



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse vedrørende rammeavtale for anskaffelse av digitale ordbøker, med påfølgende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt i forskriften § 20-16 (2) bokstav c og (4) ved ikke å gi en tilfredsstillende begrunnelse for hvorfor klagers tilbud ble avvist i den i den første konkurransen. Videre fant klagenemnda at innklagede også hadde brutt forskriften § 20-16 (4) ved at klagers klage over tildelingsbeslutningen i den andre konkurransen overhodet ikke ble kommentert.). Klagers øvrige anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. desember 2010 i sakene 2010/259 og 2010/261

Klager: Kunnskapsforlaget ANS

Innklaget: Akershus fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, avlysning, ulovlig direkte anskaffelse, begrunnelse.

Forening av sakene 2010/259 og 2010/261:

- (1) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor har nemnda funnet det hensiktsmessig å behandle gebyrsak 2010/261 i samme avgjørelse som vanlig rådgivende sak 2010/259. Disse er derfor forent til felles behandling.

Bakgrunn:

- (2) Akershus fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 22. mars 2010 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for anskaffelse av digitale ordbøker. Frist for å inngi tilbud var 28. april 2010.
- (3) Innklagede har i e-post datert 15. desember 2010 opplyst at kontraktens verdi var anslått til å utgjøre 500.000 kr pr. år. Rammeavtalen hadde varighet på 1 år, og av unngjøringens punkt II.2.2 fremgikk det krav om ”Opsjon på forlengelse av avtalen med 1+1+1 år.”
- (4) Det fremgikk av kunngjøringens punkt IV.2 at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Av konkurransegrunnlagets punkt 3.13 fremgikk det at pris skulle vektas 70 % og tilleggsfunksjonalitet skulle vektas 30 %.

- (5) Innen fristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Kunnskapsforlaget ANS, iFinger Ltd og Clue Norge ASA.
- (6) Clues tilbud ble avvist ved brev datert 7. mai 2010. Det ble opplyst at oppgitt forbehold i tilbudet innebar et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget og dermed måtte avvises, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (7) Kunnskapsforlaget ble meddelt tildelingsbeslutning i brev datert 7. mai 2010, hvor det fremgikk at Kunnskapsforlaget skulle velges som leverandør.
- (8) iFinger klaget på beslutningen ved brev datert 25. mai 2010, da det ble hevdet at Kunnskapsforlaget ikke var leveringsdyktige i henhold til kravspesifikasjonen, at det var tatt forbehold som ikke kunne prissettes, samt at det var feil ved evaluering av tildelingskriteriet *"tilleggsfunksjonalitet"*.
- (9) Kunnskapsforlaget ble ved brev datert 26. mai 2010 meddelt at innklagede trakk tildelingsbeslutningen tilbake og at Kunnskapsforlagets tilbud måtte avvises etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Det ble i begrunnelsen for avvisning anført at Kunnskapsforlaget *"i tilbudet har tatt forbehold/at det foreligger uklarheter i tilbudet som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*.
- (10) iFinger ble meddelt samme dag at deres tilbud også måtte avvises etter forskriften § 20-13 (1) f, og det ble opplyst at iFinger *"i tilbudet har tatt forbehold/at det foreligger uklarheter i tilbudene som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene."*
- (11) Samme dag som Kunnskapsforlaget og iFinger mottok avvisningene meddelte innklagede i nytt brev at konkurransen måtte avlyses i samsvar med forskriften § 22-1. Begrunnelsen for avlysningen var at *"Alle tre tilbudene ble avvist på grunn av forhold ved tilbudene"*. Det fremgikk videre at:
- "På denne bakgrunn vil vi nå få gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for å få anskaffet en rammeavtale for digitale ordbøker"*.
- (12) iFinger ba i e-post samme dag om en utvidet begrunnelse for avvisningen av selskapets tilbud. Dette gav innklagede i brev datert 27. mai 2010.
- (13) Tilbyderne ble ved e-post datert 31. mai 2010 invitert til å delta i konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Konkurransegrunnlag ble sendt ut 2. juni 2010. Fristen for å levere tilbud var 16. juni 2010.
- (14) Innen fristen mottok innklagede to tilbud fra Kunnskapsforlaget (heretter kalt klager) og iFinger (heretter kalt valgte leverandør).
- (15) Kravspesifikasjonen fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 4. Det fremgikk av punkt 4.3 følgende vedrørende krav til språk:
- "De digitale ordbøkene skal som et minimum inneholde følgende ordbøker:*
- *Norsk ordbok (Bokmål ordbok) minimum 45 000 oppslagsord*
 - *Bokmål - Nynorsk ordbok minimum antall ord ikke spesifisert*
 - *Engelsk - engelsk ordbok minimum 300 000 oppslagsord*
 - *Tospråklig engelsk ordbok minimum 30 000 ord fra hvert språk*
 - *Tospråklig fransk ordbok minimum 24 000 ord fra hvert språk"*

- (16) Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at *"iFinger vil levere samtlige oppførte bøker i pkt 4.3.2. Alle disse titlene inneholder fylket sine minimumskrav til antall ord."* Under punkt 4.3.1 var det imidlertid vist til vedlagte brosjyrer fra Cappelen Damm, hvor det fremgikk at ordbokens papirutgave hadde *"Over 45 000 oppslagsord"*. I prisskjemaet i tilbudets vedlegg 1a var det oppgitt pris for pakke B, som inneholdt blant annet tospråklig fransk ordbok, hvor det var angitt: *"minimum 24 000 ord fra hvert språk"*. I produktoversikten i tilbudets vedlegg 1b fremgikk det imidlertid at tospråklig franskordbok hadde 45 000 ord (og altså ikke 48 000). Det ble her så vist til vedlegg 2 for produktbeskrivelse, hvor det om fransk ordbok fremgikk at den inneholdt *"Over 50 000 oppslagsord"*.
- (17) Klager deltok på forhandlingsmøte 23. juni 2010.
- (18) Innklagede avholdt forhandlingsmøte med valgte leverandør 28. juni 2010. Det følger av referatet fra forhandlingsmøtet under punkt 4.3 at *"iFinger tilfredsstiller minimumskravene til antall ord og språkpakker"*.
- (19) I det reviderte tilbudet valgte leverandør sendte inn etter forhandlingsmøtet fremgikk det av brosjyre at fransk ordbok inneholdt *"Over 50 000 oppslagsord"*. Av valgte leverandørs tilbudsskjema fremgikk det pris på tospråklig fransk ordbok med *"minimum 24 000 ord fra hvert språk."*
- (20) Klager ble i brev datert 1. juli 2010 meddelt at valgte leverandør var tildelt kontrakten da dette selskapet ble ansett for å ha det økonomiske mest fordelaktige tilbudet. Klagefristen var satt til 9. juli 2010.
- (21) Klager sendte da en klage på begrunnelsen for tildelingen og avvisningen i den forrige konkurransen ved brev datert 7. juli 2010. I brevet ble det også bedt om fremleggelse av diverse nærmere angitt dokumentasjon og at klagefristen ble forlenget med 8 dager etter at tilstrekkelig begrunnelse var gitt.
- (22) Innklagede besvarte klagen ved brev datert 8. juli, hvor den etterspurte dokumentasjon var vedlagt. Det fremgikk av brevet at innklagede mente at tilstrekkelig begrunnelse var gitt, men at klagefristen likevel ble forlenget med 7 dager.
- (23) Klager klaget på tildelingsbeslutningen i den forhandlede konkurransen i brev datert 15. juli 2010, da klager hevdet at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kravspesifikasjonens krav til antall ord for tospråklig franskordbok. Det ble også klaget på avvisningen i den første konkurransen, og i den forbindelse ble det hevdet at det fortsatt ikke var gitt en tilstrekkelig begrunnelse for avvisningen av klagers tilbud. Videre ble det fra klager den 19. juli 2010 sendt inn utdrag fra valgte leverandørs tilbud i en konkurranse fra Sogn og Fjordane, hvor det fremgikk av den vedlagte dokumentasjon at ordboken ikke tilfredstilte konkurransegrunnlagets krav til minimum 24 000 ord per språk.
- (24) Innklagede avviste klagen i brev datert 10. august 2010. Det fremgikk av brevet at:
"Akershus fylkeskommune er av den oppfatning at Kunnskapsforlaget ANS har mottatt tilstrekkelig begrunnelse for avvisning av deres tilbud i den første anbudskonkurransen, ref. vårt brev datert 16. mai 2010, telefonsamtale mellom Karin Austeng og Frank-Tore Toresen og vårt brev datert 8. juli 2010.
Øvrige påstander i Deres brev ser vi ingen grunn til å kommentere. "
- (25) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 11. august 2010.

- (26) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 20. september 2010.
- (27) Klager har under saksforberedelsen sendt inn brosjyrer fra Cappelen Damm hvor det fremstår som om valgte leverandørs tospråklige franskordbok har 45 000 ord. På baksiden til CappelenDamms ordbok er det angitt at ” *Fransk ordbok består av en fransk-norsk del med over 22 000 oppslagsord og en norsk-fransk del med over 23 000 oppslagsord*”.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Den første konkurransen

- (28) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til begrunnelse i forskriften § 20-16 (2) bokstav c ved avvisningen av klagers tilbud i den første konkurransen. Det ble verken på avvisningstidspunktet eller klagetidspunktet gitt noen skriftlig begrunnelse som tilfredsstiller forskriftens krav. I telefonsamtale opplyste innklagede at avvisningen skyldes manglende oppfyllelse av kravet til kompatibilitet. Dette ble imidlertid etter klagers oppfatning ikke nærmere presisert, og det tilfredsstiller da ikke kravet til begrunnelse i forskriften § 20-16 (2) bokstav c. Videre skal en begrunnelse etter klagers oppfatning skje skriftlig. En muntlig begrunnelse kan således ikke erstatte dette.
- (29) Klager anfører videre at klagers tilbud er urettmessig avvist fra den første konkurransen. Klager har tilbudt et produkt med full funksjonalitet i de nyeste versjonene av relevante nettlesere. Videre kan ikke konkurransegrunnlaget forstås slik at det ikke er adgang til å godta et tilbud med noen avvik fra kompatibilitetskravene når dette bare gjelder enkelte nettlesere. Dette følger også av at det er åpnet for at begrensninger skal beskrives, hvilket tilsier klart at et tilbud kan avvike noe fra kravene uten at dette nødvendigvis skal føre til avvisning. Det vil da være opp til oppdragsgivers skjønn å avgjøre om mindre avvik skal aksepteres. En slik ”kan”-avvisningsgrunn kan ikke påberopes etter at tildeling har funnet sted, jf. rettspraksis og klagenemndas sak 2005/175. Den anførte avvisningsgrunnen er uansett ikke holdbar da funksjonalitetskravene ikke er gjort til tildelingskriterium, og dermed ikke kan medføre at tilbudet ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Vedrørende opplesning av ord og søkefunksjonalitet er dette en tilleggsfunksjonalitet, og ikke et minstekrav som må være oppfylt. Manglende oppfyllelse skulle dermed kun medført at tilbudet fikk dårligere poengscore i tilbudsevalueringen, og ikke tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Idet klagers tilbud uansett ville vært best, ville det for øvrig heller ikke eksistert noen relativ bedømmelsestvil. De øvrige tilbudene ble også avvist, hvilket innebærer at det ikke kan eksistere noen tvil om hvordan klagers tilbud skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

Den andre konkurransen

- (30) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e, da valgte leverandørs ordbok ikke oppfyller kravet til tospråklig fransk ordbok med minimum 24000 ord fra hvert språk. På tross av at valgte leverandør hevder ordboken inneholder påkrevde antall ord, fremgår det av annen dokumentasjon at dette ikke er tilfellet. Av CappelenDamms beskrivelse som var vedlagt tilbudet fremgikk det at ordboken hadde over 45 000 oppslagsord, og dette fremgikk også av vedlagt brosjyre. I beskrivelsen av ordbokens papirutgave, som det var vedlagt bilde av

i valgte leverandørs tilbud, fremgikk det at ordboken hadde 22000 fransk-norske ord og 23 000 norsk-franske ord. Valgte leverandør har dermed selv inngitt informasjon som viser at minstekravet ikke er oppfylt. Det samme fremgår i valgte leverandørs beskrivelse i et annet tilbud vedrørende samme ordbok. Dette viser at det ikke er 24 000 oppslagsord for hvert språk i den tilbudte ordboken. Selv om valgte leverandør skulle ha lagt til noen ord, noe selskapet i tilbudet ikke angir, er det ikke påstått eller dokumentert at fordelingen av oppslagsordene i de to delene er slik at begge har mer enn 24 000 oppslagsord. Et avvik av denne typen er å anse som vesentlig, da det vil kunne ha virket inn på hvilke ordbøker som en tilbyder har valgt å tilby samt en risiko for at potensielle tilbydere har latt være å delta i konkurransen fordi disse ikke kunne oppfylle minstekravene til antall oppslagsord. Klager må da tildeles kontrakt, som eneste gjestående tilbyder.

- (31) Videre har klager anført at innklagedes klagebehandling utgjør et brudd på de grunnleggende kravene i lovens § 5. Klager har ikke hatt en reell klagemulighet på tildelingsbeslutningen, da innklagede ikke fant grunn til å kommentere klagen i sitt svarbrev av 10. august 2010. Når det gjelder klagen på manglende begrunnelse for avvisning av klagers tilbud i den første konkurransen, har innklagede kun henvist til avvisningen i den første konkurransen. I tillegg ble kontrakt inngått med valgte leverandør dagen etter at innklagede besvarte klagen. Dette viser at klagen umulig kan ha blitt realitetsbehandlet. Innklagede har heller ikke kommentert etterfølgende dokumentasjon innsendt fra klager om at valgte leverandør ikke tilfredsstilte minimumskravene i konkurransegrunnlaget. Etter slik informasjon hadde innklagede plikt til å utrede hvorvidt dette medførte riktighet. Det opplyses også at den aktuelle informasjonen var vedlagt valgte leverandørs tilbud. Innklagedes representant har også meddelt klager på telefon at den innleverte klagen ikke ville tale til klagers fordel i forhold til hvorvidt kontrakten med valgte leverandør skulle forlenges utover den opprinnelige kontraktsperioden på et år. Sett i sammenheng med de mangelfulle begrunnelsene tidlig i saken og med at kontrakt ble inngått med valgte leverandør dagen etter svar på klagen, må dette regnes som et markert brudd på de grunnleggende kravene i lovens § 5.
- (32) Til slutt anfører klager at innklagede ikke hadde adgang til å avholde konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 (1) bokstav a. Idet klagers tilbud ble urettmessig avvist i den første konkurransen, forelå det ett tilbud i denne konkurransen. Forskriften § 14-4 (1) bokstav a forutsetter at det foreligger avvisningsgrunner ved samtlige tilbud i konkurransen, eventuelt at tilbudene er uakseptable av andre grunner. Det utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse når det ble inngått kontrakt med valgte leverandør etter denne konkurransen. Etter klagers oppfatning må innklagede ilegges et overtredelsesgebyr for å ha foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, jf. forskriften § 7b (1). De vises til at klager hadde gjort oppmerksom på at inngåelse av kontrakt med valgte leverandør ville utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagedes anførsler:

Den første konkurransen

- (33) Innklagede anfører at kravet til begrunnelse i forskriften § 20-16 (2) bokstav c vedrørende avvisningen av klagers tilbud i den første konkurransen, er oppfylt. Klager etterspurte ikke ytterligere begrunnelse etter avvisningen. Det vises til at den skriftlige begrunnelsen, telefonsamtale med klager og overleverte dokumenter samlet sett

oppfyller innklagedes plikt til kort begrunnelse. Innklagede ser at det kunne vært gitt en utvidet begrunnelse av tildelingsevalueringene, men fremhever at klager i etterkant har mottatt all etterspurt dokumentasjon.

- (34) Innklagede anfører at det forelå en plikt til å avvise klagers tilbud, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e og f. På grunn av manglende kompatibilitet i forhold til nettleserne i Opera, Chrome og Safari, oppfylte ikke klager kravspesifikasjonens absolutte krav til kompatibilitet. Når det fremgår så klart at kravene er absolutte, skal det ikke mye til før et avvik er vesentlig og at tilbudet skal avvises. Videre var det uklarheter i forhold til funksjonen "*opplesning av ord*", idet det ikke var klargjort hvorvidt integrering av tilleggsprogramvare Voxit Budgie var inkludert i tilbudet. I tillegg var det en uklarhet i forhold til tilleggsfunksjonalitet på digitale formater, da det var uklart om søkefunksjonen/lesehjelpen fungerte mot nettleseren Safari. Disse forholdene utgjorde et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget, samtidig som de utgjorde avvik, forbehold, ufullstendigheter eller uklarheter som medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er ikke riktig at avvising har blitt foretatt etter en "*kan*" avvisningsgrunn. Innklagede oppdaget først feilen da fylkeskommunen etter klage fra valgte leverandør (iFinger) måtte foreta en ny gjennomgang av tilbudene. På bakgrunn av forhandlingsforbudet er det tilbyder som har ansvaret og risikoen for at tilbudet er tilstrekkelig klart utformet i forhold til konkurransegrunnlaget krav.

Den andre konkurransen

- (35) Innklagede anfører at valgte leverandør ikke skulle ha vært avvist, da valgte leverandør både i tilbudet og i de påfølgende forhandlinger har bekreftet at alle ordbøkene tilfredsstiller alle krav til antall og fordeling av ord, slik det fremgår av konkurransegrunnlaget. Dette ble også lagt til grunn ved kontraktsinngåelsen. Innklagede har dermed lagt til grunn at valgte leverandør oppfyller sine forpliktelser.
- (36) Til slutt anfører innklagede at det var adgang til å gjennomføre konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring, da avvisingen av tilbyderne var rettmessig, jf. forskriften § 14-4 første ledd bokstav a. Anskaffelsen har vært basert på konkurranse, hvor kravene til likebehandling og forutberegnelighet har vært ivaretatt, og konkurransen har vært gjennomført i tråd med god anbuds- og forretningsskikk. Innklagede har dermed ikke foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, og det er ikke hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr. Samtlige tilbydere har blitt invitert til å delta videre i konkurransen med forhandlinger, og det ble ikke foretatt vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene. Uansett har innklagede ikke handlet forsettlig eller grovt uaktsomt. Innklagede har avvist og mottatt klager fra samtlige tilbydere, som viser at innklagede ikke har forskjellsbehandlet tilbyderne ved vurderingen om avvising. Innklagede mottok ikke klage på avvisingen av klagers tilbud i den første konkurransen før etter at valget av leverandør i konkurransen med forhandling var gjennomført, og gjennomførte dermed konkurransen i den tro at klager aksepterte avvisingen. Eventuelle mangler ved begrunnelsen for avvising er under enhver omstendighet ikke grove overtredelser av regelverket sett i sammenheng med forholdene som allerede er påpekt. Innklagede påpeker at klagen ikke ville hatt betydning for vurderingen av hvorvidt valgte leverandør skulle fått forlenget den eksisterende rammeavtalen med denne leverandøren.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klagen gjelder både påstand om ulovlig direkte anskaffelse og påstander om andre brudd på regelverket. Når det gjelder saker om ulovlig direkte anskaffelse følger det av forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd at kravet til saklig klageinteresse ikke gjelder. Når det gjelder klagefrist, følger det av klagenemndsforordningen § 13a at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd. Av bestemmelsen fremgår at adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått, og at fristen avbrytes ved at klagenemnda meddeler oppdragsgiver at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkteanskaffelse. Klagen er således rettidig.
- (38) Når det gjelder klagers øvrige anførsler har klager deltatt i begge konkurransene og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er også for denne del rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 6, 2. ledd. Anskaffelsen gjelder en varekontrakt, og følger etter innklagedes anslåtte verdi for anskaffelsen lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og del III, jf. § 2-1 (4), jf. § 2-2(1).

Klagen knyttet til den første konkurransen

- (39) Klager har anført at innklagede ikke hadde anledning til å avvise selskapets tilbud i den første konkurransen og at innklagede dermed heller ikke hadde anledning til å avlyse konkurransen. Klager har videre anført at det innebærer en ulovlig direkte anskaffelse å inngå kontrakt etter å ha gjennomført en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring idet innklagede etter klagers oppfatning skulle stått igjen med klagers tilbud og da hadde vilkårene for forhandlet konkurranse uten kunngjøring ikke vært oppfylt.
- (40) Vedrørende spørsmålet om avlysning følger det av klagenemndas tidligere etablerte praksis, jf. blant annet sakene 2010/7 premiss (50) og 2008/216 premiss (36) at en oppdragsgiver kan ha saklig grunn til å avlyse en konkurranse etter forskriften § 22-1 (1) dersom det bare foreligger ett tilbud. Det vises til EU-domstolens sak C-27/98, hvor det ble lagt til grunn at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan sammenligne prisene eller de øvrige elementene i de forskjellige tilbudene og dermed kan avlyse som følge av manglende konkurranse. I dette tilfellet hadde innklagede avvist samtlige tilbud i konkurransen. Klager har anført at selskapets tilbud ikke skulle vært avvist, men har ikke bestridt at de øvrige tilbudene ble avvist. Situasjonen da hadde i så fall vært at innklagede hadde stått igjen med ett tilbud. Slik klagenemnda ser det, kunne innklagede da etter nemndas tidligere praksis uansett avlyst konkurransen som følge av manglende konkurranse. Nemnda finner da ikke grunn til å ta stilling til klagers anførsel om at selskapets tilbud ikke skulle vært avvist. Det kan i det følgende dermed legges til grunn at konkurransen rettmessig er avlyst. Spørsmålet blir da om det innebærer en ulovlig direkte anskaffelse å tildele kontrakt etter å ha gjennomført en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter at den første konkurransen var rettmessig avlyst.
- (41) Etter forskriften § 14-4 (1) bokstav b kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ”dersom det i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i kontraktsvilkårene”. I

klagenemndas saker 2010/7 premiss (61) og 2008/24 premiss (123) ble det henvist til veilederen for offentlige anskaffelser side 93, hvor det fremgår at: *"Tilbudene anses som uegnet når de ikke oppfyller oppdragsgiverens formål med anskaffelsen slik det er beskrevet i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget"*.

- (42) Basert på dette fant nemnda i sak 2010/7, som viste til sak 2008/24, at det første vilkåret i § 14-4 (1) for å benytte forhandlet konkurranse uten forutgående konkurranse måtte anses oppfylt når innklagede rettmessig hadde hatt adgang til å avlyse den forutgående anbudskonkurransen. Nemnda legger samme rettsoppfatning til grunn i foreliggende sak. Det første vilkåret i § 14-4 (1) for forhandlet konkurranse er dermed oppfylt. Det neste vilkåret, at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i kontraktsvilkårene, er også oppfylt i dette tilfellet. Innklagede hadde dermed anledning til å gjennomføre konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring, og det foreligger da heller ikke noen ulovlig direkte anskaffelse ved tildeling av kontrakt til valgte leverandør. Klagers anførsel på dette punkt kan dermed ikke føre frem.

Vedrørende begrunnelsen for avvisning av klagers tilbud i den første konkurransen

- (43) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til begrunnelse i forskriften § 20-16 (2) bokstav c, ved at det verken på tidspunktet for avvisning av selskapets tilbud eller ved klagers klage på manglende begrunnelse for avvisningen er gitt en tiltrekkelig (skriftlig) begrunnelse for hvorfor klagers tilbud ble avvist i den første konkurransen.
- (44) Det følger av forskriften § 20-16 (2) bokstav c at oppdragsgiver *"skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom[...]et tilbud blir avvist"*. Ordlyden peker på at det er en lite omfattende begrunnelse som kreves. Hensynet bak regelen er at leverandøren skal kunne vurdere om avvisningen er i samsvar med regelverket, og da forutsetningsvis kunne påklage denne hvis leverandøren mener at avvisningen ikke er rettmessig.
- (45) I klagenemndas sak 2006/7 ble det lagt til grunn at *"Ordlyden tilsier at det må anses tilstrekkelig å angi årsaken til at tilbudet ble avvist ved å vise til avvisningsgrunnen og hjemmelen for avvisningen, samt hvilke faktiske forhold i tilbudet som begrunner avvisningen."* Det må dermed legges til grunn at når en oppdragsgiver velger å avvise et tilbud så skal det opplyses også om det faktiske forhold som gir grunnlag for avvisningen.
- (46) Klager ble i brev av 26. mai 2010 meddelt at selskapets tilbud var blitt avvist etter at innklagede hadde foretatt en ny vurdering av tilbudene som følge av at valgte leverandør (iFinger) påklaget den første tildelingsbeslutningen. I brevet ble det gitt følgende begrunnelse for at klagers tilbud var blitt avvist: *"tatt forbehold/at det foreligger uklarheter i tilbudet som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*. Etter dette har partene opplyst at klager er gitt noe mer utfyllende informasjon om avvisningsgrunnen i en telefonsamtale, men partene er uenige om hvor utfyllende denne informasjonen har vært, og klager har bestridt at det ble gitt noen nærmere begrunnelse for hvorfor selskapets tilbud ikke ble ansett å oppfylle kravet til kompatibilitet. Utover dette er klager i ettertid blitt tilsendt den dokumentasjon selskapet ba om i brev av 7. juli 2010. Dette skjedde i innklagedes brev av 8. juli 2010.
- (47) Siden den begrunnelsen klager har fått skriftlig ikke viser hvilke faktiske forhold i tilbudet som begrunner avvisningen, må det legges til grunn at innklagedes uoppfordrete begrunnelse ikke tilfredsstiller kravet i forskriften § 20-16 (2) bokstav c. Det foreligger derfor et brudd på denne bestemmelsen.

- (48) Klager har så anført at det heller ikke er gitt en tilfredsstillende nærmere begrunnelse for avvisningen av klagers tilbud i den første konkurransen, etter at klager ba om dette i brev av 7. juli 2010.
- (49) Av forskriften § 20-16 (4) følger det at en leverandør etter anmodning skal få en nærmere begrunnelse innen 15 dager for hvorfor tilbudet er avvist. Selv om bestemmelsens tredje setning kun viser til avvisning av tilbud i tilfellene som nevnt i § 17-3, legger klagenemnda til grunn at plikten til å gi en nærmere begrunnelse for hvorfor tilbudet er avvist må gjelde generelt.
- (50) I det innklagede i svarbrevet av 8. juli 2010 og senere brev kun har nøydt seg med å vise til den begrunnelsen som var gitt i avvisningsbrevet av 26. mai 2010, kan dette ikke være tilstrekkelig når denne ikke oppfylte forskriftens krav til kort begrunnelse i § 20-16 (2) bokstav c. Dette utgjør et brudd på kravet til begrunnelse i forskriften § 20-16 (4).
- (51) For øvrig har partene vært uenige i om det har blitt gitt en tilstrekkelig begrunnelse muntlig. Klager har hevdet at innklagede i en telefonsamtale kun har uttalt at avvisningen var grunnet i manglende oppfyllelse av et krav i konkurransegrunnlaget til kompatibilitet og at det ikke ble nærmere redegjort for dette, mens innklagede har uttalt at det her ble gitt en tilstrekkelig begrunnelse. Klagenemnda bemerker her at en muntlig begrunnelse uansett ikke kan erstatte kravet til skriftlig kort begrunnelse i forskriften § 20-16 (2) bokstav c.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud i den andre konkurransen

- (52) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e, da den tospråklige franskordboken ikke oppfylte konkurransegrunnlagets krav til minimum antall ord.
- (53) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav e at et tilbud skal avvises dersom det *"inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Av konkurransegrunnlaget fremgikk det under kravspesifikasjonen i punkt 4.3 at de digitale ordbøkene som et minimum skulle inneholde *"Tospråklig franskordbok minimum 24 000 ord fra hvert språk"*. Kravspesifikasjonen gir dermed uttrykk for et minstekrav for franskordbok på 24 000 ord på henholdsvis norsk og fransk, dvs. totalt minimum 48 000 ord. Klager har påstått at valgte leverandørs tilbudte fransk ordbok kun inneholder totalt 45 000 ord.
- (54) Innklagede har anført at når valgte leverandør både i tilbudet og i påfølgende forhandlinger bekreftet at alle ordbøkene tilfredsstilte kravene til antall og fordeling av ord, måtte dette legges til grunn ved evalueringen av tilbudet. Leverandøren oppfylte da etter innklagedes syn minstekravet til antall ord for fransk ordboken.
- (55) Før kontrakt ble inngått anførte klager i brev av 15. juli 2010 til innklagede at det var holdepunkter for at valgte leverandør ikke oppfylte kravspesifikasjonen. Vedlagt brevet var et utdrag fra valgte leverandørs tilbud på tospråklig franskordbok i en annen konkurranse, som gav støtte for klagers anførsel. Klager har også under saksforberedelsen for klagenemnda sendt inn brosjyrer som gir uttrykk for at valgte leverandør ikke oppfyller kravene til minimum antall ord. Klager hevder at innklagede basert på dette hadde en plikt til å utrede hvorvidt informasjonen som var gitt, var korrekt.
- (56) Klagenemnda bemerker at valgte leverandørs opprinnelige tilbud i den forhandlede konkurransen gir motstridende opplysninger vedrørende antall ord, da det fremgår

forskjellige steder at ordboken inneholder både 45 000 ord, og andre steder at den inneholder 50 000 ord. Det fremgår imidlertid av referatet fra forhandlingsmøtet at forholdet var omtalt på forhandlingsmøtet og at valgte leverandør der har bekreftet å oppfylle minstekravet. Dette fremgår også av punkt 4.3.2 i valgte leverandørs opprinnelige tilbud.

- (57) Partene kan i en forhandlet konkurranse forhandle om alle sider av tilbudet, jf. forskriften § 22-11 (4), jf. § 14-14. Det har således ingen betydning om valgte leverandør eventuelt opprinnelig ikke oppfylte kravspesifikasjonen minstekrav til antall ord. Når innklagede har uttalt at dette er klarert og bekreftet av valgte leverandør under forhandlingene, må nemnda legge til grunn at dette forhold i alle fall senest på dette tidspunkt er brakt i samsvar med minstekravene. Innklagede kunne da videre i tilbudsevalueringen legge til grunn at valgte leverandørs tilbudte ordbok ikke inneholdt noen avvik fra kravspesifikasjonen, og det forelå da heller ingen plikt til å avvise tilbudet. Dersom valgte leverandør i ettertid ikke kan oppfylle i samsvar med opplysningene i tilbudet, vil innklagede være beskyttet av reglene om kontraktsbrudd. Klagers anførsel på dette punkt har dermed ikke ført frem.

Klagebehandlingen etter den andre konkurransen

- (58) Klager har anført at innklagedes klagebehandling etter den andre konkurransen utgjør et brudd på de grunnleggende kravene i lovens § 5. Det er for det første vist til at innklagede ikke har kommentert selskapets klage over tildelingsbeslutningen i den andre konkurransen, og heller ikke kommentert etterfølgende dokumentasjon om at valgte leverandør ikke oppfyller kravspesifikasjonen. Videre vises det til at kontrakt med valgte leverandør ble inngått dagen etter at innklagede besvarte klagen. Klager hevder at dette viser at klagen umulig kan ha blitt realitetsbehandlet.
- (59) Av forskriften § 20-16 (4) følger det at en leverandør som anmoder om det innen 15 dager har rett til en nærmere begrunnelse for hvorfor vedkommendes forespørsel om å delta i en konkurranse er forkastet eller hvorfor vedkommende ikke er tildelt kontrakt. Klagenemnda legger til grunn at dette også må innbefatte en plikt til å gi en nærmere begrunnelse for eller i det minste gi en kommentar til hvorfor en bestemt leverandør ikke er avvist, hvis en av de øvrige leverandørene fremsetter en klage over det.
- (60) Av fremlagt dokumentasjon følger det at innklagede overhodet ikke har kommentert klagers klage over den manglende avvisningen av valgte leverandørs tilbud. Innklagedes behandling av klagen har utelukket begrenset seg til å oversende den dokumentasjon klager ba om. Dette kan ikke anses tilfredsstillende etter forskriften § 20-16 (4), og det foreligger således med dette et nytt brudd på denne bestemmelsen.
- (61) Utover dette kan nemnda imidlertid ikke se at innklagede skulle vært forpliktet til å foreta noen nærmere undersøkelser, da nemnda uansett ovenfor har lagt til grunn at det var i samsvar med regelverket ikke å avvise valgte leverandør. At kontrakt ble inngått dagen etter at klagen ble besvart, kan nemnda heller ikke se at skal være i strid med regelverket eller tilsi at klagen ikke er blitt realitetsbehandlet. Det avgjørende må her være at klagen faktisk er blitt behandlet før kontrakten ble inngått, jf. Klagenemndas sak 2008/105 og 2008/32. Når det gjelder klagers påstand om at innklagede på telefon skal ha uttalt at en klage ikke ville tale til klagers fordel, har innklagede bestridt dette, og klagenemnda er da med skriftlig saksbehandling ikke egnet til å ta stilling til dette.

Konklusjon:

Akershus fylkeskommune har brutt forskriften § 20-16 (2) bokstav c og (4) ved ikke å gi en tilfredsstillende begrunnelse for hvorfor klagers tilbud ble avvist i den første konkurransen.

Akershus fylkeskommune har brutt forskriften § 20-16 (4) ved at klagers klage over tildelingsbeslutningen i den andre konkurransen overhodet ikke ble kommentert.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

22. desember 2010

Tone Kleven