



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: De generelle kravene i § 5

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av telefoniløsning. Klagenemnda gav klager medhold i at innklagede hadde brutt kravet til god forretningsskikk, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1, ved ikke å ta kontakt med referansene som ikke svarte på spørreundersøkelsen.

Klagenemndas avgjørelse 22. august 2016 i sak 2016/105

Klager: Phonero AS

Innklaget: MuseumsIT AS

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kristian Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) MuseumsIT AS (heretter innklagede) kunngjorde 8. januar 2016 en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale for telefoniløsning. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 15 til 20 millioner. Tilbudsfrist ble i konkurransegrunnlagets punkt 1.5 angitt til 10. mars 2016.
- (2) Kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "Dekning", 40 %, "Kvalitet på tilbudte løsninger", 30 %, og "Samlede priser", 30 %.
- (3) Om grunnlaget for vurderingen av tildelingskriteriet "Dekning" ble det opplyst i konkurransegrunnlagets SSA-K vedlegg 1 til bilag 1, punkt D5:

"Leverandøren bes oppgi to referanse kunder med virksomhet innenfor områdene angitt i skjema Adresseoversikt for utsendelse av spørreundersøkelse. Dette for at oppdragsgiver skal kunne sjekke kundens opplevde dekning. Tilbyder skal legge ved en liste over to tilsvarende prosjekter, der referansene oppgis med navn på firma/virksomhet, kontaktperson, telefonnummer og epostadresser. Oppgitte referansepersoner vil få tilsendt en brukerundersøkelse på e-post. Denne skal besvares og vil bli lagt til grunn ved vurdering av kriteriet. Hvilke spørsmål som blir stilt i brukerundersøkelsen fremgår av vedlagte dokument."
- (4) Videre fremgår det av konkurransegrunnlaget, punkt 4.2.1, at det vil tildeles null til ti poeng, der ti poeng tildeles det beste tilbudet, og 0 poeng tildeles "tilbud som ikke har besvart kriteriet."
- (5) Innen tilbudsfristen ble det inngitt tilbud fra fem tilbydere, herunder Phonero AS (klager) og Telenor Norge AS (valgte leverandør).

- (6) Innklagede sendte brukerundersøkelse til referansene per e-post. Hver tilbyder hadde oppgitt to referanser og det ble sendt ut totalt ti brukerundersøkelser. Tre av referansene svarte på undersøkelsen. Klagers referanser svarte ikke på brukerundersøkelsen.
- (7) Som konsekvens av manglende svar fra referansene ble klagers tilbud tildelt 0 poeng på denne delen av tildelingskriteriet, som totalt sett ble tillagt 20 % vekt av tildelingskriteriet "*Dekning*", som igjen var vektet 40 %. Valgte leverandørs tilbud ble tildelt 5 poeng.
- (8) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. juli 2016. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemndas avgjørelse foreligger, og klagenemnda prioriterer derfor saken.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. august 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har opptrådt i strid med kravet om forretningsmessig opptreden, jf. anskaffelsesloven § 1, og prinsippet om forutberegnelighet og god forretningsskikk, jf. loven § 5. Innklagedes unnlatelse av å følge opp referansene er uforsvarlig og fører til at resultatet av konkurransen blir vilkårlig og tilfeldig.
- (11) Det var ikke adgang til å gi 0 poeng på den delen av tildelingskriteriet som gjaldt opplevd dekning. Klager oppgav referansene og gjorde dermed det klager kunne for å oppfylle kriteriet.
- (12) Innklagede tok ansvar for oppfølging av referanser ved at det ble oppgitt i konkurransegrunnlaget at referansepersonene ville få tilsendt en brukerundersøkelse på e-post. Det var innklagede som sendte ut undersøkelsen, og det var dermed også innklagedes ansvar å sikre en forsvarlig håndtering av referansene, herunder å forsikre seg om at e-posten var mottatt, og eventuelt varsle referansevirksomheten om konsekvensene ved manglende svar. Klager hadde ingen kjennskap til når undersøkelsen ble sendt ut, og klager hadde verken oppfordring eller anledning til å følge opp referansen. Det kan ikke være klagers risiko at referansen ikke svarer. Svarfristen var kort. Så vidt klager har kunnet bringe på det rene glemte den ene referansen å svare og den andre mottok ikke e-posten.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Det var opp til klager å levere et så godt tilbud som mulig. Klager hadde muligheten til å sørge for at referansene besvarte innklagedes spørreskjema og på den måten gjøre sitt beste for å vinne konkurransen. Dette har klager ikke gjort. Innklagede har fulgt konkurransegrunnlagets fremgangsmåte for håndtering av referanser fullt ut. Det kan derfor ikke foreligge brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling. Innklagede har ikke purret svar, verken fra klager eller andre tilbyderes referanser. Slik har innklagede behandlet alle tilbydere likt.
- (14) Ordlyden i konkurransegrunnlaget må tolkes slik at innklagede kun skulle sende ut brukerundersøkelsen på e-post. Ytterligere oppfølging var ikke påkrevet. Purring inntil alle referanser hadde svart ville kunne ta svært lang tid. Purring av svar på undersøkelsen ville også aktualisere problemstillinger i relasjon til likebehandlingsprinsippet.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av teletjenester som er en prioritert tjeneste i kategori 5 med CPV-klassifisering 79511000 Telefonisttjenester. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 15 til 20 millioner. 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. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (16) I tråd med konkurransegrunnlaget oppgav klager to kontaktpersoner som skulle besvare spørreundersøkelsen. Innklagede sendte spørreundersøkelsen til disse referansene per e-post, men mottok ikke noen svar.
- (17) I følge klager må konkurransegrunnlaget tolkes slik at innklagede hadde ansvar for i det minste å sikre at e-posten ble mottatt av referansen. Innklagede mener derimot at ordlyden i konkurransegrunnlaget tilsier at innklagede ikke skulle følge opp referansene utover utsendelse av spørreskjemaet.
- (18) Av konkurransegrunnlaget fremgår det at referansene ville få tilsendt en brukerundersøkelse per e-post som skulle besvares, og som ville bli lagt til grunn ved evalueringen. For øvrig sier ikke konkurransegrunnlaget noe om eventuell oppfølging av referanser som ikke svarer på brukerundersøkelsen.
- (19) Konkurransegrunnlaget besvarer derfor ikke spørsmålet om innklagede hadde en plikt til å gjøre noe mer enn å sende ut e-posten med spørreundersøkelsen. Konkurransegrunnlaget er imidlertid heller ikke til hinder for at innklagede purrer referanser som ikke svarer på brukerundersøkelsen, for eksempel ved å ta en telefon til hver av de syv referansene som ikke svarte, og gi en ny frist for å svare. Ettersom konkurransegrunnlaget ikke gir noen løsning, må spørsmålet løses ut ifra de alminnelige kravene til saksbehandlingen som kan utledes av anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.
- (20) Loven § 5 angir en del grunnleggende krav ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Eksempelvis heter det i bestemmelsens første ledd at *"Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører."* Dette kommer også til uttrykk i forskriften § 3-1 (6), som angir at *"Konkurransen skal gjennomføres i samsvar med god anbuds- og forretningsskikk."* Dette innebærer blant annet at saksbehandlingen skal være forsvarlig. Spørsmålet i saken er om det var forsvarlig at innklagede kun sendte ut spørreundersøkelsen per e-post, uten at innklagede kontaktet referansepersonene som ikke svarte innen fristen, når innklagede heller ikke på annen måte hadde forsikret seg om at mottakeren hadde mottatt e-posten.
- (21) Som klager fremholder kan det være mange årsaker til at spørreundersøkelsen ikke ble besvart innen fristen. E-posten kan ha havnet i søppelpostkontoen, mottaker kan ha glemt å svare, eller mottaker kan ha vært på ferie eller hatt annet fravær. Det kan ikke kreves at innklagede på forhånd har tatt høyde for slike situasjoner, for eksempel ved å be om mottakskvittering. Imidlertid gir det innklagede en noe større grunn til å følge opp referansene at innklagede ikke på noen måte forsikret seg om at referansepersonene mottok e-posten.

- (22) I motsetning til det innklagede argumenterer med er det også vanskelig å se at det ville ha vært uforholdsmessig ressurskrevende å purre opp referansene. Av forskriften § 3-1 (5) fremgår det at konkurransen skal gjennomføres *"på en måte som står i forhold til anskaffelsen"*. Det er her tale om en anskaffelse til en anslått verdi på 15 til 20 millioner kroner, og det aktuelle underkriteriet ble tillagt relativt stor vekt i evalueringen (etter det opplyste 8 %). Kriteriet viste seg dessuten å bli avgjørende for valget av leverandør.
- (23) Når det viste seg at kun tre av ti referanser svarte på undersøkelsen, ga det innklagede en ytterligere oppfordring til å kontakte referansene som ikke hadde svart for å forsikre seg om at disse hadde mottatt e-posten og oppfordre dem til å svare. Dette for å sikre at vurderingsgrunnlaget var forsvarlig.
- (24) Innklagede anfører imidlertid at klager var nærmest til å følge opp referansen. Klagenemnda er ikke enig i dette. Selv om tilbyderne neppe var avskåret fra å kontakte referansepersonene for å forsikre seg om at undersøkelsen ble besvart, var det innklagede som sendte ut spørreundersøkelsen. Hensikten med dette var å hindre forfalskning og sikre at referansene avgav sine svar uten at de ble påvirket av tilbyderne. I denne situasjonen er det naturlig at tilbyderne avstod fra å følge opp referansepersonene. Klager ble etter det opplyste heller ikke orientert om tidspunktet for utsendelsen av spørreskjemaet eller hvilken frist som gjaldt for å besvare spørreundersøkelsen.
- (25) Følgelig var innklagede nærmest til å følge opp referansene. Innklagede kunne ved begrenset bruk av ressurser ha kontaktet referansene som ikke hadde besvart undersøkelsen, for eksempel ved å ta en telefon til hver av dem. Anskaffelsens verdi var relativt høy og det aktuelle underkriteriet fikk stor betydning. Svært få referanser svarte på undersøkelsen. Det måtte også være mulig å kontakte referansepersonene som ikke svarte på en slik måte at dette ikke ville representert et brudd på likebehandlingsprinsippet. I den konkrete situasjonen var det følgelig uforsvarlig at innklagede ikke purret opp de referansene som ikke svarte på undersøkelsen.
- (26) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk, herunder kravet til forsvarlig saksbehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1, ved ikke å kontakte referanser som ikke har svart på spørreundersøkelsen eller på annen måte sikre at e-posten var mottatt.

Konklusjon:

MuseumsIT AS har brutt kravet til god forretningsskikk og forsvarlig saksbehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1 ved ikke å kontakte referanser som ikke svarte på spørreundersøkelsen eller på annen måte sikre at spørreundersøkelsen var mottatt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk