



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Feil i/uklart konkurransegrunnlag.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en digital kommunikasjonsløsning for barnehage og foresatte. Klager ble rangert som nummer to, og påklaget tildelingen. Innklagede avlyste deretter konkurransen under henvisning til at konkurransegrunnlaget var uklart. Klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget var uklart, og at det forelå saklig grunn for avlysningen. Klagers anførsel om at innklagedes begrunnelse for avlysningen var utilstrekkelig, førte ikke frem. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler om tildelingsevalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 30. september i sak 2021/350

Klager: Transponder AS

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Bærum kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. november 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en digital kommunikasjonsløsning for barnehage og foresatte. Anskaffelsens verdi var ikke estimert i konkurransedokumentene. Tilbudsfristen var 9. desember 2020.
- (2) Tildelingen ville skje ut fra tilbudet med det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet:

«Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
• Pris	• 30 %	• Bilag 6
• Kvalitet, herunder - Underkriterier. Se nedenfor under pkt. Kvalitet	• 70 %	• Øvrige bilag • Databehandleravtalen

Hvert kriterium, eventuelt delkriterium, vil bli gitt en karakter (0-10) som siden vektas og summeres i en total karakter for hver enkelt tilbyder.»

- (3) Det var angitt at tildelingskriteriet kvalitet skulle vurderes ut fra følgende:

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

- «1. Oppfyllelse av behovsbeskrivelsen (Leverandørens løsningsbeskrivelse)
- 2. Oppfyllelse av tekniske krav og krav til informasjonssikkerhet og personvern
- 3. Leverandørens standard tjenestenivå, og oppfyllelse av oppdragsgivers krav til tjenestenivå.
- 5. Oppfyllelse av krav til dokumentasjon og opplæring
- 5. Intuitivt og brukervennlig system
- 6. Totalvurdering av systemets funksjonalitet (herunder referansesjekk)

Leverandørene bes oppgi brukernavn og passord til testbruker for Bærum kommune, til bruk i evalueringen av tilbudet. Testbruker oppgis i tilbudsbrevet.

Leverandørene bes oppgi 2 relevante referanser som bruker samme løsning som tilbys Bærum kommune. Oppgitte referanser kan bli kontaktet i forhold til opplevd kvalitet. Referanse med kontaktinformasjon oppgis i tilbudsbrevet.»

- (4) I en intern e-post hos innklagede av 23. oktober 2020, før konkurransegrunnlaget var ferdigstilt, fremgikk den fastsatte vektingen av underkriteriene. Vektingen av underkriteriene var ikke opplyst om i konkurransegrunnlaget. Underkriteriene under «Kvalitet» skulle vurderes ut fra følgende:
 - 1. Oppfyllelse av behovsbeskrivelsen (Leverandørens løsningsbeskrivelse) (30 prosent)
 - 2. Oppfyllelse av tekniske krav og krav til informasjonssikkerhet og personvern (20 prosent)
 - 3. Leverandørens standard tjenestenivå, og oppfyllelse av oppdragsgivers krav til tjenestenivå. (20 prosent)
 - 4. Oppfyllelse av krav til dokumentasjon og opplæring (10 prosent)
 - 5. Intuitivt og brukervennlig system (10 prosent)
 - 6. Totalvurdering av systemets funksjonalitet (herunder referansesjekk) (10 prosent)
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Transponder AS (heretter klager) og Mykid AS.
- (6) Av tildelingsbrevet, datert 29. januar 2021, fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Mykid AS (heretter *valgte leverandør*). Leverandørene hadde fått presentert løsningene sine, og prosjektteamet hadde testet løsningene med utgangspunkt i behovsbeskrivelsen og kravspesifikasjonen i bilag 1. Det var også blitt innhentet referanser fra to kunder av hver leverandør.
- (7) Ved evalueringen under det siste underkriteriet, «Totalvurdering av systemets funksjonalitet», fikk valgte leverandør og klager henholdsvis 0,7 og 0,3 vektete poeng. Totalt fikk valgte leverandør 8,2 vektete poeng, mens klager fikk 8,1 vektete poeng.
- (8) Om underkriteriet «Totalvurdering av systemets funksjonalitet (herunder referansesjekk)» stod det at prosjektdeltagerne ikke var i tvil om at valgte leverandør var den beste løsningen for barnehagene, for de foresatte og for innklagede. Ifølge innklagede leverte valgte leverandør mer enn forventet basert på behovsbeskrivelsene, og at deres løsning gir muligheter til forenkling i hverdagen for både ansatte og foresatte. Klager ble

vurdert på tredjeplass i evalueringen under dette underkriteriet, med begrunnelsen at det var for lite funksjonalitet som barnehagene ønsket seg i klagers løsning.

- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 9. februar 2021. I brev av 11. februar 2021 avviste innklagede klagen. Etter forespørsel fra klager, bekreftet innklagede at kontraktsinngåelse tidligst ville skje etter ny karensfrist 26. februar 2021. Innklagede skulle også senest 19. februar 2021 komme tilbake med et svar på hvorvidt man ville avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda hadde behandlet klagen.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. februar 2021.
- (11) Innklagede avlyste konkurransen 17. februar 2021. Det ble gitt følgende begrunnelse for avlysningen:

«Oppdragsgiver har gjennom klage fra leverandør blitt gjort oppmerksom på svakheter knyttet til den avholdte konkurransen. Det følger av det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4 at leverandørene skal gjøres kjent med hvilke forhold som vil bli vektlagt i evalueringen. Oppdragsgiver innser at dette ikke i tilstrekkelig grad er tilfellet for tildelingskriteriet «Kvalitet», og dets delkrav.

- (12) Innklagede kunngjorde 23. februar 2021 en ny konkurranse om Digital kommunikasjonsløsning for barnehage og foresatte, med tilbudsfrist 1. september 2021.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. september 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Avlysningen av konkurransen manglet saklig grunn, jf. forskriften 25-4 (1).
- (15) Innklagedes begrunnelse for avlysningen er utilstrekkelig, jf. forskriften § 25-4 (2).
- (16) Klager har rettslig klageinteresse i å få vurdert lovligheten av tildelingsevalueringen, med hensyn til muligheten for å kreve erstatning.
- (17) Innklagedes evaluering av tildelingskriteriet «Kvalitet» er i strid med loven § 4. Kriteriet synes i praksis å ha blitt avgjort på bakgrunn av skjønnsmessige og ikke-etterprøvbare «justeringsfaktorer», som står i sterk motstrid til evalueringen av kommunens detaljerte kravspesifikasjon. For det andre er kommunens konkrete evaluering basert på feil faktiske forhold og gjennomført på en måte som ikke reflekterer relevante forskjeller mellom tilbudene.
- (18) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å velge en forholdsmessig modell. Den innebærer at tildelingskriteriet pris ikke har fått den vekten som er angitt i konkurransegrunnlaget, og at evalueringen ikke reflekterer relevante forskjeller mellom tilbudene.
- (19) Valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Valgte leverandør innga ikke utfylt og signert databehandleravtale ved tilbudsinngivelsen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Det forelå saklig grunn til avlysning av konkurransen.
- (21) Det bestrides at avlysningen ikke var tilstrekkelig godt begrunnet.
- (22) Klager har ikke rettslig interesse i å få avgjort sine anførsler knyttet til tildelingsevalueringen.
- (23) Prisevalueringsmodellen var lovlig å anvende.
- (24) Innklagede gjennomførte en lovlig evaluering av tildelingskriteriet «*Kvalitet*».
- (25) Valgte leverandør leverte all dokumentasjon innen tilbudsfristen.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av en digital kommunikasjonsløsning for barnehage og foresatte som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var ikke estimert i konkurransedokumentene. 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.

Begrunnelse for avlysningen

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi en tilstrekkelig god begrunnelse for avlysningen samtidig som avlysningen av konkurransen ble meddelt. Dersom oppdragsgiver har besluttet å avlyse konkurransen, er det tilstrekkelig at oppdragsgiver informerer leverandørene om beslutningen sammen med en «*kort begrunnelse*», jf. forskriften § 25-4 (2).
- (28) Innklagede begrunnet avlysningen med at det leverandørene skal gjøres kjent med, er hvilke forhold som vil bli vektlagt i evalueringen, og at dette ikke i tilstrekkelig grad var tilfellet for tildelingskriteriet «*Kvalitet*» og dets underkriterier. Begrunnelsen ga leverandørene en pekepinn på hva som var årsaken til avlysningen. På bakgrunn av ordlyden i forskriften, kan det ikke stilles for strenge krav til begrunnelsen. Leverandører vil også ha anledning til å etterspørre utdypende informasjon etter meddelelse om avlysning er gitt. Klagenemnda er derfor av den oppfatningen at innklagede ikke har brutt kravet til begrunnelse for avlysning.

