



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av programvare for inkassosystem. Klager ble avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og valgte leverandørs tilbud ble forkastet som følge av at det overskred innklagedes budsjett. Klagenemnda kom til at innklagede hadde hjemmel i forskriften § 2-1 (2) bokstav e til å gjennomføre en etterfølgende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, og at kontrakten med valgte leverandør dermed ikke representerte en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 2. desember 2013 i sak 2012/93

Klager: NorSoft AS

Innklaget: Bodø kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, konkurranseform, avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) Bodø kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. november 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av programvare for inkassosystem, samt opplæring, lisenser og driftsavtale. Tilbudsfrist var angitt til 7. desember 2011.
- (2) Anskaffelsens verdi var ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. I anskaffelsesprotokollen fremgår det at innklagede i forkant av konkurransen gjennomførte en markedsundersøkelse, der det ble signalisert at prisen ville bli cirka kroner 500 000,-, og med et tillegg på ca. 20 % i driftskostnader hvert år. Kostnaden første år ble derfor anslått til kroner 600 000,-, og totalkostnaden kroner 900 000,-. Innklagede fikk godkjent et investeringsbudsjett i henhold til dette.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.7 "Avlysning og totalforkastelse" fremgikk det at "Kjøperen er ikke forpliktet til å anta noen av tilbudene dersom ingen av de innkomne tilbud anses som rimelige eller er innenfor prosjektets budsjettrammer".
- (4) Kvalifikasjonskravene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 10. I punkt 10.2 "Finansiell situasjon" var følgende krav angitt:

"Det settes krav om at tilbyder har god soliditet og tilstrekkelig økonomi for gjennomføring av kontrakten. Tilbyder må dokumentere sin økonomiske gjennomføringsevne på følgende måte:

Siste to årsregnskap

Revisors beretning til siste 2 årsregnskap vedlegges."

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

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to tilbydere, deriblant Norsoft AS (heretter kalt klager) og Systempartner Norge AS.
- (6) Klager hadde levert all etterspurt dokumentasjon av kvalifikasjonskravet om god soliditet og tilstrekkelig økonomi. I tillegg var det vedlagt en kredittvurdering fra kredittratingselskapet Dun & Bradstreet, der klager var vurdert til nest beste karakter – AA.
- (7) Klager ble avvist fra konkurransen ved brev av 14. desember 2012. Fra brevet hitsettes:

"Vi må med dette meddele at vi i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (1) a har besluttet å avvise deres tilbud fra konkurransen. Bakgrunnen for dette er at vi mener det er knyttet for stor risiko til deres økonomi, og mener den ikke er tilstrekkelig god for å gjennomføre kontrakten. En nærmere redegjørelse fra protokollen følger under.

Ut fra tilbudet har vi kunnet lese følgende finansielle nøkkeltall.

Norsoft	2010	2009
<i>Resultatgrad</i>	16 %	9 %
<i>Egenkapitalandel</i>	10 %	10 %
<i>Likviditetsgrad 1</i>	1,05	1,06
<i>Arbeidskapital</i>	70163	66749
<i>Arbeidskapitalens andel av omsetning</i>	1,5 %	1,5 %

En vurdering av de finansielle nøkkeltallene viser en grei resultatgrad. Egenkapitalandelen er på bare 10 %, noe som vurderes som veldig lavt og i kroneverdi utgjør det bare NOK 149'056.

Likviditetsgrad 1, som av bedin.no (og økonomisk litteratur) er anbefalt å være over 2 er for denne bedriften bare så vidt over 1. Dette signaliserer at bedriften har likviditetsmessige utfordringer selv om de har gått med overskudd de siste år, og de har lite reserver å støtte seg på dersom de kommer i en dårlig periode. Arbeidskapitalen ligger på ca NOK 70'000, noe som bare utgjør 1,5 % av omsetningen til bedriften. I økonomisk litteratur er det anbefalt at denne ligger på over 10 %.

Med tanke på at denne bedriften er vel etablert synes nøkkeltallene å være svært svake, omsetningen lav og det er veldig lite reserver som sikkerhet for dårlige perioder. Den programvaren som skal anskaffes vil være det viktigste arbeidsverktøyet for innfordring hos oppdragsgiver, og en eventuell konkurs hos leverandør vil derfor ha store konsekvenser. Når den finansielle situasjonen fremstår slik den gjør, vurderes risikoen forbundet med en kontrakt med denne tilbyderen som stor. Oppdragsgiver mener økonomien er for svak for å kunne oppfattes som tilstrekkelig god for å gjennomføre kontrakten."

- (8) Fra anskaffelsesprotokollen hitsettes følgende vedrørende evalueringen av tildelingskriteriene:

"Det er kun en gjenstående tilbyder i konkurransen, og følgelig må samtlige svar vurderes som best i konkurransen.

Pristilbudet fra tilbyderen har en totalsum på kr 1'774'298 eks. mva over en periode på 4 år, hvorav kr 1'008'512 går til forfall første år.

I forkant av konkurransen gjennomførte oppdragsgiver en markedsundersøkelse, der det ble signalisert at prisen på etterspurt programvare ville komme på rundt kr 500'000, og med et tillegg på ca. 20 % av dette i driftskostnader hvert år. Det utgjør en kostnad første året på ca. kr 600'000, og oppdragsgiver har fått godkjent et investeringsbudsjett i henhold til gjennomførte markedsundersøkelse.

Tilbudsprisen, med det som går til forfall første året er mer enn 60 % høyere enn det som oppdragsgiver har i budsjetttramme, noe som medfører at det ikke er budsjettmessig dekning for den aktuelle anskaffelsen."

- (9) Innklagede sendte 9. januar 2012 ut en "Melding om totalforkastelse av konkurranse om nytt inkassosystem til Bodø kommune":

"Viser til deres innleverte tilbud i konkurranse om nytt inkassosystem til Bodø kommune.

Vi vil med dette melde om at konkurransen primært totalforkastes etter forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 13-1 (2). Bakgrunnen for totalforkastelsen er at det ikke er budsjettmessig dekning for anskaffelsen i forhold til kvalifiserte tilbud. Viser til tidligere kofa-avgjørelser i saker 2008/207, 2008/14 og 2008/60.

Subsidiært vil oppdragsgiver avlyse konkurransen, etter FOA § 13-1 (1), på grunn av at det ansees som en mislykket konkurranse. Etter kvalifiseringen gjenstår det bare ett tilbud, og oppdragsgiver har derfor ingen mulighet å sammenligne det aktuelle tilbudet opp mot andre i markedet.

Oppdragsgiver har med bakgrunn i FOA § 2-1 (2) bokstav e til hensikt å gjenåpne konkurransen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring med den kvalifiserte leverandøren fra den nå forkastede konkurransen. Viser til KOFA sak 2008/32 og 2008/24."

- (10) Innklagede sendte 13. januar 2012 brev til valgte leverandør om "Gjenåpning av konkurranse om inkassosystem - Invitasjon til forhandling – Systempartner Norge AS":

"Viser til deres innleverte tilbud på inkassosystem til Bodø kommune, og brev av 9.1.2012 fra oss til Dere vedrørende totalforkastelse av konkurranse.

I henhold til FOA § 2-1 (2) bokstav e vil vi gjenåpne konkurransen som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Vi ønsker å gå inn i forhandlinger med dere, i den hensikt å se om vi kan komme innenfor de rammene som foreligger ved hjelp av justeringer i konkurransen.

Vi inviterer til demonstrasjon og forhandlingsmøte 30. januar hos oss."

- (11) Innklagede sendte et tildelingsbrev til valgte leverandør 10. februar 2012 – herfra hitsettes:

"Viser til deres innleverte tilbud på programvare for innfordring til Bodø kommune, samt revidert tilbud etter forhandling og tillegg til dette.

Vi vil med dette meddele at vi vil tildele dere kontrakt for levering av nytt innfordringssystem til Bodø kommune. Bakgrunnen for tildelingen er at dere som eneste tilbyder har presentert et system som oppfyller våre krav, og er innenfor de økonomiske rammene som er satt av til anskaffelsen.

For kontrakten legges det til grunn originalt tilbud, med de revisjoner som ble gjort i forhandlingsmøte og tilbud om tilleggsmodul for parkering. Opsjonen for import fra Ekko vil ikke benyttes da vi har kommet frem til en annen løsning som er økonomisk fordelaktig."

- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 20. februar 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager, med den begrunnelse at klagers økonomi ikke er tilstrekkelig til å gjennomføre kontrakten. Klager har eksistert siden 1986 og har i alle år hatt en ryddig og god økonomi. Det fremgår også av regnskapet en solid portefølje med utfakturerte tjenester som ikke innebærer noen stor arbeidsinnsats. Det vises også til at klager har deltatt i en rekke anskaffelser uten å ha blitt avvist med henvisning til utilstrekkelig økonomi. Innklagede har for øvrig i andre konkurranser godtatt leverandører som ser ut til å ha svakere økonomi enn klager.
- (14) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør etter at konkurransen var avlyst.

Innklagedes anførsler:

- (15) Klager ble rettmessig avvist fra konkurransen. Det vises til begrunnelsen gitt i avvisningsmeddelelsen.
- (16) Det var adgang til å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, etter at tilbudene i den første konkurransen var totalforkastet og konkurransen avlyst. Tilbudet fra valgte leverandør i den åpne anbudskonkurransen var mye dyrere enn det som var forventet på bakgrunn av tidligere gjennomførte markedsundersøkelser, noe som resulterte i at det ikke var budsjettmessig dekning for anskaffelsen. Det vises til forskriften § 2-1 (2) bokstav e, og klagenemndas avgjørelse i sak 2008/32. Forskriftens del II kan ikke forstås strengere enn forskriftens del III, og en tilsvarende adgang som gitt i forskriften § 14-4 bokstav a, må også gjelde for anskaffelser som følger del II.

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 programvare for inkassosystem som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var

estimert til kroner 900 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av leverandør

- (18) Klager har for det første anført at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen, under henvisning til at klagers økonomi var utilstrekkelig.
- (19) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen.
- (20) Kvalifikasjonskravet om god soliditet og tilstrekkelig økonomi for gjennomføring av kontrakten skulle dokumenteres med årsregnskap for de to siste år, inkludert revisjonsberetning. Hva som ligger i kravet "god" soliditet må vurderes på bakgrunn av den konkrete anskaffelsen. Kvalifikasjonskravet gir anvisning på en skjønnsmessig terskel som i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er basert på riktig faktisk grunnlag, om den er usaklig eller vilkårlig, eller om den er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (21) Innklagede ga klager en grundig redegjørelse for hvorfor klagers økonomi ble vurdert som utilstrekkelig for den aktuelle kontrakten. I vurderingen viste innklagede at klagers egenkapitalandel, likviditetsgrad og arbeidskapital var vurdert som tilfredsstillende, og begrunnet sitt behov for å unngå eventuell konkurs hos leverandør. Det foreligger ikke holdepunkter for at klager ble vurdert strengere enn den andre tilbyderen i konkurransen, eller at innklagede på annen måte har foretatt en usaklig eller vilkårlig vurdering av klagers økonomi. Klagers anførsel fører ikke frem.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (22) Klager har anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt med valgte leverandør etter at konkurransen var avlyst. Innklagede viser på sin side til at det var anledning til å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, med hjemmel i § 2-1 (2) bokstav e.
- (23) Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b første ledd, slik bestemmelsen lød før 1. juli 2012, kan oppdragsgiver "ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren, eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse". Med en ulovlig direkte anskaffelse menes "en anskaffelse som ikke har vært kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring", jf. loven § 7b første ledd andre setning, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 9-1 og § 18-3.
- (24) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at sanksjoner som følge av brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, herunder ulovlige direkte anskaffelser, ilegges av domstolene.
- (25) De nye reglene gjelder imidlertid kun for anskaffelser som er kunngjort 1. juli 2012 eller senere. Dette innebærer at spørsmål om kontrakter som er inngått før 1. juli 2012 er ulovlige direkte anskaffelser, og hvorvidt det skal ilegges gebyr, skal behandles av klagenemnda etter loven § 7b, slik denne lød før 1. juli 2012. Ettersom kontrakt i

foreliggende sak ble underskrevet 20. februar 2012, skal klagenemnda behandle spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse.

Hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

- (26) Forskriften § 2-1 (2) gir unntak fra kunngjøringsplikten for anskaffelser som i utgangspunktet følger forskriften del II. Den aktuelle unntaksregelen gjelder tilfeller der *"det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet"*, jf. bokstav e.
- (27) I foreliggende sak ble klager avvist fra den åpne anbudskonkurransen, og valgte leverandørs tilbud ble forkastet som følge av at det klart oversteg innklagedes budsjetteramme. Det er ikke bestridt at det var lovlig å avlyse konkurransen/totalforkaste tilbudene, jf. forskriften § 13-1.
- (28) Det eneste tilbudet som gjenstod i anbudskonkurransen var valgte leverandørs. Spørsmålet er om dette tilbudet kunne regnes som ikke *"egnet"*, jf. forskriften § 2-1 (2) bokstav e.
- (29) Forskriften § 2-1 (2) gir unntak fra kunngjøringsplikten for anskaffelser som i utgangspunktet følger forskriften del II, på tilsvarende måte som § 14-4 gir unntaksregler for anskaffelser som følger forskriften del III. Reglene i de to bestemmelsene er imidlertid ikke likelydende, og etter omstendighetene vil terskelen for anvendelse av unntakene i § 2-1 (2) være lavere enn for unntakene i § 14-4, sml. eksempelvis § 2-1 (2) bokstav b og § 14-4 bokstav h.
- (30) Regelen i § 2-1 (2) bokstav e tilsvarer i hovedsak § 14-4 bokstav b. I § 14-4 bokstav a er det gitt en nærstående unntaksregel som ikke har fått sitt motstykke i § 2-1 (2). Ettersom det er naturlig å anta at det ikke er tilsiktet at adgangen til å unnlate kunngjøring skal være snevrere i forskriften del II, sammenlignet med forskriften del III, må det antas at § 2-1 (2) bokstav e også dekker tilfeller som er omfattet av § 14-4 bokstav a. Dette ble også lagt til grunn i klagenemndas sak 2010/279 premiss (37).
- (31) Klagenemnda har i flere saker tatt stilling til om tilbud med priser som overstiger oppdragsgivers budsjetteramme kan regnes som uegnede i relasjon til § 14-4 bokstav b eller som uakseptable i relasjon til § 14-4 bokstav a, jf. blant annet klagenemndas saker 2010/325 premiss (40) flg., og 2010/221 premiss (41) flg. I førstnevnte sak oversteg alle seks tilbudsprisene budsjettestimater som var angitt i kunngjøringen, og nemnda kom til at tilbudene ikke kunne anses som uakseptable når det ikke var angitt en bindende budsjetteramme. Et nemndsmedlem dissenterte i denne vurderingen. I sak 2010/221 uttalte nemnda at en budsjettoverskridelse ikke alene var tilstrekkelig til å anse tilbud som uegnet, men *"med objektivt sett vesentlig høyere priser enn man kunne forvente, kan vilkårene trolig etter omstendighetene anses oppfylt"*. Klagenemnda har også tidligere akseptert at vesentlig overskridelse av forventet pris, hvor forventet pris var basert på tidligere kostnader, kunne gi adgang til konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. klagenemndas sak 2010/7 premiss (61), der den tilbudte prisen var 76 % høyere enn i eksisterende kontrakt.
- (32) Innklagede hadde i foreliggende sak ikke angitt et budsjettestimater, bindende eller veiledende, i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Sammenlignet med prisen som var signalisert til innklagede i den forutgående markedsundersøkelsen, var valgte

leverandørs pris i anbudskonkurransen over 97 % dyrere. Kostnaden for innklagede i første kontraktsår var 68 % dyrere enn forespeilet. Det foreligger ikke holdepunkter for at innklagedes markedsundersøkelser hadde gitt urealistiske prisestimat, og at budsjettet var realistisk understøttes av at valgte leverandørs tilbud etter forhandlingene kom innenfor de avsatte økonomiske rammene for anskaffelsen, jf. tildelingsbrevet av 10. februar 2012. Valgte leverandørs pristilbud i anbudskonkurransen må på dette grunnlag anses å være objektivt sett vesentlig høyere enn det innklagede måtte kunne forvente.

- (33) Klagenemnda har på grunnlag av dette kommet til at valgte leverandørs tilbud i anbudskonkurransen kunne regnes som uakseptabelt, eller ikke "egnet", jf. § 2-1 (2) bokstav e. Det er ikke anført at kontrakten med valgte leverandør innebar vesentlige endringer fra kontrakten som ble kunngjort i anbudskonkurransen. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Bodø kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 2. desember 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Georg Fredrik Rieber-Mohn