



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, tildelingsevaluering

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av kommunikasjonsløsning for barnehager og SFO. Etter kontraktstildelingen erkjente innklagede å ha brutt regelverket ved å evaluere tilbudene opp mot minstekravene til funksjonalitet. Etter en ny gjennomgang av klagers og valgte leverandørs tilbud, besluttet innklagede å avvise klagers tilbud fordi det inneholdt avvik fra minstekravene. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 9. desember 2021 i sak 2021/1913

Klager: Transponder AS

Innklaget: Kongsbergregionen

Klagenemndas

medlemmer: Marianne Dragsten, Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Kongsbergregionen (heretter *innklagede*) kunngjorde 1. juli 2021 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av kommunikasjonsløsning for barnehager og SFO. Kontrakten skulle ha en varighet på fire år. Tilbudsfristen var 20. august 2021.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1 «*Innledning*» var det gitt følgende beskrivelse av anskaffelsen:

«Kongsbergregionen (KR) inviterer til tilbudskonkurranse, med sikte på å anskaffe en kommunikasjonsløsning for barnehager for kommunene i regionen.

Kommunikasjonsløsningen skal ivareta barnehagenes og foresattes behov for enkel og sikker kommunikasjon. I tillegg skal løsningen ha funksjonalitet som gjør det mulig å administrere daglig drift i barnehagen på en god og effektiv måte. Det vises til kapittel 3.3 Funksjonelle behov for konkretisering av behovene.

Følgende kommuner er deltakere i konkurransen: Flesberg, Hjartdal, Kongsberg, Nore og Uvdal, Krødsherad, Notodden, Rollag, Sigdal og Tinn. Det ønskes opsjon på løsning for SFO, da enkelte kommuner er i behov av kommunikasjonsløsning for SFO.

Kongsbergregionen vil være avtalepart på vegne av de aktuelle kommunene.»

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3 «*Beskrivelse av oppdragsgivers behov og krav*» var leverandørene bedt om å krysse av «Ja/Nei» for om man oppfylte kravet. Leverandørene skulle også beskrive hvordan løsningen dekker angitte behov eller angi referanse til

utfyllende beskrivelse. Hvert krav var angitt som enten «skal-krav (S)» eller «bør-krav (B)».

- (4) Kontrakt skulle tildeles tilbyderen som tilbød det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende kriterier «angitt i prioritert rekkefølge»:

Kriterium	Dokumentasjon
Pris under dette kriteriet vurderes: - Tilbudt pris 20 % Pris vil bli evaluert slik: - Investering 30 % (inkl. integrasjoner) - Drift: 70 % (inkl. integrasjoner)	Ferdig utfylt prisskjema
Kvalitet 80 % - Under dette kriteriet vurderes: - Tilgjengelig funksjonalitet i produksjon hos kunde(r) - Plan for opplæring - Kompetanse hos leverandør	- Ferdig utfylt krav/behovsspesifikasjon - Beskrivelse av løsning/funksjonalitet som er i produksjon hos kunde(r).

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 «Anskaffelsesprosedyre» var det opplyst at innklagede planla å gjennomføre forhandlinger med maksimalt tre leverandører dersom dette viste seg hensiktsmessig. En eventuell utvelgelse ville skje på bakgrunn av tildelingskriteriene. Forhandlingene kunne gjelde alle sider av tilbudene.
- (6) Innklagede mottok flere spørsmål om konkurransegrunnlaget. Et spørsmål gjaldt evalueringen av bør- og skal-krav. Innklagede opplyste følgende:
- «Skal-krav er krav som må dokumenteres innfridd for å kunne bli vurdert i konkurransen. Bør-krav blir gjenstand for evaluering i henhold til leverandørenes besvarelse.»*
- (7) Tre tilbydere leverte tilbud innen tilbudsfristen. Disse var MyKid AS, Vigilo AS og Transponder AS (heretter klager).
- (8) Klagers besvarelse av følgende krav er av betydning for saken:

Krav	Beskrivelse	Kategori (B/S)	Svar (J/N)	Ref./kommentar
7. Tilstedeværelse	Tilbyder bes bekrefte at løsningen har registrering av barn gjennom dagen (telleliste). Beskriv	S	J	I Transponder OASE finnes til enhver tid oppdaterte tellelister. Tellelistene viser kun barn som er registrert til stede

	<i>hvordan dette ivaretas.</i>			<i>den aktuelle dagen. Man kan registrere barn et ubegrenset antall ganger ilt en dag og det logges hvem som har registrert (tellet barna).</i>
<i>8. Bleieskift</i>	<i>Tilbyder bes bekrefte at tjenesten kan registrere bleieskift og soving/sovetider, som foresatte kan se. Beskriv hvordan dette ivaretas.</i>	<i>S</i>	<i>J</i>	<i>I Transponder Oase finnes en rekke funksjoner designet kun for barnehager. Ansatte kan registrere bl. a bleieskift og sovetider, i tillegg til andre type predefinerte meldinger. Fremfor at foresatte får flere varsler i løpet av en dag, så samles. Denne type beskjeder opp i en felles rapport som sendes ut automatisk ved dagens slutt eller når barna registreres ut i Transponder Tilstede. (Brukermanual Side 81)</i>
<i>10. Varsling</i>	<i>Tilbyder bes bekrefte at løsningen har varslingsmuligheter for vekking, medisiner ol. Beskriv hvilke varslingsmuligheter som foreligger og hvordan løsningen ivaretar dette.</i>	<i>S</i>	<i>J</i>	<i>Ansatte kan registrere sovetider på 'sine' barn. Løsningen genererer da en soveliste som viser når de forskjellige barna skal sove. I tillegg til dette kan man registrere ukentlige hendelser. Dette er faste hendelser som f eks medisinerer. De ansatte vil få en oversikt over 'sine' barns ukentlige hendelser i kronologisk rekkefølge. Hver ansatt kan selv aktivere varsler for alle disse hendelsene. (Brukermanual Side 78-80)</i>
<i>13. Differensiering</i>	<i>Tilbyder bes bekrefte at løsningen differensierer på hva ansatte og foresatte kan se i kalenderfunksjonen.</i>	<i>S</i>	<i>J</i>	<i>Tilbyder kan bekrefte at løsningen differensierer på hva ansatte og foresatte ser i kalenderfunksjonen. Hva man ser og ikke ser i løsningen styres av hvilken</i>

	<i>Beskriv hvordan dette ivaretas.</i>			<i>rolle man har. Ansatt/foresatt/administrat or.</i>
<i>18. Innkalling</i>	<i>Tilbyder bes bekrefte at løsningen gir mulighet for å kalle inn til foreldremøter/samtaler, med mulighet for foresatte å akseptere tid. Beskriv hvordan dette ivaretas.</i>	<i>S</i>	<i>J</i>	<i>Løsningen har en fleksibel skjemamodul som dekker dette kravet. I tillegg til innkalling til samtaler mm, kan denne modulen benyttes fleksibelt. F.eks. til påmelding til barnehagen i ferier, dugnader, samtykker osv. (Brukermanual Side 13 & 39)</i>

- (9) Innklagede hadde dialogmøter med tilbyderne, herunder klager. Under møtet ble den tilbudte løsningen diskutert mens klager presenterte og demonstrerte de ulike funksjonene. Det ble gjort video-opptak av dialogmøtet hvor bildet viser presentasjonen og demonstrasjonen av løsningen og lydopptak av det som ble sagt av begge partene i dialogmøtet. Klagenemnda er blitt tilbudt lydfilen fra video-opptaket, men har på grunn av nemndas skriftlige behandlingsform avskåret dette som bevis. På aktuelle punkter har nemnda fått transkripsjon av det som ble sagt under dialogmøtet med klager.
- (10) Innklagede meddelte 5. oktober 2021 at kontrakten ble tildelt MyKid AS (heretter *valgte leverandør*). I tildelingsbrevet var det opplyst at valgte leverandør fikk best uttelling på kvalitetskriteriet og tilbød nest laveste pris. Det fremgikk at valgte leverandør ble vurdert å oppfylle de funksjonelle behovene best, og det ble særlig vist til krav «2.3, 2.7, 2.13, 2.14, 2.15, 2.18, 2.20».
- (11) Vedlagt anskaffelsesprotokollen fulgte en evalueringsmatrise med følgende oversikt over evalueringsresultatet:

<i>Leverandør</i>	<i>Vigilo</i>	<i>Transponder</i>	<i>MyKid</i>
<i>Pris(*) 20% [...]</i>	<i>0,1</i>	<i>2</i>	<i>0,1</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>6,4</i>	<i>5,6</i>	<i>8</i>
<i>SUM</i>	<i>6,5</i>	<i>7,6</i>	<i>8,1</i>

«(*) *Pris er evaluert inklusive opsjoner*»

- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. oktober 2021.
- (13) Klagers tilbud ble avvist fra konkurransen 19. oktober 2021. I meddelelsen erkjente innklagede at man ved en feil hadde evaluert tilbudene ut fra oppfyllelsen av «Skal-krav».

Innklagede opplyste at man etter en ny gjennomgang av tilbudene oppdaget at klager ikke oppfylte følgende krav:

«Krav 7 - Tilbyder bes bekrefte at løsningen har registrering av barn gjennom dagen (telleliste) – Dette bekrefter Transponder i møte at ikke finnes i løsningen i dag.

Krav 18 - Tilbyder bes bekrefte at løsningen gir mulighet for å kalle inn til foreldremøter/samtaler, med mulighet for foresatte å akseptere tid. – Transponder bekrefter i møte at dette ikke finnes i løsningen i dag.»

- (14) Klager begjærte midlertidig forføyning 22. oktober 2021. Klager fikk medhold av Buskerud tingrett i kjennelse 25. oktober 2021, som ble truffet uten muntlige forhandlinger og i innklagedes fravær. Kontraktsinngåelsen er derfor stanset inntil klagenemnda har behandlet saken, og saken har vært prioritert av nemnda.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. desember 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Klager har i sitt tilbud bekreftet at samtlige «skal-krav» er oppfylt, og gitt utfyllende beskrivelser av hvordan kravene er oppfylt. I dialogmøtet ble klager spurt om man tilbød ulike tilleggsfunksjoner utover de som er beskrevet i minstekravene. At klager ikke tilbyr enkelte av disse tilleggsfunksjonene utgjør ikke et avvisningsgrunnlag, all den tid funksjonene ikke er etterspurt i konkurransegrunnlaget.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å evaluere tilbydernes oppfyllelse av minstekrav, i strid med tildelingskriteriet og de presiseringene som ble gitt underveis i anskaffelsesprosessen. Innklagede har fremhevet totalt 13 krav hvor valgte leverandør ble vurdert som bedre enn klager. Av disse utgjør elleve av kravene minstekrav som ikke skulle være gjenstand for evaluering. Ettersom klager fikk langt bedre uttelling enn valgte leverandør på priskriteriet er det klart at feilen har påvirket utfallet av konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det erkjennes at evalueringen er gjennomført i strid med konkurransegrunnlaget, ved at tilbydernes oppfyllelse av «skal-krav» har vært en gjenstand for evaluering. Innklagede har imidlertid gjennomgått tilbudene til valgte leverandør og klager, med sikte på å avdekke om noen av minstekravene ikke var oppfylt. Feilen er dermed rettet, og har ikke hatt innvirkning på rangeringen av tilbudene i konkurransen.
- (19) Det bestrides derimot at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen, og dermed at feilen har hatt betydning for utfallet av konkurransen. Klager har ikke tilbudt en løsning med tellelistefunksjon som gir mulighet for å krysse av at man har sett/ikke sett et barn flere ganger i løpet av en time, eller som viser hvem som har gjort tidligere registreringer av barns tilstedeværelse. Klager s løsning oppfyller heller ikke kravet om mulighet for å kalle inn til foreldremøter/samtaler, med mulighet for foresatte til å akseptere tid slik at man ikke kan dobbeltbooke en samtale tid. Klagers løsning oppfyller for øvrig ikke de funksjonelle kravene for bleieskift, varsling eller differensiering.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av kommunikasjonsløsning for barnehager og SFO, og er en vareanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke angitt i anskaffelsesdokumentene. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (21) Klagenemnda bemerker innledningsvis at innklagede har erkjent at det var feil å evaluere tilbudenes kvalitet basert på oppfyllelse av minstekravene i kravspesifikasjonen, men bestrider at feilen kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen.
- (22) Klagenemnda forstår det slik at innklagede, etter å ha oppdaget feilen, gikk gjennom klagers og valgte leverandørs tilbud for å avklare om disse inneholdt avvik fra minstekrav. Denne gjennomgangen endte med at klagers tilbud ble avvist fra konkurransen. Innklagede fant derfor ikke grunn til å omgjøre tildelingsbeslutningen eller foreta en ny evaluering av de to gjenværende tilbudene.
- (23) Klagenemnda har i flere saker uttalt at de grunnleggende prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet medfører en plikt til å korrigere feil ved tildelingsevalueringen som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, se klagenemndas avgjørelse i sakene 2020/413 avsnitt (32) og 2021/680 avsnitt (59). I denne saken ble valgte leverandørs tilbudte funksjonalitet vurdert som best på 14 krav, hvorav tolv var minstekrav og dermed gjenstand for den ulovlige evalueringen. Nemnda kan ikke se at innklagede ved gjennomgangen av klagers og valgte leverandørs tilbud, har grunnlag for å hevde at feilen er rettet og at den ikke har hatt betydning for rangeringen.
- (24) Det neste spørsmålet er om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (25) Innklagede har begrunnet avvisningen med at klager ikke oppfyller flere av minstekravene i kravspesifikasjonen, og at det derfor forelå en plikt eller i alle fall en rett til å avvise tilbudet.
- (26) Det følger av forskriften § 9-6 (1) bokstav b) at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene. Videre har oppdragsgiver en rett til å avvise tilbud som inneholder avvik eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige, jf. forskriften § 9-6 (2) med videre henvisning til § 24-8 (2).
- (27) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlaget, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror derfor på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Utgangspunktet for tolkningen av konkurransegrunnlaget er hvordan det fremstår for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, jf. Rt. 2012 s. 1729 (Mika).
- (28) Innklagede begrunnet avvisningen med at klagers kommunikasjonsløsning ikke oppfylte konkurransens minstekrav til telleliste og løsning for innkalling til foreldresamtale. Ifølge innklagede bekreftet klager i dialogmøtet at løsningen ikke oppfylte disse kravene.

- (29) Klager bestrider dette, og har vist til tilbudsbrevet der det for begge kravene er bekreftet at tilbudt løsning oppfyller kravene. Tilbudet inneholder også beskrivelser av hvordan løsningen ivaretar disse kravene, og innklagede har ikke bestridt at klagers tilbudte løsning fungerer slik som beskrevet i tilbudsbrevet.
- (30) Klagenemnda tar først stilling til om klagers tilbudte løsning oppfyller minstekravet til funksjonen for møteinnkalling.
- (31) Kravet lyder som følger:
- «Tilbyder bes bekrefte at løsningen gir mulighet for å kalle inn til foreldremøter/samtaler, med mulighet for foresatte å akseptere tid. Beskriv hvordan dette ivaretas.»*
- (32) Klager har bekreftet at tilbudt løsning oppfyller kravet gjennom bruk av en fleksibel skjemamodul. Slik klagenemnda forstår det, er dette en meldingsfunksjon der avsender i barnehage eller SFO kan kalle inn til møter og samtidig gi foresatte mulighet til å velge mellom flere svaralternativer. Arbeidet med å koordinere responsen fra hver enkelt forelder vil imidlertid tilfalle avsender.
- (33) Innklagede har forklart at det i dialogmøtet ble presisert at man ønsket en funksjon hvor innkalling til foreldresamtaler mv. sendes ut til alle foreldre parallelt, og hvor svarfunksjonen ikke tillater dobbelbooking av samtaletider. På denne måten ville arbeidet med å koordinere samtalene automatiseres i kommunikasjonsløsningen. Slik minstekravet er formulert stenges det imidlertid ikke for å tilby en løsning der dette arbeidet ikke er integrert i innkallingsfunksjonen. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at den tilbudte løsningen ivaretar kravet slik det er formulert. Klagenemnda bemerker i den forbindelse at det er innklagede selv som må definere sitt behov, og stille krav som sikrer at dette behovet blir ivaretatt.
- (34) Klagenemnda tar deretter stilling til om klagers tilbudte løsning oppfylte følgende minstekrav til telleliste:
- «Tilbyder bes bekrefte at løsningen har registrering av barn gjennom dagen (telleliste). Beskriv hvordan dette ivaretas.»*
- (35) Sett i lys av at løsningen skal benyttes i barnehage, hvor de ansatte har ansvar for å holde tilsyn med et stort antall barn under skolealder, legger klagenemnda til grunn at leverandørene måtte forstå at det skulle tilbys en løsning som gjorde det mulig å registrere barnas tilstedeværelse fortløpende gjennom dagen, ved jevnlig opptelling.
- (36) I sitt tilbud beskriver klager en funksjon som gjør det mulig å registrere hvilke barn som er tilstede/ikke-tilstede flere ganger gjennom dagen, og det logges hvem som registrerer barna. Det er opplyst at telleliste kan tas ut på ethvert tidspunkt, slik at man får en sanntidsoversikt over barns tilstedeværelse.
- (37) Det er fremlagt transkripsjon av videoen fra dialogmøtet som viser at det ble gitt en nærmere presentasjon av klagers løsning som ble tilbudt gjennom appen «*Transponder Tilstede*». Det ble i den forbindelse forklart at løsningen fungerer slik at barna kan registreres inn (tilstede) og ut (ikke tilstede), men at man ikke har mulighet for å registrere fortløpende tellinger av de barna som er registrert tilstede på ulike tidspunkt i løpet av dagen. For å registrere barn som tilstede flere ganger, må man derfor registrere dem som ikke tilstede og deretter inn igjen.

- (38) Etter klagenemndas forståelse skal en utsjekking av barna, enten det gjøres fysisk eller digitalt, normalt markere at ansvaret for barnet flyttes fra barnehagen til barnas foresatte. At barna må registreres som ikke tilstede, for deretter å registreres som tilstede, er dermed ikke det samme som å registrere telling av tilstedeværende barn gjennom dagen. Til dette kommer også at en slik løsning medfører en åpenbar risiko for at ansatte registrerer feil, slik at man ikke lenger har en nøyaktig oversikt over hvilke barn som er fraværende, og hvilke som er tilstede. Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at klagers løsning slik vist gjennom transkripsjonen av videoen fra video-opptaket fra dialogmøtet, ikke oppfyller kravet til telleliste, og utgjør derfor et avvik fra konkurransens minstekrav. Det var videre klart forutsatt i konkurransegrunnlaget at minstekravene til funksjoner måtte være oppfylt for at tilbudene skulle bli vurdert. Et avvik fra minstekravene må derfor anses «*vesentlig*». Innklagede har derfor ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (39) Bruddet ved tildelingsevalueringen kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforskriften § 13.

Konklusjon:

Kongsbergregionen har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved tildelingsevalueringen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk