



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av Forvaltning, drift, vedlikehold og utviklingsdataverktøy (FDVU – dataverktøy). Klager anførte at klagers tilbud urettmessig var avvist fra konkurransen, ettersom det ikke inneholdt et vesentlig forbehold, samt at forbeholdet enkelt kunne vært taksert. Klagenemnda fant at klagers tilbud måtte forstås slik at det inneholdt et forbehold mot konkurransegrunnlaget, og at det forelå tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det forelå derfor grunnlag for å avvise klagers tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 17. juni 2014 i sak 2012/175

Klager: Facility Management AS

Innklaget: Nittedal-eiendom KF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avvisning

Bakgrunn:

- (1) Nittedal-eiendom KF (heretter innklagede) kunngjorde 3. april 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av Forvaltning, drift, vedlikehold og utviklingsdataverktøy (FDVU – dataverktøy). Kontraksperioden var i kunngjøringen punkt II.1.5) opplyst å være 1. august 2012 – 1. august 2014, med opsjon på ytterligere forlengelse i 2+2+2+2 år. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.2.1) angitt til å være mellom to og syv millioner eks. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 14. mai 2012.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 4 "KRAV TIL TILBUDET", var det inntatt følgende om forbehold til tilbudet:

"Tilbyder skal besvare alle spørsmålene i anbudsdokumentene.

Det er anledning til å ta forbehold som ikke er vesentlige. Tilbud som inneholder forbehold utover dette vil kunne bli avvist. Forbehold skal klart fremgå i tilbuds brevet/tilbudet/vedlegg for å være gyldige. Forbehold skal være presise og entydige slik at oppdragsgiver kan vurdere disse uten kontakt med leverandøren. Forbehold som ikke er priset, eller som ikke lar seg kostnadsberegne, vil kunne føre til at tilbudet anses som ufullstendig og blir avvist. Forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene kan medføre avvisning. Det kan ikke tas vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene."

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 5 var det inntatt følgende om kvantum:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

"Nittedal-eiendom KF skal gå til anskaffelse av FDVU – dataverktøy.

Det skal legges frem kostnad med utgangspunkt i 70 ansatte innenfor fagfeltene renhold og drift som skal ha brukertilgang til programmet."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 11 "Tildelingskriterier", fremgikk det at oppdragsgiver ville velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra følgende tildelingskriterier:

Tildelingskriterier i uprioritert rekkefølge:	Kommentar:	Vekt:
<i>Pris</i>	<i>Det totaløkonomiske mest fordelaktige. Det skal også fremkomme timespris ved tilleggsarbeid.</i>	<i>60%</i>
<i>Levering</i>	<i>Leveringstid</i>	<i>10%</i>
<i>Leveranse</i>	<i>Innfrielse av bør krav</i>	<i>20%</i>
<i>Service, responstid</i>	<i>Serviceavtale med kort responstid</i>	<i>10%</i>

- (5) I konkurransegrunnlaget, under punkt 12 "Priser", var det angitt i punkt 12.2 at prissetting skulle skje "[i] henhold til anbudsdokumentet". I punkt 12.3 "Komplett tilbud", var det inntatt følgende:

"Alle kostnader i forbindelse med bruk av produktene eller utførelsen av tjenesten, skal være medtatt i tilbudsokumentet. Detaljer som er nødvendig for at produktet skal fungere og som ikke er priset, betraktes som innkalkulert, dersom ikke annet er oppgitt."

- (6) Kravspesifikasjonen var vedlagt konkurransegrunnlaget som vedlegg A, og var inndelt i "SKAL KRAV" og "BØR KRAV". Under førstnevnte kategori, var det blant annet angitt: "WEB basert med ekstern lagring". I vedlegg C, prisskjema, var "Kostnad for ekstern lagring av data" inntatt som én av i alt 11 prisposter.

- (7) Innklagede mottok syv tilbud innen tilbudsfristen den 14. mai 2012, deriblant fra Facility Management AS (heretter klager), og M_Solution (heretter valgte leverandør). Grunnet forhold ved tilbudene, ble fire tilbud avvist. De tre gjenværende tilbyderne ble deretter invitert til presentasjon av sine tilbud. Presentasjonene ble gjennomført den 8. juni 2012. Klager var en av tilbyderne som presenterte sitt tilbud.

- (8) I klagers tilbud, i vedlegg C, "PRISSKJEMA FOR ANSKAFFELSE AV FDVU – DATAVERKTØY", post 10 "Kostnad for ekstern lagring av data", var det inntatt følgende fotnote:

"Årlig fastpris inkluderer 2000 Mb lagringsplass på vår server. Lagringsplass utover dette faktureres med kr 9600 pr 1000 Mb per år."

- (9) I etterkant av presentasjonene oppdaget innklagede at klager hadde tatt et forbehold i sitt tilbud. Innklagede avviste klagers tilbud fra konkurransen ved brev av 11. juni 2012:

"Det vises til deltakelse i anbudskonkurranse om leveranse av FDVU – verktøy for Nittedal-eiendom KF."

Deres tilbud var dekkende i forhold til kravspesifikasjonen, men tilbudet inneholder forbehold med tanke på ekstern lagring. Dere har satt grensen på ekstern lagring til 2000 MB, der det vil komme en ekstrakostnad på kr. 9600 per år per 1000 MB over dette. Da de øvrige tilbudene som er vurdert i anskaffelsen ikke har satt noen grense på dette, klarer vi ikke å sammenlikne deres pristilbud opp mot de 2 andre tilbudene som foreligger.

(..)

På grunnlag av dette må vi avvise deres tilbud på grunnlag av Lov om offentlige anskaffelser § 20–13, 1F."

- (10) Klager påklaget avvisningen ved e-post av 13. juni 2012. Innklagede besvarte henvendelsen ved brev 14. juni 2012, og klagen ble ikke tatt til følge.
- (11) Tilbyderne ble ved brev av 18. juni 2012 meddelt at Nittedal-eiendom KF hadde besluttet å tildele kontrakt til valgte leverandør.
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 29. juni 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avvise selskapets tilbud fra konkurransen som følge av forbeholdet knyttet til begrensning for ekstern lagringsplass. Klager har vist til at forbeholdet ikke var vesentlig, blant annet som følge av at grensen på 2000 Mb normalt dekker det behovet en kommune har. Klager har også vist til at det var lite sannsynlig at det ville komme til anvendelse, samt at den økonomiske konsekvensen var liten i forhold til årlig kostnad. Endelig har klager vist til at forbeholdet enkelt kunne vært taksert, og av den grunn ikke skulle vært avvist.
- (14) Klager har også anført at eksternt lagringsbehov enkelt kunne vært avklart ved å kontakte klager.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Klagers tilbud inneholdt et forbehold som gjorde at innklagede ikke kunne sammenligne tilbudet med de øvrige tilbudene, og det forelå da en avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget, vedlegg C, bedt om kostnad for ekstern lagring av data. Klager gjorde det klart med sitt forbehold knyttet til lagringskapasitet, som var oppad begrenset til 2000 Mb, at ekstern lagring kunne medføre en merkostnad. Det var uklart for innklagede på hvilken måte forbeholdet ville påvirke prisen, og det var dermed ikke mulig å sammenligne tilbudet fra klager med de øvrige tilbudene. Innklagede oppfattet grensen på 2000 Mb som lav, sett hen til at selskapet i løpet av avtaleperioden på 10 år tok sikte på at det ville være inntil 70 brukere av dataverktøyet, samt at det ville benyttes til lagring av både dokumenter og bilder.
- (16) Innklagede bestrider at det var adgang til å kontakte klager for å foreta avklaringer vedrørende tilbudet, da dette ville medføre brudd på forhandlingsforbudet.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av FDVU – dataverktøy, og var kunngjort som en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var angitt å være mellom to og syv millioner kroner eks. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klagers tilbud

- (18) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud uten å ha hjemmel til dette i forskriften § 20-13 (1) bokstav f.
- (19) Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud dersom *"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."*
- (20) Ved vurderingen av om innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud etter denne bestemmelsen, må klagenemnda først ta stilling til om klagers tilbud inneholder avvik, forbehold, uklarheter eller lignende.
- (21) Klager opplyste at pristilbudet *"inkluderer 2000 Mb lagringsplass på vår server"*, og at ytterligere lagringsplass ville medføre en ekstrakostnad på *"kr 9600 pr 1000 Mb per år."* Det var ikke stilt krav om et bestemt lagringsbehov i konkurransegrunnlaget. Klager har erkjent at prisingen inneholdt et forbehold. Slik klagenemnda ser det er det imidlertid noe uklart om, og på hvilken måte pristilbudet utgjør et forbehold. Det er nærliggende å forstå dette slik at tilbudet inneholder en trappetrinnspris, og at . innklagede og klagers manglende sammenfallende oppfatning om hvilke mengder som skal kjøpes, medfører at det oppstår bedømmelsestvil når dette tilbudet skal sammenlignes med andre.
- (22) I prisskjemaet, vedlegg C, var det angitt at det skulle inngis pris på 11 poster, hvor én av postene var kostnad for ekstern lagring. På de fleste postene fremgikk det hvordan prisen skulle fastsettes, herunder enten som én årlig samlet kostnad, timespris eller kostnad per bruker. I tilknytning til posten *"kostnad for ekstern lagring"* var det ikke angitt hvorvidt det skulle oppgis én fastpris eller pris etter bruk.
- (23) Innklagede ga imidlertid en viss veiledning av omfanget i punkt 5 i konkurransegrunnlaget, ved å vise til at alle kostnader skulle oppgis med utgangspunkt i at dataverktøyet skulle brukes av 70 personer. Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 12.3 at tilbyderne skulle påse at alle nødvendige elementer for en fungerende løsning ble priset. Nemnda forstår dette slik at innklagede ønsket én samlet pris på alle postene fremsatt i prisskjemaet, vedlegg C, med mindre annet fremkom uttrykkelig. Eksempelvis fremgikk det, som sagt ovenfor, at det skulle oppgis en *"[å]rlig kostnad"* for programvare, mens det skulle oppgis en *"[t]imespris ved tilleggsarbeid"*. En naturlig forståelse innebærer derfor at innklagede etterspurte én samlet pris på punktet om ekstern lagring, da annet ikke fremgikk.

- (24) Videre var det ingen av de øvrige tilbyderne som hadde inntatt en slik begrensning, motsetningsvis hadde de oppgitt én samlet pris for ekstern lagring, hvilket taler for at konkurransegrunnlaget ikke fremstod som uklart for tilbyderne.
- (25) Ettersom klager ikke har oppgitt én samlet kostnad, utgjorde klagers formulering knyttet til pris basert på bruk av Mb et forbehold.
- (26) Klagenemnda har uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud *"kan medføre tvil"* om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2009/281 premiss (21). Nemnda har likevel lagt til grunn at det *"kun foreligger en avvisningsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene"*, jf. klagenemndas saker 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25). Oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å forsøke å prissette avvik, forbehold eller lignende, jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22). Dersom den prismessige konsekvensen av et forbehold lar seg fastsette, vil det normalt ikke foreligge "tvil" om hvordan tilbudet skal bedømmes, og forholdet til de øvrige leverandørene vil med dette være ivarettatt. Vurderingen av et konkrets forbeholds prismessige konsekvens ligger til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda, jf. klagenemndas sak 2012/70 (39) og 2011/308 premiss (88).
- (27) Klager har anført at forbeholdet var uten økonomisk betydning, og vist til at grensen på 2000 Mb normalt dekker en kommunes behov. Innklagede hevder på sin side at det var uklart på hvilken måte forbeholdet ville påvirke prisen.
- (28) I konkurransegrunnlaget var det ikke angitt noe konkret om hvor mye ekstern lagringsplass innklagede hadde behov for. Konkurransegrunnlaget måtte likevel forstås slik at det skulle inngis én pris som dekket alle nødvendige elementer for en fungerende løsning. Innklagede har forklart at dataverktøyet skulle benyttes av 70 personer, i en periode på opptil 10 år, samt at verktøyet skulle benyttes til lagring av bilder og lignende. Sett hen til denne brukermassen, bildelagringsbehovet og kontraktsvarigheten, måtte det være klart at begrensninger på dette punkt ville kunne være av økonomisk betydning for innklagede. Klagers henvisning til at 2000 Mb normalt dekker en kommunes behov, er ikke tilstrekkelig til å sannsynliggjøre at forbeholdet ikke vil ha en økonomisk konsekvens. Det foreligger ikke holdepunkter for å underkjenne innklagedes vurderinger på dette punktet.
- (29) Når det gjelder innklagedes taksering av forbeholdet er dette underlagt innklagedes skjønn, og kan i begrenset grad overprøves rettslig. Som utgangspunkt står innklagede nærmest til å vurdere sitt behov for lagringskapasitet, og hvorvidt det ville overstige klagers grense på 2000 Mb. Det kan ikke helt utelukkes at det til en viss grad er mulig å anslå et forventet bruk. Det er imidlertid knyttet en rekke usikkerhetsfaktorer til en slik taksering, som gjør det vanskelig å fastslå en bestemt økonomisk konsekvens av forbeholdet, da dette beror på innklagedes fremtidige behov for ekstern lagring. Dette gjør seg særlig gjeldende i en kontrakt med potensiell varighet på 10 år, som gjelder datatjenester, herunder skytjenester som er et forholdsvis nytt konsept i rask utvikling. På denne bakgrunn er det vanskelig å se at forbeholdet i klagers tilbud forsvarlig kunne prissettes, og eventuelt til hva, uten at det ville medført tvil om rangeringen. Sett hen til at det er en lav terskel for å stadfeste bedømmelsestvil, finner nemnda at innklagedes avvisning av klagers tilbud med henvisning til forbeholdet knyttet til ekstern lagring var

berettiget med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav f. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

- (30) Ettersom innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud, kan ikke klagers anførsel om avklaring av lagringsbehovet føre frem, jf. forskriften § 21-1 (2) bokstav a.

Konklusjon:

Nittedal-eiendom KF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 17. juni 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum