



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Krav til ytelsen/teknisk spesifisering.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om konsulenttjenester innen ulike former for systemteknikk. I kravspesifikasjonen hadde innklagede stilt krav om at konsulentene innen kravhåndtering skulle ha erfaring med et spesifikt dataverktøy som skulle brukes ved gjennomføringen av tjenestene. Klagenemnda gav klager medhold i at kravet var i strid med forskriften § 15-1 fjerde ledd da innklagede ikke hadde underbygget at kravet var «nødvendig ut fra anskaffelsens formål», jf. også loven § 4. En anførsel om at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved anskaffelsen av dette dataverktøyet i 2016, ble avvist som for sent fremsatt. Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik fra kravspesifikasjonen ble ikke behandlet.*

### **Klagenemndas avgjørelse 3. desember 2019 i sak 2019/2**

**Klager:** Intech AS

**Innklaget:** Forsvarsmateriell

**Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad

### **Bakgrunn:**

- (1) Forsvarsmateriell (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. september 2018 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om konsulenttjenester innen systemteknikk. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 40 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var angitt til 4. oktober 2018.
- (2) Av kunngjøringen fremgikk det at avtalens lengde var to år, med opsjon på ytterligere to år.
- (3) I kunngjøringen var det angitt at anskaffelsen ville omfatte konsulenttjenester innenfor områdene SE<sup>1</sup>-støtte, kravutvikling, kravkvalitet, kravhåndtering, analyse, evaluering, SE-opplæring og kontraktsoppfølging. Det stod videre at leverandøren måtte kunne vise til dokumentert kunnskap og erfaring innenfor disse områdene.
- (4) Det var presisert at området for kravhåndtering omfattet «*[b]ruk av DOORs/DEx for å ha kontroll, sporbarhet og konfigurasjonsstyring av spesifikasjoner*».

---

<sup>1</sup> System engineering, som kan oversettes til «systemteknikk».

- (5) I konkurransegrunnlaget var det presisert at det ville være behov for å få «*implementert og overført kunnskap om systemteknikk og tilhørende områder, så det vil være nødvendig å ha fokus på erfaringsoverføring og kursing av oppdragsgivers eget personell*».
- (6) Tildelingens kriteriene var «*Pris*» (vektet 25-40 prosent) og «*Kvalitet*» (vektet 60-75 prosent). Priskriteriet ville bli bedømt på bakgrunn av timepris innenfor konsulentrollene for «*Kravutvikling*», «*Kravhåndtering*» og «*Opplæring*». De to førstnevnte kategoriene var vektet 40 prosent hver av priskriteriet, mens sistnevnte var vektet 20 prosent av kriteriet.
- (7) Under kvalitetskriteriet var det opplyst at man ville vektlegge «*relevant erfaring og metoder for utførelse av oppdraget. Tilbudte konsulenter vil vurderes i tilknytning til hver konsulentrolle (kravutvikling, kravhåndtering, opplæring)*». Det var videre presisert at «*[m]ed «metoder for utførelse av oppdraget» menes relevant i forhold til kravene oppgitt i Del II Vedlegg A Kravspesifikasjon*».
- (8) Det var presisert at leverandøren kunne tilby inntil to konsulenter per konsulentrolle.
- (9) I kravspesifikasjonens punkt om kravhåndtering («*Requirement Management (RM)*») ble kravene nærmere beskrevet:

*«NDMA<sup>2</sup> Land use IBM Rational DOORS as the preferred requirement management tool.*

*IBM Rational DOORS is a database consisting of different modules to support the DEx requirement management system.*

*NDMA Land use DEx Toolkit to utilize information in DOORS.*

*DEx is a requirements management system. DEx is based on a DOORS database and includes a set of steering documents that identifies information structure, attribute sets, linking rules, Requirements Life Cycle, access rights, freezing of data, change management of frozen data and data exchange [...].*

- (10) Av kravspesifikasjonen fremgikk det at «*«shall» statements are mandatory*».
- (11) Et slikt «*shall*»-krav fremgikk av punkt «*SSS\_Kons\_36*»:
- «The Contractor personnel supporting NDMA with RM shall be experienced with use of DEx».*
- (12) Et annet slikt krav fremgikk av kravspesifikasjonens punkt om «*Transfer of Competence*», i punkt «*SSS\_Kons\_47*», hvor det fremgikk at «*The Contractor Shall train dedicated NDMA personnel in use of DEx Toolkit*».
- (13) Innen tilbudsfristen mottok innklagede ett tilbud, fra Syntell AB.
- (14) Innklagede inngikk rammeavtale med Syntell AB (heretter *valgte leverandør*) 7. desember 2018.

---

<sup>2</sup> The Norwegian Defence Material Agency (innklagede).

- (15) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. februar 2019.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. desember 2019.

**Anførsler:**

***Klager har i det vesentlige anført:***

- (17) Kravet om erfaring med tilleggsverktøyet *DEx Toolkit* utelukker reell konkurranse og utgjør et brudd på både forskriften § 15-1 fjerde ledd og loven § 4.
- (18) *DEx Toolkit* ble anskaffet ved en ulovlig direkte anskaffelse i 2016. Anskaffelsen i 2016 har avgjort også denne anskaffelsen. Dette bekreftes ved at det kun var én leverandør som leverte tilbud – nemlig utvikleren av *DEx Toolkit*. Etter klagers syn har det funnet sted en ulovlig oppdeling av disse to anskaffelsene, i strid med forskriften § 5-4 fjerde ledd.
- (19) Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at bare én av totalt seks konsulenter har blitt intervjuet av innklagede. Konsulenten som ble intervjuet har ikke kompetanse på *DEx Toolkit*. Innklagede har med dette tildelt rammeavtalen til en leverandør som ikke oppfyller et obligatorisk krav.

***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (20) Det bestrides at 2016-anskaffelsen var en ulovlig direkte anskaffelse. Det foreligger heller ingen ulovlig oppdeling av anskaffelsen av lisenser i 2016 og den foreliggende anskaffelsen av konsulenttjenester.
- (21) Kravet til erfaring med *DEx Toolkit* innebærer ikke noe brudd på verken forskriften § 15-1 fjerde ledd eller loven § 4. Det var mulig å ha konkurranse om oppdraget. Selv om kravet om erfaring med *DEx Toolkit* skulle være egnet til å favorisere valgte leverandør, må det være lovlig, jf. § 15-1 fjerde ledd bokstav a.
- (22) Det var unødvendig å intervju samtlige konsulenter, da man hadde tilstrekkelig med dokumentasjon og tidligere kjennskap til de øvrige fem ressursene. Konsulenten som klager fremhever, oppfyller de krav til det området vedkommende skulle bistå. For denne rollen var det ikke stilt krav om erfaring med *DEx Toolkit*.

**Klagenemndas vurdering:**

- (23) Klager har ikke deltatt i konkurransen. Klager er imidlertid en potensiell leverandør av de aktuelle tjenestene, og fremholder at man i realiteten ble utelukket fra konkurransen som følge av kravet om å ha erfaring med *DEx Toolkit*. Klager har følgelig et reelt behov for å få prøvd lovligheten av kravet, og har med det saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.
- (24) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av konsulenttjenester innen systemteknikk. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 40 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

*Anførsel om ulovlig oppdeling av anskaffelsen – ulovlig direkte anskaffelse*

- (25) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (26) Klager har i denne sammenheng vist til at innklagede gjennomførte en anskaffelse av lisenser til *DEx Toolkit* i 2016. Denne anskaffelsen skulle ifølge klager ha blitt gjennomført sammen med foreliggende anskaffelse av konsulenttjenester innen systemteknikk. Ifølge klager har innklagede dermed foretatt en ulovlig oppdeling av anskaffelsene, jf. forskriften § 5-4 fjerde ledd.
- (27) Det følger av klagenemndsforordningen 13a andre ledd at en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelser kan fremsettes «*inntil to år fra kontrakt er inngått*».
- (28) Innklagede har forklart at det ble inngått kontrakt med Syntell AB den 11. november 2016 for kjøp av lisenser til *DEx Toolkit*.
- (29) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt 1. februar 2019. Anførselen om at innklagede i 2016 foretok en ulovlig direkte anskaffelse, er dermed i utgangspunktet for sent fremsatt til at klagenemnda kan behandle den.
- (30) Etter klagenemndas syn stiller imidlertid spørsmålet om klagefristens start seg annerledes i tilfeller hvor det hevdes at det er foretatt en ulovlig oppdeling av det som etter regelverket skulle vært én anskaffelse, slik som i det foreliggende tilfellet. Det er først når en oppdragsgiver har foretatt den siste av de anskaffelsene som klager mener må sees i sammenheng, at en klager har foranledning til å reagere og reell mulighet til å underbygge at det foreligger en ulovlig oppdeling av en anskaffelse. Det følger av dette at klagen med påstand om en ulovlig direkte anskaffelse som følge av ulovlig oppdeling av anskaffelsene, er rettidig.
- (31) I utgangspunktet er det opp til oppdragsgiver å definere sitt behov. Det er også opp til oppdragsgiver å bestemme på hvilken måte en anskaffelse best kan gjennomføres. Oppdragsgiver er herunder nærmest til å vurdere hvorvidt én eller flere produkter og/eller tjenester skal kjøpes samlet eller hver for seg. Av forskriften § 5-4 fjerde ledd går det imidlertid frem at oppdragsgiveren ikke kan dele opp en kontrakt «*med det formål å unnta kontrakten fra forskriften*». Etter omstendighetene kan også de grunnleggende prinsippene i loven § 4 om konkurranse, likebehandling og forholdsmessighet begrense en oppdragsgivers adgang til å velge mellom én samlet eller flere separate anskaffelser.
- (32) Innklagede har forklart at da man skulle anskaffe lisenser til *DEx Toolkit* i 2016, hadde man allerede konsulentbistand fra en leverandør (klager), som man så for seg at også kunne omfatte innkjøringen av det nye systemet. Videre hadde man en formening om at man etter hvert ville klare å bruke verktøyet uten konsulentbistand. Dette viste seg imidlertid å ikke holde stikk – bruken av det nye verktøyet viste seg å være mer tid- og ressurskrevende enn forutsatt, og behovet for konsulentbistand ble etter hvert fremtredende.
- (33) Klagenemnda har ikke grunnlag for å konstatere at innklagede med dette har gjort en ulovlig oppdeling av anskaffelsen.

#### *Erfaring med DEx Toolkit – forskriften § 15-1 fjerde ledd*

- (34) Klager har anført at kravet om at konsulentene har erfaring med *DEx Toolkit* utgjør et brudd på forskriften § 15-1 fjerde ledd og prinsippet om konkurranse i loven § 4.

- (35) I konkurransegrunnlaget er kravet om erfaring med *DEx Toolkit* oppstilt som et krav til ytelsen, og det er også slik det er forstått av både klager og innklagede. Klagenemnda legger samme forståelse til grunn i det følgende, men bemerker for ordens skyld at en alternativ klassifisering av kravet som et kvalifikasjonskrav uansett ikke ville fått betydning for nemndas vurdering.
- (36) I utgangspunktet er det opp til oppdragsgiver å definere sitt behov, herunder utformingen av kravspesifikasjonen. Det følger imidlertid av forskriften § 15-1 fjerde ledd at oppdragsgivere ikke kan vise til bestemte fabrikater, varemerker eller lignende «*som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*». En slik henvisning vil likevel være tillatt dersom kravet «*er nødvendig ut fra anskaffelsens formål*», jf. bokstav a.
- (37) Det er på det rene at kravet om å inneha kompetanse på *DEx Toolkit* «*fører til at visse leverandører [...] favoriseres [...]*». Det er valgte leverandør – som for øvrig var den eneste som leverte tilbud – som har utviklet programverktøyet *DEx Toolkit*, og som har de immaterielle rettighetene til dette verktøyet. Selv om herværende sak gjelder kjøp av konsulenttjenester, ikke programvare, synes det klart at henvisningen til *DEx Toolkit* innebærer at valgte leverandør favoriseres. Det kan nok være enkelte konsulenter som har erfaring med *DEx Toolkit* og som nå jobber andre steder enn hos valgte leverandør, men det må antas at langt de fleste med den etterspurte kompetansen jobber for valgte leverandør.
- (38) Spørsmålet er om kravet om erfaring med *DEx Toolkit* var «*nødvendig ut fra anskaffelsens formål*».
- (39) Anskaffelseslovens målsetting om effektiv bruk av samfunnets ressurser (§ 1) og henvisningen til konkurranse som et grunnleggende prinsipp (§ 4), tilsier at terskelen for at unntaket i forskriften § 15-1 fjerde ledd bokstav a) skal komme til anvendelse, er høy. Det er oppdragsgiver som må vise at nødvendighetskriteriet er oppfylt, jf. til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2012/73, premiss 28.
- (40) Tilfeller der kravet er foranlediget av at det produktet eller den tjenesten som anskaffes skal være kompatibelt med eksisterende utstyr, er i kjerneområdet til unntaksbestemmelsen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/84, premiss 36. I slike situasjoner kan det normalt ikke kreves at eksisterende utstyr skiftes ut, jf. klagenemndas avgjørelse sak 2015/103, premiss 21, med videre henvisning til sak 2012/220, premiss 25.
- (41) Innklagede har forklart at de benytter kravdatabasen *IBM Rational DOORS* (heretter bare *DOORS*) ved fremhenting og oppfølging av krav som stilles til leveransene. En måte å utnytte dette kravhåndteringsverktøyet er – ifølge innklagede – å benytte seg av metodikken *DEx Toolkit*, som gir tilleggsfunksjoner til *DOORS*.
- (42) Innklagede har forklart at bakgrunnen for at man krevde erfaring med *DEx Toolkit*, var at dette verktøyet utvider funksjonaliteten til *DOORS*, og muliggjør en mer effektiv og presis håndtering av kravene ved konvertering til *Excel*. Ifølge innklagede, gir *DEx Toolkit* et bedre grunnlag for kommunikasjon mellom aktørene, enn hva som er tilfellet om man kun bruker *DOORS*. Innklagede anser bruken av dette tilleggsverktøy som nødvendig i deres mest komplekse prosjekter, da dette gir et bedre grunnlag for god sporbarhet og oppfølging av krav.

- (43) Innklagede har videre vist til at man i 2016 anskaffet *DEx Toolkit*, og at det vil innebære store økonomiske og tidsmessige konsekvenser om ikke man kunne videreføre bruken av dette programverktøyet.
- (44) Slik klagenemnda forstår innklagedes argumentasjon, er dette først og fremst snakk om omstendigheter som tilsier at det var lovlig å stille krav om bruk av *DEx Toolkit*. At det nok var adgang å stille krav til bruk av det dataverktøyet som innklagede tidligere hadde anskaffet, er ikke ensbetydende med at det var nødvendig å stille krav om erfaring med bruk av dette verktøyet i den anskaffelsen av konsulenttjenester som denne saken gjelder. Et krav om erfaring med *DEx Toolkit* kan etter nemndas syn ikke anses nødvendig alene av den grunn at innklagede sikrer seg en noe kortere innkjøringsfase før verktøyet kan brukes på en mest mulig optimal måte.
- (45) Bakgrunnen for kravet om erfaring med *DEx Toolkit*, er av innklagede begrunnet med at dette er «*en egen metodikk som benyttes som er særegen for kombinasjonen DOORS/DEx*».
- (46) Klager har imidlertid innvendt at konsulenter med erfaring innen systemteknikk raskt vil kunne tilegne seg påkrevd kompetanse i *DEx Toolkit*.
- (47) Slik saken er opplyst for nemnda, kan klagenemnda ikke se at innklagede har godtgjort at *DEx Toolkit* er et så krevende og komplekst verktøy at konsulenter med generell kompetanse innen systemteknikk, men uten spesifikk erfaring med dette verktøyet, ikke vil kunne lære seg å bruke det innen rimelig tid.
- (48) Situasjonen i den foreliggende sak skiller seg følgelig fra saker der oppdragsgiver står i fare for å måtte skifte ut eksisterende systemer eller innretninger jf. til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2015/138. Henvisningen i lovens § 4 til konkurranse som et grunnleggende hensyn, tilsier at ringvirkningene av isolert sett lovlige henvisninger til bestemte fabrikater, varemerker eller lignende som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes, bør begrenses.
- (49) Klagenemnda tilføyer at innklagede nok kunne operert med erfaring i *DEx Toolkit* som et lovlig tildelingskriterium, så lenge vekten var avpasset verdien av slik erfaring. En slik løsning ville ivaretatt både lovens målsetting om konkurranse og innklagedes oppfatning av at erfaring med *DEx Toolkit* er relevant i herværende sammenheng.
- (50) Klagenemnda har kommet til at innklagede ikke har sannsynliggjort at det var «*nødvendig ut fra anskaffelsens formål*» å stille som krav at konsulentene hadde erfaring med *DEx Toolkit*, jf. forskriften § 15-1 fjerde ledd.
- (51) Det er nærliggende at konkurransen, om ikke kravet om erfaring med *DEx Toolkit* var stilt, kunne ha fått et annet utfall. Feilen er av en slik karakter at den kun kan rettes gjennom avlysning av konkurransen, hvilket også gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (52) Basert på dette resultatet finner klagenemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik fra kravspesifikasjonen.

### **Konklusjon:**

Forsvarsmateriell har brutt forskriften § 15-1 fjerde ledd ved å kreve erfaring med *DEx Toolkit*.

Klagers anførsel om valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik fra kravspesifikasjonen, har ikke blitt behandlet.

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

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*