



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av telefonitjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved urettmessig å avvise klager fra konkurransen som følge av manglende rådighet over underleverandøren. Videre fant klagenemnda at innklagede hadde brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e og f ved urettmessig å avvise klager sitt tilbud som følge av klagers prising. Til slutt fant klagenemnda at innklagede hadde brutt loven § 5 ved å åpne for inngivelse av usammenliknbare tilbud, og at innklagede på den bakgrunn hadde plikt til å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2011 i sak 2011/157

Klager: Telenor Norge AS

Innklaget: Staten ved Justis- og politidepartementet ved Politiets data- og materielltjeneste

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, avvisning av tilbud, kravet til forutberegnelighet, plikt til å avlyse konkurransen.

Bakgrunn:

(1) Staten ved Justis- og politidepartementet ved Politiets data- og materielltjeneste (PDMT) (heretter kalt innklagede) kunngjorde 28. januar 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av telefonitjenester. Avtaleperioden var angitt å være fra signering av avtale til 25. mai 2013, med automatisk forlengelse på ett pluss ett år, dersom avtalen ikke blir sagt opp av innklagede, jf. punkt 1.3 i konkurransegrunnlaget. Den anslåtte verdien av anskaffelsen var angitt å være omkring 70 millioner kroner per år, jf. punkt 1.3 i konkurransegrunnlaget.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 "Anskaffelsens formål" var det opplyst at:

"Formålet med anskaffelsen er å inngå rammeavtale for kjøp av abonnement og trafikk;

- fast telefoni*
- mobil telefoni*

Det gis ikke anledning til å inngi tilbud på deler av spesifiserte tjeneste kategorier."

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (3) Kvalifikasjonskravene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 5. Det var oppstilt syv kvalifikasjonskrav, og innledningsvis i konkurransegrunnlagets punkt 5 het det at:

“Formålet med kvalifikasjonskravene er å fastsette et nedre kvalifikasjonsnivå og hindre at ikke kvalifiserte virksomheter får anledning til å delta i konkurransen.

Dersom ett eller flere kvalifikasjonskrav ikke er tilfredsstilt, vil tilbyderens tilbud ikke vurderes nærmere.

Der tilbyderer har særlige grunner til ikke å kunne fremlegge den etterspurte dokumentasjon, kan Oppdragsgiver, før tilbudsfristens utløp, kontaktes for å klarlegge hvorvidt annen dokumentasjon kan aksepteres.

Dersom tilbyderer ønsker å godtgjøre at kvalifikasjonskravene oppfylles ved å henvise til kapasiteten i sammenslutninger eller virksomheter som tilbyderer indirekte eller direkte er knyttet til, skal dette fremkomme tydelig. Det er i et slikt tilfelle et krav at det godtgjøres at tilbyderer reelt disponerer over disse sammenslutningers eller virksomheters ressurser.”

- (4) Av underpunkt 5.7 “Tilbyders underleverandører” fremgikk det at tilbydere som ikke tilfredsstilte kravet ville bli avvist, og at kravet bedømmes som oppfylt/ikke oppfylt. Videre het det at:

“Tilbyderen skal ha erklæring på at de reelt sett disponerer over underleverandør(er)s ressurser for denne anskaffelsen.”

- (5) Det fremgikk også at kravet skulle dokumenteres ved at:

“[...] det vedlegges enten forside på signert avtale mellom partene, eller egenerklæring fra underleverandør på at samarbeid er inngått. Det skal spesifiseres hvilken del av leveransen underleverandør er ansvarlig for samt hvor stor prosentandel av anskaffelsen denne vil stå for.

Avtale med nettverksleverandør, samtrafikkavtaler og andre avtaler knyttet til grunnleggende telekom infrastruktur fremlegges kun på forespørsel fra Oppdragsgiver.”

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 6 “Krav til kvalifiseringsdokumentasjon og tilbud” var det i punkt 6.1.1 “Kvalifiseringsdokumenter” angitt at kvalifikasjonsdokumentene skulle deles inn og leveres i ni deler, og i henhold til punkt 9 skulle det inngis “Dokumentasjon på veletablert forbindelse med underleverandører”. Av underpunkt 6.1.2 “Tilbudsdokumenter” fremgikk det at:

“Tilbudet skal som minimum inneholde:

- 1. Tilbudsbrev*
- 2. Vedlegg A Kravspesifikasjon (utfylt)*
- 3. Vedlegg B Priser (utfylt)*
- 4. Vedlegg C Annen dokumentasjon fra tilbyder*
- 5. Vedlegg D Forbehold”*

- (7) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 6.1.5 “Priser (utfylt)” at:

“Priser skal fylles ut i Del 2 Vedlegg B Priser og vedlegges tilbudet.

Tilbyderen må påse at alle nødvendige elementer for en fungerende løsning prises, også dersom ikke ethvert element til fungerende løsning fremgår av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon.”

- (8) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 7 hvor det blant annet fremgikk at kontrakt etter en helhetsvurdering vil bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på pris og preferanser, og at disse ville bli vektet med henholdsvis 80 % og 20 %. I forhold til pris ble det opplyst at:

“7.1 PRIS (80 %)

Evalueres med bakgrunn i totalpris oppgitt i Del 2 Vedlegg B Priser. Opsjoner evalueres ikke.”

- (9) Priser skulle fylles inn i et eget skjema hvor forskjellige typer samtaler og tjenester skulle prises ut fra et på forhånd utfylt estimat fra innklagede over antall samtaler, samtaleminutter, og antall av andre tjenester. I Del 2 “Vedlegg B Priser” ble det innledningsvis gitt veiledning til utfylling av prisskjemaet, og det fremgikk at:

“FØLGENDE ARK I PRISSKJEMAET SKAL FYLLES UT;

ARK 2 Fasttelefoni

ARK 3 Mobiltelefoni

ARK 4 Tjenestenivå

Priser (NOK) skal oppgis eksklusive merverdiavgift. Kostnader utover det som fremkommer av prisskjemaet aksepteres ikke.

Oppgitt estimat i regnearkene er eksklusive DA, DHP og Kriminalomsorgen¹

For å flytte og fylle inn i åpne, gule celler i regnearket, bruk TAB-tasten. Alle gule celler skal fylles ut.

** For å presisere prisene nærmere, fyll inn Del 2 Vedlegg C Annen dokumentasjon fra tilbyder.*

Ved ønske om eventuelle forbehold, fyll inn Del 2 Vedlegg D Forbehold.

¹ Se Del 1 Administrative bestemmelser punkt 1.1.”

- (10) Innklagede mottok en rekke spørsmål knyttet til kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Spørsmål og svar ble inntatt i skjema for “Presiseringer med spørsmål og svar — telefoni tjenester”. Det fremgikk av spørsmål 3 innen administrative bestemmelser punkt 5 at:

“1) Vil oppdragsgiver kunne akseptere at en agent/systemintegrator står som tilbyder så lenge øvrige kvalifikasjonskrav er oppfylt og dokumentasjon som angitt i 2) og 3) nedenfor fremgår av tilbudet fra tilbyder relatert til dokumentasjonskrav som tilbyder av teletjenester?”

2) *Kopi av dokumentasjon fra Post- og teletilsynet som viser at Operatør er registrert som tilbyder av teletjenester hos Post- og teletilsynet.*

3) *Kopi av inngått Agentavtale mellom Agent / Systemintegrator som hovedleverandør (tilbyder til PDMT) og Operatør som underleverandør (underleverandør til tilbyder), som regulerer alle forhold i forbindelse med tilbudet, produktene, leveransen, fakturering, drift- og feilmeldingstjenester med tilhørende SLA-er, og i tillegg til dette legger ved en erklæring signert av bemyndiget person hos Operatøren før tilbudet inngis hvor følgende tekst fremgår:*

“Operatør skal bistå Agent / Systemintegrator i besvarelsen av forespørselen og som tilbyder av teletjenester etter de krav som gjelder mellom PDMT og Agent / Systemintegrator, herunder forplikter Operatør seg til å stille med nødvendige leveranser og ressurser så lenge avtalen mellom PDMT og Agent / Systemintegrator varer på de betingelser som følger av det Operatør har avtalt skriftlig som underleverandør til Agent / Systemintegrator under avtalen mellom PDMT og Agent / Systemintegrator”.

Dersom PDMT kan godta dette med mindre endringer i erklæringen gjengitt ovenfor, bes PDMT om å oversende tekst som kan stå i slik erklæring fra Operatør til Agent / Systemintegrator.”

(11) Innklagede besvarte spørsmålet på følgende måte:

“PDMT henviser til konkurransegrunnlaget.

1) *Ja, dette er riktig så lenge forskriftens og konkurransegrunnlaget krav er oppfylt.*

2) *Slik dokumentasjon vil oppfylle kravet forutsatt at forskriftens og konkurransegrunnlagets øvrige krav er oppfylt.*

3) *Nevnte erklæring inneholder referanser til vilkår i andre avtaler PDMT ikke har sett og som PDMT derfor ikke har noen mening om. Det er viktig at forpliktelsen til underleverandøren er uforbeholden slik at det ikke er noen tvil om at tilbyder faktisk disponerer de aktuelle ressurser på en måte som gir samme eller tilnærmet samme sikkerhet for PDMT som om de ble stillet til rådighet av tilbyder selv.*

Standardiserte bransjeavtaler, som f eks samtrafikkavtaler, vil som utgangspunkt tilfredsstille kravet. Andre avtaler må vurderes konkret.

Utarbeidelse av slike underleverandøravtaler eller back to back avtaler er tilbyders ansvar og tilbyder må selv utarbeide slike, herunder tilpasse dem underleveransens karakteristika. En alminnelig agentavtale vil, basert på vår kjennskap til slike, neppe tilfredsstille kravet. Uten at PDMT ved dette forplikter seg på noen måte til å akseptere evt avtaler som fremlegges, vil vi, basert på tidligere erfaringer, oppfordre til at slike avtaler sikrer en så komplett og reservasjonsløs back to back forpliktelse mellom leverandør og underleverandør som mulig.”

(12) I skjemaet for presiseringer med spørsmål og svar fremkom også følgende spørsmål:

"Del 2 Vedlegg A Kravspesifikasjon, krav nr 15 - hvor skal dataabonnement per fakturaperiode prises?"

Det er ikke satt av felt til prising av denne tjenesten i prisvedlegget."

- (13) Spørsmålet ble besvart av innklagede på følgende måte:

"Se krav 15 (tekst);

"Tilbyder skal i kommentarfeltet oppgi sine ulike abonnementstyper, som tilbys, med angivelse av nedlastningsgrense og fastpris pr mnd. Pris pr Mb ved overskredet nedlastningsgrense skal angis."

PDMT har nå også lagt inn priser for krav 15 i pris vedlegget.

Det skilles mellom krav 15, dataabonnement og krav 16, data i taleabonnement.

Revidert Del 2 Vedlegg B Priser er lagt ut. Revidert vedlegg skal benyttes i tilbudet."

- (14) Videre fikk innklagede følgende spørsmål:

"Tilbyder ønsker å få avklart hvor pris for overskytende databruk skal settes inn i mobil-arket dersom det tilbys ulik pris for volum ut over oppgitte nedlastningsgrenser, for ulike dataabonnement?"

- (15) Spørsmålet ble besvart på følgende måte:

"Se Del 2 Vedlegg A Kravspesifikasjon, krav 15 og 16 samt Del 2 Vedlegg B Priser - revidert, ark mobiltelefoni, punkt 3.

Oppdragsgiver ber om faste priser i Del 2 Vedlegg B Priser - revidert.

Nedlasting utover nedlastingsgrensene for de ulike dataabonnement, jfr ovenfor, prises pr Mb uavhengig av hvor stor overskridelsen er."

- (16) I skjema for presiseringer med spørsmål og svar fremkom også følgende spørsmål:

"Tilbyder forstår det slik at det i mobil-arket skal fylles ut:

a) pris for abonnement,

b) løpende priser for tale, SMS og MMS, og

c) pris for definert mengde data (Mbyte) med pris for overskytende trafikk.

Tilbyder oppfatter at det for tjenestene tale, SMS og MMS ikke er åpnet opp for at man setter kun pris på abonnementet (der et definert volumtak av tjenestene tale, SMS og MMS inngår)?

Er dette oppfattet korrekt?"

- (17) Innklagede besvarte spørsmålet på følgende måte:

"Se Del I Administrative bestemmelser, punkt 7.1 Pris.

"Evalueres med bakgrunn i totalpris oppgitt i Del 2 Vedlegg 8 Priser.

Opsjoner evalueres ikke.""

- (18) Frist for mottak av tilbud var satt til 14. mars 2011 klokken 09.00, jf. punkt 6.3.1 i konkurransegrunnlaget. Vedståelsesfristen var satt til 31. mai 2011, jf. punkt 6.3.2 i konkurransegrunnlaget.

- (19) Innklagede mottok seks tilbud, herunder fra Ventelo Bedrift AS (heretter kalt valgte leverandør), og Telenor Norge AS (heretter kalt klager).

- (20) Det fremgikk av tilbudet fra klager at selskapet benytter seg av Linus AS (heretter kalt underleverandøren) som underleverandør i forbindelse med leveransen. Som dokumentasjon for at klager reelt sett disponerer over underleverandørens ressurser, ble forsiden på signert avtale lagt ved tilbudet. I tillegg var det lagt ved dokumentasjon for underleverandørens utviklingsmetoder. Det fremgikk også av dokumentasjonen hvilken rolle underleverandøren ville ha i anskaffelsen, og det het at:

“Linus har avtale med Telenor om produksjon av SMS-tjenester. Telenor antar at Linus står for under 0,025 % pr. år.”

- (21) I tilbudet ga klager tilbud på abonnementer hvor innklagede skulle betale en månedspris, og hvor de faste kostnadene dekket den vesentligste delen av tele- og datatrafikken. Flere av de gule feltene i prisskjemaet var fylt ut med pris kroner 0,-, og bruk ut over den bruk som var inkludert i abonnementet, ble belastet med kostnader per enhet fastsatt etter egne takster.

- (22) Etter tilbudsfristens utløp ble klager kontaktet av innklagede med forespørsel om ytterligere dokumentasjon relatert til avtalen med underleverandøren. Klager oversendte deretter komplett avtale med underleverandøren, hvor forretningshemmeligheter var sladdet. Innklagede ba om å få oversendt usladdet versjon av avtalen, og klager valgte i stedet å sende inn egenerklæring fra underleverandøren på at samarbeid var inngått. Fra *"Erklæring om disponering over ressurser"*, datert 24. mars 2011, fremgår blant annet:

"Ved en eventuell gjennomføring av leveransen av sms tjenester til PDMT der Linus er underleverandør, erklærer undertegnede, i kraft av rollen som daglig leder, at Telenor vil disponere over ressurser i Linus med ansvar og kompetanse på tilbudt SMS-tjenester. Denne erklæring gjelder i hele avtaleperioden mot PDMT der Linus tjenester inngår.

Denne erklæringen er et tillegg til gjeldende avtale, 248 175, mellom Telenor og Linus AS om utvikling, herunder kundespesifikk utvikling, produksjon og drift av SMS og mobile tjenester."

- (23) I brev av 14. april 2011 ble klager meddelt at klager var avvist med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (1) bokstav a som følge av at klager ikke hadde oppfylt krav til deltakelsen angitt i konkurransegrunnlaget punkt 5.7. Det ble blant annet vist til kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Videre fremkom det av brevet at kravets innhold var presisert gjennom innklagedes svar på spørsmål stilt til konkurransegrunnlaget, og at svarene var gjort tilgjengelige for interessentene i konkurransen. Det fremkom også at innklagede hadde benyttet sin adgang til å be om supplering og utdyping, og bedt klager om å oversende avtalen med underleverandøren for å kunne kontrollere om kravet var oppfylt. Videre heter det i brevet at:

"Telenor har oversendt en sladdet versjon av avtalen, men den sladdede versjonen gir ikke PDMT mulighet til å kontrollere om kvalifikasjonskravet er oppfylt. PDMT ba derfor Telenor om å oversende en usladdet versjon.

I e-post 25. mars 2011 opplyste Telenor at en usladdet versjon av avtalen ikke ville bli fremlagt fordi avtalen var å anse som en forretningshemmelighet."

- (24) Innklagede viste også til at klager i stedet la frem erklæring fra underleverandøren, og det het i brevet at:

“Bedømmelsen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt, baseres på tilbudet med vedlagt dokumentasjon vurdert i lys av den dokumentasjon som kreves fremlagt. Kvalifikasjonskravet skal være oppfylt ved tilbudsfristens utløp, og PDMT har derfor ikke anledning til å legge vekt på erklæringen datert 24. mars. Kvalifikasjonskravet skal etter dette vurderes på bakgrunn av den sladdede versjonen av samarbeidsavtalen mellom Telenor og Linus.”

- (25) Klager fikk oversendt meddelelse om hvem som ble tildelt kontrakt 2. mai 2011, hvor det blant annet fremgikk at samtlige tilbydere, med unntak for valgte leverandør, var avvist. Det fremkom at innklagede likevel valgte å inngå kontrakt fremfor å avlyse konkurransen, og at:

“Et sentralt moment i denne vurderingen er at tilbudets pris er merkbart lavere enn prisen i dagens avtale.”

- (26) Klager påklaget avvisningen 4. mai 2011, og innklagede opprettholdt avvisningen i brev av 10. mai 2011. Det fremgikk blant annet av brevet at:

“Forut for avvisningen ba Politiets data- og materielltjeneste (PDMT) to ganger om at Telenor supplerte og utdypet dokumentasjonen omkring dette kvalifikasjonskravet. PDMT har følgelig strukket seg langt for å gi Telenor en sjanse til å delta i konkurransen. Når Telenor på tross av dette ikke dokumenterte oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, var PDMT forpliktet til å avvise tilbydereren fra konkurransen.”

- (27) I forhold til den ettersendte egenerklæringen het det i brevet at:

“PDMT fastholder at en erklæring utarbeidet etter tilbudsfristens utløp ikke kan tas hensyn til i vurderingen av kvalifikasjonskravene. Denne regelforståelsen baseres på regelverkets system, og den er eksempelvis lagt til grunn av Klagenemnda for offentlige anskaffelser i sak 2005/115.

[...]

Hensikten med å be om supplerende og utdypende dokumentasjon er å gi et bedre grunnlag for kvalifikasjonsvurderingen. Denne tilleggsdokumentasjonen skal imidlertid bare hensyntas hvis den gjelder tilbyderens kvalifikasjoner slik de var på kvalifikasjonstidspunktet. En forpliktelseserklæring utarbeidet etter dette er ikke egnet til å kaste lys over hvilken rådighet tilbydereren hadde over underleverandøren på det tidligere tidspunkt for kvalifikasjonsvurderingen. Erklæringen kan derfor ikke inngå i vurderingsgrunnlaget.”

- (28) I tillegg fremkom det av punkt 6 “Andre forhold” i brevet at:

“Som del av behandlingen av klagen er Telenors tilbud gjennomgått her. Gjennomgangen skyldes at PDMT ønsket å få et mest mulig fullstendig bilde av Telenors tilbud, inkludert oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene. Under gjennomgangen ble det avdekket at Telenor har priset telefonitjenestene på en annen måte enn det er lagt opp til i konkurransegrunnlaget.

Priskriteriet teller 80 % i valg av tilbud og er følgelig det sentrale tildelingskriteriet i konkurransen. PDMT har i konkurransegrunnlagets vedlegg B gitt føringer for tilbyderens prising av sine tilbud. I vedlegget er det tatt inn et excel-ark, og det er opplyst at alle de gule feltene skal fylles ut av leverandørene.

Prisskjemaet legger opp til en vurdering av enhetspriser (som oppstart, minuttpris for tale, datatrafikk) for ulike deler av leveransen. Telenor har tilbudt abonnementer hvor PDMT betaler en månedspris, og hvor de faste kostnadene dekker den vesentligste delen av tele- og datatrafikken. Som følge av dette har Telenor fylt flere av de gule feltene ut med 0,-.

Telenors avvikende måte å prise den tilbudte leveransen på, vil skape problemer for vurderingen av den tilbudte prisen og for å sammenlikne Telenors tilbudspriser med konkurrentenes.

Bakgrunnen for at PDMT har ønsket å vurdere prisen på bakgrunn av enhetspriser, er at det er svært ulikt bruksmønster blant de som skal benytte telefonitjenestene. Noen abonnementer brukes svært mye, mens andre benyttes svært lite. Bruken av hvert enkelt abonnement varierer også i ulike perioder, avhengig av arbeidsområde og arbeidsomfang.

Abonnementstypen Telenor tilbyr vil være gunstig for de brukerne som benytter telefonene mye. Det er imidlertid ikke klart hvor mange av disse storforbrukerne som vil overstige taket som er satt for den bruken som er inkludert i de faste abonnementskostnadene. Det må påregnes at enkelte brukere vil få et tillegg i de månedlige kostnadene som følge av svært høyt trafikkvolum. Hvor mange brukere dette gjelder og hvor store kostnader det er snakk om, vil variere. PDMT mangler da opplysninger for å beregne den totale tilbudsprisen.

For de brukerne som benytter telefonene lite til utgående trafikk, vil en slik abonnementstype være ugunstig. Når flere brukere har svært lite utgående trafikk, er det grunn til å anta at flere av brukerne vil ha lave månedlige kostnader. For disse brukerne vil den abonnementstypen som Telenor tilbyr være økonomisk ugunstig da de ikke vil bruke telefonen nok til å rettferdiggjøre de høyere faste kostnadene. Antallet brukere og hvilke brukere dette er, vil kunne variere mellom ulike deler av virksomheten og over tid.

For tilbud priset i tråd med skjemaet vil de månedlige kostnadene - både samlet og for hver enkelt - bero på den faktiske bruken. Den prisingsmodellen Telenor har valgt tar ikke høyde for at bruksmønsteret varierer. Utslagene i pris vil derfor kunne slå ulikt ut. Denne usikkerheten ved prismodellen får betydning når prisen skal holdes opp mot tilbudspriser som er basert på de forutsetninger som følger av prisskjemaet i vedlegg B med prising ut fra faktisk forbruk. Telenors prismodell er ikke sammenlignbar med den prismodellen konkurransegrunnlaget legger opp til.

Etter PDMTs oppfatning har Telenors avvikende prismodell skapt en uklarhet som kan få betydning for hvordan tilbudsprisen skal vurderes opp mot de konkurrerende tilbudsprisene. Forskrift om offentlige anskaffelser § 20-13 (1) bokstav f oppstiller en plikt til avvisning i slike tilfeller.”

- (29) Klager inngav begjæring om midlertidig forføyning til Oslo byfogdembete 12. mai 2011, og begjæringen ble tatt til følge ved kjennelse av 13. mai 2011. Det fremkom av punkt 1 i kjennelsens slutning at innklagede skal unnlate å inngå kontrakt med valgte leverandør inntil innklagede har realitetsbehandlet tilbudet fra klager, eller til Klagenemnda for offentlige anskaffelser har truffet avgjørelse om tilbudet skal avvises. Videre følger det av slutningens punkt 2 at klager som vilkår må fremsette klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser over vedtak på avvisning av inngitt tilbud innen to uker fra avsigelsen av kjennelsen.
- (30) På denne bakgrunn brakte klager saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 26. mai 2011.
- (31) Det fremkom av anskaffelsesprotokoll datert 31. mai 2011 at innklagede har mottatt klage fra fire av tilbyderne, og at samtlige klager ble avvist av innklagede.
- (32) I tilsvaret til klagenemnda har innklagede opplyst at det ikke lar seg gjøre å sammenlikne klagers tilbudspriser med priser i tilbud utfyllt i tråd med prisskjemaet. Videre opplyser innklagede at et forsøk på å sammenligne prisene, så langt det lar seg gjøre, har indikert at det er relativt små forskjeller mellom tilbydernes prisnivåer.
- (33) Innklagede begjærte 1. juni 2011 muntlig forhandlinger etter den midlertidige forføyningen.
- (34) I innklagedes ytterligere kommentarer til saken inngitt 22. juni 2011 fremkom det at:
- "PDMT vurderte opprinnelig Ventelo Bedrift AS' tilbudspriser som best, men kunne ikke helt utelukke at Telenors priser kunne være omtrent like gode. Under forberedelsene av klagesaken er det gjort en ny vurdering av tilbudsprisene. Så langt totalpris er mulig å beregne, har Telenor klart høyere totalpris enn Ventelo Bedrift AS. Forskjellen er så vidt stor at det fremstår som lite sannsynlig at Telenor Norge AS under noen omstendighet ville kunne vært i posisjon til å få kontrakten. Det presiseres imidlertid at PDMT fortsatt ikke har gjort en full evaluering av tilbudene, og det fastholdes at det er en viss mulighet for at uklarheten kan få betydning for rangeringen av tilbudene."*
- (35) Oslo Byfogdembete traff kjennelse 14. juli 2011 hvor Oslo byfogdembetes kjennelse av 13. mai 2011 ble opprettholdt.
- (36) Kontrakt med valgte leverandør er ikke inngått.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av leverandør – krav til leverandørene og krav til dokumentasjon

- (37) Klager anfører at selskapet urettmessig er avvist fra deltakelse i konkurransen, og klager viser til tre alternative grunnlag for at avvisningen er rettsstridig.
- (38) Prinsipielt anføres at det ikke var grunnlag for avvisning da kravene til dokumentasjon av kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 5.7 var tilfredsstilt på tilbudstidspunktet. Klager kan derfor ikke avvises etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a.

- (39) Det vises blant annet til at klager i sitt tilbud la ved forsiden til sin underleverandøravtale i tråd med hva som ble krevd i konkurransegrunnlaget. Klager har i tilbudet fremlagt dokumentasjon i henhold til ett av de to alternativer som innklagede hadde oppgitt i konkurransegrunnlaget, og har følgelig levert et tilbud i henhold til konkurransegrunnlagets krav.
- (40) Klager viser også til at oppdragsgiver er forpliktet til å legge de kunngjorte kvalifikasjonskravene og dokumentasjonskravene til grunn, jf. de grunnleggende krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i anskaffelsesloven § 5. Det vises blant annet til Dragsten/Lindalen, Offentlige anskaffelser, kommentarutgave side 835 og klagenemndas avgjørelse i sak 2009/111 (premiss 24).
- (41) Klager viser til at utgangspunktet for spørsmålet om hvorvidt klager har oppfylt kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet må bero på en tolkning av konkurransegrunnlaget punkt 5.7. Deretter må det vurderes hvorvidt innklagede gjennom spørsmål og svar-runden har endret dette utgangspunktet.
- (42) Ifølge klager synes innklagede i sitt tilsvarende å forsøke å skape et kunstig skille mellom kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet som det ikke er rettslig grunnlag for. Det vises til at kvalifikasjonskravene er minimumskrav, jf. forskriften § 17-4(1), og at oppdragsgiver har en betydelig frihet til å fastsette hvor strengt et kvalifikasjonskrav skal være. Dokumentasjonskravet som følger det enkelte kvalifikasjonskrav vil imidlertid være relevant for å tolke hvor oppdragsgiver har lagt lista med tanke på kvalifikasjonskravets innhold, og dokumentasjonskravet må tillegges betydelig vekt ved tolkingen, jf. klagenemndas avgjørelse i sakene 2009/111 (premiss 24), 2010/2 (premiss 24) og 2010/276 (premiss 54). Resultatet av denne tolkningen vil danne utgangspunkt for hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta før tilbudsfristens utløp, jf. forskriften § 17-2. Klager viser også til at oppdragsgiver ikke kan endre kvalifikasjonskravene etter tilbudsfristens utløp.
- (43) Klager viser også til at selv om oppdragsgiver har en betydelig frihet til å fastsette hvor strengt et kvalifikasjonskrav skal være, vil denne friheten være begrenset i det øyeblikket kravene er fastsatt. I etterkant av kunngjøringen må oppdragsgiver forholde seg til reglene for endring av konkurransegrunnlag dersom dette skal justeres underveis, og oppdragsgiver vil kunne ha et relativt begrenset skjønn i vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt. Jo klarere kvalifikasjonskravene er angitt, jo mer begrenset er skjønnets til oppdragsgiver, jf. klagenemndas uttalelser i sak 2009/128 (premiss 84). Dette er også tilfellet her.
- (44) Klager presiserer at kvalifikasjonskravet, slik det kom til uttrykk i konkurransegrunnlaget punkt 5.7, ikke kan forstås for strengt. Klager kan vanskelig se at konkurransegrunnlaget punkt 5.7 kan tolkes slik at innklagede skal ha adgang til å kunne foreta en tilnærmet full gjennomgang av de kommersielle vilkår mellom en tilbyder og en underleverandør. Dersom dette hadde vært meningen, måtte dette ha vært sagt uttrykkelig i konkurransegrunnlaget. Den gjennomgang innklagede mener å ha rett til må i så fall være i strid med de grunnleggende krav til forutberegnelighet.
- (45) Det bestrides at klager har forstått kravet til dokumentasjon for kvalifikasjonskravet på samme måte som innklagede. Det vises til at klager i oversendelsen viste til innklagedes anmodning om oversendelse etter forskriften § 21-4, og at oversendelsen ikke gir noen indikasjoner på hvordan klager forstod dokumentasjonskravet. Klager har vært uenig med innklagede i omfanget av dokumentasjonskravet, og dette har vært klart uttalt.

- (46) Videre vises det til at innklagede ikke har gitt noen klar begrunnelse for hvorfor klager ikke ble ansett for å ha oppfylt dokumentasjonskravene i konkurransegrunnlaget. Det kan fremstå som om innklagede er av den oppfatning kvalifikasjonskravene ble endret under spørsmålsrunden forut for tilbudsfristens utløp, slik at forsiden på avtale med underleverandør ikke lenger kunne anses som tilstrekkelig dokumentasjon.
- (47) Klager bestrider at kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene ble endret gjennom spørsmål og svar-runden. Klager viser for det første til at innklagede i dokumentet ”Pasiseringer samt spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget”, rent faktisk skiller mellom presiseringer på den ene side og spørsmål og svar på den andre side. For det andre vises det til at innklagede ikke har utarbeidet noe revidert konkurransegrunnlag, i motsetning til hva som har vært tilfellet for øvrige spørsmål. Innklagede har således hatt et bevisst forhold til endringer i konkurransegrunnlaget. For det tredje vises det til at svaret på spørsmålet som innklagede mener skal være hjemmel for endringen av konkurransegrunnlaget relaterer seg til en konkret agentavtale og tekst til en konkret egenerklæring. For det tilfelle at dette må forstås generelt, vil det uansett måtte begrenses til forholdet til agentavtaler. For det fjerde vises det til at forholdet mellom en ”Agent/Systemintegrator” er vesensforskjellig fra forholdet mellom klager og underleverandøren. I tilfeller hvor det ligger en agentavtale til grunn, vil agenten selge det relevante produktet eller tjenesten på vegne av leverandøren. I en underleverandøravtale, som den mellom klager og underleverandøren, vil underleverandøren levere sin del av produktet eller tjenesten til klager. Kunden forholder seg ikke til underleverandøren, men til klagers etablerte leveranse-, kundeservice- og verdikjede hvor underleverandøren inngår som en integrert del. Klager fakturerer også kunden og har det hele og fulle ansvar for alle forhold ved leveransen ovenfor kunden. For det femte kan klager vanskelig se hvilke konkrete forpliktelser som skal kunne utledes av svaret, og klager viser til at de grunnleggende krav til forutberegnelighet fortsatt gjelder, jf. loven § 5.
- (48) Subsidiært anføres at det ikke er grunnlag for avvisning da dokumentasjonskravet ble oppfylt ved å inngi en egenerklæring fra underleverandøren. For det tilfelle at innklagede hadde adgang til å innhente supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner, jf. forskriften § 21-4, skal innklagede i vurderingen av om dokumentasjonskravet er oppfylt også legge vekt på den fremlagte egenerklæring. Klager viser til at partene er enige i at kvalifikasjonskravet er oppfylt dersom innklagede hadde plikt til å legge vekt på erklæringen. Videre vises det til at det er innklagede selv som har etterspurt informasjonen, og innklagede kan ikke velge å se bort fra informasjon som er innhentet på innklagedes initiativ selv om erklæringen har blitt inngitt etter tilbudsfristens utløp.
- (49) Det vises til at forskriften § 21-4 etter sin ordlyd synes å gi en generell adgang for oppdragsgiver til å be om supplerende eller utdypende informasjon fra tilbyder. Ordlyden gir ingen holdepunkter for at bare opplysninger som oppdragsgiver ber om skal tas i betraktning, og det er heller ikke noe i ordlyden som tilsier at det skal legges til grunn en snever forståelse av hvilken informasjon oppdragsgiver kan ta hensyn til. Klager viser i denne forbindelse til Dragsten/Lindalen, Offentlige anskaffelser, kommentarutgave side 1185. Reelle hensyn tilsier at oppdragsgiver som anmoder om å få supplerende informasjon må hensynta den informasjonen som tilbyderen da sender inn for å godtgjøre kvalifikasjonskravet. Dersom kun informasjon som oppdragsgiver har bedt om kan bli vurdert, ville dette føre til at tilbyder bærer risikoen for oppdragsgivers valg. Klager viser også til at innklagede selv har lagt til grunn en slik forståelse av regelen.

- (50) Klager viser også til at en naturlig språklig forståelse av begrepet ”supplerende” tilsier klart nok at man kan legge frem noe som mangler. Tidligere fremlagt dokumentasjon suppleres følgelig ved at ytterligere dokumentasjon legges frem, jf. klagenemndas sak 2010/208 og sak 2011/24 (premiss 27). Tilsvarende løsning må legges til grunn her, og innklagede kan ikke høres med at man må se bort fra egenerklæringen av den grunn at den er utarbeidet etter tilbudsfristens utløp.
- (51) Det vises videre til at dokumentasjonen skal stå i forhold til kontrakten og at oppdragsgiver skal ta hensyn til leverandørenes berettigede interesser når det gjelder beskyttelse av forretningsmessige hemmeligheter, jf. forskriften § 17-9 (5). Klager hadde en legitim grunn til å sladde avtalen med det som er ansett som forretningsmessige hemmeligheter, hvilket også har blitt kommunisert til innklagede. Når dette ikke ble ansett tilfredsstillende av innklagede, ble en egenerklæring fra underleverandøren oversendt.
- (52) Selv om forpliktelseserklæringen er utarbeidet etter tilbudsfristens utløp er den egnet til å kaste lys over hvilken rådighet tilbyderer hadde over underleverandøren på det tidligere tidspunktet for kvalifikasjonsvurderingen. Det vises til at en slik erklæring i utgangspunktet ikke var påkrevd ved siden av forsiden av avtalen, og klager hadde således ingen oppfordring til å fremlegge en slik erklæring. Videre fremgår det klart av egenerklæringen at den relaterer seg til den inngåtte avtale.
- (53) Til slutt vises det til at innklagede gav en tilleggsfrist for å levere avtalen i sin helhet, og at erklæringen ble inngitt før utløpet fristen for å komme med utfyllende opplysninger. Erklæringen må derfor legges til grunn ved vurderingen av om klager har oppfylt dokumentasjonskravet.
- (54) Atter subsidiært anføres at avvisningen uansett er i strid med forskriften § 17-4 (2) jf. § 17-9 (5), som følge av at anvendelsen av konkurransegrunnlagets punkt 5.7 er i strid med forholdsmessighetsprinsippet. Selv om § 17-4 i utgangspunktet er ment å sikre at kvalifikasjonskravene står i forhold til ytelsen som skal leveres, er den uttrykk for et generelt prinsipp og må også få anvendelse på de dokumentasjonskrav som med rimelighet kan stilles. En slik forståelse bekreftes også i § 17-9 (5).
- (55) Det vises til at underleveransen vil stå for 0,025 % av anskaffelsens verdi, og at innklagede allerede har fått informasjon som står i forhold til dette ved å motta både forsiden og en sladdet versjon av avtalen. Likeledes vil den automatiske aksept av standardiserte bransjeavtaler tilsa at innklagede går for langt når man krever fremlagt avtalen med den aktuelle underleverandør.
- (56) Klager har i tilbudet fremlagt dokumentasjon i henhold til ett av de to alternativer som innklagede hadde oppgitt i konkurransegrunnlaget, og har på anmodning fremlagt ytterligere dokumentasjon i samsvar med det andre alternativ. Begge forhold bekrefter på en forholdsmessig måte at klager er i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.

Avvisning av tilbud - prismodell og utfylling av prisskjema

- (57) Det anføres at det ikke er grunnlag for avvisning etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f, da klager ikke har benyttet en avvikende prismodell ved inngivelse av sitt tilbud.
- (58) Klager viser blant annet til at oppdragsgiver ikke kan vektlegge annen informasjon enn det som fremgår av prisskjemaet. Det følger gjennomgående av dokumentasjonen i konkurransen at priser skal angis i det angjeldende prisskjema, og at det kun er prisene som er inntatt i prisskjemaet som skal vektlegges i evalueringen av tilbudene, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.1.5 og punkt 7.1, samt skjema med spørsmål og svar til

konkurransegrunnlaget. Det fremgår også av konkurransegrunnlaget punkt 7.1 at totalprisen for de ulike poster inntatt i prisskjemaet skal legges sammen. I prisskjemaet har innklagede oppgitt et estimat over blant annet antall brukere, årlig antall telefonsamtaler og årlig antall brukte minutter. Det er denne informasjonen som skal legges til grunn for evalueringen av tilbudene. Tilbyderne har ikke hatt adgang til å endre disse estimatene.

- (59) Det er således ikke riktig når innklagede i tilsvaret hevder at tilbudets totalpris vil kunne variere i kontraktsperioden, og at konkurranseposisjonen kan endre seg ut fra oppdragsgivers bruksmønster. Det vises til at klager uansett kontraktsrettslig har forpliktet seg til å levere det volum som fremgår av estimatet i prisskjemaet, uavhengig av faktisk bruksmønster, se eksempelvis sak 2010/200 (premiss 36).
- (60) Klager viser videre til at klagers utfylling av prisskjemaet er i samsvar med de instruksjoner innklagede har gitt. Innklagede har forpliktet seg til å evaluere totalprisen på bakgrunn av prisene i prisskjemaet, og både klagers og andre tilbyderes tilbud må evalueres ved å addere abonnementspriser med trafikk- og tjenestepriiser. Innklagede kan således beregne totalpris og dermed evaluere klagers tilbud.
- (61) Klager har lojalt fylt ut samtlige felt i prisbilaget i samsvar med de instruksjoner som har blitt gitt av innklagede, og innklagede er i stand til å beregne en totalpris for klagers tilbud. Det vises til at prisskjemaet er utformet av innklagede i forbindelse med anbudskonkurransen. Dersom innklagede ønsket at tilbud skulle gis etter visse betingelser skulle dette vært opplyst i konkurransegrunnlaget. Det vises til konkurransegrunnlaget punkt 6.1.5, samt innklagedes brev av 10. mai 2011.
- (62) Av bilaget fremgår det at det skal gis priser både på tele- og datatrafikk og på abonnementspriser. Klager har valgt ikke å belaste innklagede for enkelte trafikkjenester, men prisskjemaet er besvart i samsvar med innklagedes forutsetninger. Hvorvidt klagers priser totalt sett vil få andre utslag enn konkurrentene, er nettopp det evalueringen av prisskjemaet er ment å avdekke.
- (63) Klager stiller spørsmål ved om innklagede med dette søker å konstruere grunnlag for å opprettholde avvisningen.
- (64) Klager kan ikke avvises for å ha fylt ut skjemaet i samsvar med forutsetningene i konkurransegrunnlaget. Dersom besvarelsen av prisskjemaet avviker fra de forutsetninger som innklagede har oppstilt, eller viser seg å være uegnet til å sammenligne forskjellige tilbud, er dette en risiko innklagede selv må bære.

Avvisning av tilbud – påstått vesentlige avvik i tilbudet

- (65) Klager anfører at det ikke er tilstrekkelig hjemmel til å avvise tilbudet som følge av at det inneholder vesentlige avvik, jf. forskriften § 20-13(1) bokstav e.
- (66) Klager kan vanskelig se at et betydelig fastpriselement skal være et forhold som kan tilsi avvisning. Dersom dette skal føre til avvisning, underbygger imidlertid dette klagers anførsel om at prisskjemaet må anses som uklart.
- (67) Klager påpeker blant annet at med mindre abonnementsprisen per måned er den samme hos samtlige tilbydere, må nødvendigvis fastpriselementet – altså abonnementsprisen – få forskjellige utslag. Likeledes vil innklagede måtte betale denne månedlige abonnementskostnaden uavhengig av hvem som tildeles kontrakten. Innklagede har ikke presisert hvilket nivå abonnementskostnaden skal ligge på, men latt det være opp til deltakerne i konkurransen å fastsette denne. Jo høyere abonnementspris som tilbys, jo høyere blir imidlertid risikoen for at tilbyderen i forhold til tildelingskriteriet pris vil få

en svak score, jf. konkurransegrunnlaget punkt 7.1. Dette kan imidlertid ikke karakteriseres som et vesentlig avvik.

- (68) Klager har lojalt fylt ut prisskjemaet i tråd med de forutsetninger som er oppstilt i konkurransegrunnlaget. Innklagede har ikke sondret mellom graden av bruk i prisskjemaet, og alle tilbydere har således måtte forholde seg til det oppgitte estimat på samme måte. Slik prisskjemaet er utformet, åpnes det følgelig ikke for at tilbyderne priser innklagedes brukere basert på ulikt faktisk forbruk.
- (69) Dersom innklagede forsøker å antyde at klagers abonnementskostnad er høyere enn øvrige deltakere i konkurransen, så skal dette inngå i evalueringen av tilbudene, og ikke føre til at tilbudet avvises. Det vises til at tildelingskriteriet pris skal evalueres med bakgrunn i totalpris slik denne fremkommer av prisskjemaet, jf. konkurransegrunnlaget punkt 7.1. Abonnementskostnaden skal således ikke evalueres alene, men sammen med trafikkostnader.

Avlysning av konkurransen

- (70) Klager gjør gjeldende to alternative grunnlag for at konkurransen skulle ha vært avlyst.
- (71) For det første gjør klager gjeldende at innklagede har skapt så stor usikkerhet rundt forståelsen av kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet at konkurransen må avlyses. For det andre gjøres det gjeldende at innklagede har skapt så stor usikkerhet i forhold til hvordan prisskjemaet skal utfylles at konkurransen må avlyses.
- (72) Det vises blant annet til at konkurransegrunnlaget skal være klart og tydelig, og inneholde de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, herunder må det være klart hvilken dokumentasjon og hvilke opplysninger tilbyder skal gi, jf. de grunnleggende krav i loven § 5. Det vises også til at det er innklagede som har skapt uklarhetene, og praksis fra klagenemnda tilsier da at konkurransen skal avlyses, jf. blant annet sak 2010/157 og 2008/155.
- (73) I forhold til kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet er klager av den oppfatning at innklagede gjennom en lang rekke forhold alene eller samlet har skapt en slik uklarhet rundt forståelsen av kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet knyttet til underleverandører at konkurransen må avlyses. Klager viser i all hovedsak til det som er anført i forbindelse med avvisningen av klager.
- (74) I forhold til prisskjemaet viser både konkurransegrunnlaget punkt 6.1.5 og 7.1, samt skjema med spørsmål og svar, at klager har fylt ut skjemaet korrekt. Dersom innklagede ønsket å få fremlagt priser på en annen måte, måtte dette ha fremkommet klart i konkurransegrunnlaget. Det fremkommer på ingen måte av prisskjemaet at innklagede ønsket å vurdere priser på bakgrunn av enhetspriser, og innklagede hadde en klar anledning til å gjøre de påståtte forutsetningene kjent ved direkte spørsmål om dette i spørsmål og svar-runden. Innklagede henviste derimot til at tilbud ble vurdert på bakgrunn av totalpris. At den avvikende prissettingen gjør det vanskelig å regne ut totalpriser for Telenors tilbud medfører heller ikke riktighet, og det er heller ikke vanskelig å sammenligne denne totalprisen med konkurrentenes tilbud. Det vises også til at det er innklagede som har tallene på hvor mange av deres brukere som eventuelt benytter mer enn det volumet som er tilbudt. Det har heller ikke vært lagt frem tall for innklagedes brukere som viser en differensiering i forhold til forskjellige brukergruppe, og en forutsetning om at tilbud skulle være tilpasset forskjellige brukergrupper har således heller ikke vært en del av konkurransegrunnlaget.

- (75) Klager viser til at dersom innklagede er av den oppfatning at klagers utfylling av prisskjemaet avviker fra de forutsetninger som innklagede har oppstilt, er prisskjemaet så uklart at konkurransen må avlyses. Videre vises det til at dersom prisskjemaet viser seg å være uegnet til å sammenlikne ulike tilbud, må innklagede selv bære risikoen for dette, og konkurransen må avlyses.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av leverandør – krav til leverandørene og krav til dokumentasjon

- (76) Det anføres at innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud fordi klager ikke har dokumentert at kvalifikasjonskravet inntatt i konkurransegrunnlaget punkt 5.7 er oppfylt, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a.
- (77) Innklagede presiserer at det er manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet som er bakgrunnen for at klager ble avvist, og ikke manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet. Ettersom kvalifikasjonskravet ikke ble ansett oppfylt, var det ikke grunnlag for å vurdere avvisning etter § 20-12 (2) bokstav g.
- (78) Innklagede viser blant annet til at klager ikke innga den dokumentasjon som ble etterspurt for bedømmelse av tilbydernes kvalifikasjoner, og at klager ikke har dokumentert at kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 5.7 er oppfylt. Det vises til at kravene til dokumentasjon er oppstilt for å gi grunnlag for å vurdere om kvalifikasjonskravene er oppfylt, men at tilbyderne ikke er kvalifisert bare fordi etterspurt dokumentasjon er fremlagt. Det er tilbyder som har risikoen for at tilbudet inneholder de opplysninger som er nødvendig for at oppdragsgiver skal kunne vurdere kvalifikasjonskravene.
- (79) Innklagede viser til at det omtvistede kvalifikasjonskravet ble stilt på bakgrunn av forskrift om offentlige anskaffelser § 17-9 (2) hvor det heter at leverandører som ønsker å støtte seg på andre foretaks kapasitet skal dokumentere at de har rådighet over disse ressursene. Tilbydere som ikke dokumenterer en slik rådighet, oppfyller verken forskriftens krav eller kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 5.7.
- (80) Kravene til dokumentasjon må ses i sammenheng med innklagedes utdypende informasjon gitt gjennom tilbakemeldinger på tilbydernes spørsmål til konkurransebetingelsene. Tilbyderne fikk blant annet informasjon av betydning for hvordan kvalifikasjonskravet og dokumentasjonskravet skulle forstås, og det fremgår uttrykkelig at det gjelder alle underleverandøravtaler. Det har formodningen mot seg at det skal gjelde strengere krav for enkelte leverandørsamarbeid enn for andre. Tilbakemeldingen ble gitt forut for tilbudsfristens utløp, og informasjon tilbyderne får i slike svar skal inngå som en del av konkurransebetingelsene, jf. blant annet i sak 2004/276 (premiss 4 og 45). For det tilfelle at det ikke gikk tilstrekkelig klart frem at dokumentasjonskravene i konkurransen var justert, anfører innklagede at forskrift om offentlige anskaffelser § 21-4 åpner for å be om at forsiden på avtalen ble supplert med resten av avtalen. Ifølge innklagede følger det ikke av ordlyden at en slik adgang bare foreligger der en tilbyder har unnlatt å inngi dokumentasjon som er etterspurt i konkurransebetingelsene.
- (81) Innklagede viser til at det langt på vei er oppdragsgivers privilegium å avgjøre hvilke kvalifikasjoner som er påkrevd, og hvor strengt kvalifikasjonskravene skal forstås. Leverandørene som deltar kan ikke bestemme hvilken risiko oppdragsgiver skal ta på seg for fremtidige mislighold fra leverandørenes side, og oppdragsgiver har en betydelig skjønnsfrihet i vurderingen av hvor strenge krav som stilles til de etterspurte

kvalifikasjoner, jf. klagenemndas sak 2004/238, sak 2006/39, sak 2008/92 og sak 2010/276 (premiss 55 flg.). Ifølge innklagede er partene enige om denne forståelsen.

- (82) Selv om opplysninger i konkurransebetingelsene, herunder kravet til dokumentasjon, kan legge føringer for hvor strenge krav som stilles til de etterspurte kvalifikasjonene, kommer forholdet mellom kravet til forutberegnelighet og oppdragsgivers skjønnsfrihet ifølge innklagede ikke på spissen i denne saken. I den grad kravet til forutberegnelighet begrenser handlefriheten, støtter kravet opp om innklagedes handlemåte som følge av at innklagedes bedømmelse av kvalifikasjonskravet er i samsvar med det som naturlig følger av opplysningene gitt i konkurransebetingelsene. Klagenemndas sak 2009/128 som viser at jo klarere kvalifikasjonskravene er angitt, desto mer begrenset er skjønnet til oppdragsgiver, trekker etter innklagedes oppfatning i retning av at innklagedes skjønnsfrihet er begrenset og at klager måtte avvises. Slik kvalifikasjonskravet er formulert er det naturlig å forstå det slik at leverandører som benytter underleverandører må dokumentere at underleverandøren er rettslig forpliktet til å bidra med de tilbudte ressursene i en fremtidig kontrakt.
- (83) Det vises til at klager fokuserer på hva innklagede kunne gitt av informasjon, mens det relevante i denne sammenheng er hva innklagede har gitt av informasjon, og hvordan tilbyderne skal forstå denne informasjonen.
- (84) Det bestrides at proporsjonalitetsbetraktninger er relevante i vurderingen av om kravet er oppfylt. Kravet er absolutt, og omfanget av underleverandørens ytelse kan ikke få betydning for hvor strengt kravet skal forstås.
- (85) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget er endret etter tilbudsfristens utløp, og at det er oppstilt nye krav til dokumentasjon etter tilbudsfristens utløp. Det vises til at avvisningen er begrunnet med manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene og dokumentasjonskravene slik de fremstod ved tilbudsfristens utløp. Videre vises det til at det bare er klager som er avvist på dette grunnlag.
- (86) Det vises videre til at det ble oppstilt to alternative måter å dokumentere rådigheten på, og klagers dokumentasjon ikke var tilstrekkelig til å godtgjøre at kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (87) I forhold til dokumentasjon ved oversendelse av forsiden til avtalen med underleverandøren, viser innklagede til at forsiden ikke ga noen informasjon om underleverandørens forpliktelse, herunder forpliktelsens omfang og karakter, og avtalen ble inngått mer enn fire år forut for konkurransen. Tilbyderne måtte dokumentere at underleverandøren var forpliktet til å levere i henhold til inngitt tilbud, og den fremlagte forsiden ga ikke informasjon som ga grunnlag for å vurdere om dette kravet var oppfylt utover at klager og underleverandøren inngikk en avtale med ukjent innhold og varighet i januar 2007. Innklagede fastholder at klager ikke har dokumentert at selskapet reelt sett disponerer over underleverandørens ressurser, fordi klager ikke har dokumentert hva underleverandøren skal utføre, og at det foreligger en forpliktelse i anskaffelsens kontraktsperiode.
- (88) Det hevdes at normalt påpasselige leverandører ikke vil forstå konkurransebetingelsene slik at reell disponering over underleverandørens ressurser er dokumentert ved å fremlegge forsiden på den avtalen klager la frem. Selv om det ble fremlagt et dokument som formelt var i overensstemmelse med det innklagede bad om, påstås at enhver rimelig oppegående tilbyder ville forstått at det dokumentet klager fremla var helt uegnet til å dokumentere oppfyllelse av kravet. En tilbyder som valgte å oppfylle dokumentasjonskravet ved å fremlegge informasjon fra avtalen med underleverandøren,

måtte være forberedt på å dokumentere deler av avtalen, og klager må ha risikoen for at de leverer tilbud i henhold til konkurransegrunnlaget. Klager kunne i stedet lagt ved erklæring hvor underleverandøren bekreftet forpliktelsen til å levere den angitte delen av den tilbudte tjenesten.

- (89) Klagers supplerende dokumentasjon ble heller ikke ansett tilstrekkelig. Det vises blant annet til at den sladdede avtalen ikke ga tilstrekkelig grunnlag til å vurdere om kvalifikasjonskravet var oppfylt, som følge av at flere bestemmelser av betydning for bedømmelsen av kvalifikasjonskravet var sladdet, herunder bestemmelser om avtalens innhold og varighet, regler om mislighold, oppsigelsesadgang og oppsigelsesfrister. Tilgang til disse bestemmelsene var nødvendig for å kunne vurdere klagers rådighet over underleverandørens ressurser.
- (90) Forskrift om offentlige anskaffelser § 17-9 (5) er ikke til hinder for at slike opplysninger kreves fremlagt, og kvalifikasjonskravene må fastsettes og anvendes i tråd med forskriftens øvrige bestemmelser, herunder § 17-9 (2). For å kunne delta i konkurransen måtte klager dokumentere at kvalifikasjonskravene i konkurransen var oppfylt. Dersom klager ønsket å skjerme avtalens innhold, åpnet konkurransegrunnlaget for at kvalifikasjonskravet ble dokumentert oppfylt ved å fremlegge en dekkende erklæring fra underleverandøren. Det vises også til at klagenemnda har gått langt i å åpne for at oppdragsgiver innhenter supplerende/utdypende informasjon etter forskriften § 21-4, og lengre enn hva tilfellet er i vedkommende sak, jf. sak 2010/208. Innklagede bemerker at dokumentasjonen som klagenemndas flertall åpnet for at ble fremlagt, ikke endret tilbyderens kvalifikasjoner i forhold til situasjonen ved tilbudsfristens utløp.
- (91) Ifølge innklagede viser også klagers respons på forespørselen om ytterligere dokumentasjon at klager både oppfattet dokumentasjonskravene og retten til å supplere dokumentasjonen på samme måte som innklagede.
- (92) I forhold til klagers fremleggelse av erklæring fra underleverandøren, vises det til at erklæringen ikke ble lagt frem i det opprinnelige tilbud, og en erklæring utarbeidet etter tilbudsfristens utløp kan ikke hensyntas i vurderingen, jf. regelverkets system og klagenemndas avgjørelse i sak 2005/115.
- (93) I tilsvaret opplyste innklagede at dersom klager hadde fremlagt en slik erklæring i sitt opprinnelige tilbud, ville kvalifikasjonskravet naturlig nok vært oppfylt. I tilsvaret nummer 2 presiserer imidlertid innklagede at dette ikke innebærer at erklæringen er vurdert nærmere av innklagede, og således heller ikke at erklæringen resulterer i at klager ville blitt ansett kvalifisert.
- (94) Innklagede bestrider at forskriften § 21-4 kan forstås slik klager hevder. Bestemmelsen åpner etter sin ordlyd utelukkende for at fremlagt dokumentasjon kan suppleres eller utdypes, og ikke for at det kan fremlegges ny dokumentasjon. Det vises til at innklagede etterspurte avtalen i sin helhet og ikke erklæring fra underleverandøren. Det er ikke opp til klager å vurdere hvilken dokumentasjon innklagede trengte, eller å tolke anmodningen etter eget forgodtbefinnende. Det vises også til at retts tekniske hensyn taler for at det oppstilles klare tidspunkt for når tilbyderne skal oppfylle kvalifikasjonskravene. Uttalelsene som klager viser til i Dragsten/Lindalens kommentarutgave har ingen rettskildemessig vekt og støtter ikke klagers syn.
- (95) Klagers forståelse av regelen vil ifølge innklagede åpne for omgåelser ved at mangler ved tilbyderes kvalifikasjoner kunne repareres i ettertid. Formålet med bestemmelsen er å gi et bedre grunnlag for å vurdere leverandørens kvalifikasjoner slik disse var på kvalifikasjonstidspunktet. Supplerende og utdypende dokumentasjon skal derfor bare

hensyntas hvis den gjelder tilbyderens kvalifikasjoner slik de var på kvalifikasjonstidspunktet. Det avgjørende er at erklæringen er datert etter tilbudsfristens utløp, og en forpliktelseserklæring utarbeidet etter dette er ikke egnet til å kaste lys over hvilken rådighet tilbyderen hadde over underleverandøren på et tidspunkt forut for erklæringen. Det kan ikke utelukkes at erklæringer endrer rettsforholdet mellom partene, og en erklæring gitt etter tilbudsfristens utløp kan derfor ikke inngå i vurderingsgrunnlaget.

- (96) Etter sin karakter er erklæringen ingen utdyping eller komplettering av fremlagt dokumentasjon, men et helt nytt og annet grunnlag for å vurdere om kravet var oppfylt. Om innklagede skulle akseptere slike erklæringer i etterkant, ville det åpne for at tilbyderne reparerte mangler ved sine kvalifikasjoner i strid med kravene om gjennomsiktighet og likebehandling. Sammen med det klare anbudsrettslige utgangspunkt om at tilbud ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, innebærer dette at innklagede ikke hadde anledning til å legge dette dokumentet til grunn ved vurderingen, jf. klagenemndas sak 2005/115, 2005/84 (premiss 24 flg.) og 2009/142.
- (97) Innklagede bestrider at kvalifikasjonskravet er uforholdsmessig eller er anvendt på en uforholdsmessig måte. Kvalifikasjonskravet opplistet i konkurransegrunnlaget punkt 5.7 ble formulert slik at det skulle vurderes som oppfylt/ikke-oppfylt, og det fremgikk uttrykkelig at tilbydere som ikke oppfyller kravet vil bli avvist. Kvalifikasjonskravet åpnet dermed ikke for å anvendes på en måte hvor forholdsmessighetsavveininger inngår i bedømmelsen av om tilbydere skal avvises. Kvalifikasjonskravet har heller ikke et innhold som gjør det uforholdsmessig.
- (98) Bakgrunnen for kravet er oppdragsgivers behov for sikkerhet for at tilbydere som bruker underleverandører kan disponere over underleverandørenes tilbudte ressurser i en eventuell kontrakt. Det vises til at vurderingene ble knyttet til leverandørenes evne til å oppfylle kontraktsforpliktelsene, og at kravet er nedfelt i en forskriftsbestemmelse inntatt på bakgrunn av EØS-forpliktelser gjennom anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF). Regelgivere, både i Norge og i EU, har følgelig vurdert kravet som forholdsmessig, saklig og relevant. Verken anskaffelsesdirektivet eller forskriften åpner for at kravet til rådighet kan ses bort fra hvis underleverandørens ytelse er liten.

Avvisning av tilbud - påstått avvikende prismodell og uriktig utfylling av prisskjema

- (99) For det tilfellet at klagenemnda finner at klager var kvalifisert anføres det at innklagede hadde plikt til å avvise tilbudet på grunn av mangler ved tilbudet, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav f.
- (100) Ifølge innklagede viser ordlyden i § 20-13 (1) bokstav f at avvisningsplikten inntreffer når én eller flere mangler ved tilbudet kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal vurderes opp mot de øvrige tilbudene. Det kan følgelig foreligge en plikt til å avvise selv om det ikke er godtgjort at mangelen vil påvirke utfallet, og det skal lite til før en avvisningsplikt inntreffer. Avgjørende er om tvilen kan ha hatt betydning for rangeringen av tilbudene. Innklagede viser til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra 2006 punkt 13.3.1, og klagenemndas sak 2008/130 (premiss 16), 2008/202 (premiss 35), 2009/281 (premiss 21 og 22), og 2010/91 (premiss 49 flg.).
- (101) Innklagede anfører videre at det vil være i strid med kravet til likebehandling å evaluere tilbud som inneholder mangler da det vil være en risiko for at et annet tilbud enn det økonomisk mest fordelaktige vil bli valgt. Det vises til at usikkerheten knyttet til

bedømmelsen av tilbud med mangler kan påvirke utfallet av konkurransen, samt EU-domstolens avgjørelse i sak C-243/89 avsnitt 25 flg.

- (102) Det vises blant annet til at klagers prisskjema avviker fra konkurransegrunnlagets forutsetninger, og at prismekanismen i tilbudet kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal sammenliknes med tilbud priset i samsvar med forutsetningene.
- (103) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget åpnet for klagers måte å prise på. Avgjørende er hvordan en normalt påpasselig leverandør forstår konkurransedokumentene, og konkurransegrunnlaget inneholdt tilstrekkelig informasjon til at alle rimelig aktsomme leverandører forstod hvordan prisene skulle presenteres, jf. klagenemndas sak 2006/65 (premiss 36). Klager fokuserer på hva innklagede kunne opplyst, men det avgjørende er hva innklagede har opplyst. Innklagede har ikke gitt noen opplysninger som gir indikasjoner på at det var åpnet for tilbud hvor abonnementsprisene var det klart bærende element. Det ble konkurrert om en kontrakt hvor vederlaget skulle baseres på reelt forbruk. Innklagede ga i konkurransegrunnlagets vedlegg B føringer for prising av tilbudene, og i vedlegget var det inntatt et excel-ark hvor det var presisert at alle de gule cellene skulle fylles ut. Det vises også til at prisskjemaet la opp til en vurdering av enhetspriser for ulike deler av leveransen, og at det var angitt forventet volum for de ulike enhetene, slik at den tilbudte prisen kunne beregnes som produktet av enhetsprisene og forventet volum. Prisskjemaet la opp til at tilbyderne skulle angi både faste kostnader og priser for trafikk, og følgelig at innklagede ønsket priser for medgått tid, og ikke tilbud på abonnementer inkludert ringetid. Det foreligger ingen rimelig tvil om at prisskjemaet legger opp til at tilbyderne skal gi priser basert på enhetspriser for forbruk. Videre vises det til innklagedes svar på spørsmål stilt til konkurransebetingelsene. Et av spørsmålene som kom inn var om det ble åpnet for å tilby pakkeabonnementer hvor abonnementskostnaden inkluderte de fleste trafikkkostnadene. Innklagede besvarte dette spørsmålet med at tildelingskriteriet pris vurderes på bakgrunn av oppgitte totalpriser.
- (104) Det vises til at klager har tilbudt abonnementer hvor innklagede skal betale en månedspris, og hvor de faste kostnadene dekker den vesentligste delen av tele- og datatrafikken. Som en følge av dette har klager fylt ut flere av de gule feltene med pris kroner 0,-. Bruk ut over den bruk som var inkludert i abonnementet, ble belastet med kostnader per enhet fastsatt etter egne takster. Mangelen gjør at innklagede ikke kan avgjøre hvor stor del av trafikkvolumet som går utenfor det volumet som er inkludert i det tilbudte abonnementet. Slik Telenors tilbud er utformet, vil det ikke være mulig å beregne en totalpris.
- (105) Det vises til at evalueringen skal utpeke tilbudet med den laveste tilbudsprisen. Klagers måte å prise tilbudet på gjør imidlertid at det ikke lar seg gjøre å vurdere tilbudsprisen opp mot de konkurrerende tilbudsprisene. Dette skyldes at tilbudets totalpris vil kunne variere i kontraktsperioden, og at konkurranseposisjonen kan endre seg ut fra oppdragsgivers bruksmønster. Ulike bruksmønster innenfor de anslag som er gitt i konkurransegrunnlaget kan få betydning for hvilket tilbud som har den laveste prisen, og dette kan variere i kontraktsperioden. Selv om innklagedes bruksmønster ligger fast i tråd med estimer, vil klagers priser variere avhengig av hvordan trafikken fordeler seg mellom brukerne. Innklagede har derfor ikke funnet tilstrekkelig grunnlag for å foreta en forsvarlig beregning av tillegget i klagers tilbud ved sammenlikningen med tilbud inngitt i tråd med skjemaets forutsetninger. Det foreligger således ikke en totalpris, og klager har således ikke forholdt seg til de føringer innklagede har gitt i besvarelsen av spørsmål til konkurransen.

- (106) Det vises til at bakgrunnen for utformingen av prisskjemaet var de svært ulike bruksmønstrene blant de som skal benytte tjenestene, og at bruken vil variere i ulike perioder. For brukere som benytter telefonitjenester lite, vil fastprisabonnement være ugunstig. For brukere med høyt trafikkvolum som overstiger trafikkvolumet inkludert i abonnementet, vil bruk ut over dette belastes med kostnader pr enhet som et tillegg i tilbudsprisen. Hvor mange brukere dette gjelder, og hvor store kostnader det er snakk om, vil variere, og innklagede mangler opplysninger for å beregne den totale tilbudsprisen. Det vises også til at totalprisen dermed ikke vil ligge fast i kontraktsperioden. Videre endret prisingen risikofordelingen mellom innklagede og klager. Klagers måte å prise på resulterer i at innklagede må ta økonomisk risiko for at brukerne har et tilstrekkelig stort forbruk til å forsvare den høyere abonnementsprisen. I tillegg må prisene i prisskjemaet suppleres med tilleggskostnader som følge av forbruk ut over det som inngår i abonnementet. Klagers totalpris fremgikk derfor ikke ved at postene i prisskjemaet ble lagt sammen, men prisene i skjemaet må sammenholdes med et estimat av forbruk over volumtaket.
- (107) Innklagede har vurdert tilbudsprisene ut fra den estimerte trafikken angitt i prisskjemaet, og disse forutsetningene er ikke endret. Når klager har inngitt et tilbud basert på fastpriselementer istedenfor enhetspriser som prisskjemaet legger opp til, må imidlertid innklagede være berettiget til å vurdere de faktiske konsekvensene ved denne måten å prise på.
- (108) Kravet til klarhet går ikke så langt at oppdragsgiver må eliminere enhver usikkerhet knyttet til tilbudenes utforming. Innklagede viser til at leverandørene må forventes å tolke konkurransegrunnlagets føringer på pris og innrette seg etter disse, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2004/151 og 2005/156. Ettersom innklagede la opp til at totalprisen skulle beregnes på grunnlag av faktorene faktisk forbruk og enhetspriser, var det ikke nødvendig å opplyse om variasjonene i bruksmønstre.
- (109) Siden det ikke foreligger tilstrekkelig grunnlag for å foreta en forsvarlig beregning av pristillegget i klagers tilbud, var det uklart hva tilbudets totalpris var. Innklagede viser til at et forsøk på å sammenligne prisene, så langt det lar seg gjøre, har indikert at det er relativt små forskjeller mellom tilbyderens prisnivåer. Det skal da mindre til før en usikkerhet kan få praktisk betydning. Det vises til at priskriteriet skulle telle 80 % i valg av tilbud, og er følgelig det sentrale tildelingskriteriet i konkurransen. Små forskjeller i beregningen av pris vil følgelig kunne få store utslag for valg av tilbud.
- (110) Innklagede viser videre til at det er foretatt en ny vurdering av klagers priser, og at så langt totalpris er mulig å beregne, har klager klart høyere totalpris enn valgte leverandør. Ifølge innklagede fremstår det derfor som lite sannsynlig at klager under noen omstendighet ville vært i posisjon til å få kontrakten. Samtidig presiserer innklagede at det fortsatt ikke er gjort en full evaluering av tilbudene, og det fastholdes at det er en viss mulighet for at uklarheten kan få betydning for rangeringen av tilbudene.
- (111) Innklagede viser også til at tilbyder er nærmest til å bære risikoen for at den valgte prismodellen er akseptabel, samt at leverandøren forventes å sette seg inn i konkurransedokumentene, jf. sak 2004/151 og 2004/276.
- (112) Det bestrides at innklagede har vikarierende motiver for gjennomgang av prismekanismene i klagers tilbud. Bakgrunnen for at det først i klageomgangen ble påpekt mangler ved tilbudet, var innklagedes rutiner ved gjennomføringen av anbudskonkurranser. Rutinene resulterer i at mangelen ved tilbudet først ble avdekket i forbindelse med klagen fra klager. For å sikre overholdelse av kravene i forskriften

§ 20-1, vurderer innklagede kvalifikasjonskravene før tilbudene åpnes og gjennomgås. Klager ble vurdert som ikke kvalifisert, og tilbudet ble derfor ikke åpnet. Manglene ved tilbudet ble derfor først oppdaget da klagen fra klager nødvendiggjorde en full gjennomgang av tilbudet.

Avvisning av tilbud – påstått vesentlige avvik i tilbudet

- (113) I tilsvar 2 anføres som ytterligere grunnlag for at tilbudet til klager skal avvises at klagers måte å prise på må anses som et vesentlig avvik, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e.
- (114) Det vises blant annet til at klager har lagt inn et betydelig fastpriselement som skal løpe uavhengig av de faktiske mengder på øvrige poster. Denne måten å prise på flytter risikoen for forbruk opp til et visst nivå fra klager til innklagede, og vil gi klager et uberettiget konkurransefortrinn i forhold til de øvrige tilbydere.
- (115) Dette konkurransefortrinnet er etter sin art egnet til å legge til rette for lavere tilbudspriser fordi Telenor ikke trenger å ta hensyn til de samme risikofaktorene som sine konkurrenter. Det ville derfor vært i strid med kravet til likebehandling å se bort fra overføringen av denne risikoen. Det vises også til at klagenemnda i flere saker har lagt til grunn at avvik som endrer risikofordelingen mellom tilbydere og oppdragsgiver skal anses som vesentlige, jf. blant annet sak 2008/127 og sak 2010/264.

Avlysning av konkurransen

- (116) Innklagede anfører at konkurransegrunnlaget ikke er beheftet med uklarheter som gjør at konkurransen må avlyses. Det foreligger ingen forhold som gir grunnlag for eller plikt til å avlyse konkurransen.
- (117) Det vises blant annet til at alle tilbydere har fått dekkende informasjon om konkurransebetingelsene, og for normalt påpasselige tilbydere vil det være klart hvilke regler som gjelder. Det foreligger dermed ingen brudd på kravet til forutberegnelighet, og det foreligger ingen grunnlag for å avlyse konkurransen.
- (118) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget åpnet for klagers måte å prise på, og konkurransegrunnlaget er ikke beheftet med uklarheter som gjør at innklagede må avlyse konkurransen. Ifølge innklagede gav prisskjemaet klare føringer for prisingen av tilbudene, og skjemaet viser at innklagede ønsket tilbud på medgått tid og ikke abonnement inkludert ringetid. Innklagede viser også til innklagedes svar på spørsmål knyttet til konkurransegrunnlaget og prisskjemaet. Klagers besvarelse av prisskjemaet avviker fra konkurransegrunnlagets forutsetninger, og klager er nærmest til å bære risikoen for at valgte prismetode er akseptabel. Det er ikke grunnlag for å avlyse konkurransen

Klagenemndas vurdering:

- (119) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder anskaffelse av telefonitjenester og den anslåtte verdien er angitt å være cirka 70 millioner kroner årlig. Anskaffelsen faller dermed inn under forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser Vedlegg 5 Kategori (5) "Teletjenester", og omfattes etter nemndas syn ikke av unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav i. Etter sin opplyste art og verdi følger anskaffelsen således lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, og forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).

Avvisning av leverandør – krav til leverandørene og krav til dokumentasjon

(120) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav satt til leverandøren for deltakelse i konkurransen. Av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 følger det blant annet at oppdragsgiver må vurdere om kravene som er stilt til leverandørene er oppfylt på bakgrunn av dokumentasjonskravene som stilles i konkurransegrunnlaget, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/111 (premiss 24) og 2010/2 (premiss 24). Det nærmere innholdet i kravene må etter omstendighetene fastlegges i lys av de tilhørende dokumentasjonskravene, jf. blant annet klagenemndas sak 2009/128 (premiss 81) og 2009/43 (premiss 49).

(121) Innklagede viser til at kravet til leverandørene ble stilt på bakgrunn av forskriften § 17-9 (2), der det om dokumentasjon for leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner, fremgår at:

"En leverandør kan for en særskilt kontrakt, der dette er hensiktsmessig, støtte seg på andre foretaks kapasitet, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem. I så fall skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene"

(122) Fra Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra 2006 side 116 hitsettes følgende om innholdet i disse bestemmelsene:

"En leverandør kan støtte seg på andre foretaks finansielle og økonomiske styrke og tekniske eller faglige kvalifikasjoner, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem, jf. §§ 17-8 og 17-9. Leverandøren skal i et slikt tilfelle kunne dokumentere at han har tilgang til disse andre foretakenes kapasitet. Forskriften angir at en skriftlig avtale vil være en mulig måte å dokumentere dette på. Det vil også være adgang til å kunne dokumentere dette på annen måte som oppdragsgiver anser egnet, i tråd med forskriftens § 17-8 femte ledd. Adgangen til å påberope seg muligheten er ikke begrenset til konsernforhold eller lignende. Bestemmelsen gjør det lettere for nystartede og små selskaper å få mulighet til å levere til det offentlige. Det avgjørende er at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, ikke hvordan denne evnen oppstår."

(123) Av konkurransegrunnlaget punkt 5.7 "Tilbyders underleverandører" fremgår det at leverandører som benytter underleverandører skal ha erklæring på at de reelt sett disponerer over eventuelle underleverandører. Kravet til rådighet skal dokumenteres enten ved fremleggelse av forside på signert avtale, eller ved egenerklæring fra underleverandøren på at samarbeid er inngått. Kravet til dokumentasjon tilsier at kravet til rådighet vil være oppfylt dersom det foreligger en avtale mellom tilbyder og underleverandøren. I konkurransegrunnlaget er det også stilt krav til at leverandørene skal spesifisere hvilken del av leveransen underleverandør er ansvarlig for, samt hvor stor prosentandel av anskaffelsen denne vil stå for.

(124) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes presiseringer, herunder som svar på spørsmål knyttet til konkurransegrunnlaget, har endret eller justert kravene til dokumentasjon eller kvalifikasjonskravene innen tilbudsfristens utløp, jf. forskriften § 17-2 (1). Spørsmålet innklagede henviser til som grunnlag for presiseringen av kravet, omhandler en konkret agentavtale, og spørsmål om tekst i en konkret egenerklæring. Spørsmålet

resulterte heller ikke i at innklagede utarbeidet revidert konkurransegrunnlag, slik det eksempelvis ble gjort som følge av et spørsmål om utfylling av priser på nedlasting av data. Dersom innklagede i en slik situasjon skulle justert eller endret kravene til dokumentasjon, måtte dette fremkommet langt klarere av innklagedes svar og presiseringer.

- (125) Klagers tilbud er vedlagt forside på signert avtale mellom klager og underleverandøren, og forsiden inneholder all den informasjon en forside kan forventes å inneholde. I tillegg er det lagt ved dokumentasjon for underleverandørens utviklingsmetoder, og det fremgår av dokumentasjonen både hvilken rolle underleverandøren vil ha i anskaffelsen, og hvor stor andel av anskaffelsen underleverandøren vil stå for. Slik konkurransegrunnlaget er utformet, har klager sendt inn den informasjon innklagede etterspurte i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget kan etter klagenemndas oppfatning heller ikke tolkes slik at avtaler med underleverandører må være inngått i direkte tilknytning til den aktuelle anskaffelsen. Klagenemnda bemerker videre at klager i samsvar med forskriften § 21-4 supplerte dokumentasjonen med en egenerklæring som dokumenterer klagers rådighet over underleverandøren, se premiss 22, med sitat som dokumenterer at klagers rådighet over underleverandørens ressurser etter kontrakten datert 2007 gjelder i hele avtaleperioden mot PDMT der Linus' tjenester inngår. Slik nemnda ser det, må dette være tilstrekkelig til at klager har sannsynliggjort overfor innklagede å ha rådighet over de nødvendige ressurser hos underleverandøren. Innklagede ga leverandørene valget mellom å dokumentere kontraktssamarbeid enten ved kontraktsdokumentets forside eller ved egenerklæring fra underleverandør. Når klager har oppfylt det ene kravet må det anses som en lovlig supplerings etter forskriften § 21-4 når underleverandørens egenerklæring leveres i tillegg, selv om dette skjer etter tilbudsfristens utløp.
- (126) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede urettmessig har avvist klager fra deltakelse i konkurransen på dette grunnlag.

Avvisning av tilbud - klager prismetall og utfylling av prisskjema

- (127) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav f at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud når *"det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*. Avvisningen er begrunnet med at klager har fylt ut prisskjemaet i strid med innklagedes forutsetninger, og at prismekanismen i tilbudet kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.
- (128) Klagenemnda viser til at konkurransegrunnlaget angir at priser skal fylles i *"Del 2 Vedlegg B Priser"*, og at tilbyderne må påse at alle nødvendige elementer for en fungerende løsning prises, jf. konkurransegrunnlaget punkt 6.1.5. Det gis imidlertid ingen opplysninger om at det ikke kan gis pris på abonnement som inkluderer bruk. Av veiledning til utfylling av prisskjema fremgår det hvilke prisskjema som skal fylles ut, og at *"[a]lle gule celler skal fylles ut"*. Det følger også av veiledningen at, fyll inn *"Del 2 Vedlegg C Annen dokumentasjon fra tilbyder"* kan fylles ut for *"å presisere prisene nærmere"*. Heller ikke i veiledningen gis det opplysninger om at det ikke kan inngis tilbud på abonnement som inkluderer bruk. Klagenemnda bemerker at ved abonnement som inkluderer bruk vil de gule feltene bli fylt ut med pris kroner null, og verken utformingen av prisskjemaet, eller opplysningen om at samtlige felter skal fylles ut, kan

etter klagenemndas oppfatning forstås slik at det ikke kan gis tilbud på abonnement som inkluderer bruk.

(129) Videre viser klagenemnda til at innklagede mottok en rekke spørsmål til konkurransedokumentene. På spørsmål om det var riktig forstått at det ikke var anledning til å inngi tilbud på abonnement hvor et definert volumtak på bruk er inkludert, henviser innklagede til konkurransegrunnlagets bestemmelser om pris og presiserer at tilbudene vil bli evaluert ut fra tilbudenes totalpris. Som gjengitt over er det ikke holdepunkter i konkurransegrunnlaget for at det ikke er anledning til å inngi tilbud på abonnement inkludert bruk. Slik klagenemnda vurderer det, er innklagedes svar på et klart spørsmål, både uklart og upresist. Dersom innklagede ikke ønsket tilbud på abonnement inkludert bruk, var det all grunn til å presisere dette ved besvarelsen av spørsmålet. Basert på den dokumentasjon klagenemnda har fått seg forelagt, har klager, etter nemndas oppfatning, med rette tolket det slik at det er i samsvar med konkurransegrunnlaget å inngi tilbud på abonnement som inkluderer bruk.

(130) Basert på den dokumentasjon klagenemnda har fått seg forelagt, finner klagenemnda at klagers tilbud ikke inneholder slike *"avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende"* som innklagede hevder.

(131) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede urettmessig har avvist klagers tilbud fra konkurransen også på dette grunnlag

Avvisning av tilbud – påstått vesentlige avvik i tilbudet

(132) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav e at et tilbud skal avvises dersom det inneholder *"vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene"*.

(133) Innklagede har begrunnet avvisningen med at klagers måte å prise på er å anse som et vesentlig avvik, uten at det er vist til konkrete punkter i kravspesifikasjonene hvor klagers tilbud påstås å inneholde avvik.

(134) Klagenemnda viser til at nemnda har funnet at tilbudet ikke inneholder slike *"avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende"* som innklagede hevder. Klagenemnda viser også til at abonnementskostnaden vil inngå i evalueringen av tilbudene uavhengig av om den inkluderer bruk eller ikke, og klagers prising må vurderes ut fra hvor stort forbruk som er inkludert i abonnementet. I hvilken grad fastprisabonnement er konkurransedyktig i forhold til abonnement hvor det betales for bruk i tillegg til selve abonnementskostnaden, er det evalueringen skal avdekke.

(135) Basert på den dokumentasjon klagenemnda har fått seg forelagt, kan nemnda ikke se at innklagede har dokumentert at klagers måte å prise er å anse som et vesentlig avvik, eller at prisingen endrer risikoen for volum i strid med konkurransegrunnlaget.

(136) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede urettmessig har avvist klagers tilbud fra konkurransen.

Avlysning av konkurransen

(137) Førsteinstansdomstolen oppstilte i sak T-345/03 (premiss 147) følgende retningslinje for når en feil i en konkurranse gir plikt til å avlyse konkurransen:

"Ifølge fast retspraksis kan en uregelmæssighet ved proceduren imidlertid kun føre til annullation af den pågældende beslutning, hvis det påvises, at den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat, hvis uregelmæssigheden ikke var forekommet, og sagsøgeren havde haft adgang til de pågældende oplysninger fra begyndelsen af proceduren, samt hvis der var en – om end begrænset – mulighed for, at sagsøgeren kunne have udvirket, at proceduren fik et andet udfald [...]"

- (138) Dette utgangspunktet ble fulgt opp i førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-50/05 (premiss 61-62), og klagenemnda har lagt dette til grunn i blant annet sak 2011/171 (premiss 59 – 61).
- (139) Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, med andre ord avholdt leverandører fra å delta.
- (140) Klagenemnda har i drøftelsene av avvisning av klagers tilbud lagt til grunn at konkurransedokumentene åpnet for klagers måte å prise på, og at innklagede urettmessig har avvist klager som følge av klagers prising. Ettersom kontrakt ikke er inngått kunne det i prinsippet tenkes at innklagede kunne rettet feilen ved å evaluere klagers tilbud. Innklagede har imidlertid opplyst at det er foretatt flere forsøk på å vurdere klagers priser, og at vurderingene har gitt ulike resultater. Første gangs evaluering indikerte at det er relativt små forskjeller mellom tilbydernes prisnivåer, mens andre gangs evaluering tydet på at klager har klart høyere totalpris. Videre har innklagede opplyst at det er en viss mulighet for at uklarheten kan få betydning for rangeringen av tilbudene, og at det ikke lar seg gjøre å vurdere klagers tilbudspris opp mot de konkurrerende tilbudsprisene.
- (141) På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at det ikke er mulig å foreta en sammenlikning og evaluering av mottatte tilbudene. Innklagede har således åpnet for inngivelse av usammenliknbare tilbud, og dette må etter klagenemndas oppfatning være i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (142) Klagenemnda viser videre til at innklagede kunne forhindret usammenliknbare tilbud ved å presisere hvilke type abonnement innklagede ønsket tilbud på allerede i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Innklagede mottok også spørsmål fra en mulig tilbyder om det var anledning til å inngi tilbud på abonnement som inkluderte bruk. Dersom innklagede ikke ønsket tilbud på abonnement som inkluderer trafikk, eller ikke ville være i stand til å evaluere denne typen abonnement, hadde innklagede all grunn til å presisere dette i sitt svar. Dette ble imidlertid ikke gjort, og innklagedes svar er etter klagenemndas syn langt fra klargjørende. Det vises også til at tildelingskriteriet pris skulle telle 80 % i evalueringen, og at anskaffelsen er kunngjort som en åpen anbudskonkurranse, hvor det ikke er tillatt å endre tilbudene, eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger, jf. forskriften § 21-1 (1).
- (143) Klagenemnda finner at innklagede, på bakgrunn av utformingen av konkurransegrunnlaget og den etterfølgende håndteringen av konkurransen, har åpnet for inngivelse av usammenliknbare tilbud, og at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. Feilen kan etter klagenemndas vurdering ikke rettes uten at konkurransen avlyses og ny konkurranse kunngjøres.

(144) På denne bakgrunn finner klagenemnda at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.

Konklusjon:

Staten ved Justis- og politidepartementet ved Politiets data- og materielltjeneste har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved urettmessig å avvise Telenor Norge AS fra konkurransen som følge av manglende rådighet over underleverandøren Linus AS, samt forskriften § 20-13 (1) bokstav e og f ved urettmessig å avvise Telenor Norge AS sitt tilbud som følge av Telenor Norge AS sin prising.

Staten ved Justis- og politidepartementet ved Politiets data- og materielltjeneste har brutt loven § 5 ved å åpne for inngivelse av usammenliknbare tilbud.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser
29. august 2011

Kai Krüger