



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av medisinsk utstyr til operasjonssaler. Som følge av at det bare innkom to tilbud, hvorav det ene ble avvist, avlyste innklagede konkurransen og gjennomførte en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda fant at forskriften § 14-4 bokstav a hjemlet konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, siden begge de opprinnelige tilbudene viste seg å være ukorrekte i forhold til krav stilt i konkurransegrunnlaget. Innklagede hadde derimot brutt forskriften § 20-16 (1) ved ikke å gi tilstrekkelig begrunnelse, og § 22-3 (1) ved å inngå kontrakt uten å oppstille en tilstrekkelig frist til å påklage tildelingsbeslutningen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. september 2013 i sak 2011/275

Klager: Dico AS

Innklaget: Universitetet i Bergen

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Tone Kleven og Andreas Wahl

Saken gjelder: Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, begrunnelse, reell klagemulighet.

Bakgrunn:

- (1) Universitetet i Bergen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. juni 2011 en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av utstyr til operasjonsstuer og montering av deler av dette utstyret i nytt odontologibygget. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 8. august 2011.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 fremgikk det at innklagede skulle utstyre fire operasjonsstuer med medisinsk utstyr som studenter og ansatte skulle bruke til oralkirurgisk arbeid. Innklagedes behov var i hovedsak takmonterte tekniske armer med uttakssentraler, operasjonslamper og AV/IT-utstyr, samt operasjonsstol/-bord og noe mindre løst utstyr.
- (3) Ifølge konkurransegrunnlaget punkt 2.2 ble konkurransen regulert av forskriften del I og III. Tildelingskriteriene med vektning var inntatt i punkt 5.1, og var "kvalitet/teknisk og funksjonell løsning" vektet 40 %, "totale kostnader" vektet 40 % og "leveringsevne" vektet 20 %. I vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget hadde innklagede inntatt kravspesifikasjoner til utstyret som skulle anskaffes. Utstyret og monteringsarbeidet var etter sin art kategorisert i forskjellige produktgrupper, slik som produktgruppe 1 (takarm med uttakssentral), produktgruppe 2 (takarm med operasjonslampe, kamera og monitor), produktgruppe 3 (operasjonsstol/-bord), produktgruppe 4 (ekstrautstyr og løst utstyr som trillebord, røykavsug, pulsoxymeter m.m.), produktgruppe 5 (reservedeler og forbruksmateriell), produktgruppe 6 (service og vedlikehold) osv.

- (4) Kravspesifikasjonene fremgikk også av vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget. Under punkt 2.3 og overskriften "Generelle krav til alle produkter som tilbys" stod det:

"Samtlige produkter som tilbys må tilfredsstille de krav og ha de egenskaper som er nødvendige i relasjon til [innklagedes byggs] utforming, tekniske og bygningsmessige forhold, jf. beskrivelser.

[...]

Ergonomiske egenskaper

Alt tilbudt utstyr skal være utformet på en slik måte at de gir gode ergonomiske forhold for operatøren for de typer arbeid som utstyret er beregnet for. [...]

Hygieniske egenskaper

Alt utstyr må utformes og installeres slik at det er lett å rengjøre og lett å vedlikeholde. Alle overflater skal være lette å rengjøre og desinfisere. Utstyret må tåle daglig hygienerenhold med desinfeksjonsvæske."

- (5) Videre stod det i punkt "2.2.3 Operasjonsstol/bord":

"Løst operasjonsstol/bord for bruk til pasient i operasjonsstuer. Stol må være godt egnet til å brukes som operasjonsstol/bord i forbindelse med intraoral kirurgi. Føtter, sete og rygg må være motorisert og justerbar [...] med mulighet for minimum 3 forprogrammerte posisjoner. [...] Løfteevnen skal være på minst 200 kg. Stolen/bordet må ha automatisk stoppfunksjon, hvis fremmedlegemer eller deler av arbeidsstasjonen, eks. instrumentbrett eller fotkontroll, befinner seg i bevegelsesretningen. Det skal være stor tilgjengelighet for operatører under rygg- og nakkestøtte for intraoralt arbeid. Pasientstoler skal brukes av alle alders- og pasientgrupper, barn, voksne så vel som eldre og funksjonshemmede, og til tannbehandling av alle typer. [...] Må ha god plass for ben/føtter under rygg og hode".

- (6) Innen tilbudsfristen innkom det to tilbud, ett fra Dico AS (heretter kalt klager) og ett fra Didr. Mehn-Andersen AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (7) I et udatert dokument med tittelen "Vurdering av tilbudte operasjonsbord i forhold til kravspesifikasjonen" skrev innklagede om klagers tilbudte operasjonsstol/-bord i relasjon til kravene i kravspesifikasjonen punkt 2.3 og 2.2.3:

"Tilbudt stol krever egen stor vogn for å kunne flyttes. Det er ikke egnet plass for slik vogn i bygget. [...] Tilbudte stol gir ikke tilstrekkelig tilgjengelighet for operatør under rygg- og nakkestøtte, for å gi gode ergonomiske forhold for operatøren i forbindelse med intraoralt arbeid. [...] Tilbudte stol har unødvendig mye skinner og mekanikk, i forhold til behovet og det arbeid den skal benyttes til. Dette medfører igjen at det blir unødvendig tungvint å rengjøre og vedlikeholde stolen. Dette er en stol som tydeligvis er konstruert for mer avanserte oppgaver, enn det er behov for."

- (8) Om valgte leverandørs tilbudte operasjonsstol/-bord, skrev innklagede:

"Tilbudte stol gir ikke tilstrekkelig tilgjengelighet for operatør under rygg- og nakkestøtte, for å gi gode ergonomiske forhold for operatøren i forbindelse med

intraoralt arbeid. [...] Tilbudte stol har unødvendig mye skinner og mekanikk, i forhold til behovet og det arbeid den skal benyttes til. Dette medfører igjen at det blir unødvendig tungvint å rengjøre og vedlikeholde stolen. [...] Tilbudte stol var ikke utstyrt med tilstrekkelig stoppfunksjon."

- (9) I brev av 15. august 2011 fra innklagede til tilbyderne fremgikk det at tilbudet fra valgte leverandør også inneholdt ufullstendigheter og uklarheter som innklagede ikke kunne avklare grunnet forhandlingsforbudet i forskriften § 21-1. Innklagede hadde derfor avvist dette tilbudet. Fordi det nå bare var ett tilbud igjen i konkurransen, anså innklagede konkurransen som mislykket og avlyste den. Videre stod det:

"[Innklagede] har besluttet å gjenåpne konkurransen etter FOA § 14-4 (2) som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Begge leverandører som opprinnelig leverte inn tilbud vil bli forespurt om deltakelse på like vilkår. Tidligere utstedt konkurransegrunnlag vil gjelde, men [innklagede] ber om en umiddelbar tilbakemelding på om dere vil la innlevert tilbud stå ved lag også i ny konkurranse [...]"

- (10) Begge tilbyderne deltok i den nye konkurransen med forhandlinger. I den forbindelse gjennomførte innklagede befaring hos tilbyderne og undersøkte blant annet operasjonsstolene/-bordene (produktgruppe 3) nærmere.

- (11) Innklagede sendte e-post til klager 5. september 2011 med noen avklaringsspørsmål. Innklagede spurte om andre størrelser på monitorene i produktgruppe 2, alternativ montering av kamera i samme produktgruppe og kompatibiliteten til røykavsuguet i produktgruppe 4. I e-posten fra innklagede stod det også:

"Merk at produktgruppe 3 trekker vi ut av anbudet, da ingen av leverandørene har tilbudt utstyr som oppfyller kravspesifikasjonene tilstrekkelig!"

- (12) Samme dag sendte innklagede også en e-post til valgte leverandør, hvor det ble informert om at produktgruppe 3 ble fjernet fra anskaffelsen. Videre hadde innklagede noen spørsmål til valgte leverandør om hva prisen på takarm i produktgruppe 1 inkluderte, nærmere bestemt pris på lampe med kamera i produktgruppe 2, pris og spesifikasjoner på trillebord i produktgruppe 4, kompatibiliteten til røykavsuguet, samt om prisingen på filtre i produktgruppe 6 var per stykk eller per pakke.

- (13) Klager sendte e-post til innklagede 13. september 2011 og skrev at klager kunne tilby en nytt operasjonsstol/-bord av typen Brumaba, som ikke var tilbudt tidligere i konkurransen. Omtrent på denne tiden foretok innklagede etter det opplyste også egne undersøkelser vedrørende operasjonsstol/-bord som oppfylte kravspesifikasjonen. Innklagede innhentet etter det som er forklart, opplysninger fra en leverandør i Sverige som ikke deltok i konkurransen, og fra befaring på en privat tannklinikk i Bergen. Innklagede var også i kontakt med valgte leverandør om et Brumaba-bord. Den 15. september 2011 svarte innklagede i e-post til klager at Brumaba-bord kunne være av interesse og imøteså oppdatert tilbud fra klager med slikt bord. Klager oversendte revidert tilbud til innklagede samme dag. Valgte leverandør tilbød omtrent samtidig også dette operasjonsbordet. Innklagede foretok deretter endelig tilbudsevaluering.

- (14) Ifølge den udaterte evalueringsprotokollen var klagers tilbudte totalpris kr. 3 554 598,- og valgte leverandørs tilbudte totalpris kr. 3 168 798,-.

- (15) I brev av 19. september 2011 til klager, meddelte innklagede at kontrakt ville bli tildelt valgte leverandør og at signering "av kontrakt vil finne sted etter klagefristens utløp". Tildelingskriteriene var gjentatt i brevet, og det stod:

"[Valgte leverandør] har etter vår totalevaluering gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. [Valgte leverandør] er evaluert som leverandør med beste score på tildelingskriteriet pris som er vektet med 40 %. [Valgte leverandør] har gitt en totalpris som er 12 % lavere enn [klagers] for alle de produktgruppene som er spesifisert i konkurransegrunnlag skal inngå i evaluering. Deres tilbud har en høyere pris enn [valgte leverandør] og Dere er således gitt dårligere score på dette kriteriet. Karakter som er gitt er 5,3 mot 6 som er beste karakter.

Ved evalueringen av kvalitet og teknisk og funksjonell løsning er begge leverandørers løsninger gjennomgått og evaluert av en arbeidsgruppe som også har vært på befaring hos begge leverandører for besiktigelse av tilbudt utstyr. Ved gjennomgang av tilbudene er alle produktgrupper og produkter evaluert i henhold til konkurransegrunnlag og kravspesifikasjon.

Begge leverandører har etter e-postkorrespondanse vedrørende produktgruppe 3 (operasjonsbord/-stol) kunnet levere operasjonsstol fra samme produsent Brumaba GmbH og er således evaluert likt på denne produktgruppen.

Evalueringsgruppen har etter en totalevaluering kommet til noen forskjeller mellom leverandørene hva angår kriteriet kvalitet/teknisk og funksjonell løsning. Særlig innen produktgruppe 2 (takarm med operasjonslampe, kamera og monitor) har faggruppen kommet til at [valgte leverandør] har en bedre løsning for produktet operasjonslampe montert på takarm. Etter en totalevaluering av alle produktgrupper er Dere gitt karakteren 4,1 mens valgte leverandør er gitt karakteren 4,8.

På kriteriet leveringsevne er Dere gitt like god score som innstilt leverandør. Begge er evaluert til karakteren 5.

En totalevaluering etter alle tildelingskriterier gir Dere karakteren 4,76 mot valgt leverandørs karakter 5,32.

[...]

Eventuell klage må være innkommet skriftlig innen 30.09.2011 kl. 12:00. Klagen kan i tillegg sendes på e-post [...]"

- (16) Klager klaget på konkurranseformen og konkurransegjennomføringen i brev av 20. september 2011, og ba samtidig om innsyn i valgte leverandørs tilbud og innklagedes prismatrise. To dager senere svarte innklagede at grunnet reise ville klagen bli behandlet uken etterpå. I brev av 28. september 2011 tok ikke innklagede klagen til følge. Innsyn ble ikke gitt eller omtalt av innklagede.
- (17) Mellom 28. september og 6. oktober 2011 e-postkorresponderte klager og innklagede. I e-post av 28. september 2011 ba klager igjen om innsyn i valgte leverandørs tilbud, og ba senere flere ganger innklagede om å opplyse om tidspunkt for kontraktsignering, eventuelt om dette ville bli utsatt inntil Klagenemnda for offentlige anskaffelser hadde behandlet saken. Innklagede oversendte 3. og 4. oktober 2011 valgte leverandørs tilbud og et notat om den første konkurransen. Klager skrev at såpass seint innsyn var til

hinder for fullstendig gjennomgang av dokumentasjonen før kontraktsignering. Om tidspunktet for kontraktsignering svarte innklagede at rette beslutningstaker vedrørende signeringen var på reise, men skrev ingenting om hvorvidt signering ville bli utsatt i påvente av ekstern klagebehandling. I senere e-poster skrev innklagede at kontrakt ville bli inngått, men uten å presisere tidspunktet, oppga senere tidspunktet til "med det første", "i morgen" og i e-post av 12. oktober 2011 at kontrakt ville bli signert "umiddelbart".

- (18) Klager skrev i en e-post til innklagede 4. oktober 2011 at klager ikke hadde mottatt tilstrekkelig informasjon til å kunne sammenligne tilbudene og forstå tilbudsevalueringen. Blant annet viste klager til at i produktgruppe 6 var klagers tilbudte pris i underkant av kr. 100 000,-, mens valgte leverandørs tilbudte pris var over kr. 1,4 mill., og stilte spørsmål ved hvordan det kunne avstedkomme en samlet prisdifferanse på 12 % i valgte leverandørs favør. Innklagede skrev i en e-post samme dag:

"Når det gjelder produktgruppe 6 er her en kommafeil i [valgte leverandørs] opprinnelige prisoversikt. Det er tilbudt pakker av 10 slangesett – således 2 000 stk. mot Deres 200 stk. Pris er derfor rettet til rett antall for å kunne sammenlikne tilbudene. Du kan således ta bort en null under sum for denne produktgruppen. Vår vurdering er at det ikke er gjort noen feil ved å rette dette ved vår evaluering. Vi beklager at dette ikke kommer tydeligere frem i vår oversendelse til Dere.

Ved evaluering av pris er også begge leverandørers pris på opprinnelig tilbudt operasjonsbord erstattet med operasjonsbord/-stol som ble tilbudt senere i forhandlingsprosessen. [...]

Etter at justeringer er foretatt etter at informasjon er innhentet hos begge tilbydere, er begge tilbud evaluert på pris, på likt grunnlag hva angår mengde og antall og antall innen den samme produktgruppe. I produktgruppe 4 er produktet røykavsug for diatermi fjernet for begge leverandører etter at begge har opplyst at røykavsug for laser kan benyttes også for diatermi. Påfølgende er da også filer/slangesett for diatermi også fjernet for begge leverandører under produktgruppe 5. Begge leverandørers tilbud er behandlet likt."

- (19) Valgte leverandør signerte kontrakten 6. oktober 2011. Innklagedes signering av kontrakten var ikke datert. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. oktober 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og ulovlig direkte anskaffelse

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved å arrangere en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring uten å ha adgang til det. Det forelå tilbud i den første konkurransen som verken var ukorrekt, uakseptabelt eller uegnet. Uansett har innklagede vesentlig endret forutsetningen for konkurransen ved å utta produktgruppe 3 fra konkurransen, og dermed redusere omfanget av den med 1/3 av det opprinnelige omfanget. Ved å unnlate å kunngjøre anskaffelsen på nytt etter den første konkurransen ble avlyst, har innklagede foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Likebehandlingskravet og reelle forhandlinger

- (21) Innklagede har brutt likebehandlingskravet ved ikke å føre inngående eller reelle forhandlinger med klager, i motsetning til andre tilbydere. Klager mottok kun én e-post fra innklagede i løpet av hele forhandlingsprosessen, mens det var vesentlig mer korrespondanse mellom innklagede og valgte leverandør. Innklagede innhentet andre tilbyderes tilbud på klagers tilbudte produkter, uten at klager fikk ny anledning til å forbedre sitt eget tilbud.

Manglende begrunnelse

- (22) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager en begrunnelse for valget av leverandør, sett i lys av tildelingskriteriene og at klager og valgte leverandør tilbudte samme utstyret, men likevel kom forskjellig ut i innklagedes tilbudsevaluering. Valgte leverandør var også over én million kroner dyrere enn klager. Innklagede har ikke fremlagt matrise eller lignende som viser hvordan alle produktene er evaluert.

Reell klagemulighet

- (23) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager en reell klagemulighet. Innklagede unnlot å besvare spørsmål om kontraktsinngåelse og oppstilte unormalt kort klagefrist.

Innklagedes anførsler:

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og ulovlig direkte anskaffelse

- (24) Innklagede bestrider at det ikke var adgang til å arrangere konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Denne hjemles i forskriften § 14-4 bokstav b. I den første konkurransen innkom det bare to tilbud. Valgte leverandørs tilbud hadde klare mangler vedrørende prising, og ble derfor avvist. Det ble ikke vurdert om også klagers tilbud skulle avvises, men med kun ett tilbud i konkurransen, hadde ikke innklagede noe sammenligningsgrunnlag for dette tilbudet. Konkurransen var da forfeilet, og kunne avlyses, jf. EU-domstolens sak C-27/98. Kravspesifikasjonen ble ikke endret i forbindelse med den nye konkurransen med forhandlinger, og i den nye konkurransen oppfylte ikke tilbydernes operasjonsstoler/-bord innklagedes krav. Derfor ble produktgruppe 3 (operasjonsstol/bord) tatt ut av konkurransen. Men etter at innklagede selv fant et bord på markedet som oppfylte kravene, ble produktgruppe 3 tatt inn igjen i konkurransen og tilbyderne ble bedt om å tilby dette bordet. Konkurranses grunnlaget ble derfor ikke vesentlig endret.
- (25) Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Den første konkurransen ble avlyst med hjemmel i § 22-1 (1). Unnlatt kunngjøring av den andre konkurransen var hjemlet i § 14-4 bokstav b. Det ble bare mottatt ett gyldig tilbud i den første konkurransen, og tilbudet kunne da ikke anses egnet siden tilbudet ikke kunne sammenlignes med andre tilbud. Uansett tilbudte heller ikke klager en akseptabel operasjonsstol i den første konkurransen.

Likebehandlingskravet og reelle forhandlinger

- (26) Innklagede bestrider at regelverket er brutt i forhandlingene. Innklagede innhentet selv opplysninger om operasjonsbordet Brumaba som ble forelagt valgte leverandør med

oppfordring om å tilby dette produktet. Opplysningene stammet ikke fra klager, men fra innklagedes egne undersøkelser i markedet uavhengig av tilbyderne i denne konkurransen, herunder besøk på privat tannklinikk i Bergen. Det har ikke funnet sted omfattende korrespondanse med valgte leverandør. Utover den ene e-posten hvor valgte leverandør ble oppfordret til å tilby Brumaba-bordet, er begge tilbyderne korrespondert med i likt omfang.

Manglende begrunnelse

- (27) Det bestrides at begrunnelsen i meddelelsesbrevet ikke er i tråd med regelverket. I brevet av 19. september 2011 fremgår det klart at klagers tilbudte produkter ble evaluert som svakere på produktet operasjonslampe montert på takarm. Prisforskjellen på over én million kroner var en inkurie som ble korrigert i innklagedes tilbudsevaluering.

Reell klagemulighet

- (28) Innklagede bestrider at klager ikke ble gitt reell klagemulighet. Innklagede er ikke pliktig til å opplyse klager om eksakt dato for kontraktsignering, all den tid klagefrist og karensperiode ble overholdt. Klagefristen var ikke for kort.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av utstyr til operasjonsstuer, og er i hovedsak en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi overstiger etter det opplyste EØS-terskelverdien. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og ulovlig direkte anskaffelse

- (30) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b (1), slik bestemmelsen lød før 1. juli 2012, kan oppdragsgiver "ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse." Med en ulovlig direkte anskaffelse menes "en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring", jf. loven § 7b (1) andre setning, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 og § 18-3.
- (31) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å arrangere en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, uten hjemmel i regelverket.
- (32) Spørsmålet er om det var adgang for innklagede til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, da bare ett av de to innkomne tilbudene i den opprinnelige åpne anbudskonkurransen ble avvist. Innklagede har vist til § 14-4 bokstav b som hjemmel for konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Klagenemnda forstår imidlertid innklagedes anførsel slik at det i realiteten er regelen i forskriften § 14-4 bokstav a som er anvendt. Klagenemnda vurderer derfor først om vilkårene for å anvende denne bestemmelsen er oppfylt.

- (33) Det følger av § 14-4 bokstav a at en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan brukes

"når tilbudene i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog er ukorrekte, [...] forutsatt at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkår og at alle leverandørene som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta".

- (34) Det er klart at begge tilbyderne i den avlyste konkurransen, ble invitert til å delta i den nye konkurransen. Klager har anført at innklagede foretok "vesentlige endringer" i kontraktsvilkårene (knyttet til hva som var kontraktsgjenstanden) ved at produktgruppe 3, operasjonsstol/-bord, ble fjernet fra anskaffelsen, jf. innklagedes e-poster til tilbyderne 5. september 2011. Klagenemnda tar imidlertid ikke stilling til dette, ettersom produktgruppen ble inntatt i anskaffelsen igjen ved innklagedes e-post av 15. september 2011, hvor innklagede uttrykte at Brumaba-bordet var av interesse. Konkurranses grunnlaget fremstår i sum således uendret, og et eventuelt regelbrudd som fjerningen av produktgruppe 3 måtte medføre, ble uansett tilfredsstillende reparert ved at produktgruppen ble inntatt i konkurransen igjen.
- (35) Ved vurderingen av om et tilbud er ukorrekt, må det legges en objektiv vurdering til grunn, jf. sak 2008/131 premiss (64). Bestemmelsen er et unntak fra hovedregelen om at det skal benyttes anbudskonkurranse ved gjennomføringen av anskaffelser som omfattes av forskriften del III, og skal derfor tolkes restriktivt, jf. sak 2010/325 premiss (42). Om vilkåret "ukorrekte" skriver Dragsten, *Offentlige anskaffelser, regelverk, praksis og løsninger* (2013), på side 285: "Tilbud som ikke oppfyller kravene satt i konkurransegrunnlaget og av den grunn skal avvises, er utvilsomt "ukorrekte" eller ikke forskriftsmessige."
- (36) I kravspesifikasjonen punkt 2.3. hadde innklagede oppstilt flere krav til tilbydernes operasjonstoler/-bord. Det fremgår av innklagedes udaterte vurderingsnotat at ingen av de opprinnelig tilbudte operasjonsstolene oppfylte spesifikasjonens krav til tilgjengelighet for operatørens føtter under stolens rygg. Dette ga ikke gode ergonomiske arbeidsforhold. Videre inneholdt begge operasjonsstolene unødig mye skinner og mekanikk, som gjorde de unødvendig tungvinte å rengjøre og vedlikeholde. Klagers opprinnelig tilbudte operasjonsstol krevde i tillegg egen vogn for å flyttes, noe innklagede ikke hadde plass til, og valgte leverandørs operasjonsstol var uten stoppfunksjon for det tilfellet fremmedlegemer skulle befinne seg i bevegelsesretningen. Etter det nemnda forstår, var det på denne bakgrunnen innklagede fant at ingen av tilbudene oppfylte konkurransegrunnlaget krav, selv om avvísningen av valgte leverandørs tilbud og avlysningen av konkurransen ble begrunnet med uklarheter i tilbudet og manglende sammenligningsmuligheter. På denne bakgrunnen er klagenemnda kommet til at ingen av de opprinnelige tilbudene i den første konkurransen oppfylte konkurransegrunnlaget krav til operasjonstoler. Tilbudene var således "ukorrekte" i forskriften § 14-4s forstand.
- (37) Innklagede hadde da adgang til å arrangere konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriften § 14-4 bokstav a. Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å vurdere om også § 14-4 bokstav b kunne hjemlet slik konkurranse. Innklagede foretok ikke en ulovlig direkte anskaffelse og klagers anførsel fører ikke frem.

Likebehandling og reelle forhandlinger

- (38) Slik klagenemnda forstår klager, er det videre anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å føre mer omfattende forhandlinger med valgte leverandør enn med klager.
- (39) Innklagede opplyste klager 15. september 2011 om at Brumaba-bordet kunne være av interesse, og ba klager levere revidert tilbud – noe klager gjorde samme dag. Omtrent samtidig leverte også valgte leverandør revidert tilbud med nytt bord av samme type. Innklagede ba begge tilbyderne levere reviderte tilbud med Brumaba-bord, og evaluerte tilbudene rett etterpå. Tilbyderne fikk således like mange muligheter til å inngi reviderte tilbud. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede førte mer omfattende forhandlinger med valgte leverandør enn klager. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (40) Om klagers anførsel om at innklagede ba valgte leverandør tilby Brumaba-bord etter at klager hadde gjort innklagede oppmerksom på dette bordet, viser nemnda til innklagedes redegjørelse om at innklagede på eget og selvstendig grunnlag også hadde oppdaget dette bordet.
- (41) Klager har anført at det ikke ble ført reelle forhandlinger fordi klager ikke fikk anledning til å forbedre sitt tilbud av 15. september 2011.
- (42) I sak 2011/131 premiss (96) uttalte nemnda at gjennom forhandlingene har en oppdragsgiver normalt plikt til å påpeke forhold som tillegges vesentlig eller avgjørende betydning, men at oppdragsgiver ikke har plikt til å påpeke alle sider av leverandørens tilbud som kan forbedres. I sak 2010/96 premiss (79) uttalte nemnda:

"I motsetning til det som er situasjonen for konkurranse med forhandling etter forskriftens del II (§ 11-8), og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring (§ 20-11), inneholder ikke forskriften uttrykkelige regler om gjennomføringen av en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Forskriften § 3-1, og de grunnleggende kravene i loven § 5 vil imidlertid gjelde, jf. forskriften § 2-1 (1). De situasjonene hvor § 14-4 kan være aktuell er imidlertid ulikeartede. De krav til eventuelle forhandlinger som oppdragsgivere gjennomfører i medhold av forskriften § 14-4 må derfor ses i lys av hvilken bestemmelse som hjemler prosedyreformen, og de føringer innklagede har gitt for konkurransen. Det kan for eksempel ikke være noe til hinder for at oppdragsgiver i forhandlingsfasen som etterfølger en mislykket anbudskonkurranse, begrenser forhandlingene til å foreta avklaringer av de forhold ved tilbudene som begrunnet å gå over i konkurranse med forhandling. Anbudskonkurranseformen bygger på en forutsetning om at leverandøren inngir det beste tilbudet innen tilbudsfristens utløp, og dette er en forutsetning som oppdragsgiverne etter omstendighetene også i en viss grad må kunne bygge på i den etterfølgende konkurransen med forhandling."

- (43) I den foreliggende saken åpnet innklagede 15. august 2011 for at leverandørene kunne la allerede inngitte tilbud i den åpne anbudskonkurransen ligge til grunn for den nye konkurransen med forhandlinger. Presumtivt må disse tilbudene anses som noe av det beste tilbyderne kunne tilby. Videre foretok innklagede avklaringer relatert til priser og tilbudte produkter, i form av e-postkorrespondanse med tilbyderne 5. september 2011. Klager ble også bedt om å inngi revidert tilbud 15. september 2011, og hadde ved dette

anledning til selv å forbedre sine priser. Klagenemnda kan på denne bakgrunnen ikke se at reelle forhandlinger ikke er ført, og klagers anførsel fører ikke frem.

Manglende begrunnelse

- (44) Klager har også anført at innklagede brøt regelverket ved ikke å gi klager en begrunnelse for valget av leverandør.
- (45) Etter forskriften § 20-16 (1), slik den lød før endringen 1. juli 2012, skal oppdragsgivers begrunnelse for valg av tilbud *"inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier"*. Formålet med begrunnelsesplikten etter denne bestemmelsen er å gi leverandørene et grunnlag for å vurdere om tildelingsbeslutningen skal imøtegås, enten ved å be oppdragsgiveren endre avgjørelsen eller ved å begjære midlertidig forføyning, jf. Veilederen (2006) punkt 16.2.2.
- (46) I Eidsivating lagmannsretts kjennelse LE-2005-183161 uttalte lagmannsretten at *"bare en begrunnelse som gir anbyderen en mulighet til å vurdere om det er grunnlag for å klage eller grunnlag for å begjære tildelingsbeslutningen "satt til side" tilfredsstiller forskriftens krav til begrunnelse"*. Klagenemnda har sluttet seg til dette, jf. sak 2011/129 premiss (33) med videre henvisninger. Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at oppdragsgiver, i tillegg til matriser som viser poengsettingen på tildelingskriteriene, må gi en redegjørelse for sine vurderinger ved poengsettingen for at en begrunnelse skal oppfylle kravene i forskriften, jf. klagenemndas saker 2009/45 og 2009/215.
- (47) Av innklagedes meddelelsesbrev av 19. september 2011 fremgikk poengsummene og at valgte leverandør hadde 12 % lavere pris enn klager. Tilbyderne ble vurdert som like gode på *"Leveringsevne"* og produktgruppe 3. Om tildelingskriteriet *"Kvalitet/teknisk og funksjonell løsning"* hadde innklagede funnet *"noen forskjeller mellom leverandørene"* og *"særlig innen produktgruppe 2 (takarm med operasjonslampe, kamera og monitor) har ... [valgte leverandør] en bedre løsning for produktet operasjonslampe montert på takarm"*. Videre opplyste innklagede i e-post av 4. oktober 2011 om at det var foretatt noen korrigeringer i prisevalueringen og at røykavsug for diatermi, i produktgruppe 4, med tilhørende slanger, ikke var evaluert fordi produktet var overflødig.
- (48) Klagenemnda ser at innklagedes begrunnelser inneholder en del generelle beskrivelser av evalueringsprosessen, men er knappe om vurderingen av tilbudene mot hverandre. Dette til tross for at vurderingen må ha vært relativt finmasket, siden poengsummene er angitt med én desimal. Innklagede fremhevet produktgruppe 2 i brevet av 19. september, men ifølge formuleringene der var det ytterligere forskjeller mellom tilbyderne også i andre produktgrupper. Disse ble imidlertid ikke omtalt. E-postforhandlingene viser også at innklagede har hatt flere relativt detaljerte spørsmål til ulike produkter, uten at noe av dette kommenteres nærmere i begrunnelsen. Etter å ha begjært innsyn to ganger, fikk klager omsider innsyn i et notat vedrørende avlysning av den første konkurransen og valgte leverandørs tilbud 4. oktober 2011. Slik saken er opplyst for klagenemnda, synes det ikke som om evalueringsmatrise ble oversendt klager før 24. oktober 2011, i forbindelse med innklagedes tilsvare til klagenemnda. Da var kontrakt allerede inngått. Nemnda kan således ikke se at begrunnelsen av 19. september 2011 ga klager tilstrekkelig grunnlag til å vurdere om valget av leverandør var saklig og forsvarlig, eller skulle imøtegås med rettslige skritt. Innklagede har dermed brutt forskriften § 20-16 (1).

Reell klagemulighet

- (49) Videre har klager anført at det ikke forelå reell klagemulighet fordi innklagede ikke besvarte spørsmål om kontraktsinngåelse og oppstilte unormalt kort klagefrist. Nemnda tar først stilling til anførselen om klagefrist. Slik klagenemnda forstår anførselen, anføres det at klager ikke ble sikret reell klagemulighet gjennom klagefristen.
- (50) Av forskriften § 22-3 (1), slik den lød før 1. juli 2012, følger det at oppdragsgivers beslutning om hvem som tildeles kontrakt skal meddeles alle deltakerne "*i rimelig tid*" før kontrakt inngås, og at meddelelsen skal angi en frist for leverandører til å klage over beslutningen. Videre skal meddelelsen inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 20-16 (1). Av klagenemndas praksis følger det at dersom tildelingsmeddelelsen ikke oppfyller kravet til begrunnelse etter § 20-16 (1), blir klagefristen ikke utløst, jf. klagenemndas saker 2011/201 premiss (142) og 2009/57 premiss (86) med videre henvisninger.
- (51) I sak 2011/226 premiss (36) uttalte klagenemnda, under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-81/98 (Alcatel) og klagenemndas sak 2008/32 premiss (44), at kontrakt ikke kan inngås før en klagefrist er utløpt, og eventuelle klager er vurdert.
- (52) Innklagede satte opprinnelig klagefristen til 30. september 2011, jf. meddelelsesbrevet av 19. september 2011. Men som vurdert ovenfor, var begrunnelsen i brevet utilstrekkelig og klagefristen begynte dermed ikke å løpe. Det er noe uklart når tilstrekkelig begrunnelse ble gitt, men nemnda antar at da klager fikk innsyn i valgte leverandørs tilbud 4. oktober 2011, hadde klager, sammen med den informasjonen som var formidlet tidligere, trolig tilstrekkelig grunnlag til å vurdere om det var grunnlag for å klage eller begjære tildelingsbeslutningen satt til side.
- (53) Det er videre uklart når kontrakt egentlig ble inngått, ettersom valgte leverandør signerte 6. oktober 2011, mens innklagedes signering ikke er datert. Imidlertid opplyste innklagede i e-post til klager 12. oktober 2011 at innklagede ville signere kontrakten "*umiddelbart*". Kontrakt er inngått når "*begge parter*" har signert, jf. forskriften § 22-3 (1). Dette synes å ha skjedd umiddelbart etter 12. oktober 2011.
- (54) På dette tidspunktet var imidlertid den opprinnelige klagefristen utløpt, og nemnda kan ikke se at klager ble innrømmet ny klagefrist regnet fra forskriftsmessig begrunnelsestidspunkt. Kontrakt ble da inngått uten at det var gitt tilstrekkelig klagefrist i henhold til forskriftens krav. Innklagede har følgelig brutt § 22-3 (1) ved å inngå kontrakt uten å angi en frist for leverandørene til å påklage tildelingsbeslutningen.
- (55) Når det gjelder klagers anførsel om innklagedes unnlatelse av å opplyse om når kontrakt ville bli signert, vises det til klagenemndas praksis i sakene 2011/226 premissene (36-37) og 2011/194 premiss (50), hvor nemnda uttalte:

"Leverandørene skal kunne være trygg på at kontrakt ikke vil bli inngått innen klagefristens utløp og vurdering av eventuelle klager, og må således planlegge de eventuelle rettslige skritt disse ønsker å foreta seg ut fra dette. Dette innebærer at nemnda ikke kan se at det kan utledes ytterligere plikter vedrørende opplysning om eksakt kontraktsinngåelsestidspunkt fra de grunnleggende kravene i regelverket, slik klager har hevdet. Selv om det naturligvis hadde vært positivt om innklagede i

foreliggende sak hadde opplyst om eksakt kontraktsinngåelsestidspunkt på et tidligere tidspunkt, kan nemnda ikke se at regelverket oppstiller noen plikt til dette."

- (56) Klagenemnda legger til grunn at det samme gjelder etter forskriften § 22-3 (1). Klager hadde således ikke krav på å bli underrettet om tidspunktet for kontraktsignering og klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Universitetet i Bergen har brutt forskriften § 20-16 (1) ved ikke å gi tilstrekkelig begrunnelse for valget av leverandør.

Universitetet i Bergen har brutt forskriften § 22-3 (1) ved å inngå kontrakt uten å angi passende frist for leverandører til å klage over kontraktstildelingen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram eller har ikke blitt behandlet.

Bergen, 30. september 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven