



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager var deltaker i en parallell rammeavtale om levering av blant annet mobiltelefoni. Ved tildeling av kontrakt under rammeavtalen gjennomførte innklagede ingen minikonkurranse, men gjorde en ny vurdering av vilkårene i rammeavtalen. Blant annet la innklagede til grunn sitt eget, forventede forbruksvolum og multipliserte dette med de tilbudte enhetspriser. Klagenemnda kom til at dette ikke var en fremgangsmåte som var fastsatt i rammeavtalen, jf. forskriften § 15-3 annet ledd.

Klagenemndas avgjørelse 19. juli 2010 i sak 2010/36

Klager: TDC AS

Innklaget: Universitetet i Tromsø

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Tildeling av kontrakt under rammeavtale

Bakgrunn:

- (1) UNINETT AS eies av Kunnskapsdepartementet, og driver nett og netjtjenester for universiteter, høyskoler og forskningsinstitusjoner. UNINETT AS foretar innkjøp på vegne av 98 virksomheter innen utdannings-, forsknings- og kunnskapssektoren, herunder Universitetet i Tromsø (heretter kalt innklagede).
- (2) UNINETT AS kunngjorde 14. januar 2009 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale vedrørende ulike teletjenester, blant annet mobiltelefoni. Mobiltelefoni var delt opp i to kategorier:
 1. Høy tjenestekompleksitet
 2. Normal tjenestekompleksitet
- (3) Av kunngjøringens punkt II.1.4) fremgår det at det skulle inngås rammeavtale med flere, men maksimalt tre, leverandører. Rammeavtalene skulle tildeles leverandører med de økonomisk mest fordelaktige tilbudene. Det fremgår videre at rammeavtalene skal ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i ett pluss ett år.
- (4) Fra konkurransegrunnlagets punkt 1.4 og 1.5.2 fremgår følgende om det eksisterende volumet på rammeavtalen for mobiltelefoni:

"UNINETT har rammeavtaler på mobiltelefoni med NetCom GSM og Telenor. Antall abonnement og gjennomsnittlige trafikkdata per abonnement er angitt i vedlagte regneark med grunnlagsdata.

[...]

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."

- (5) For mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet, var tildelingskriteriene og deres vekting som følger:

Tildelingskriterium:	Vekting:
Priser / livsløpskostnader	65 %
Teknisk kvalitet	15 %
Administrative forhold	20 %

- (6) Om fremtidlige avrop under rammeavtalen står følgende i konkurransegrunnlagets 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) Om tildelingskriteriene som skal brukes ved fremtidige minikonkurranser står det følgende i konkurransegrunnlagets punkt 5:

"Tildelingskriterier og vekting ved minikonkurranse

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) I konkurransen om rammeavtale for mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet, mottok innklagede åtte tilbud, blant annet fra TDC AS (heretter kalt klager) og NetCom (heretter kalt valgte leverandør).
- (9) Ved UNINETT AS' brev 2. september 2009 til tilbyderne ble det redegjort for hvordan tilbudene var evaluert. Fra brevet hitsettes om evalueringen av klagers og valgte

leverandørs tilbud på mobiltelefoni under tildelingskriteriet "Priser / livsløpskostnader":

"I konkurransegrunnlagets dokument 2, Prisskjema, ble det oppgitt eksisterende trafikkvolum per abonnement for eksisterende avtaler på mobiltelefoni. Dette var fordelt på antall samtaler og varighet for ulike trafikkstrømmer. I tillegg var det oppgitt gjennomsnittlig bruk av sms / mms.

Leverandørene ble bedt om å prise startpris og trafikkpris for de oppgitte trafikkstrømmene, samt. I tillegg ble det bedt om pris på tilkobling, nummerserier, samt abonnementskostnader per måned.

[...]

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) I UNINETT AS' evaluering av tilbud på rammeavtale på mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet, fikk klagers tilbud høyeste totale poengsum, og valgte leverandør nest høyeste poengsum. Fra UNINETT AS' evalueringsskjema hitsettes:

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

- (11) UNINETT AS inngikk rammeavtale om mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet med klager og valgte leverandør.
- (12) Rammeavtalen med klager ble inngått 15. september 2009. Rammeavtalen 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"

- (13) 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. Minikonkurransedokumentet 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 <i>Tilbudte priser for gjennomsnittlig forbruk, herunder utland</i> <i>Priser ved simulering av endring / utvikling i trafikkstrømmer</i>	55 % – 75 %
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) ”*

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

”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.”

- (15) I rammeavtalens bilag 14 ”Rettighetshavere” var listet opp de offentlige innkjøpere som var omfattet av rammeavtalen. Blant disse var innklagede.
- (16) UNINETT AS sendte til alle de offentlige innkjøpere som var omfattet av rammeavtalen, en veiledning til hvordan avrop skulle foretas, kalt ”AVROP OG MINIKONKURRANSE – EN KORT INNFØRING”. Fra dokumentet 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.

[...]

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."

- (17) Innklagede ønsket å gjøre avrop vedrørende mobiltelefoni med normal tjenestekompleksitet. Innklagede gjennomførte ingen minikonkurranse. I stedet gjorde innklagede en ny evaluering av klagers og valgte leverandørs rammeavtaler, uten at disse innga nye tilbud.
- (18) Innklagede utarbeidet et evalueringsdokument kalt "Innstilling", datert 24. september 2009, der rammeavtalene til klager og valgte leverandør vurderes opp mot innklagedes behov. Fra dokumentet hitsettes:

"Uninett har inngått rammeavtale med [...] TDC og Netcom med hensyn til mobiltelefoni. UiT har gjennomført en evaluering av de innkomne tilbud for mobiltelefoni på de av Uninett fastsatte tildelingskriterier.

[...]

Tildelingskriterier

Valg av leverandør vil bli foretatt på grunnlag av det mest økonomisk fordelaktige tilbud, basert på kriteriene nedenfor i prioritert rekkefølge:

- | | |
|---------------------------|-------------|
| 1. Pris | teller 65 % |
| 2. Teknisk kvalitet | teller 15 % |
| 3. Administrative forhold | teller 20 % |

[...]

Totalvurdering pris

Administrative kostnader

TDC er noe lavere i månedlig fast abonnementspris enn Netcom. Netcom er ca [...] kr dyrere pr år pr abonnent. TDC tar imidlertid et forholdsvis stort gebyr for opprettelse av abonnement. For at TDCs gebyr skal utligne denne prisfordelen (isolert sett) må nystarting av abonnement pr år utgjøre ca 40 % av eksisterende portefølje. Pr i dag beregnes gjennomsnittstallet for nystarting å utgjøre ca 20 %.

I tillegg kommer imidlertid administrative kostnader ved flytting av eksisterende abonnement, som er beregnet til en engangskostnad på ca [...] kr pr abonnent, eller [...] kr pr år pr abonnent over en fireårsperiode. Samlet sett beregnes derfor TDC en prisfordel på ca [...] kr pr abonnent pr år med tanke på administrative kostnader.

Trafikkpriser

Forskjellen i totalkostnad pr gjennomsnittlig abonnent pr år, er ca [...] kroner til fordel for TDC. Dette gjelder kun nasjonale samtaler. NetCom er generelt noe rimeligere på samtaler til/fra utlandet, men UiTs trafikkvolum antas her ikke å ha stor betydning for konkurransen.

Tjenestepriser

For denne kategorien får priser for mobildata vesentlig tyngde. Økning i trafikk fra 07 til 08 var på 400 % for sektoren som helhet, og det er i henhold til Post- og Teletilsynets estimerer denne kategorien som vil øke desidert mest i de kommende år, særlig med tanke på at prisene har blitt så kraftig redusert. For UiTs egen del er det registrert en økning på hele 357 % bare fra første til tredje kvartal 2009, og ligger i gjennomsnitt for tredje kvartal på ca 2 MB pr abonnent pr dag.

TDC har oppgitt en flat pris på [...]øre pr MB uten noen form for maksimalpris eller tak. Netcom har oppgitt pris på [...] øre pr MB, med en maksimalpris på [...]pr dag. Et konservativt anslag på 4 MB pr dag pr abonnent gjennom avtaleperioden tilsier at TDC vil være ca [...] kroner dyrere på årsbasis (220 arbeidsdager).

SMS-trafikken og MMS-trafikken utgjør ikke et stort volum for UiT. Imidlertid var det i konkurransen oppgitt et gjennomsnittsforbruk i sektoren på respektive 800 og 17 pr år, og evalueringen vil derfor ta utgangspunkt i dette. TDC vil ha en prisfordel på ca [...] kr pr år pr abonnent som følge av dette.

Samlet sett vil imidlertid mobildata mer enn oppveie TDCs prisfordeler på de andre områdene, og Netcom kommer derfor best ut på priskriteriet.

Rangering priskriteriet

1. Netcom
2. TDC

[...]

Totalvurdering administrative forhold

Leverandørene har svart ganske tilsvarende på de spørsmål som er tatt opp under dette punktet, dog regnes det som en ulempe at TDC ikke har oppgitt konkret kontaktperson for KAM-rollen på mobil.

I tillegg ønsker TDC at institusjonene skal ta ansvar for å opprette abonnement og sitte med lager av telefoner, idet TDC ikke har eget distribusjonsnett.

Rangering priskriteriet

Netcom

TDC

[...]

Rangering tekniske forhold

På dette området rangeres leverandørene likt.

Innstilling av mobiltelefonileverandør

For det tunge priskriteriet gir TDC et noe bedre tilbud når det gjelder for eksempel talepriser, men NetComs bedre priser på mobildatatrafikk får avgjørende utslag i

evalueringen av priskriteriet og derfor evalueringen som sådan. For de øvrige kriteriene er leverandørene vurdert å i stor grad være likeverdige, selv om TDC ikke har nasjonalt distribusjonsnett og heller ikke har vist til egen kontaktperson for UiT, mens NetCom har dette på plass.

Ut fra tildelingskriteriene (pris 65 %, teknisk kvalitet 15 % og administrative forhold 20 %), innstilles NetCom som mobiltelefonileverandør til Universitetet i Tromsø."

- (19) Innklagede har opplyst at på bakgrunn av evalueringen ble kontrakt med valgte leverandør inngått 2. november 2009.
- (20) Saken ble 12. februar 2010 brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (21) Klager anfører at innklagede har ikke har fulgt korrekt fremgangsmåte ved tildeling av kontrakt under rammeavtalen. Innklagedes fremgangsmåte innebærer en reåpning av konkurransen, og utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (22) UNINETT AS har i foreliggende sak valgt å fastlegge alle vilkår i rammeavtalen. Tildeling av kontrakt skal da skje på bakgrunn av disse vilkårene. Tildeling av kontrakt skal i slike tilfeller normalt skje etter en fordelingsnøkkel som for eksempel kan være rekkefølge, kvoter, geografi eller tid.
- (23) 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 sett mest fordelaktige tilbudet ha førsteretten til å levere. For rammeavtalen om mobiltelefoni - Normal tjenestekompleksitet, hadde klager det beste tilbudet, og valgte leverandør det nest beste. Også under tildelingskriteriet "*Priser / Livsløpskostnader*" hadde klager det beste tilbudet.
- (24) 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 ikke åpnet for at avropene kan skje etter en vurdering av enkeltelementer under tildelingskriteriene.
- (25) 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.
- (26) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for positiv, eventuelt negativ, kontraktsinteresse er til stede.

Innklagedes anførsler:

- (27) Innklagede anfører at fremgangsmåten ved tildeling av kontrakten er korrekt og lovlig.
- (28) Innklagede anfører at på bakgrunn av rammeavtalene UNINETT AS inngikk, hadde de oppdragsgivere som var omfattet av avtalen, to muligheter når de skulle gjøre avrop. Oppdragsgiver kunne enten be leverandørene om nye tilbud i en minikonkurranse, eller gjennomføre en "direkte evaluering" av de inngåtte rammeavtalene. Det vises til veiledningsdokumentet "AVROP OG MINIKONKURRANSE – EN KORT INNFORING", som UNINETT AS sendte alle oppdragsgivere som var omfattet av rammeavtalen.
- (29) Innklagede valgte å gjennomføre en ny evaluering på bakgrunn av de opplysninger som var gitt fra UNINETT AS, siden det ikke forelå noe behov for å be om ytterligere opplysninger. Det forelå imidlertid et behov for å se de opplysningene leverandørene hadde gitt, spesielt priser, i lys av de behov og det forbruk som er relevant for innklagede.
- (30) Innklagede viser til den vurdering som ble gjort i evalueringsdokument kalt "Innstilling", datert 24. september 2009 under overskriften "Tjenestepriser". Innklagede fikk gjentatte forsikringer fra UNINETT AS om at slike vurderinger var noe innklagede hadde rett til å legge til grunn.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klager er deltaker i den 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.
- (32) 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. Anskaffelsen, avropet, følger da lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriftens del I og III.
- (33) Klager anfører at innklagede, ved avropet, ikke hadde adgang til å fravike UNINETT AS' evaluering av tilbudene.
- (34) Avrop som foretas under en rammeavtale som er inngått med flere leverandører, skal foretas på en én av to måter.
- (35) Dersom ikke alle vilkårene for tildeling er fastsatt i rammeavtalen, skal det gjennomføres en minikonkurranse etter den fremgangsmåten som er fastsatt i forskriften § 15-3 tredje ledd.
- (36) Dersom alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen, følger tildeling av kontrakt den fremgangsmåten som er fastsatt i § 15-3 andre ledd, og som lyder: *"Tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler som er inngått med flere leverandører, foretas på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres ny konkurranse."*
- (37) Reglene legger således opp til at en rammeavtale enten har alle vilkår for tildeling av kontrakt fastsatt, eller ikke. Dette er forklart slik i Kommisjonenens forklaringsnotat ("explanatory note") om rammeavtaler CC/2005/03, punkt 1.1:
- "Although the Classic Directive refers exclusively to "framework agreements", the provisions actually relate to two different situations: framework agreements that establish all the terms and those which do not establish them all. Purely for explanatory*

*purposes, the first kind may be termed **framework contracts** and the second **framework agreements stricto sensu**. It should be stressed that the use of this terminology is not obligatory for implementing the Directive.*

[...]

Framework agreements that establish all the terms (framework contracts) are legal instruments under which the terms applicable to any orders under this type of framework agreement are set out in a binding manner for the parties to the framework agreement — in other words, the use of this type of framework agreement does not require a new agreement between the parties, e.g. through negotiations, new tenders etc.

[...]

*Framework agreements that do **not** establish all the terms (framework agreements stricto sensu) are by definition incomplete: this type of framework agreement either does not include certain terms or does not establish in a binding way **all** the terms necessary so that any subsequent orders under the framework agreement can be concluded without any further agreement between the parties. In other words, some terms still have to be established subsequently.*

Whether a term is or is not established depends on national law; similarly, in the case of a framework agreement that does not establish all the terms and which is concluded with one economic operator, it is national law which determines whether this operator is obliged to supplement its tender."

- (38) I denne saken synes UNINETT AS å ha lagt opp til at den enkelte institusjon selv kan velge hvorvidt de mener det er behov for ytterligere opplysninger eller ikke, for å vurdere hvilken leverandørs som skal tildeles kontrakt. Det vises til rammeavtalens punkt 0. "Generelle vilkår", der det blant annet står: "Dersom det skal velges mellom flere enn én rammeavtale, skal virksomheten gjennomføre en evaluering, normalt etter minikonkurranse, for å velge leverandør"
- (39) Det vises videre til rammeavtalens bilag 13 "Avropsskjema" der det står beskrevet to alternative fremgangsmåter for avrop, jf. det som er referert i premiss (14).
- (40) Ettersom det ikke er påkrevet for å ta stilling til anførselene i denne saken, tar klagenemnda ikke stilling til lovligheten av en rammeavtale som åpner for å tildele kontrakt både med og uten minikonkurranse.
- (41) Det følger av forskriften § 15-3 andre ledd, og det som er redegjort for over, 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.
- (42) Innklagede har i denne sak gjort avrop uten å avholde en minikonkurranse, og det må da legges til grunn at alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen, forskriften § 15-3 andre ledd. Det er heller ingen ting i den fremlagte rammeavtalen som tilsier at det må gjøres avklaringer av noen vilkår for å tildele kontrakt. Spørsmålet er da hva denne rammeavtalen bestemmer om hvilken tilbyder som skal tildeles kontrakt.

- (43) Ved 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 det nest beste.
- (44) Etter klagemenndas syn følger det av det grunnleggende kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5, at ved avrop under rammeavtaler der alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen, må kontrakt i utgangspunktet tildeles den tilbyder som hadde det beste tilbudet. Dersom oppdragsgiver skal ha anledning til å fravike dette, og dermed endre rekkefølgen på hvem som skal tilbys kontrakten, må det fremkommet klart av rammeavtalen. Det må videre fremkomme på en klar og forutberegnlig måte hvordan oppdragsgiver i så fall skal komme frem til hvilken deltaker i rammeavtalen som skal tilbys kontrakten.
- (45) Det samme synes å være lagt til grunn i Steinicke og Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. utg. 2008, side 918, der det står:

"Hvor alle vilkår er fastlagt i rammeavtalen

Er der f.eks. indgået rammeaftale med de 3 aktører, som har afgivet det bedste, det næstbedste, hhv. det tredjebedste tilbud ved udbuddet af rammeaftalen, vil det indebære en konkurrenceforvridning, hvis det ikke skal sikres, at fordelingen af de konkrete ordrer som hovedregel følger denne rangfølge blandt tilbuddene. I modsat fald vil den ordregivende myndighed kunne tilsidesætte udbudsresultatet ved primært at foretage sine anskaffelser hos f.eks. den aktør, der afgav det næstbedste tilbud."

- (46) I denne saken gjennomførte innklagede ingen minikonkurranse. I stedet gjorde innklagede en ny evaluering av klagers og valgte leverandørs rammeavtaler, uten at disse innga nye tilbud. Ved sin nye evaluering av klagers og valgte leverandørs rammeavtaler la innklagede blant annet til grunn de enhetspriser som fremkom av rammeavtalene, og multipliserte disse opp mot sitt eget estimerte forbruksvolum.
- (47) Det videre spørsmålet er da om det følger av *"vilkårene [...] fastsatt i rammeavtalen"* at innklagede kan foreta en ny evaluering av leverandørenes tilbud ved å legge til grunn sitt eget, forventede forbruksvolum, og således potensielt endre rekkefølgen på hvilken leverandør som har det beste tilbudet.
- (48) Nemnda bemerker at veiledningsdokumentet *"AVROP OG MINIKONKURRANSE – EN KORT INNFØRING"*, ikke kan anses som en del av rammeavtalen. Dokumentet inngikk ikke i konkurransegrunnlaget, og ble bare sendt fra UNINETT AS til de oppdragsgivere som var omfattet av rammeavtalen.
- (49) I selve rammeavtalen datert 15. september 2009 mellom klager og innklagede er det kun én passuss, under avtalens punkt 0. *"Generelle vilkår"*, som regulerer fremgangsmåten ved avrop. Passussen lyder:

"Avrop

[...]

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

- (50) Videre er det særlig innholdet i rammeavtalens bilag 12 *"Gjenåpning av konkurransen [...]"* Minikonkurransegrunnlag" og bilag 13 *"Avropsskjema"* som regulerer fremgangsmåten ved avrop. Bilagene er en del av rammeavtalen.
- (51) I bilag 12, som er utformet som et minikonkurransegrunnlag, står det:

"1 Gjennomføring av minikonkurranse

[...]

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

[...]

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)"

- (52) Særlig på grunn av overskriften "Gjennomføring av minikonkurranse" synes dokumentet utformet med henblikk på hvordan oppdragsgiverne som er omfattet av rammeavtalen, skal gå frem ved avrop på bakgrunn av minikonkurranse. Hvis oppdragsgiver avholder minikonkurranse, synes det særlig å være "Ønsket SLA-nivå",

"Ønskede rutiner for bestilling" og "Ønskede ekstratjenester", som kan være variablene som påvirker tilbudenes rangering. Dessuten kan oppdragsgiveren, innenfor en margin på 10 prosent, endre vektingen av tildelingskriteriene som var oppgitt i rammeavtalen.

- (53) Her har innklagede valgt å ikke avholde minikonkurranse og må da holde seg strengt til det som er fastsatt i rammeavtalen.
- (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.
- (55) Klagenemnda bemerker for øvrig at det ut fra innklagedes evalueringsdokument kalt "*Innstilling*", datert 24. september 2009, ikke kan utledes at innklagede har foretatt en poengsetting og vekting av hvert tildelingskriterium. Under hvert tildelingskriterium er det kun gitt en skjønnsmessig beskrivelse av hhv. klagers og valgte leverandørs tilbud, samt en konklusjon på hvilket tilbud som innklagede mener er best.
- (56) 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.
- (57) Klagenemnda finner ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (58) Klagenemnda skal uttale seg om brudd på regelverket, men kan ikke tilkjenne erstatning. Etter klagenemndforskriften § 12 annet ledd kan nemnda likevel uttale seg om erstatningsspørsmål dersom den finner grunn til det. Nemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet i denne saken.

Konklusjon:

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

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

21. juli 2010



Bjørge Ven