



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Saklig grunn til avlysning. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av et headless content management system (forkortet CMS). Klager ble ikke tildelt kontrakten, og påklaget først tildelingen, for deretter å begjære midlertidig forføyning med krav om at valgte leverandør skulle vært avvist. Innklagede gikk gjennom kvalifiseringen og evalueringen på nytt, og fant at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og at klagers tilbud måtte avvises som følge av at det inneholdt vesentlige avvik fra konkurransedokumentene. Innklagede avlyste deretter konkurransen under henvisning til at det ikke forelå tilbud. Klager hevdet overfor klagenemnda at deres tilbud ikke inneholdt avvik, slik at innklagede sto igjen med ett gyldig tilbud, som også hadde vært gjenstand for konkurranse. Klager anførte derfor at det ikke var saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen uavhengig av om man sto igjen med ett eller ingen tilbud. Klager hadde dermed ikke saklig interesse i å få vurdert om deres tilbud var rettmessig avvist.

Klagenemndas avgjørelse 29. januar 2021 i sak 2020/409

Klager: Enonic AS

Innklaget: Norsk Rikskringkasting AS

Klagenemndas

medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Marianne H. Dragsten, Kjersti Holum Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Norsk Rikskringkasting AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 5. november 2019 en konkurranse med forhandlinger etter forutgående prekvalifisering, for anskaffelse av et headless content management system (heretter forkortet CMS). Kontraktens varighet var angitt til 48 måneder, med opsjon på forlengelse for ett år om gangen. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til 6 millioner kroner. Frist for prekvalifisering var 9. desember 2019.
- (2) Anskaffelsen ble i kunngjøringen punkt 2.4 beskrevet på følgende måte:

«Dette CMS-et skal brukes til NRKs spesialproduksjon, og skal brukes i tillegg til NRKs CMS for volumproduksjon; Polopoly. Polopoly brukes for all den daglige produksjonen av artikler, notiser og desking av sider. NRK har ofte behov for å lage skreddersydde sider og visninger i forbindelse med innovasjon, satsinger og hendelser. Dette er innhold som ikke passer inn i de vanlige malene vi har i volumproduksjonen.

Måten man lager nye innholdstyper på vil være avgjørende. Referanser mellom innholdstyper, riktekst og lister bør være godt støttet slik at man raskt kan eksperimentere med ulike format. CMS-API-et må være fleksibelt slik at man kan sette sammen innholdet

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

for ulike visninger, oppdatere det programmatisk og abonnere på endringer fortløpende. Det bør være liten avstand fra idé til implementasjon. Redigeringsverktøyet må være godt nok til kunne opprette, gjenfinne og behandle innholdet som skal lages, men egenskaper som lagring, API, drift, deployment, samredigering og endringsmeldinger er viktigere enn å ha et ferdig brukergrensesnitt. For fullstendig beskrivelse se vedlagte dokumenter.»

- (3) Kontrakt skulle tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriene «*Price level and models*» (vektet 20 prosent) og «*The suitability and quality of the tendered CMS tool*» og «*Quality of service*» (til sammen vektet 80 prosent).

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2.1 («*Contract terms*») var det inntatt lenker til Statens Standardavtaler for kjøp (SSA-K) og drift (SSA-D). Om disse ble følgende opplyst:

«SSA-K is the Agreement governing the purchase of software and equipment, rights of disposal and other deliverables, as specified in more detail in the Appendices.

SSA-D The duration of the agreement and operational services shall be for a term of three (4) years as of the commencement date for regular operations. The Agreement and SLA shall thereafter be automatically renewed for a term of one (1) year at a time.»

- (5) Av «*Appendix I*» til kjøpsavtalen (SSA-K) fremgikk en matrise med kravspesifikasjonen («*RFP*»). Under «*Terms & Descriptions*» var kravene delt inn i tre kategorier: «*Nice to have*», «*Should have*» og «*Must have*» (kategori 1 til 3). Det var presisert at «*requirement points flagged with priority 3 are considered necessary to realize NRK's CMS needs.*»

- (6) Leverandørene ble gitt fire svaralternativer for hvert av kravene som var oppstilt i bilag 1. Disse var under «*Terms & Descriptions*» angitt på følgende måte:

«0 No (not feasible with proposed product)

1 On our committed roadmap (generally available within 12 months)

2 Yes, but requires extensive customizations, workarounds or support systems, or is otherwise non-standard.

3 Yes, solved by configuring existing/standard functionality»

- (7) I kravspesifikasjonen punkt 5.8.1 var det stilt et «*Must have*»-krav om en løsning som «*Supports custom editors/widgets for content types*».

- (8) Av de ti leverandørene som søkte prekvalifisering, ble Enonic AS (heretter *klager*) og Sanity AS (heretter *valgte leverandør*) kvalifisert og invitert til å inngi tilbud. Tilbudsfristen var 15. januar 2020.

- (9) Begge leverandørene innga tilbud innen tilbudsfristen.

- (10) I sitt opprinnelige tilbud besvarte klager kravet i kravspesifikasjonen punkt 5.8.1 med alternativ 1 - «*On our committed roadmap (generally available within 12 months)*».

- (11) Det ble gjennomført forhandlingsmøter, hvor leverandørene i etterkant fikk mulighet til å inngi reviderte tilbud. Under forhandlingene skrev innklagede den 4. februar 2020 følgende om klagers oppfyllelse av krav 5.8.1:

- *«Det er ingen måte å inkludere egenutviklede komponenter i Content Studio.*
- *Dette er et viktig premiss for hele utlysningen og kan ikke gjøres halvveis.*
- *NRK har behov for å skreddersy brukerinteraksjonen for enkelte innholdstyper fra [første] dag.»*

(12) I sitt reviderte tilbud oppjusterte klager svaralternativet på krav 5.8.1 fra 1 til 2 med følgende begrunnelse:

«Enonic forplikter seg til å jobbe sammen med NRK for å finne en løsning på dette i løpet av etableringsprosjektet. Det er forstått slik at behovet i første omgang primært er relatert til NRKs bildevelger. Enonic har som mål å gjøre input types 100% pluggbare. Enonic bærer selv kostnadene for dette arbeidet.»

(13) Innklagede meddelte i brev av 10. mars 2020 at kontrakt ble tildelt valgte leverandør. Valgte leverandør fikk en vektet totalscore på 10 poeng av 10 mulige, mot klager som fikk en totalscore på 7,39 poeng. Som begrunnelse for tildelingen var det blant annet opplyst at klagers besvarelse på punkt 5.8.1 i kravspesifikasjonen, fortsatt ble vurdert av innklagede som oppfyllelsesgrad/svaralternativ 1.

(14) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 13. mars 2020.

(15) Innklagede svarte på klagen i brev av 6. april 2020, hvor det ble vist til at klagers tilbud ikke oppfylte kravet i punkt 5.8.1 i Appendix 1 og at dette medførte en avvisningsplikt:

«Som opplyst i tildelingsbrevet av 10. mars 2020, var bildevelgeren bare et eksempel på tilpasninger som NRK har behov for å gjøre. Da løsningen ikke støtter custom widgets i dag, må det legges til grunn at dette er en løsning som vil bli utviklet.

Enonics tilbudte løsning oppfyller derfor ikke kravet i punkt 5.8.1 fra første dag, og Enonics tilbud må derfor avvises etter foa. § 24-8 (1) bokstav b.

I den opprinnelige evalueringen nøyde NRK seg med å trekke Enonic vesentlig i evalueringen av kvalitet fordi Enonics løsning ikke oppfylte krav. 5.8.1 fra første dag, jf. punkt 3.3.3 nedenfor. Dette er altså ikke i samsvar med regelverket. Manglende oppfyllelse av dette kravet medfører at Enonics tilbud må avvises.»

(16) Klager begjærte midlertidig forføyning for Oslo byfogdembete den 15. april 2020 med anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen. På denne bakgrunn besluttet innklagede å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om *«operating margin (higher than 5 %)»*.

(17) Innklagede meddelte deretter i brev av 22. april 2020 at konkurransen var avlyst.

«På bakgrunn av klage fra Enonic i forbindelse med overnevnte konkurranse, har NRK sett seg nødt til å gå gjennom både kvalifisering og evaluering i den aktuelle konkurransen på nytt.

Som et resultat av denne gjennomgangen ser NRK at vinnende tilbyder Sanity skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav 3.3. Economic and financial position (jf. foa. § 24-2 (1) bokstav a).

Gjennomgangen viser samtidig at den andre kvalifiserte tilbyderen Enonics tilbud skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av et av de absolutte kravene som er oppsatt i konkurransegrunnlaget (jf. foa. § 24-8 (1) bokstav b).

På denne bakgrunn avlyser NRK konkurransen (jf. foa. § 25-4).

NRK presiserer samtidig at selv om NRK ikke hadde hatt en plikt til å avvise Enonics tilbud, så hadde NRK avlyst konkurransen på grunn av manglende konkurranse.

Ny konkurranse vil bli gjennomført.»

- (18) Innklagede utlyste konkurransen på nytt, og kontrakt ble tildelt valgte leverandør 9. september 2020.
- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 16. mai 2020.
- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. januar 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har brutt forskriften § 25-4 fordi det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. På avlysningstidspunktet hadde ikke innklagede avvist klagers tilbud fra konkurransen. Innklagede sto dermed igjen med klagers tilbud etter tilbudsevalueringen, og kontrakten skulle ha vært tildelt klager.
- (22) Det bestrides at klagers tilbud måtte avvises som følge av at skal-krav ikke er oppfylt. Klager er uenig i at kravet til et system som «*supports custom editors/widgets for content types*» ikke er oppfylt «*fra første dag*». Anskaffelsen baseres på SSA-D, som betyr at første del av kontrakten består av en etableringsperiode. At kravet skal være oppfylt «*fra første dag*» kan bare forstås slik at det skal være oppfylt fra og med oppstartsdag. Dette er tidspunktet ytelsen faktisk skal leveres i henhold til avtalen, hvilket klager har forpliktet seg til å etterleve gjennom besvarelsen i sitt tilbud.
- (23) Klager krever erstatning for både den negative og positive kontraktsinteressen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Det forelå saklig grunn til avlysning. Etter ny gjennomgang av kvalifiseringen og evalueringen fant innklagede at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og at klagers tilbud måtte avvises som følge av vesentlige avvik. Det gjensto dermed ingen tilbud.
- (25) Subsidiært, dersom det ikke forelå plikt til å avvise klagers tilbud, hadde innklagede uansett saklig grunn til å avlyse som følge av manglende konkurranse. Klagers tilbud inneholdt ikke den kvaliteten som innklagede ønsket og hadde behov for. I tillegg var tilbudet fra klager langt dyrere enn tilbudet fra valgte leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av et headless CMS, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens

verdi er i kunngjøringen estimert til 6 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (27) Klagenemnda tar først stilling til om det forelå saklig grunn til å avlyse anskaffelsen.
- (28) Innklagede har vist til at man ville ha avlyst konkurransen uavhengig av om klagers tilbud måtte avvises eller ikke, på grunn av manglende konkurranse.
- (29) Det er lagt til grunn i praksis fra EU-domstolen at det vil kunne utgjøre en saklig grunn til å avlyse konkurransen, at det bare gjenstår ett tilbud som ikke skal avvises, jf. sak C-27/98 (Metalmeccanica) premiss 32 flg. og C-440/13 (Croce Amica) premiss 35 flg. Domstolen begrunnet dette med at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan sammenligne prisene eller de andre elementene i de ulike tilbudene.
- (30) Valgte leverandør ble som nevnt avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, men avvisningen skjedde først etter at kontrakt var tildelt. Det er dermed gjennomført en fullstendig sammenligning av tilbudene som kom inn i konkurransen. Klagenemnda har i slike tilfeller lagt til grunn at det normalt ikke er tilstrekkelig å begrunne avlysning av konkurransen med en enkel henvisning til at man står igjen med bare ett tilbud. Det kreves en konkret begrunnelse som viser hvorfor den aktuelle konkurransen må karakteriseres som mislykket, og hvorfor oppdragsgiver finner det riktig å avlyse, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/329 avsnitt 42 med videre henvisninger.
- (31) Innklagede har redegjort for at klagers tilbud ikke oppfylte de kvalitative kravene som var stilt i tilstrekkelig grad, og at den tilbudte løsningen led av innholdsmessige svakheter, som gjorde at innklagedes behov ikke ble ivaretatt av den løsningen klager tilbød. Klagers tilbud var også det dyreste.
- (32) På denne bakgrunnen finner nemnda at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, uavhengig av om man satt igjen med ett eller ingen tilbud. Se til sammenligning klagenemndas sak 2019/630 avsnitt 32, hvor det ble uttalt at oppdragsgiver har rett til å avlyse *«dersom manglende konkurranse medfører at oppdragsgivers behov og formål med anskaffelsen ikke har blitt møtt»*.
- (33) Slik saken ligger an, hadde innklagede dermed uansett hjemmel til å avlyse konkurransen. Klagenemnda har i sin praksis stilt krav til at interessen i å få avgjort anførselen eller anførslene må være aktuell, noe som innebærer at klager må ha et reelt behov for avklaring av spørsmålet, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2019/344 avsnitt 25.
- (34) Klager har dermed ikke saklig interesse i å få avgjort hvorvidt deres tilbud var rettmessig avvist.
- (35) Klagers anførsler fører med dette ikke frem.

Konklusjon:

Norsk Rikskringkasting AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk