



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Aspit AS

Kapteinsgata 2D
3840 SELJORD

Deres referanse

Vår referanse
2010/255

Dato
13.02.2012

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 12. september 2010 vedrørende anskaffelse av datadrift. 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 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Røros kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. juni 2010 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av tjenestekontrakt om drift av kommunens dataløsning.
- (2) Kontrakten hadde en varighet på 5 år, med opsjon for innklagede til å forlenge avtalen med 1 + 1 år, og skulle tildeles til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene priser (60 %), generell kompetanse (20 %) og SLA (20 %). Under tildelingskriteriet SLA skulle innklagede vurdere tilbydernes besvarelse av SLA-avtalen som var vedlagt konkurransegrunnlaget.
- (3) I kravspesifikasjonen fremgikk blant annet følgende:

"Forholdet til lokal leverandør

Infonett Røros AS er vår lokale leverandør når det gjelder kommunikasjon mellom kommunens enheter. De huser også den maskinvare som holdes utenom anbudet, men som til dels skal kunne fjerndriftes. Videre har vi leveranse av IP-telefoni fra dem.

Slik det også er nevnt under punktet om kommunikasjon, kreves det at eksterne tilbydere inngår en avtale med Infonett, der sistnevnte står for lokal kommunikasjon og lokal husing av maskinvare som nevnt ovenfor. Videre er det fra vår side en ubetinget fordel

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

at vi har tilgang på lokal brukerassistanse ved behov, og at kommunens IT-ansvarlige i gitte situasjoner kan ha behov for avlastning. Slike ressurser skal kunne hentes fra den lokale leverandøren. På denne måten er tilbyder med på å utvikle lokal IT-kompetanse i kommunen."

- (4) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 13. juli 2010 klokken 10.00. Blant leverandørene som leverte tilbud innen fristen var Aspit AS (heretter kalt klager) og Infonett Røros AS (heretter kalt Infonett).
- (5) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 12. september 2010.
- (6) Innklagede inngikk kontrakt med Infonett 1. oktober 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Innklagede har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise Infonett fra konkurransen. Infonett er omtalt på flere steder i konkurransegrunnlaget, noe som er naturlig og nødvendig ettersom innklagede kjøper kommunikasjon og serverhosting av Infonett. Under et eget punkt – *"Forholdet til lokal leverandør"* – er imidlertid Infonett omtalt på en måte som må forstås på den måten at Infonett ikke kom til å delta i konkurransen. Innklagede stilte her krav om at eksterne tilbydere skulle inngå en avtale med Infonett. Slik klager forsto kravspesifikasjonen skulle Infonett tilføres kompetanse i kontraktperioden gjennom kravet om samarbeid. Et slikt krav gjør det naturlig for øvrige tilbydere å kontakte leverandøren for innledende samtaler under utarbeidelsen av tilbud, i den tro at leverandøren er en potensiell samarbeidspartner, og ikke en konkurrent. Gjennom slik kontakt ville det være mulig for Infonett å motta informasjon som var gunstig ved utarbeidelsen av tilbud. Dette måtte innklagede forstå. For at Infonett skulle kunne delta i konkurransen, måtte innklagede enten latt være å omtale Infonett i konkurransegrunnlaget på en favoriserende måte, eller opplyst de øvrige deltakerne om at Infonett til tross for omtalen ville delta i konkurransen. Etter klagers mening er det en skjerpene omstendighet at innklagede er majoritetsaksjonær i Infonett. Dette tilsier at innklagede burde utvist særlig forsiktighet med hensyn til likebehandling og forutberegnelighet.

Innklagedes anførsler:

- (8) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise Infonett fra konkurransen. Infonett er ikke omtalt på en favoriserende måte i kravspesifikasjonens punkt *"Forholdet til lokal leverandør"*. Punktet inneholder kun informasjon om at Infonett leverer innklagedes tele- og nettverkskommunikasjonstjenester. Infonett er også leverandør av det optiske kabelnettverket i rørosområdet, og tilbydernes tjenester måtte gå gjennom dette. Det var dermed nødvendig for øvrige tilbydere å vise at de kunne forholde seg til kommunikasjonsavtalen mellom innklagede og Infonett. At klager forstår kravspesifikasjonen slik at Infonett ikke ville delta i konkurransen er klagers frie tolkning. Det er ikke noe i kravspesifikasjonen som oppnevner Infonett til underleverandør for andre tilbydere. I åpne anbudskonkurranser kan alle som leverer etterspurte tjenester levere tilbud. Infonett kan ikke ekskluderes på grunn av avtalen om å drifte kommunens kommunikasjonsnettverk, kommunikasjonstjenester er ikke en del av denne konkurransen.

Sekretariatets vurdering:

- (9) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder drift av dataløsning som er en prioritert tjeneste i kategori 7, med CPV-kode 72514000. Anskaffelsens anslåtte verdi er ikke opplyst i konkurransedokumentene. I konkurransegrunnlaget er det imidlertid opplyst at anskaffelsen i tillegg til lov om offentlige anskaffelser etter sin art og verdi følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2, og klagenemnda legger dette til grunn.
- (10) Saken gjelder spørsmål om innklagede hadde plikt til å avvise Infonett som følge av at kravspesifikasjonen etter klagers oppfatning må forstås på den måten at Infonett ikke ville inngi tilbud i konkurransen.
- (11) I forskriften del III reguleres oppdragsgivers avvisningsplikt i § 20-12 (1) og § 20-13 (1). Det er klart at innklagedes omtale av valgte leverandør i kravspesifikasjonen ikke omfattes av noen av alternativene i disse bestemmelsene.
- (12) Det er antatt at forskriftens bestemmelser om avvisningsplikt ikke er uttømmende, men suppleres av de grunnleggende kravene i loven § 5, særlig kravet om likebehandling, jf. for eksempel Dragsten og Lindalen *"Offentlige anskaffelser"* (2005) side 202-203. Klagenemndas sekretariat finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på i hvilke tilfeller dette kan være aktuelt, da det i foreliggende sak ikke kan være grunnlag for å fastslå noen avvisningsplikt for innklagede på dette grunnlag.
- (13) I kravspesifikasjonens punkt *"Forholdet til lokal leverandør"* fremgår at innklagede har en avtale med Infonett om kommunikasjon mellom kommunens enheter. Det kreves også at eksterne tilbydere inngår en avtale med Infonett, der Infonett står for lokal kommunikasjon. Innklagede har for klagenemnda forklart at kommunikasjonsavtalen mellom innklagede og Infonett var bakgrunnen for kravet om at øvrige tilbydere måtte inngå kontrakt med selskapet. Dette fordi tilbyderne ville måtte forholde seg til kommunikasjonsavtalen ved drift av innklagedes dataløsning. Informasjonen om de tidligere inngåtte avtaler er også av klager fremholdt som naturlig og nødvendig ettersom innklagede kjøper kommunikasjon og serverhosting av Infonett. Etter klagenemndas sekretariats oppfatning er den eneste opplysningen i kravspesifikasjonen som kan tilsi at Infonett ikke ville inngi tilbud, kravet om at *"eksterne tilbydere inngår en avtale med"* Infonett. En avtale er en overenskomst mellom to eller flere parter som går ut på å stifte rett og plikt for dem. Ettersom en avtale ikke kan foreligge med en part alene, er en mulig forståelse av kravet at det ikke var et aktuelt alternativ at Infonett ville inngi tilbud. Innklagede har imidlertid som utgangspunkt ingen rett til å på forhånd utelukke leverandører fra deltakelse i konkurransen, og i den grad dette i det hele tatt kan være aktuelt, må det uansett fremgå klarere enn det som er tilfellet i denne saken. Kravet kan derfor ikke forstås som en opplysning om at Infonett ikke ville delta i konkurransen.
- (14) Klagers anførsel kan på denne bakgrunn av dette ikke føre frem.
- (15) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som u hensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Jonn Sannes Ramsvik
gruppeleder (e.f.)

Linda Midtun
rådgiver