Saklig grunn til avlysning

- (29) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.
- (30) Det følger av forskriften § 25-4 første ledd at oppdragsgiveren kan avlyse en konkurranse hvis det foreligger «*saklig grunn*». Om det foreligger slik saklig grunn, avhenger av en konkret helhetsvurdering av de relevante omstendighetene på tidspunktet for avlysningen. Det skal blant annet legges vekt på tidspunktet for når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som utløste avlysningen, og hva oppdragsgiveren ønsker å oppnå med den, se for eksempel HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen).

- (31) Avdekking av en reell rettslig usikkerhet om holdbarheten av prosessen, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, vil i seg selv gi saklig grunn til å avlyse en konkurranse, jf. Fosen-Linjen-dommen, avsnitt 88. Klagenemnda forstår dette slik at oppdragsgiver har rett til å avlyse der det foreligger en reell risiko for at en eventuell rettslig prøving vil lede til at det konstateres at det foreligger avlysningsplikt, se også klagenemndas avgjørelse i sak 2020/525 avsnitt (32).
- (32) Innklagede avlyste konkurransen etter at kontrakt var tildelt. På dette tidspunktet stilles det strengere krav til avlysningsgrunnen enn når konkurranser avlyses på et tidligere tidspunkt, for eksempel før tilbudsfristens utløp.
- (33) Innklagede begrunnet avlysningen med at det leverandørene skal gjøres kjent med er hvilke forhold som vil bli vektlagt i evalueringen, og at dette ikke i tilstrekkelig grad var tilfellet for tildelingskriteriet «Kvalitet» og dets underkriterier. Under klagebehandlingen har innklagede blant annet vist til at konkretiseringen av delkravenes innbyrdes vekt, hvis det hadde vært kjent på forhånd, kunne ha hatt betydning for tilbudsutforming. Innklagede har også vist til at tildelingskriteriene var uklare og skjønnsmessige, og at samme forhold ble vurdert flere ganger.
- (34) Konkurranses grunnlaget skal utformes på en klar og utvetydig måte, slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å forstå det på samme måte. For tildelingskriteriene innebærer klarhetskravet blant annet at konkurranses grunnlaget skal gi tilstrekkelig informasjon om hvilke egenskaper som er relevante ved bedømmelsen av kriteriene.
- (35) Bortsett fra en henvisning til at det skulle foretas en referansesjekk, ga ikke underkriteriet «Totalvurdering av systemets funksjonalitet», noen informasjon om hvordan dette underkriteriet skulle bedømmes. Det var ikke angitt konkret hvilke forhold som ville vurderes under dette underkriteriet, og hvilke forhold som hørte til de øvrige underkriteriene.
- (36) Det var på denne bakgrunn uklart hvilke forhold som ville vurderes under «Totalvurdering av systemets funksjonalitet», og hvilke forhold som ville gi uttelling ved bedømmelsen av de øvrige underkriteriene. Klagenemnda har derfor kommet til at tildelingskriteriet var ulovlig uklart.
- (37) Uklarheten knyttet til det siste underkriteriet, påvirker forståelsen av de andre underkriteriene. Dersom underkriteriet ble tatt ut, ville det også endret den forholdsmessige betydningen av de øvrige underkriteriene, på et tidspunkt der innholdet i tilbudene var kjent. Dette ville vært i strid med EU-domstolens vilkår for etterfølgende konkretisering av tildelingskriterier i sak C-331/04 (*ATI*), hvor det slås fast at slike etterfølgende justeringer ikke må virke diskriminerende overfor én eller flere leverandører. Feilen kunne derfor ikke rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen. På den bakgrunn er nemnda av den oppfatning at det forelå en saklig grunn til avlysning av konkurransen.
- (38) Det er etter dette ikke nødvendig for nemnda å ta stilling til om konkretiseringen av delkravens innbyrdes vekt skulle vært kommunisert til deltakerne i konkurransen, eller til de øvrige underkriteriene som innklagede mener har fått en klar utforming.

Med den konklusjon som nemnda har kommet til vedrørende avlysning, har klager ikke rettslig klageinteresse i å få behandlet anførslene om ulovlig tildeling.

Konklusjon:

Bærum kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk