



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Haavind AS
Att: Advokat Marianne Dragsten
Pb.359 Sentrum
0101 Oslo

Deres referanse

Vår referanse
2010/22

Dato
21.12.2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 29. januar 2010. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Statens legemiddelverk (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. juli 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av skanningstjenester. Tilbudsfristen var satt til 21. august 2009. Anskaffelsen er kunngjort som en tjenesteanskaffelse i kategori 27. Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 "*Generelt om anskaffelsen*" fremgikk det at:

"Legemiddelverket skal foreta en enkel digitalisering av den andelen av dokumentasjonen hvor Legemiddelverket ikke har spesielt ansvar for utredning og behandling. Denne andelen utgjør ca 40 millioner sider, hvor størstedelen er ensidig og i format A4."

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 *"Leveransen"* fremgikk det at det er den del av papirarkivet som ikke benyttes regelmessig av Legemiddelverket som skal digitaliseres, og at den aktuelle arkivbeholdningen på nåværende tidspunkt blir oppbevart og betjent av Recall AS. I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 *"Omfang"* het det videre at dokumentasjonen som skal inngå i den aktuelle konkurransen utgjør ca 7000 hyllemeter eller ca. 40 millioner sider papir.
- (4) Av vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget *"Kravspesifikasjon"* fremgikk det av punkt 1 *"Innledning"* at:
- "Dokumentasjonen som skal skannes i denne konkurransen er det materialet som Statens Legemiddelverk (legemiddelverket) benytter minst og som man ønsker å skanne på den enkleste og rimeligste måte. Det er derfor ikke behov for ekstra tjenester knyttet til datafangst. Materialet skal kun være gjenfinnbart via Legemiddelverkets saksbehandlingssystem ved søk på produktID."*
- (5) Av samme vedlegg fremgikk videre av punkt 2 *"Beskrivelse av oppdraget"* hvilke prosesser som inngikk som en del av konkurransen:
- "Konkurransen skal omfatte digitalisering av et utvalg av Legemiddelverkets dokumentasjon, og omfatter prosessen fra forberedelser og planlegging, mottak av materiale, organisering, behandling og overlevering av elektronisk materiale til Legemiddelverket, samt kvalitetssikring og makulering av papirbasert materiale."*
- (6) De ulike prosessene var nærmere beskrevet i underpunkter. I underpunkt 2.3 *"Organisering av materiale"* het det at leverandøren er ansvarlig for å organisere materialet på en slik måte at det er mulig å gjenfinne dokumentasjon ved forespørsel fra innklagede. Erfaringsmessig etterspørres 1 % av all dokumentasjon årlig. Av underpunkt 2.5 *"Overlevering av elektronisk materiale"* fremgikk det at leverandøren er ansvarlig for at elektronisk materiale overleveres innklagede på egnet medium en gang i måneden dersom ikke annet avtales. I de tilfeller hvor det avdekkes feil eller mangler må leverandøren foreta en re-skanning. I underpunkt 2.6 *"Makulering av materiale"* forutsettes det at papirmaterialet skal makuleres, men at dette ikke skal gjøres før Legemiddelverket har godkjent det elektroniske materialet.
- (7) I kravspesifikasjonen punkt 5 *"Krav"* var det i underpunkt K6 oppstilt som et sentralt avtaleelement at:
- "Leverandøren skal organisere materialet som er mottatt på en slik måte at det sikrer gjenfinning og mulighet for utlån til Legemiddelverket innen en virkedag."*
- (8) I kravspesifikasjonen var dette også angitt som et *"Obligatorisk krav"*, hvor det var påkrevet med en nærmere beskrivelse ved besvarelsen av kravspesifikasjonen.
- (9) For det tilfellet at konkurransegrunnlaget fremstod som uklart hadde innklagede åpnet for spørsmål og svar til alle tilbydernes orientering. I forbindelse med nevnte krav K6 hadde Recall AS (heretter kalt klager) stilt et spørsmål. Innklagede besvarte dette på følgende måte i et felles dokument sendt samtlige interesserte tilbydere:

”Spørsmål 18: Vil det være behov for fremfinning/utlån av fysisk dokument før dette er gått til skanning? I denne sammenheng — vil det være behov for forskyvninger i produksjonsplan? F. eks. ved akutt forespørsel etter informasjon fra SLV?”

Svar: Dersom Legemiddelverket har behov for dokumenter må disse gjenfinnes og overleveres Legemiddelverket innen avtalte frister beskrevet i kravspesifikasjon krav K6. Produksjonsplanen skal ivareta at Legemiddelverket etterspør dokumenter slik som beskrevet i kravspesifikasjonen.”

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede flere tilbud, deriblant fra klager og fra Itella Information AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (11) Både klager og valgte leverandør har i sine tilbud krysset av for at kravet oppstilt i kravspesifikasjonen punkt K6 oppfylles fullt ut.
- (12) Fra valgte leverandørs tilbudte løsningsforslag fremgikk følgende under overskriften ”Uthenting og framsending”:

”Ved behov for dokumenter som er hos leverandøren er frekvensen for henting av materiale basert på annenhver måned. Dette som en avveining mellom transportkostnad og framletingstid i den perioden materiale er utenfor fjernarkivet til Recall. Videre vil det bli planlagt med forbehandling (klargjøring for skanning) i et omfang på 1,5 - 2 dager i forkant av den fysiske skanningen (dvs. forbehandling og skanning ligger tett opp til hverandre tidsmessig).

Etterspurt materiale vil da kunne finnes i

- originale permer, arkivbokser eller klaffmapper eller i*
 - egne arkivbokser merket etter samme struktur som originalt*
- o enten klargjort for skanning eller*
o ferdig skannet

Leverandøren foreslår at etterspurt materiale skannes og avleveres digitalt via en VPN-tunnel over internett.”

- (13) Valgte leverandør hadde videre inngitt følgende svar på kravet oppstilt i kravspesifikasjonen punkt K6:

”Leverandøren ønsker å basere seg på avhenting av materiale hver andre måned. Dette gir et omfang som muliggjør gjenfinning og utlån til Legemiddelverket på en enkel måte.

Etterspurt materiale skannes for elektronisk avlevering til Legemiddelverket.”

- (14) I brev av 28. oktober 2009 opplyste innklagede at valgte leverandør var innstilt som vinner av konkurransen
- (15) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 6. november 2009, hvor klager i hovedsak anførte at valgte leverandørs tilbud ikke var i samsvar med obligatoriske krav i konkurransegrunnlaget og derfor skulle vært avvist.
- (16) Innklagede avviste klagen i brev av 10. november 2009. I dette brevet ble det samtidig opplyst at kontraktssignering var planlagt å skje 17. november 2009.

- (17) I brev av 12. november 2009 fremholdt klager at klagen ble opprettholdt, og bad innklagede om å bekrefte at kontraktsinngåelse ville avventes inntil en avgjørelse fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser forelå.
- (18) Innklagede meddelte i brev av 17. november 2009 at klagen ikke kunne føre frem, og at kontraktssignering derfor ikke ville avventes.
- (19) Klager fremsatte 18. november 2009 begjæring om midlertidig forføyning for å få stanset kontraktsinngåelsen. Begjæringen ble ikke tatt til følge, jf Oslo byfogdembetes kjennelse av 30. desember 2009.
- (20) Kjennelsen fra Oslo byfogdembete ble anket til Borgarting lagmannsrett 7. januar 2010.
- (21) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 11. januar 2010.
- (22) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 29. januar 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (23) Tilbudet fra valgte leverandør skulle vært avvist, jf forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Det følger av kravspesifikasjonen punkt K6 at leverandøren *"skal organisere materialet som er mottatt på en slik måte at det sikrer gjenfinning og mulighet for utlån til Legemiddelverket innen en virkedag."* Ordet *"utlån"* må forstås å innebære en forutsetning om at det skal skje en tilbakelevering av gjenstanden. Sett i sammenheng med ordlyden i punkt K6 for øvrig må dette kravet etter en objektiv tolkning forstås slik at det er fysiske dokumenter som skal kunne overleveres innklagede innen en virkedag. Dette støttes også av svaret fra innklagede på spørsmål 18 i spørsmål-svar runden. Her var det stilt et uttrykkelig spørsmål om fysiske dokumenter, og dersom innklagede mente at dette ikke var påkrevet måtte dette ha kommet til uttrykk. Det er ikke opp til den enkelte tilbyder å sensurere kravene i konkurransegrunnlaget. Tilbyder må forholde seg til en objektiv forståelse av oppstilte krav. Det samme må også gjelde for oppdragsgivers vedkommende. Hva oppdragsgiver har ment er ikke avgjørende, dersom dette ikke følger av en naturlig forståelse av konkurransegrunnlagets ordlyd, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2005/231 premiss (48). Valgte leverandør skal utføre skanningtjenestene i Polen og har derfor tilbudt at dokumenter som etterspørres av innklagede oversendes elektronisk. Dette utgjør et vesentlig avvik fra kravet om overlevering av fysiske dokumenter og skulle derfor ha medført avvisning.
- (24) Valgte leverandørs tilbud skulle også ha vært avvist i medhold av loven § 5. Det representerer en forskjellsbehandling av leverandørene å akseptere et tilbud som i vesentlig grad avviker fra konkurransegrunnlaget.
- (25) Tilbudet fra valgte leverandør skulle videre vært avvist i medhold av forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Avviket i valgte leverandørs tilbud har store konsekvenser i henhold til totalprisen, da det er vesentlig billigere å foreta skanningen i utlandet. Avviket lar seg ikke prissette, og medfører at tilbudet ikke lar seg sammenligne med øvrige tilbud.

- (26) Subsidiært anføres at konkurransen skulle vært avlyst. Det er uklart hvordan punkt K6 i konkurransegrunnlaget skal tolkes. Innklagede plikter derfor, av hensyn til likebehandling av tilbyderne, å avlyse konkurransen, jf loven § 5.

Innklagedes anførsler:

- (27) Innklagede bestrider at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Kravspesifikasjonen punkt K6 kan ikke forstås slik at det var oppstilt krav om overlevering av fysiske dokumenter. "Utlån" av dokumenter kan foretas ved at innklagede mottar en elektronisk kopi av det skannede dokumentet. Svaret på spørsmål 18 i spørsmål-svar runden var ikke ment å forstås slik at utlån av digitale kopier utelukkes. I så fall hadde det vært naturlig at dette ble uttalt med rene ord. Dersom innklagede hadde behov for å få overlevert originaldokumentene, ville det ikke ha vært oppstilt et krav om at dokumentene skulle makuleres etter skanning.
- (28) Kravet i punkt K6 er at leverandøren skal gi "mulighet for" gjenfinning og utlån innen en virkedag. Dette må forstås slik at det er tilstrekkelig at leverandøren innen en virkedag har funnet dokumentet, og gitt beskjed om at det er klart til utlån. Innklagede foretrekker at dokumentene sendes elektronisk, men dersom dette av ulike årsaker ikke er mulig for leverandøren, kan dokumentene fysisk sendes eller innklagede kan reise til Polen og gjennomgå aktuelle dokumenter der.
- (29) Klagers tolkning av konkurransegrunnlaget vil i realiteten medføre at utenlandske leverandører utelukkes fra å inngi tilbud, noe som ville være i strid med kravet til ikke-diskriminering. Det har formodningen mot seg at konkurransegrunnlaget skal tolkes på en måte som kommer i strid med reglene om offentlige anskaffelser.
- (30) Under enhver omstendighet har valgte leverandør i sitt tilbud krysset av for at kravet i punkt K6 var oppfylt.
- (31) Leverandørenes kostnader har ikke betydning i henhold til avvisning etter forskriften § 11-11 (1) bokstav f. Det er tilbudt totalpris leverandørene skal sammenlignes på, ikke hva leverandørene mener å pådra seg av interne kostnader ved utførelse av oppdraget. Det foreligger dermed ingen tvil om hvordan tilbudene skal bedømmes i forhold til hverandre.
- (32) Subsidiært anføres at dersom det foreligger avvik, ville dette uansett være mulig å prise. Innklagede er kjent med hvor mange dokumenter det statistisk sett vil være tale om å etterspørre i løpet av kontraktperioden, og dette kan videre multipliseres med kostnadene som påløper ved å få brakt dokumentene til Norge, eller ved reise til Polen.

Sekretariatets vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, kategori 27, og følger da lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del II, jf. forskriften § 2-1 (2), jf. 2-2 (1).

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist

- (34) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, ettersom valgte leverandør har tilbudt at dokumentene som etterspørres av innklagede skal oversendes elektronisk. Klager har i denne forbindelse vist til kravspesifikasjonen punkt K6, som klager hevder oppstiller krav om at det er fysiske dokumenter som skal overleveres.
- (35) Av forskriftens § 11-11 (1) bokstav e fremgår det at et tilbud skal avvises dersom det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene. Det første spørsmålet her blir dermed hvorvidt kravspesifikasjonen må forstås slik at det var et minstekrav at det var fysiske dokumenter som skulle overleveres.
- (36) I kravspesifikasjonen punkt K6 var det oppstilt krav om at *"Leverandøren skal organisere materialet som er mottatt på en slik måte at det sikrer gjenfinning og mulighet for utlån til Legemiddelverket innen en virkedag"*. I kravspesifikasjonen punkt 1 het det at skanningen gjelder de dokumenter som ikke benyttes regelmessig og at *"Materialet skal kun være gjenfinnbart gjennom Legemiddelverkets saksbehandlingssystem ved søk på produktID"*. Videre fremgikk det av kravspesifikasjonen punkt 2.6 at dokumentene skal makuleres etter skanning. For å sikre en korrekt forståelse av konkurransegrunnlaget, var det åpnet for utdypende spørsmål og svar fra interesserte tilbydere. Her ble det blant annet stilt spørsmål fra klager om det kunne være *"behov for fremfinning/utlån av fysiske dokumenter før dette er gått til skanning"*. Innklagede svarte til dette at dokumentene ved behov måtte kunne *"gjenfinnes og overleveres Legemiddelverket innen avtalte frister beskrevet i kravspesifikasjonen punkt K6."*
- (37) Etter sekretariatets oppfatning er det ikke grunnlag for å tolke konkurransegrunnlaget dit hen at det var oppstilt et minstekrav om at etterspurt materiale måtte overleveres i form av fysiske dokumenter. I kravspesifikasjonen punkt K6 var det ikke presisert på hvilken måte etterspurt materiale skulle overleveres. At ordet *"utlån"* var benyttet endrer ikke denne forståelsen, da dette er et upresist begrep som kan omfatte overlevering av saksinformasjon på flere måter enn ved utlevering av fysiske dokumenter. Anskaffelsen gjaldt digitalisering av dokumenter, slik at de ble tilgjengelig i elektronisk form. Sekretariatet kan derfor vanskelig se at elektronisk tilgjengeliggjøring ikke skulle være tilstrekkelig i perioden frem til dokumentene digitaliseres i henhold til kontrakten. Dette støttes også av at dokumentene skulle makuleres etter skanning, da dette tilsier at det var innholdet i saksdokumentene og ikke de fysiske dokumentene i seg selv som var relevant for innklagede å etterspørre. Når det gjelder svaret fra innklagede på spørsmålet fra klager, i spørsmål-svar runden, så var dette svært generelt, da det i hovedsak kun ble vist til kravspesifikasjonen punkt K6, og det ble ikke tatt stilling til hvorvidt det kun var mulig å oversende fysiske dokumenter.
- (38) På bakgrunn av det overstående finner sekretariatet at det klart ikke var grunnlag for å tolke konkurransegrunnlaget slik at det var oppstilt et minstekrav om at det kun var fysiske dokumenter som kunne overleveres på etterspørsel fra innklagede. Det representerte dermed ikke et avvik å tilby at dokumentene kunne oversendes elektronisk, og det var følgelig ikke grunnlag for å avvise valgte leverandørs tilbud, jf forskriften § 11-11 (1) bokstav e.
- (39) Da sekretariatet har kommet til at det ikke medførte et avvik å tilby elektronisk oversendelse, kan klagers øvrige anførsler, om at valgte leverandørs tilbud på dette grunnlag skulle vært avvist i medhold av loven § 5 og forskriften § 11-11 (1) f, ikke føre frem.

Avlysning av konkurransen

- (40) Basert på at sekretariatet ovenfor er kommet til at konkurransegrunnlaget må forstås slik at det ikke var et krav at dokumenter innklagede etterspurte til utlån måtte overlevers innklagede fysisk, og dette etter sekretariatets syn heller ikke kan anses særlig tvilsomt, kan klagers anførsel om at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen som følge av uklart konkurransegrunnlag på dette punkt, heller ikke føre frem.
- (41) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Elisabet Gjerde
førstekonsulent