



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede er tilsluttet en rammeavtale med flere leverandører om levering av blant annet mobiltelefoni. Ved tildeling av kontrakt under rammeavtalen gjennomførte innklagede ingen minikonkurranse, men gjorde en ny evaluering av vilkårene i rammeavtalen. Ved vurderingen la innklagede blant annet til grunn sitt eget, forventede forbruksvolum og multipliserte dette med de tilbudte enhetspriser. Klagenemnda kom til at rammeavtalen ikke åpnet for en slik fremgangsmåte ved tildeling av kontrakt under rammeavtalen. Innklagede hadde således handlet i strid med forskriften § 15-3 (2) og kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 18. oktober 2010 i sak 2010/33

Klager: TDC AS

Innklaget: Universitetet i Bergen

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Jakob Wahl og Andreas Wahl

Saken gjelder: Tildeling av kontrakt under rammeavtale.

Bakgrunn:

- (1) UNINETT AS eies av Kunnskapsdepartementet, og driver nett og netttjenester for universiteter, høyskoler og forskningsinstitusjoner. UNINETT AS foretar innkjøp på vegne av 98 virksomheter innen utdannings-, forsknings- og kunnskapssektoren, herunder Universitetet i Bergen (heretter kalt innklagede).
- (2) UNINETT AS kunngjorde 14. januar 2009 en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av en eller flere rammeavtale(r) for abonnement og trafikk på fast- og mobiltelefoni. Tilbudsfristen var 25. februar 2009 og vedståelsesfristen var opprinnelig 25. juni 2009, men ble senere forlenget til 15. september 2009.
- (3) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 **"Anskaffelsens innhold"** at anskaffelsen var delt opp i fire kategorier, deriblant kategorien **"Mobiltelefoni"**, hvor det ble etterspurt **"abonnement og mobிலoriginert trafikk innen to delkategorier. Anbydere kan velge å gi tilbud på én eller begge deler"**. Disse delkategoriene var **"a. Abonnement med høyere tjenestekompleksitet."** og **"b. Abonnement med lavere / ordinær tjenestekompleksitet."** Foreliggende klage gjelder kun kategorien **"Mobiltelefoni"** med **"lavere / ordinær tjenestekompleksitet"** (heretter benevnt mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet).
- (4) Av kunngjøringen del II **"KONTRAKTENS GJENSTAND"** følger det at UNINETT AS skulle inngå rammeavtale med flere, men maksimalt tre, leverandører. Rammeavtalene, som har en varighet på to år med opsjon på forlengelse i ett pluss ett år, skulle tildeles tilbydere med de økonomisk mest fordelaktige tilbudene. Av

konkurranses grunnlaget fremgår det at tildelingskriteriene for mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet, var "Priser / livsløpskostnader", vektet 65 %, "Teknisk kvalitet", vektet 15 % og "Administrative forhold", vektet 20 %.

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 sies følgende om anskaffelsens omfang:

"Det totale omfanget av anskaffelsen i sektoren, har tidligere ligget på 60-80 MNOK per. år.

[...]

1.5.2 Mobiltelefoni

Antall abonnementer på eksisterende mobilavtale med NetCom er 6900 bedriftseide mobilabonnement. I tillegg tilkommer ca 2000 abonnement hvor en privatperson står som juridisk eier.

Antall abonnementer på eksisterende avtale med Telenor er omlag 2700, som i all hovedsak er bedriftseide abonnement.

*Regnearket "3 Prisskjema" viser estimert volum **per abonnement** per år for den enkelte trafikkstrøm på eksisterende avtaler."*

- (6) Om fremtidige avrop under rammeavtalen står følgende i konkurransegrunnlaget punkt 2.6 "**Avrop**":

"Alle virksomheter som er listet opp i dokumentet "7 rettighetshavere" skal ha rett til å benytte den inngåtte rammeavtalen.

Hver virksomhet som ønsker å tiltre en avtale må tegne en egen avropsavtale. Her nedfelles de enkelte kundespesifikke forhold i egne bilag til rammeavtalen. Spesielle krav fra en institusjon som medfører ekstrakostnader for leverandøren, skal kun belastes den/de institusjoner som stiller kravet.

Dersom det skal velges mellom flere enn én rammeavtale, skal virksomheten gjennomføre en evaluering, normalt etter minikonkurranse, for å velge leverandør.

Det åpnes for at UNINETT kan inngå avtale på vegne av flere kundeinstitusjoner dersom dette er fordelaktig."

- (7) Av konkurransegrunnlaget punkt 5 "**Tildelingskriterier/vekting**" fremgår følgende om "Tildelingskriterier og vekting i minikonkurranser":

"Vilkårene i rammeavtalen vil være fast. Tildelingskriteriene ved minikonkurransene vil være de samme som for rammeavtalen. Utgangspunktet for vekting vil være det samme som for rammeavtalen, i tillegg kan hver institusjon variere vektingen med +/- 10 % - poeng."

- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud på de forskjellige tjenestekategoriene fra ni tilbydere. For angjeldende kategori mottok innklagede åtte tilbud, herunder et tilbud fra TDC AS (heretter kalt klager) og et tilbud fra NetCom (heretter kalt valgte leverandør).

- (9) Ved UNINETT AS' brev 2. september 2009 ble tilbyderne meddelt om valget av leverandører for de ulike tjenestekområdene, herunder at klager og valgte leverandør var tildelt kontrakten for kategorien mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet. I brevet ble det også redegjort for hvordan UNINETT AS hadde gjennomført evaluering av tilbudene, samt gitt en frist til å klage over tildelingen til 14. september 2010. Fra brevet hitsettes følgende om evalueringen av klagers og valgte leverandørs tilbud på mobiltelefoni under tildelingskriteriet "Priser / livsløpskostnader":

"[...]"

B: Abonnement med normal tjenestekompleksitet

I eksisterende avtale er det omtrent 6900 abonnement med normal tjenestekompleksitet. Tilbudte priser for gjennomsnittlig forbruk. Prisberegninger for volumer oppgitt i konkurransegrunnlaget.

Leverandør	Per abonnement, 4 år	Totalt, 4 år	Prisforskjell til billigste
[...]	[...]	[...]	[...]
[Klager]	2981	20 568 679	0,0 %
[...]	[...]	[...]	[...]
[Valgte leverandør]	5201	35 891 903	74,5 % "

- (10) Av UNINETT AS' evaluering av tilbud på rammeavtale på mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet, fremgår det videre at klagers tilbud fikk høyeste totale poengsum, og at valgte leverandør fikk nest høyeste poengsum. Fra UNINETT AS' evalueringsskjema hitsettes:

		"[Klager]"	[Valgte leverandør]
<i>Priser / livsløpskostnader</i>	65 %	7,69	5,79
<i>Teknisk kvalitet</i>	15 %	10,00	10,00
<i>Administrative forhold</i>	20 %	9,00	8,33
Sum	100 %	8,30	6,93"

- (11) For tjenestekområdet mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet inngikk UNINETT AS rammeavtale med klager og valgte leverandør. Rammeavtalen med klager ble inngått 15. september 2009, og er på totalt 215 sider og har 14 bilag. Fra avtalens punkt 0. "GENERELLE VILKÅR" hitsettes:

"Avrop

Alle virksomheter som er listet opp i Bilag 14 - Rettighetshavere skal ha rett til å benytte den inngåtte rammeavtalen. Hver virksomhet som ønsker å tiltre en avtale må tegne en egen avropsavtale. Her nedfelles de enkelte kundespesifikke forhold i egne bilag til rammeavtalen. Spesielle krav fra en institusjon som medfører ekstrakostnader for leverandøren, skal kun belastes den/de institusjoner som stiller kravet.

Dersom det skal velges mellom flere enn én rammeavtale, skal virksomheten gjennomføre en evaluering, normalt etter minikonkurranse, for å velge leverandør."

- (12) Fra rammeavtalens bilag 12 "Gjenåpning av konkurransen [...] Minikonkurransegrunnlag" hitsettes:

"Avropskonkurranse ("minikonkurranse")

[...]

1 Gjennomføring av minikonkurranse

[...]

Virksomheten ønsker med dette å gjennomføre minikonkurranse i tråd med det som er fastsatt i avtalene, som regulert av Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 15-3 (2) og (3).

Virksomheten fyller ut dette dokumentet (gule felt) og supplerer eventuelt med egne opplysninger. Minikonkurranse dokumentet sendes deretter til alle leverandører i rammeavtalen.

Det er ikke adgang til å forhandle om enhetspriser slik disse er fastsatt i rammeavtalene mellom Leverandørene og UNINETT. Tekniske og administrative forhold som avviker fra rammeavtalen kan beskrives og forespørres. Det forutsettes at dette ikke avviker vesentlig fra Rammeavtalen.

Dersom virksomheten ikke føler behov for ytterligere opplysninger, utover det som står i rammeavtalene, kan det gjennomføres en evaluering av de eksisterende rammeavtalene. Virksomheten plikter uansett å gjøre en evaluering av alle avtaler med basis i tildelingskriteriene i punkt 2. Leverandørene skal opplyses om resultat av evalueringen og valg av leverandør.

[...]

2 Tildelingskriterier

Virksomheten vil evaluere de innkomne tilbudene og tildele kontrakten til Leverandøren som inngir det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut i fra følgende kriterier:

2.1 Kriterier, mobiltelefoni "normal"

Omfatter normale mobiltelefonitjenester, inkludert data, 3G, og enkle integrerte løsninger.

	Vekt:
Priser / Livsløpskostnader	55 % – 75 %
Tilbudte priser for gjennomsnittlig forbruk, herunder utland	
Priser ved simulering av endring / utvikling i trafikkstrømmer	
Teknisk kvalitet	5 % - 25 %
[...]	
Administrative forhold	10 % – 30 %
[...]	
SUM	100 %

[...]

3 Kontrakt

Valg av leverandør skal resultere i inngåelse av en avropsavtale (tilslutningsavtale) mellom Virksomheten og den valgte Leverandøren. Denne avropsavtalen blir et bilag til Rammeavtalen mellom Leverandøren og UNINETT.

Ved avvik mellom avropsavtalen og rammeavtalen, er det betingelsene i avropsavtalen som skal være styrende.

4 Virksomhetens behov

Virksomheten bes her beskrive eventuelle lokale forhold som påvirker kravene til mobiltelefoni, herunder:

- Ønsket SLA-nivå, dersom virksomheten ønsker annet nivå enn det som er beskrevet i rammeavtalene.

- Ønskede rutiner for bestilling (via ehandel/web, forhandler, etc), dersom virksomheten ønsker andre rutiner enn det som er beskrevet i rammeavtalene.

- Ønskede ekstratjenester (administrasjonssystem, sikkerhetsløsninger, etc) ”

- (13) Som rammeavtalens bilag 13 **”Avropsskjema”** var det vedlagt et utkast til kontrakt for de kommende avrop, samt et utkast til protokoll for gjennomføring av avrop. Fra sistnevnte, kalt **”Protokoll for minikonkurranse / avropsevaluering”** hitsettes:

”Om evalueringen

Denne protokoll dokumenterer evaluering av eksisterende rammeavtaler som inngått mellom UNINETT og leverandørene, benevnt ”Trafikkavtale Telefoni” av 14. september 2009, eventuelt med spørsmål til leverandørene om supplerende opplysninger (i form av en minikonkurranse)

Evalueringen er utført i tråd med det som er fastsatt i rammeavtalene, og som regulert av Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 15-3 (2) og (3).

Enhetspriser er evaluert som oppgitt i rammeavtalene.

Volumer (antall abonnement, ringemønstre, behov for ekstratjenester (data mm.) er basert på virksomhetens beste estimer, evt. basert på eksisterende statistikk.

Om prosessen

Virksomheten har gjennomført en evaluering av de eksisterende rammeavtalene.

ENTEN

Virksomheten føler ikke behov for ytterligere opplysninger, utover det som står i rammeavtalene. På bakgrunn av rammeavtalene er det derfor foretatt en evaluering av alle tre tilbud, med basis i tildelingskriteriene i UNINETTs opprinnelige anbudskonkurranse.

ELLER

Det er i tillegg gjennomført en forespørsel (minikonkurranse) mot de tre leverandørene i kategorien.”

- (14) I rammeavtalens bilag 14 "Rettighetshavere" var det en liste over de ulike offentlige innkjøperne som var omfattet av rammeavtalen. Blant disse var innklagede.
- (15) De offentlige innkjøperne som var omfattet av rammeavtalen fikk tilsendt en veiledning til hvordan avrop skulle foretas, kalt "AVROP OG MINIKONKURRANSE – EN KORT INNFORING", som var utarbeidet av UNINETT AS. Fra veiledningen hitsettes:

"Bakgrunn

Dette dokumentet gjør et forsøk på å KORT beskrive hvordan man tar i bruk de nye telefoni-avtalene som er inngått av UNINETT.

[...]

2. Direkte evaluering eller minikonkurranse

Rammeavtalene ligger til grunn for leveransen.

Dersom virksomheten ikke føler behov for ytterligere opplysninger utover det som står i rammeavtalene, er det ikke nødvendig å be leverandørene om nye tilbud. Man gjennomfører da en direkte evaluering av avtalene.

Virksomheten bruker da rammeavtalene som et grunnlag og velger leverandør ut ifra dette (Gå rett til punkt 4).

Dersom dere har ytterligere krav som ikke er beskrevet i rammeavtalene, må dere gjøre en minikonkurranse, slik at leverandørene får anledning til å svare på kravet.

3. Gjennomføre minikonkurranse

Beskriv hvilke egne krav institusjonen har som krever nye opplysninger fra leverandørene. Benytt gjerne vedlagt "3_Minikonkurransergunnlag.doc" som mal.

[...]

4. Evaluering

Uansett om man har gjennomført en minikonkurranse eller benyttet rammeavtalene som grunnlag, skal det gjøres en evaluering av leverandørene (tilbudene i minikonkurransen eller innholdet i rammeavtalene). Evalueringen skal bruke de samme kriterier som UNINETT har opplyst i anbudspapirene.

Benytt gjerne vedlagt "4_Evaluering_avrop.xls" som mal.

I dette dokumentet ligger de poeng-score som leverandørene oppnådde i vår evaluering av alle tilbud. Dere skal alle ha mottatt en oppsummering av evalueringen som gir vår vurdering knyttet til hvert punkt, slik at dere har noe å støtte dere på i prosessen."

- (16) Innklagede ønsket å gjøre avrop vedrørende mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet. Det ble ikke gjennomført en minikonkurranse. I stedet foretok innklagede en ny evaluering av klagers og valgte leverandørs rammeavtaler, uten at disse innga nye tilbud. Evalueringen baserte seg på innklagedes estimer over fremtidig behov for de aktuelle tjenestene. Innklagede hadde ingen tekniske eller administrative krav som gikk utover rammeavtalens bestemmelser.

- (17) Innklagede avholdt et møte med klager 11. november 2009, hvor resultatet fra evalueringen ble gjennomgått.
- (18) Fra innklagedes protokoll for gjennomføringen av avrop under de inngåtte rammeavtalene, datert 11. november 2009, hitsettes blant annet:

"Om evalueringen

Denne protokoll dokumenterer evaluering av eksisterende rammeavtaler som inngått mellom UNINETT og leverandørene, benevnt "Trafikkavtale Telefoni" av 14. september 2009, eventuelt med spørsmål til leverandørene om supplerende opplysninger (i form av en minikonkurranse)

Evalueringen er utført i tråd med det som er fastsatt i rammeavtalene, og som regulert av Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 15-3 (2): Evalueringen er foretatt uten minikonkurranse, da den skjer på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen.

Enhetspriser er evaluert som oppgitt i rammeavtalene.

Volumer (antall abonnement, ringemønstre, behov for ekstratjenester (data mm.)) er basert på virksomhetens beste estimer.

Om prosessen

Virksomheten har gjennomført en evaluering av de eksisterende rammeavtalene.

Virksomheten føler ikke behov for ytterligere opplysninger, utover det som står i rammeavtalene. På bakgrunn av rammeavtalene er det derfor foretatt en evaluering av alle tre tilbud, med basis i tildelingskriteriene i UNINETTs opprinnelige anbudskonkurranse

Evaluering, "mobiltelefoni normal"

Det er foretatt en evaluering som angitt i dokumentet "Beregninger anbud 2009.xls", samt brev fra IT-direktør, 2009/12731, journalført 16.10.09.

Vektingen er justert i henhold til virksomhetens vurdering av kriteriene.

Priser / livsløpskostnader

75 %

Begrunnelse:

Med basis i de oppgitte enhetspriser er det beregnet gjennomsnittskostnader per abonnement, og totalkostnader for virksomheten.

UiB har foretatt evaluering av estimerte mobilstrømmer. Resultatet er entydig, at Netcom ved alle volumer, der en forutsetter en datatrafikk, er billigere.

UiB har gjennomført beregninger på ulike trafikkstrømmer, og har skissert 2 ulike standardvolumer:

[...]

I tillegg vil konverteringskostnader tilkomme med alternativt valg. Da disse ikke kan bli utslagsgivende, men heller forsterke den økonomiske fordel for billigste abonnement, vil UiB ikke estimere disse.

Teknisk kvalitet

15 %

Begrunnelse:

UiB ser ikke at en har grunn til å legge annen evaluering enn Uninett.

Administrative forhold

10 %

Begrunnelse:

UiB ser ikke at en har grunn til å legge annen evaluering enn Uninett.

[...]

Beslutning og informasjon

Konklusjonen er at Netcoms tilbud, selv uten estimering av konverteringskostnader, åpenbar og betydelig. Ved økende datatrafikk, blir også forskjellene økende. Priser/livsløpskostnader representerer en vekting på 75 %. Mindre forskjeller i øvrige kriterier, kan ikke endre dette forhold.

Basert på ovenstående evaluering har virksomheten besluttet å inngå avropsavtale med:

Netcom *På "mobiltelefoni normal"*

Leverandørene ble opplyst om resultat av evalueringen og valg av leverandør"

- (19) Innklagede meddelte klager om valget av leverandør i e-post 17. november 2009. Av e-posten fremgår det at innklagede ville slutte seg til UNINETT AS' rammeavtale med valgte leverandør, som da ble primær leverandør. Klager ville bli valgt som sekundær leverandør, og kunne således benyttes dersom dekningsmessige forhold tilsa det. Fra e-posten hitsettes:

"Ad. Evaluering av foreliggende tilbud på mobiltelefoni gjennom Uninett AS..

På bakgrunn av Uninetts inngåtte avtaler på mobiltelefoni 2009, har UiB evaluert foreliggende tilbud fra Netcom og TDC. Evalueringen forutsetter valg av det økonomisk sett mest fordelaktige tilbud, basert på følgende kriterier:

Økonomi (55-75%) (totale eierkostnader i perioden)

Teknisk kvalitet (5-25%) (Implementering, integrasjon, SLA-nivå, support.)

Adm forhold (10-30%) (Rapportering, fakturering, Bestilling, reklamasjon.)

[...]

Evaluering

Evalueringen er basert på et forventet bruksmønster. Vi har valgt å legge til grunn en standardbruker; og vi legger til grunn et månedlig uttak som følger:

[...]

Tendensen er at høyere taleforbruk, styrker TDC. I regnestykket Eks 1 har vi regnet 10 utgående mobilsamtaler a 2 min pr dag 30 dager i måneden, (som synes som et svært høyt anslag). Valg av TDC medfører en merkostnad på mer enn 800.000 kr i abonnement og avgifter. I eks 2 legger vi til grunn 5 utgående samtaler pr dag, og reduserer dataforbruket til 1 dag max-uttak. Fremdeles ligger TDC mer enn 10 % over Netcom. UiB forventer også at datatrafikken vil øke kraftig i tiden fremover.

Konklusjonen at alene ved kostnader til forventet bruk (abonnement/tellerskritt/data), er Netcom alltid billigere. I tillegg til disse kostnadene vil en ved eventuell konvertering også måtte kalkulere konverteringskostnader. Erfaringene ved siste konvertering tilsier at disse ikke må anslås for lavt. Da konverteringskostnadene ikke kan endre det totale kostnadsbildet, men i stedet gjøre forskjellene enda større, har vi ikke anslått disse.

Det er ikke funnet forskjeller på "øvrige forhold" og "teknisk kvalitet" som er av verdi for UiB.

Prosess:

UiB har valgt å basere seg på inngitte priser til Uninett. UiB har vært i dialog med avtaleeier Uninett om UiBs forståelse av evalueringsprosessen. Leverandører ble også kontaktet og gitt informasjon om fremgangsmåten. Vi har ikke mottatt innsigelser. I stedet oppfattet vi at TDC ga sin tilslutning til fremgangsmåten. TDC ble med en ukes varsel innkalt til møte ved UiB for å gjennomgang orientert om resultatet av evalueringen. Dette ble avholdt på UiB 11.11.2009.

[...]

Eventuelle innsigelser til undertegnede innen 23.11.09 kl 09.00."

- (20) Partene hadde kontakt via e-post 23. november 2009, vedrørende spørsmål om forlengelse av fristen for å komme med innsigelser til tildelingen av kontrakt. Klager ba i den forbindelse om at kontrakt ikke ble inngått før klager hadde fått anledning til å vurdere mottatt dokumentasjon. Det ble videre bedt om innsyn i anbudsprotokollen, "herunder hvordan evaluering av leverandører er gjennomført samt hvilke kriterier er lagt til grunn". Fra e-posten siteres:

"TDC mener det er grunn til å undersøke nærmere tildelingsprosessen for mobiltelefoni hos UiB i og med at UiB har informert om at beslutningen for utvelgelse av leverandør for mobiltelefoni er basert på gjeldende rammeavtale med UNINETT og at UiB ikke har funnet det nødvendig å utlyse en minikonkurranse.

Slik TDC leser forskrift om offentlige anskaffelser (jfr. § 15-3 (2)) foretas tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler som er inngått med flere leverandører på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres en ny konkurranse. Med andre ord dersom virksomheten mener det ikke er behov for ytterligere opplysninger utover det som står i rammeavtalen, er det ikke nødvendig å be leverandørene om nye tilbud.

TDC antar, på bakgrunn av ovenstående, at UiB har funnet at det ikke er nødvendig med en minikonkurranse. Dersom vi legger dette prinsippet til grunn, er UiB forpliktet til å følge det grunnlaget og de tildelingskriterier som er lagt til grunn i rammeavtalen

for evaluering av leverandør. Basert på den e-postkorrespondansen mottatt fra dere vedrørende dette, kan ikke TDC se at verken grunnlaget eller tildelingskriteriene som er lagt til grunn i rammeavtale for evaluering av leverandør er fulgt."

- (21) Innklagede besvarte klager ved e-post 24. november 2009, hvor anskaffelsesprotokollen var vedlagt. Innklagede opplyste om at kontraktsinngåelse var foreløpig utsatt, og at innklagede var villig til utsette fristen for å komme med innsigelser. Fra e-posten hitsettes blant annet:

"I forbindelse med evalueringen av foreliggende tilbud har UiB informert TDC, ved Erling Sælen, løpende:

5.11.09 ble orientert om UiBs forståelse av foreliggende Rammeavtale, og at UiB ikke så grunn til å holde minikonkurranse, men foreta evaluering på bakgrunn av foreliggende vilkår i avtalene, på vårt beste estimerte trafikkgrunnlag. Ref. Uninetts orientering:

"Dersom virksomheten ikke føler behov for ytterligere opplysninger, utover det som står i rammeavtalene, kan det gjennomføres en evaluering av de eksisterende rammeavtalene. Virksomheten plikter uansett å gjøre en evaluering av alle avtaler med basis i tildelingskriteriene i punkt 2. Leverandørene skal opplyses om resultat av evalueringen og valg av leverandør."

TDC hadde ingen innvending, men følte seg komfortabel med vår forståelse og prosess."

- (22) Klager og innklagede hadde kontakt via telefon og e-post 25. november 2009, og ble enige om at fristen for å komme med innsigelser skulle settes til 27. november 2009 klokken 09.00. Klager sendte en e-post med tilbakemelding innen fristen, som innklagede besvarte ved e-post 9. desember 2009. I e-posten fastholder innklagede at fremgangsmåten som ble benyttet ved avropet er i samsvar med lov og forskrift om offentlige anskaffelser, samt UNINETT AS' rammeavtale og veiledning om hvordan valg av leverandør skal foregå. Fra e-posten gjengis:

"Alle vilkår er fastlagt i rammeavtalen. UiB har ikke foretatt en ny evaluering av tilbudene. UiB har brukt rammeavtalen som et grunnlag, og har valgt leverandør ut fra dette, i tråd med hva TDC beskriver i sitt tilsvare. Rammeavtalen fastsetter bl.a. de enkelte enhetspriser. Disse gitte enhetspriser vil ved UiBs trafikkstrømmer og volumer medføre at TDC blir betydelig og avgjørende dyrere enn valgte leverandør."

- (23) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 11. desember 2009.

- (24) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 8. februar 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (25) Klager anfører at innklagede ikke har fulgt korrekt fremgangsmåte ved tildeling av kontrakt under rammeavtalen, og at avtalen med valgte leverandør således er inngått på

feilaktig grunnlag. Innklagedes fremgangsmåte innebærer en reåpning av konkurransen, og utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

- (26) UNINETT AS har i foreliggende sak valgt å fastlegge alle vilkår i rammeavtalen. Tildeling av kontrakt skal da skje på bakgrunn av disse vilkårene, normalt etter en fordelingsnøkkel som for eksempel kan være rekkefølge, kvoter, geografi eller tid. Virksomhetene skal da bruke rammeavtalen som et grunnlag og velge leverandør ut i fra dette. UNINETT AS har imidlertid ikke fastlagt noen fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakt i konkurransegrunnlaget, men i stedet skrevet i informasjonsskrivet "*Avrop og minikonkurranse – en kort innføring*" at virksomhetene skal foreta en direkte evaluering av avtalen dersom de ikke behøver en minikonkurranse.
- (27) Siden UNINETT AS ikke har oppgitt en fordelingsnøkkel, er det naturlig at man tar utgangspunkt i anskaffelsesloven og det grunnleggende kravet i loven § 5 om forutberegnelighet. Da UNINETT AS har tildelt rammeavtalene basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ha førsteretten til å levere. Dette innebærer at innklagede, ved avrop uten minikonkurranse, ikke har anledning til å se bort fra UNINETT AS sin prisvurdering ved avropene, ved å velge leverandør ut fra hvilke enhetspriser som tilbys. Innklagede skriver i sin protokoll at de ut fra sitt antatte volum på mobilstrømmer, der en forutsetter datatrafikk, finner at valgte leverandør er billigere enn klager. For rammeavtalen om mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet, hadde klager det beste tilbudet, og valgte leverandør det nest beste. Også under tildelingskriteriet "*Priser / Livsløpskostnader*" hadde klager det beste tilbudet.
- (28) Klager anfører at innklagede, ved avrop, ikke kan legge til grunn en annen prisevaluering enn den som ble foretatt ved tildeling av rammeavtalene. I konkurransegrunnlaget er det ikke angitt en alternativ fordelingsnøkkel som kan anvendes ved avrop. Det er åpnet for at vekten kan justeres med pluss/minus ti prosentpoeng, men ikke at avropene kan skje etter en vurdering av enkeltelementer under tildelingskriteriene. Dersom det åpnes for at virksomhetene skal kunne plukke ut enkelte deler fra de tre tildelingskriteriene, vil det være svært uforutsigbart hvordan virksomhetene foretar avrop under avtalen.
- (29) Leverandørene baserte sine pristilbud på tallene for gjennomsnittstrafikk som fremkom i konkurransegrunnlaget. Leverandørene ble ikke bedt om å angi enhetspriser for ulike volumstørrelser. Det er vanligvis slik at enhetsprisene er lavere ved høyere volum, men konkurransegrunnlaget åpnet ikke for en slik differensiering. Klager anfører at UNINETT AS vurderte hvilken tilbyder som kom best ut på priskriteriet ut fra alle enhetsprisene samlet sett. Det er denne vurderingen innklagede må legge til grunn ved avrop når de foretar en evaluering på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen.
- (30) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for positiv og negativ kontraktsinteresse er til stede.

Innklagedes anførsler:

- (31) Innklagede anfører at fremgangsmåten ved tildeling av kontrakt er i tråd med loven § 5 og forskriften § 15-3 (2).

- (32) Grunnen til at det ble valgt to tilbydere innenfor området mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet, var at UNINETT AS sine medlemsinstitusjoner innbyrdes har svært ulike (volumer av) trafikkstrømmer og ringemønstre. Da tilbydernes tilbud var til dels svært ulike med hensyn til vilkår på de enkelte elementer, ville institusjoner med utstrakt datatrafikk måtte komme til et annet resultat enn de som i all hovedsak har taletelefoni.
- (33) Etter innklagedes oppfatning, må minikonkurranse kun benyttes dersom en skal gjenåpne konkurransen, det vil si at man etterspør tekniske eller administrative forhold som avviker fra rammeavtalene. Dette vil i så fall være i tråd med, og regulert av, anskaffelsesforskriften § 15-3 (3). Det vil stride mot ordlyden i avtalens bilag 12 om man skulle legge til grunn at man måtte gjennomføre en minikonkurranse dersom man skulle komme til en annen intern rangering mellom leverandørene enn UNINETT AS. Dette dokumentet, som partene er gjort kjent med og har akseptert, beskriver gyldige prosedyrer for valg mellom de to tilbyderne.
- (34) Klagers påstand om at man ikke skal kunne sette sammen en handlekurv og legge sammen ferdig definerte priser basert på egne volumer, gir derfor ingen mening i denne konteksten. Det er nettopp ulike enhetspriser som først og fremst begrunner valget mellom de to valgte leverandørene, og også kravet om evaluering ved begge de avtalte prosedyrene.
- (35) Dersom man ikke etterspør avvikende tekniske og/eller administrative forhold, gir det ingen mening å gjennomføre en minikonkurranse ettersom alle vilkår er fastlagt i rammeavtalen. Rammeavtalen tillater ikke å tilby avvikende enhetspriser, slik at en minikonkurranse ikke på noen måte vil kunne gi nye momenter for evalueringen. Det vises i den forbindelse til rammeavtalen bilag 12, punkt 1 **"Gjennomføring av minikonkurranser"** Dette samsvarer med det som i partenes omforente dokumenter kalles *"direkte evaluering"*. Dette oppfattes også å være i samsvar med anskaffelsesforskriften § 15-3 (2).
- (36) Innklagede har ikke foretatt en vurdering på bakgrunn av enkeltelementer under tildelingskriteriene, men på bakgrunn av det totale økonomiske resultat som alle elementene gir for innklagede. Det faktum at tilbyderne nettopp ikke kunne gi andre vilkår på enkeltpriser enn det som er bestemt i rammeavtalen, gjør at en eventuell minikonkurranse ikke ville kunne gi andre vilkår enn de som allerede var fastlagt.

Klagenemndas vurdering:

- (37) Klager er deltaker i rammeavtalen det er foretatt avrop under, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig.
- (38) Det aktuelle avropet er foretatt under en rammeavtale om mobiltelefonitjenester med verdi over EØS-terskelverdien, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-2 første ledd, jf. § 2-1 annet ledd, og følger da lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriften del I og III.
- (39) Klager har anført at innklagede, ved gjennomføringen av avrop under rammeavtalen, ikke hadde adgang til å fravike UNINETT AS' evaluering av tilbudene.

- (40) Klagenemnda behandlet 19. juli 2010 en tilsvarende sak vedrørende avrop under samme rammeavtale, se klagenemndas sak nr. 2010/36. Klager i nevnte sak var TDC AS, som også er klager i foreliggende sak, og Universitetet i Tromsø var innklaget. Universitetet i Tromsø er også tilsluttet rammeavtalene for abonnement og trafikk på fast- og mobiltelefoni som UNINETT AS har inngått. I forbindelse med avrop under rammeavtalen for mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet, foretok Universitetet i Tromsø en ny vurdering av vilkårene i rammeavtalen, og la ved vurderingen til grunn sitt eget, forventede forbruksvolum og multipliserte dette med de tilbudte enhetspriser. I foreliggende sak benyttet innklagede en tilsvarende fremgangsmåte som Universitetet i Tromsø da foreliggende avrop under rammeavtalen ble foretatt. Det bemerkes i tillegg at klagers anførsler i foreliggende sak i all hovedsak samsvarer med klagers anførsler i sak nr. 2010/36.
- (41) I sak nr. 2010/36 gikk klagenemnda grundig gjennom hvordan avrop under rammeavtaler med flere leverandører etter forskriften § 15-3 (2) og (3) skal foretas, jf. premiss (34) til og med (37). Det fremkommer her at tildeling av kontrakt i slike tilfeller kan skje enten *"på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres ny konkurranse"*, jf. § 15-3 (2), eller ved at det gjennomføres en minikonkurranse etter fremgangsmåten som er fastsatt i § 15-3 (3). Bestemmelsens tredje ledd kommer til anvendelse i de tilfellene der *"ikke alle vilkår er fastsatt i rammeavtalen"*. Nemnda oppsummerte dette slik i premiss (37): *"Reglene legger således opp til at en rammeavtale enten har alle vilkår for tildeling av kontrakt fastsatt, eller ikke."* Hvorvidt alle vilkårene for tildeling av kontrakt er fastsatt i rammeavtalen eller ikke, blir således avgjørende for hvilken fremgangsmåte en oppdragsgiver må benytte ved gjennomføring av avrop.
- (42) Etter en gjennomgang av rammeavtalen mellom UNINETT AS og klager konkluderte nemnda i sak nr. 2010/36 med at UNINETT AS *"synes [...] å ha lagt opp til at den enkelte institusjon selv kan velge hvorvidt det er behov for ytterligere opplysninger eller ikke, for å vurdere hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt"*, jf. premiss (38) og (39). Slik nemnda ser det innebærer det at rammeavtalen i den saken ble tolket dit hen at oppdragsgiverne, i forbindelse med gjennomføring av avrop, selv skal vurdere hvorvidt man trenger ytterligere opplysninger fra tilbyderne som nødvendiggjør at det blir gjennomført en minikonkurranse, eller hvorvidt evaluering kun skal foretas på bakgrunn av de inngåtte rammeavtalene, det vil si uten minikonkurranse.
- (43) Klagenemnda understreker at det i sak nr. 2010/36 ikke ble tatt stilling til lovligheten av en rammeavtale som åpner for å tildele kontrakt både med og uten minikonkurranse, jf. sakens premiss (40). I foreliggende sak finner nemnda heller ikke grunnlag for å ta stilling til dette spørsmålet, da dette forhold ikke er anført av klager, jf. klagenemndforskriften § 12 tredje ledd.
- (44) Verken i foreliggende sak eller i sak nr. 2010/36, ble det gjennomført en minikonkurranse. Innklagede har således ikke foretatt avrop etter fremgangsmåten beskrevet i forskriften § 15-3 (3). Ved den videre vurderingen legger klagenemnda derfor til grunn at innklagede skulle foreta avrop i samsvar med § 15-3 (2), herunder at alle *"vilkårene [var] fastsatt i rammeavtalen"*.
- (45) Om fremgangsmåten i forskriften § 15-3 (2) uttalte nemnda i sak nr. 2010/36 at *"dersom oppdragsgiver tildeler en kontrakt på bakgrunn av en rammeavtale, uten å avholde en*

minikonkurranse, må alle vilkårene for hvordan det skal avgjøres hvilken leverandør som skal tilbys kontrakten, være fastsatt i rammeavtalen. Hvorvidt alle vilkårene faktisk er fastsatt i rammeavtalen, og hva vilkårene i så fall går ut på, vil bero på en alminnelig avtalerettslig tolking av rammeavtalen.”, jf. premiss (41).

- (46) Det sentrale spørsmålet blir dermed hva rammeavtalen fastsetter om fremgangsmåten ved gjennomføringen av avrop når det ikke skal avholdes en minikonkurranse.
- (47) I sak nr. 2010/36 gikk nemnda grundig gjennom hva rammeavtalen, som begge avropene er foretatt under, regulerer om denne fremgangsmåten. Om innholdet i rammeavtalen sies det følgende i premiss (54):

”Hvordan oppdragsgiver skal gå frem når det ikke avholdes minikonkurranse står det imidlertid svært lite om i rammeavtalen, utover at ”Virksomheten plikter uansett å gjøre en evaluering av alle avtaler med basis i tildelingskriteriene i punkt 2”, jf. rammeavtalens bilag 12, punkt 1. Verken i konkurransegrunnlaget eller rammeavtalen fremkommer noe som trekker i retning av at oppdragsgiver kan eller skal legge til grunn sitt eget, forventede forbruksvolum og multiplisere dette med de tilbudte enhetspriser. Heller ikke rammeavtalens bilag 13 ”Avropsskjema” inneholder noe slikt.”

- (48) Rammeavtalen ble i sak 2010/36 funnet ikke å angi konkret hvordan oppdragsgiverne skal gå frem ved evalueringen når det ikke avholdes minikonkurranse. Om det generelle utgangspunktet ved gjennomføringen av avrop etter § 15-3 (2), altså der alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen, uttaler nemnda i sak nr. 2010/36 *”at det følger av det grunnleggende kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5”* at *”kontrakt i utgangspunktet tildeles den tilbyder som hadde det beste tilbudet”*, jf. premiss (44). Det uttales videre at dersom oppdragsgiver skal ha anledning til å fravike dette utgangspunktet, og dermed endre på rekkefølgen for hvem som skal tilbys kontrakten, så må det fremkomme klart av rammeavtalen. Videre må det fremkomme på en *”klar og forutberegnlig måte hvordan oppdragsgiver i så fall skal komme frem til hvilken deltaker i rammeavtalen som skal tilbys kontrakten.”*
- (49) Etter en grundig gjennomgang av rammeavtalen og fremgangsmåten til Universitetet i Tromsø ved det aktuelle avropet, konkluderte nemnda i sak nr. 2010/36 premiss (56) med at:

”Klagenemnda kan etter dette ikke se at det følger av ”vilkårene [...] fastsatt i rammeavtalen” at innklagede kan foreta avrop etter en ny evaluering av leverandørenes tilbud ved å legge til grunn sitt eget, forventede forbruksvolum jf. forskriften § 15-3 andre ledd. Når innklagede har gått frem på denne måten, er tildelingen av kontrakt til valgte leverandør ulovlig, og utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5.”

- (50) På denne bakgrunn kom klagenemnda til at Universitetet i Tromsø hadde benyttet en fremgangsmåte som ikke var fastsatt i rammeavtalen, og således hadde brutt forskriften § 15-3 andre ledd og kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5.
- (51) Nemnda bemerker at det i bilag 13 til rammeavtalen mellom klager og UNINETT AS, var vedlagt et utkast til protokoll for gjennomføringen av avrop, se premiss (13). Under overskriften **”Om evalueringen”** heter det i utkastet at *”Volumer (antall abonnement,*

ringemønstre, behov for ekstratjenester (data mm.) er basert på virksomhetens beste estimer, evt. basert på eksisterende statistikk.". UNINETT AS hadde således åpnet for at de offentlige innkjøperne, ved avrop, kunne legge vekt på virksomhetens forventede forbruk. Denne informasjonen fremgår imidlertid ikke av det opprinnelige konkurransegrunnlaget, eller direkte av rammeavtalen. Klagenemnda legger således til grunn at en slik fremgangsmåte ved avrop, ikke var gjort kjent for tilbyderne på en tilstrekkelig klar og forutberegnlig måte, og at fremgangsmåten da uansett ikke kan benyttes ved tildeling av kontrakt.

- (52) De faktiske forholdene i foreliggende sak og sak nr. 2010/36 er i stor grad sammenfallende. Ved UNINETT AS' opprinnelige evaluering av tilbudene til rammeavtalen fikk klagers tilbud en score på 8,30 poeng, og valgte leverandørs tilbud fikk 6,93 poeng. Klager hadde følgelig det beste tilbudet, og valgte leverandør hadde det nest beste tilbudet. Innklagede gjennomførte imidlertid en ny evaluering av klagers og valgte leverandørs rammeavtaler, hvor innklagede blant annet la til grunn de enhetspriser som fremkom av rammeavtalene, og evaluerte disse opp mot sitt eget estimerte forbruksvolum. Etter innklagedes evaluering ble valgte leverandørs tilbud ansett som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette var også fremgangsmåten Universitetet i Tromsø benyttet, og de kom til samme resultat. På bakgrunn av at rammeavtalen ikke oppgir konkret hvordan en oppdragsgiver skal gå frem ved tildeling av kontrakt i de tilfellene det ikke avholdes en minikonkurranse, og det generelle utgangspunktet som fremgår av premiss (48) ovenfor, var det imidlertid klager som i utgangspunktet skulle ha blitt tildelt kontrakt ved avrop under rammeavtalen.
- (53) På bakgrunn av ovennevnte, herunder nemndas uttalelser i sak nr. 2010/36 om innholdet i rammeavtalen og Universitetet i Tromsøs gjennomføring av avrop, samt at tilsvarende handlemåte er gjennomført av innklagede i foreliggende sak, er klagenemnda kommet til at innklagede også i denne saken har benyttet en fremgangsmåte som ikke var fastsatt i rammeavtalen, slik at det foreligger brudd på forskriften § 15-3 andre ledd og kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (54) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (55) Nemnda finner heller ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet i denne saken.

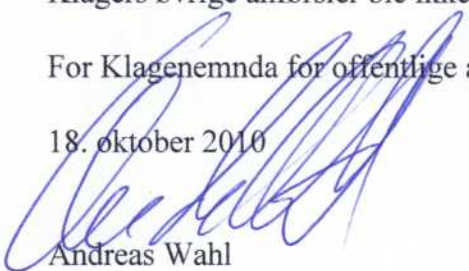
Konklusjon:

Universitetet i Bergen har, ved å tildele kontrakt under rammeavtalen uten at vilkårene for tildeling var fulgt, handlet i strid med forskriften § 15-3 andre ledd og kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

18. oktober 2010


Andreas Wahl