/omland og Sør-Troms ble kontrakt tildelt henholdsvis Atea AS og IT Partner AS (heretter kalt valgte leverandører).

- (17) Tildelingsbeslutningen ble etter det opplyste meddelt tilbyderne ved brev 21. mai 2010. Videre har innklagede opplyst at klager sendte e-post til innklagede 27. mai 2010, og påpekte at utregningene og karaktersettingene var feil. Innklagede besvarte e-posten ved brev 7. juni 2010. Det fremkom blant annet at klager hadde hatt innsigelser på at *”Karakter kvalitet har blitt en samlepost der man summerer karakterer for små og store varelinjer for igjen å dele disse på hverandre. Dette gir selvsagt et ekstremt skjevt bilde”*. Følgende hitsettes fra innklagedes svar på denne innsigelsen:

”Det har ikke fremkommet noe i konkurransen som skulle tilsi at vi vil vekte karakter i forhold til volum og det vil heller ikke bli korrekt om for eksempel en 22” flatskjerm karaktermessig skulle telle ca. 100 ganger mer enn 1 projektor. Ved å fordele karakteren på samtlige produkter viser vi at alle produktene kvalitetsmessig er like viktig for oss. Vi kan ikke se at Bedriftssystemer sitt forslag vil gi noen mer korrekt løsning og vi fastholder utregningen.”

- (18) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved e-post 9. juni 2010. Det ble påpekt at karaktersettingen ved tildelingsevalueringen ikke ivaretok kravet til forutberegnelighet i loven § 5, og det ble vist til en rekke avgjørelser fra klagenemnda for å underbygge dette.

- (19) Innklagede besvarte klagen ved brev 17. juni 2010, hvorfra følgende hitsettes:

”Bedriftssystemer sier følgende i klagen, i kursiv:

Den modellen fylkeskommunen har benyttet for å sammenligne priser er basert på et gjennomsnitt blant de produkter som tilbys. Fylkeskommunen har ikke tatt hensyn til hvor mange produkter innen hver produktkategori som etterspørres.

Dette er direkte feil. Troms fylkeskommune har ikke benyttet et gjennomsnitt blant de produkter som tilbys for å sammenligne priser. Vi har konkret beregnet hva leverandørens inngitte pris for det enkelte produktet vil utgjøre gjennom 4 år. Dette har vi gjort ved å multiplisere prisen per produkt – med anslått volum av produktet – over fire år – i den region det gjelder.

I denne saken viser Troms fylkeskommune at prisen på ett produkt til kr. 5 000, er ”like viktig” som prisen på ett produkt til kr. 500 000. Dette blir feil, både med hensyn til fylkeskommunens økonomi og med hensyn til anskaffelsesregelverket.

Dette er også direkte feil. Vi har ikke sagt at prisen på ett produkt til kr 5000 er like viktig som prisen på ett produkt til kr 500 000. Det vi sa i vårt brev av 7. juni var at: ”...at alle produktene kvalitetsmessig er like viktig for oss”. Vi lurte på om Bedriftssystemer kan ha misforstått her og tror at det er prisen vi har karaktersatt. Det har vi altså ikke, og er helt enig i at det vil være fullstendig galt å gå frem på en slik måte som dere antyder at vi skal ha gjort.

Videre sier dere at:

Det riktige ville her vært å anvende en matrise, basert på omfanget av tidligere innkjøp, og legge den samlede pris til grunn for hver enkelt gruppe. Dette samsvarer

også med prisskjemaet hvor det er lagt til grunn at det skal anskaffes et visst antall av hvert produkt.

*Dette stemmer med hva vi faktisk har gjort. Deretter har vi tatt denne summen og satt inn i vår evalueringsformel. Formelen korrigert for "straff" leverandøren får hvis ikke maksimumskarakteren 6 er oppnådd hva angår de tre variablene **kvalitet, miljø og leveringstid**. I denne konkurransen oppnådde Bedriftssystemer maksimumskarakterer på både miljø og leveringstid. På kvalitet oppnådde dere høyere karakter enn konkurrentene på alle tre tilbudene. Dette klarte likevel ikke å kompensere for det faktum at konkurrentenes pris var lavere."*

- (20) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 22. juni 2010.
- (21) Kontrakt mellom innklagede og de valgte leverandørene er inngått 7. juli 2010.
- (22) Vedlagt innklagedes tilsvare av 28. august 2010 var en lovlighetskontroll utarbeidet av Kommunal- og regionaldepartementet 25. januar 2005, hvor det ble konkludert med at en formulering i økonomireglementet var lovlig. Den aktuelle formuleringen tilsvarer formuleringen i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "Regler for konkurransen". Følgende hitsettes:

"I tilleggspunkt 9 til økonomireglementet i forbindelse med innkjøp heter det at:

"For anskaffelse gjelder lov/regelverk. Fylkeskommunen skal så vidt mulig bruke lokale leverandører. Fylkeskommunen har som uttalt strategi å være ankerkunde for nystartede lokale bedrifter for å hjelpe disse i gang.

[...]

Departementets merknader:

Kommunal- og regionaldepartementet legger til grunn at fylkestinget er inneforstått med at alle bestemmelsene i lov og forskrift om offentlige anskaffelser må følges når fylkeskommunen foretar sine innkjøp. Vi ser vedtakelsen av tilleggspunktet som et uttrykk for at fylkestinget mener fylkeskommunen skal ha rett til – under ellers like forhold, når alle reglene for innkjøp er fulgt, å velge den leverandøren som har lokal tilknytning og ryddige arbeidsforhold til sine ansatte.

Departementet vil understreke at regelverket om offentlige anskaffelser ikke åpner for forskjellsbehandling i forhold til lokale leverandører eller nystartede bedrifter. Tilleggspunkt 9 anses imidlertid ikke å være i strid med regelverket for offentlige anskaffelser når det uttrykkelig sies at fylkeskommunen skal følge alle regler. En annen sak er at det synes å gi liten mening i å ha slike formuleringer i et økonomireglement. Fylkeskommunen bør derfor vurdere på nytt hvorvidt man skal opprettholde det aktuelle tilleggspunktet."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Diskrimineringsforbudet i loven § 5

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt diskrimineringsforbudet i loven § 5 ved utformingen av konkurransegrunnlaget punkt 2.1. Det vises til at det her ble gitt et åpenbart påbud om å foretrekke lokale tilbydere. Formuleringen i konkurransegrunnlaget er egnet til å skremme vekk utenlandske og ikke-lokale tilbydere, slik at forbudet mot regional- og nasjonal diskriminering er brutt. Det vises i den forbindelse også til EU-domstolens dom i sak C-199/07. At påbudet om å foretrekke lokale tilbydere ble nedtonet i tilbudskonferansen, endrer ikke det faktum at potensielle tilbydere har unnlatt å inngi tilbud. Det fremkommer heller ikke av de kunngjorte tilleggsopplysningene at konkurransegrunnlaget punkt 2.1 ble nedtonet. Konkurransen ble allerede begrenset i forbindelse med kunngjøringen.

Vesentlig endring av kontrakten

- (24) Klager anfører at innklagede, ved å tillate at leverandørene justerer priser ved en eventuell forlengelse av rammeavtalen, har handlet i strid med § 15-1 (3). Det vises til at pris i de fleste tilfeller er det viktigste tildelingskriteriet, og det å tillate en endring basert på "*prisvekst*", jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.4, er å regne som en "*vesentlig endring*". I alle tilfeller må det kreves at fremgangsmåten for denne prisjusteringen blir klargjort, jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Dette i motsetning til ordinær indeksregulering, som baserer seg på objektiv statistikk utarbeidet av anerkjente institusjoner. Videre vil det utgjøre en "*vesentlig endring*" at innklagede, ved en eventuell forlengelse av rammeavtalen, åpner for "*Justeringer i krav til produktets ytelse*", jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.4. Kravet til produktets ytelse er det sentrale i enhver kravspesifikasjon, og justeringer i denne vil medføre at det anskaffes noe annet enn konkurransegrunnlaget ga holdepunkter for. Uansett må justeringer for "*Prisvekst*" og "*produktets ytelse*" samlet sett være en "*vesentlig endring*".

Miljøkrav

- (25) Klager anfører at innklagede, ved å stille krav om ENERGY STAR godkjenning i kravspesifikasjonen punkt 2.5, har brutt forskriften § 17-3 (10). Det vises til at dersom det skal benyttes et slikt krav om godkjenning, må det etterfølges av formuleringen "*eller tilsvarende*".

Endring av tilbudsfrist

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å endre tilbudsfristen fra 10. februar 2010 til 17. februar 2010. Det vises til at det ikke fremkommer i konkurransegrunnlaget at tilbudsfristen er forlenget. En forlengelse av tilbudsfristen har betydning for innklagedes adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget.

Tildelingskriterienes vekt

- (27) Klager anfører at innklagede, ved å unnlate å vekte samtlige tildelingskriterier, har brutt forskriften § 22-2 (2). Det vises til at kriteriet "*Kvalitet*" er vektet med 40 %, "*Miljø*" med 20 %, og "*Leveringstid*" med 40 %. Imidlertid fremkommer det ikke hvilken vekt "*Pris*" skulle tillegges.

Evalueringsmodell

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt loven § 5 ved utformingen av evalueringsmodellen. Det vises til at den ekstremt kompliserte formelbruken som er

angitt i kravspesifikasjonen punkt 4.3 ikke gjør det mulig for den gjennomsnittlige tilbyder å forstå utregningen, eller å få et bevisst forhold til den, noe som strider med kravet til forutberegnelighet.

Volumtall

- (29) Klager anfører at innklagede, ved ikke å benytte de volumtall som er angitt i kravspesifikasjonen punkt 4.1.1, har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Innklagede har gjennom bruken av volumtall antydnet at det skal anskaffes ca. 1 eksemplar av ett produkt og ca. 170 eksemplarer av et annet produkt. Når innklagede i poengberegningen velger å gi poeng pr. produkt, summere opp disse, og deretter beregne et gjennomsnitt, forsvinner fordelene ved å ha tilbudt sine beste produkter innenfor den kategori hvor det skal anskaffes ca. 170 enheter. Når innklagede setter en poengsum pr produkt, vektlegges det ikke at det skal anskaffes forskjellige mengder av hvert produkt. Tilbyderne hadde imidlertid grunn til å regne med at forventet mengde ville bli vektlagt, ettersom forventet mengde var formidlet i kravspesifikasjonen.

Tildelingskriteriet "Kvalitet"

- (30) Klager anfører at innklagede, ved å benytte et tildelingskriterium som ikke er kunngjort eller på annen måte er tilkjennegitt overfor tilbyderne, har brutt loven § 5. Det vises til at det i kravspesifikasjonen punkt 4.3 fremkom at "*det faglige opplæringsopplegget og rammer rundt opplæringsopplegget*" var et tildelingskriterium. Dette var ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlagets angivelse av tildelingskriteriene.
- (31) Klager anfører for det andre at det å innføre et nytt tildelingskriterium representerer en vesentlig endring i strid med forskriften § 17-2.
- (32) Klager anfører for det tredje at det ikke er mulig å tolke kriteriet "*det faglige opplæringsopplegget og rammer rundt opplæringsopplegget*" inn under kriteriet "*Kvalitet*", jf. de grunnleggende kravene som stilles til utformingen av tildelingskriterier.
- (33) Klager anfører for det fjerde at innklagede, ved å endre konkurransegrunnlaget gjennom å innføre et nytt tildelingskriterium, uten at tilbudsfristen forlenges, har handlet i strid med forskriften § 17-2 (3). Det vises til at etablering av opplæringsystemer krever omfattende forberedelser og undersøkelser.
- (34) Klager anfører for det femte at det ikke er adgang til å endre tildelingskriteriene i løpet av konkurransen. Det vises i den forbindelse til EU-domstolens saker C-448/01 (Wienstrom) og C-19/00 (SIAC Construction).
- (35) Klager anfører at de overstående feil vedrørende *tildelingskriteriet "Kvalitet"* medfører en plikt til å avlyse konkurransen.

Innklagedes anførsler:

Diskrimineringsforbudet i loven § 5

- (36) Innklagede bestrider at diskrimineringsforbudet i loven § 5 er brutt. Bakgrunnen for at konkurransegrunnlaget punkt 2.1 er utformet slik det er gjort, er et politisk vedtak om at innklagede så vidt mulig skal bruke lokale leverandører. Vedtaket har vært utsatt for en

lovlighetskontroll. Det fremkommer også av ordlyden i konkurransegrunnlaget at *"For anskaffelse gjelder lov/regelverk"*.

Vesentlig endring av kontrakten

- (37) Innklagede bestrider at en eventuell justering av *"Prisvekst"* og *"produktets ytelse"* vil innebære en vesentlig endring av kontrakten i strid med forskriften § 15-1 (3). Det vises til at produktene ikke er statiske ved en IKT-anskaffelse, og prisene kan like gjerne synke som øke. Oppdaterte produkter og priser vil selvsagt måtte være i tråd med de kontraktsvilkår og krav som er satt i den opprinnelige konkurransen. Det vil ikke være aktuelt å forlenge avtaler som ikke er i samsvar med dette, eller som medfører at innklagede skulle utlyst en ny konkurranse.

Miljøkrav

- (38) Innklagede bestrider å ha brutt forskriften § 17-3 (10) ved utformingen av miljøkrav. Det vises til at innklagede har benyttet DIFI's anbefalte krav direkte slik de fremkommer.

Endring av tilbudsfrist

- (39) Innklagede bestrider at det ikke fremkommer av konkurransedokumentene at tilbudsfristen er endret. Det vises til tilleggskunngjøringen 27. januar 2010. Leverandørene får forløpende melding fra Doffin om endringer og tilleggskunngjøringer som blir foretatt. Normale prosedyrer for tilleggskunngjøring er fulgt, og innklagede kan ikke se hvilke problemer en utvidet frist har gitt klager.

Tildelingskriterienes vekt

- (40) Innklagede anfører at innklagede har angitt vekt på tildelingskriteriene i samsvar med forskriften § 22-2 (2). Det vises til at formelen som brukes forklarer at alpha er en konstant som er bestemmende for prisingen av de "myke variablene" *"Miljø, Leveringstid og Kvalitet"*. Alpha var satt til 100, og er således konkret oppgitt på forhånd. På den måten er vekting på pris også oppgitt. Modellen medfører et *"prispåslag"* dersom leverandøren ikke oppnår maksimalt på myke variabler.

Evalueringsmodell

- (41) Innklagede bestrider at loven § 5 er brutt ved utformingen av evalueringsmodellen. Det vises til at formelen består av en brudden brøk, og at den er matematisk korrekt. Evalueringsmodellen ble gjennomgått på tilbudskonferansen, og alle tilstedeværende tilbydere hadde mulighet til å be om en ytterligere gjennomgang dersom det var behov for det.

Volumtall

- (42) Innklagede bestrider at loven § 5 er brutt ved at volumtallene ikke er benyttet i samsvar med konkurransegrunnlaget. Det vises til at innklagede faktisk har brukt volumtallene. Dette informerte innklagede om både i innstillingsbrevene, og i brev til klager av 17. juni 2010. Innklagede har multiplisert volum pr år med pris pr stk, og så ganget med 4 år, som avtalen maksimalt kan vare.

Tildelingskriteriet "Kvalitet"

- (43) Innklagede bestrider at tildelingskriteriene er endret. Det vises til at konkurransegrunnlaget viste til kravspesifikasjonen for en nærmere beskrivelse av evalueringsformelen. Her kom innklagede i skade for å ta med variabler og prosenter fra en tidligere anbudskonkurranse. Dette ble oppdaget på tilbudskonferansen, og ble korrigert skriftlig i både referat fra tilbudskonferansen og ved brev av 22. januar 2010. Det foreligger med andre ord ikke en endring av tildelingskriteriene, men en korrigering av en feil opplysning i kravspesifikasjonen. Feilen ble rettet opp etter vanlige prosedyrer, og tilbyderne ble informert i god tid før tilbudsfristen. Korrigeringen av feilen medfører dermed ingen brudd på anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder anskaffelse av IKT-utstyr, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.I.4) estimert til mellom 10 millioner og 20 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 (4) og 2-2.

Diskrimineringsforbudet i loven § 5

- (45) Det første spørsmålet nemnda må ta stilling til, er om innklagede, ved utformingen av konkurransegrunnlaget punkt 2.1, har brutt diskrimineringsforbudet i loven § 5.
- (46) Av loven § 5 (4) følger det at *"[u]tvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier."* I bestemmelsens (5) er det så fastslått at *"Oppdragsgiver skal ikke a. diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet."* Videre fremkommer det i forskriften § 3-1 (2) at:

"Oppdragsgiver skal ikke diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet."

- (47) I konkurransegrunnlaget datert 14. desember 2009, kunngjort 15. desember 2009, punkt 2.1 *"Regler for konkurransen"* fremkom det at: *"For anskaffelse gjelder lov/regelverk. Fylkeskommunen skal så vidt mulig bruke lokale leverandører. Fylkeskommunen har som uttalt strategi å være ankerkunde for nystartede lokale bedrifter for å hjelpe disse i gang."*
- (48) I referatet til tilbudskonferansen datert 21. januar 2010 fremkom det at teksten i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 *"Regler for konkurransen"* var *"tekst som leverandørene kan se bort ifra. Den har ingen betydning for konkurransen."* Referatet ble kunngjort ved tilleggskunngjøring 21. januar 2010.
- (49) Diskrimineringsforbudet er et av de viktigste prinsippene anskaffelsesregelverket er bygd på, hensett til regelverkets funksjon i forhold til fri flyt av varer og tjenester i EU/EØS området. Slik konkurransegrunnlaget punkt 2.1 opprinnelig var utformet gis det en klar føring for at lokale bedrifter, og særlig lokale nystartede bedrifter, skal benyttes. Dette må klart anses i strid med diskrimineringsforbudet i loven § 5 og

forskriften § 3-1 (2). Imidlertid er det på det rene at innklagede i tilbudskonferansen den 13. januar 2010 bekreftet ovenfor de deltagende tilbydere at dette kravet ikke skulle gjelde. I tillegg ble referatet fra konferansen offentliggjort ved tilleggskunngjøring i tilknytning til den første konkurransen den 21. januar 2010, altså om lag én måned før tilbudsfristen. Innklagede har på denne måten både i forhold til de leverandørene som hadde meldt sin interesse og deltok på konferansen, og ovenfor eventuelle andre interesserte leverandører synliggjort at føringen om at lokale-/nystartede bedrifter ville bli foretrukket, ikke skulle gjelde. Etter klagenemndas oppfatning må dette være tilstrekkelig til å reparere det brudd innklagede opprinnelig hadde begått. Slik saken er opplyst for nemnda, er det i hvert fall ingen ting som tyder på at den gjenværende tilbudsfristen på om lag en måned var for kort til at interesserte tilbydere kunne inngi et tilbud. Klagers anførsel fører derfor ikke fram.

Vesentlig endring av kontrakten

- (50) Det neste spørsmålet nemnda må ta stilling til, er om det vil være en vesentlig endring i strid med forskriften § 15-1 (3) dersom innklagede tillater en justering av *"Prisvekst"* og *"produktenes ytelser"*.
- (51) Av forskriften § 15-1 (3) følger det at *"kontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, og uten at det gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene."*
- (52) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4 *"Avtaleperiode og avtalealternativer"* fremkom følgende:
- "Oppdragsgiver vil da [ved forlengelse av avtalen] etterspørre oppdaterte priser på produktene, jfr. Kravspesifikasjonen vedlegg 1 og Prisskjema vedlegg 2. Nye priser må være i samsvar med opprinnelig inngitt tilbud, prisvekst og valutaendringer. Det betyr at leverandørene kun kan kreve allerede inngitte priser, på opprinnelige produkter, valuta og prisjustert. På grunn av at IT utstyr endres fort kan det bli aktuelt for oppdragsgiver å foreta justeringer i krav til produktenes ytelse. Disse justeringene kan leverandørene prissette separat."*
- (53) Spørsmålet er om eventuelle justeringer i henhold til konkurransegrunnlaget punkt 1.4 vil medføre en vesentlig endring i de opprinnelige avtalevilkårene.
- (54) I konkurransegrunnlaget ble det eksplisitt vist til at oppdaterte tilbud må være i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Innklagede har også bekreftet at eventuelle oppdateringer må skje i samsvar med konkurransegrunnlaget, og at det ikke vil være aktuelt å forlenge avtaler som ikke er i samsvar med dette, eller som medfører at innklagede skulle ha utlyst en ny konkurranse. På denne bakgrunn finner ikke klagenemnda holdepunkter for å fastslå at en eventuell endring i *"Prisvekst"* og *"produktets ytelse"* kan medføre en vesentlig endring av avtalevilkårene. Klagers anførsel fører ikke fram på dette punkt.

Miljøkrav

- (55) Det neste spørsmålet nemnda må ta stilling til er om innklagede, ved utformingen av miljøkravene, har brutt forskriften § 17-3 (10).
- (56) Av forskriften § 17-3 (10) følger det at:

"Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, en bestemt opprinnelse, en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som har virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Slik henvisning skal unntaksvis tillates der en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket "eller tilsvarende"."

- (57) I foreliggende sak er det i kravspesifikasjonen stilt et obligatorisk miljøkrav om at produktene var ENERGY STAR kvalifisert. Det ble videre angitt at: *"Alternativ dokumentasjon kan være teknisk spesifikasjon fra fabrikant eller testrapport fra anerkjent virksomhet som viser at kravene er oppfylt, utskrift for aktuelle produkter fra ENERGY STAR databasen, eventuelt egenerklæring."* Det ble også gitt en nærmere beskrivelse for miljøkravet innenfor hvert enkelt produkt, og det ble for produkt 2 og 3 stilt krav om at disse *"skal"* oppfylle energisparekravene i henhold til ENERGY STAR.
- (58) I den etterfølgende konkurransen uten forutgående kunngjøring, ble miljøkravet justert slik at flatskjermene på 20", 22" og 24" *"skal oppfylle alle kravene til Energy Star 5.0, mindre justeringer i kravet til lysstyrke godkjennes."*, jf. innklagedes brev til tilbyderne 30. mars 2010.
- (59) ENERGY STAR er en energistandard som er relativt utbredt. Imidlertid eksisterer det også andre former for energistandarder.
- (60) Vilkåret for å benytte et bestemt produktnavn med tillegget *"eller tilsvarende"*, er i henhold til forskriften § 17-3 (10) andre setning at *"en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig."* I angjeldende sak har innklagede anvendt et bestemt produktnavn, *"ENERGY STAR"*. Selv om vilkåret for å benytte et bestemt produktnavn skulle være oppfylt i henhold til forskriften § 17-3 (10) andre setning, har ikke innklagede anvendt tillegget *"eller tilsvarende"*. Innklagede har derfor uansett brutt forskriften § 17-3 (10) ved utformingen av miljøkravene.

Endring av tilbudsfrist

- (61) Videre blir spørsmålet om innklagede, ved å forskyve tilbudsfristen fra 10. til 17. februar 2010, har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (62) I utgangspunktet er det ikke noe i regelverket for offentlige anskaffelser som forhindrer en oppdragsgiver i å forlenge en tilbudsfrist. Tilbyderne ble informert om forlengelsen av tilbudsfristen ved tilleggskunngjøring 27. januar 2010, og leverandørene fikk fortløpende melding fra Doffin om endringer og tilleggskunngjøringer som ble foretatt. Klagenemnda kan ikke se at forskyvingen av tilbudsfristen medfører et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Klagers anførsel fører ikke fram.

Tildelingskriterienes vekt

- (63) Videre blir spørsmålet for nemnda om innklagede har brutt forskriften § 22-2 (2), ved ikke å angi vekten på tildelingskriteriet *"Pris"*.

- (64) Av forskriften § 22-2 (2) følger det at dersom tildeling av kontrakt skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal oppdragsgiver *"angi den relative vektingen som gis hvert av kriteriene."*
- (65) Det er klart at innklagede ikke eksplisitt har angitt vekten på tildelingskriteriet *"Pris"*, men kun direkte har angitt vekten for de øvrige tildelingskriteriene.
- (66) I kravspesifikasjonen punkt 4.3 var det imidlertid angitt at prisen skulle anvendes som en konstant. Kriteriet *"Pris"* skulle således ikke karakterettes, men karakterene for de andre kriteriene ville påvirke sluttprisen til tilbyderne. Da dette var utførlig beskrevet i konkurransegrunnlaget, og også ble gjennomgått på tilbudskonferansen, kan ikke nemnda se at dette innebærer noe brudd på forskriften § 22-2 (2). Klagers anførsel fører ikke fram på dette punkt.

Evalueringsmodell

- (67) Det neste spørsmålet nemnda må ta stilling til, er om innklagede har brutt loven § 5 ved å anvende evalueringsformelen som fremkommer av kravspesifikasjonen punkt 4.3.
- (68) Ved tildelingsevalueringen, herunder ved valg av beregningsmodell, har oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig av klagenemnda. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers evaluering er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, samt om evalueringen er basert på konkurransegrunnlagets tildelingskriterier og riktig faktisk grunnlag, jf. klagenemndas saker 2009/241 premiss (21) og 2009/192 (28).
- (69) Formelen, som er angitt i konkurransegrunnlaget, består av en brudde brøk. Den er matematisk korrekt, og alle tellerne og nevnerne var på forhånd definert i konkurransegrunnlaget. Evalueringsmodellen ble også gjennomgått på tilbudskonferansen, og tilbyderne hadde da anledning til å klargjøre spørsmål omkring formelen. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagedes valgte evalueringsmodell på noen måte kan konstateres å være i strid med anskaffelsesregelverket. Klagers anførsel fører ikke fram på dette punkt.

Volumtall

- (70) Videre blir spørsmålet om innklagede, gjennom bruken av volumtall, har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (71) I kravspesifikasjonen punkt 4.1.1 var det oppgitt en matrise hvor det var oppgitt antatt årlig volum pr produkt. Videre ble følgende angitt:
- "Totalsum (TS) som blir bruk i evalueringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet fremkommer på følgende måte: Leverandøren skal oppgi pris pr. produkt i prisskjemaene A, B, C, D, E, F, i vedlegg 2. Pris pr. produkt blir multiplisert med antatt volum pr. år for å finne totalpris pr produkt. Summen av alle totalprisene blir leverandørens tilbudspris som ganges med 4 (for 4 år) og brukes videre i evalueringsmodellen, beskrevet i kapittel 4.3 i dette dokumentet."*
- (72) I følge klager er det ikke er forutberegnlig at en produktgruppe med lavt anslått volumtall teller like mye ved evalueringen som en produktgruppe med et høyt anslått volumtall ved evalueringen av kriteriet *"Pris"*. Imidlertid fremkommer det av

konkurransegrunnlaget at *"Pris"* ikke skal karaktersettes, men at totalprisen skal fungere som en konstant som påvirkes at karaktersettingen av de øvrige tildelingskriteriene. Innklagede har regnet ut totalprisen i samsvar med konkurransegrunnlaget. Nemnda finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for å konstatere brudd på loven § 5. Klagers anførsel fører ikke fram på dette punkt.

Tildelingskriteriet "Kvalitet"

- (73) Det neste spørsmålet klagenemnda må ta stilling til, er om innklagede har brutt loven § 5 ved å anvende et tildelingskriterium som ikke fremkom av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (74) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 6.2 *"Tildelingskriterier"*, og det fremkom her at valg av leverandør skulle skje på bakgrunn av en evaluering av tilbudene opp mot kriteriene *"Pris"*, *"Kvalitet"*, *"Miljø"* og *"Leveringstid"*.
- (75) I kravspesifikasjonen punkt 4.3 ble det vist til kriteriene *"Pris"*, *"Kvalitet"*, *"Miljø"* og *"Leveringstid"*, og kriterienes vekt. I tillegg ble det vist til at *"Tildelingskriteriene det faglige opplæringsopplegget og rammer rundt opplæringsopplegget veier henholdsvis 70 % og 30 % i forhold til hverandre."*
- (76) I referatet til tilbudskonferansen av 21. januar 2010, fremkom det at det var feil at *"Tildelingskriteriene det faglige opplæringsopplegget og rammer rundt opplæringsopplegget veier henholdsvis 70 % og 30 % i forhold til hverandre"* var kommet med i kravspesifikasjonen punkt 4.3. Dette ble også presisert i et eget brev til tilbyderne samme dato.
- (77) Slik klagenemnda ser det, er det ganske klart når man leser konkurransegrunnlaget i sammenheng, at det var en feil at kriteriene *"det faglige opplæringsopplegget og rammer rundt opplæringsopplegget"* var inntatt i kravspesifikasjonen. Det vises i den sammenheng til at kriteriene *"Pris"*, *"Kvalitet"*, *"Miljø"* og *"Leveringstid"* også var gjengitt under samme punkt i kravspesifikasjonen. Også evalueringsformelen viser til de sistnevnte kriteriene. Selv om det er uheldig at innklagede også inntok kriterier fra en tidligere konkurranse i kravspesifikasjonen, ble feilen rettet opp nesten én måned før tilbudsfristen, og tilbyderne ble også særskilt informert om feilen. På denne grunnlag finner ikke klagenemnda grunnlag for å konstatere brudd på loven § 5. Klagers anførsel fører ikke fram på dette punkt.
- (78) Som følge av denne konklusjonen, tar ikke klagenemnda stilling til klagers øvrige anførsler knyttet til tildelingskriteriet *"Kvalitet"*.

Konklusjon:

Troms fylkeskommune har brutt forskriften § 17-3 (10) ved utformingen av miljøkravene.

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

Bergen, 27. juni 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl