



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Habilitet.

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling for kjøp av risikovurderingsverktøy til universitets- og høyskolesektoren. Klager anførte at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av inhabilitet. Klager anførte også at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, og at tildelingsevalueringen var gjennomført i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Klagenemnda kom til at anskaffelsen var gjennomført i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og etterprøvbarehet, fordi innklagede ikke kunne dokumentere at tildelingsbeslutningen ikke var tilrettelagt av en inhabil tjenestemann. Som følge av manglende etterprøvbarehet, kunne ikke nemnda ta stilling til om valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på dette grunnlag. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved tildelingsevalueringen. Klagers anførsler om avvisning av valgte leverandørs tilbud på grunn av rådgiverhabilitet og vesentlige avvik, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 29. november 2022 i sak 2022/913

Klager: Corporater AS

Innklaget: Kunnskapsdepartementet v/Sikt

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Kristian Jåtog Trygstad.

Bakgrunn:

- (1) Kunnskapsdepartementet ved Unit kunngjorde 19. august 2021 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av risikovurderingsverktøy (ROS-verktøy). Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 40 millioner kroner og avtalens varighet var oppgitt å være tre år. Frist for prekvalifisering var 15. oktober 2021, og den endelige tilbudsfristen var 20. desember 2021.
- (2) Det var opplyst i konkurransegrunnlaget at organisasjonen Unit var under omstrukturering og at den resulterende organisasjonen, «Sikt», (heretter «innklagede») ville være i drift fra 1. januar 2022. I følge konkurransegrunnlaget ville Sikt signere kontrakten på innklagedes vegne.
- (3) Sikt er underlagt Kunnskapsdepartementet og er en sammenslåing av Norsk senter for forskningsdata AS (NSD), Uninett AS og Unit – Direktoratet for IKT og fellestjenester i høyere utdanning og forskning. Sikt utvikler, anskaffer og leverer tjenester til utdanning og forskning.

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

- (4) I konkurransegrunnlaget var kontraktens verdi estimert til 1-5 millioner kroner per år, men det var presisert at «*volumet er beheftet med noe usikkerhet.*»
- (5) I kunngjøringen ble det i punkt II.1.4 gitt en «*Kort beskrivelse*» av kontrakten, der det fulgte at «*Formålet med anskaffelsen er å etablere en kontrakt med en leverandør som har en løsning som støtter prosesser for risikovurderinger som nærmere angitt i kravspesifikasjon.*»
- (6) Av kravspesifikasjonen punkt 0.1.2 «*Hvordan besvare tilbudet*», fremgikk det at tilbudet skulle besvares slik:

«Kravene og behovene i dette dokumentet skal besvares i de tilsvarende avsnittene i svar- og beskrivelsesdokumentet som vil utgjøre hoveddelen av tilbyderens besvarelse.

Dette dokumentet har fem hovedkapitler, ett for bakgrunn og informasjon, tre som gjenspeiler de separate tildelingskriteriene i konkurransen, og ett som inneholder en beskrivelse av opsjoner:

0) Bakgrunn og informasjon

1) Pris/totale kostnader

2) Brukervennlighet

3) Tekniske og funksjonelle forhold

4) Opsjoner

Svar- og beskrivelsesdokumentet har fire hovedkapitler, og gjentar kravene fra listen over krav, med tilsvarende kravnummer og tekstbokser der budgiveren skal gi sine svar. Kravene er gruppert på følgende måte:

Minimumskrav

*Minimumskrav er krav som Kunden **sterkt** foretrekker at en valgt tjeneste er i samsvar med. Budgiveren må tydelig oppgi "JA" eller "NEI" for disse kravene. Avvik fra et minimumskrav fører ikke automatisk til avslag på tilbudet, men kan påvirke vurderingen av tilsvarende tildelingskriterium. Avvik som anses å utgjøre en vesentlig endring i den samlede kravtjenesten vil bli gjenstand for en vurdering som kan føre til avslag på tilbudet i henhold til norske regler for offentlige anskaffelser.*

Beskrivelser

Beskrivelser skal gis på en måte som ivaretar kundens behov, krav og beskrivelser. (...) Det forespurte antallet sider innebærer den foretrukne maksimale lengde på svaret. (...)

Minimumskrav er krav som skal oppfylles ved implementering, det vil si at en leverandør kan svare "JA" (kompatibel) hvis det er planer om overholdelse innen implementeringsdatoen, anslått til 2022-01-01.

Enhver beskrevet funksjonalitet som ikke er tilgjengelig i den nåværende versjonen av den tilbudte tjenesten, bør tydelig angis, med en indikasjon på når nevnte funksjonalitet forventes å være tilgjengelig for Kunden.»

- (7) Deretter fulgte det av kravspesifikasjonen punkt 1 «Pris/Totale kostnader» at:

«Det er viktig å få et klart bilde av kostnadene for alle ledd i tjenesten, inkludert implementering, årlige tjenesteavgifter, samt tilleggs kostnader / opsjoner. Dersom det er elementer som ikke kan prises eksplisitt, bør prismodellen angi konsept og prisgrunnlag (f.eks. pris per bruker, pris for infrastruktur, etc.).»

- (8) I kravspesifikasjonens punkt 2 «Brukervennlighet» fulgte det at:

«Under brukervennlighet vil evalueringen legge vekt på brukervennlighet for sluttbrukere og ekspertbrukere, med hovedmål å ha intuitive og effektive arbeidsprosesser for alle brukere. Brukervennlighet vil i hovedsak bli evaluert gjennom systemdemonstrasjon av tilbudte løsninger, samt evt. testing av de tilbudte tjenestene.»

- (9) Av kravspesifikasjonens punkt 3.1.3 «Autentisering og autorisering» fremgikk det videre at:

«Autentisering av brukere vil primært skje gjennom Feide (Felles elektronisk identitet i norsk høyere utdanning).

Det kan også være behov for å autentisere brukere som ikke har slik identitet (gjester / konsulenter).

Det pågår utrulling av IAM-tjenesten Rapid Identity fra Identity Automation i UH-sektoren. Dette arbeidet vil pågå over en lengre periode, hvor stadig flere virksomheter vil ha RI IAM-løsning som kan bidra med rolleinformasjon til tjenesten.»

- (10) Deretter var denne tabellen inntatt:

Nr	Krav	Ønsket svarlengde (sider)
20	Beskriv tjenestens støtte for FEIDE (https://www.feide.no/introducing-feide). Beskriv også evt mulighet for å gi tilgang til brukere uten Feide-identitet.	0,5
21	Beskriv standard roller i tjenesten. Kan en bruker inneha flere enn én rolle? Kan tjenesten gjenbruke roller fra Feide / IAM?	1

- (11) Kravspesifikasjonen punkt 4 omtalte «Opsjoner» slik:

«Tjenesten kan i fremtiden utvides til å omfatte et sett med flere nært beslektede tjenester, og vi er interessert i å vite om tilbyder også tilbyr andre produkter / tjenester innen risikostyring og informasjonssikkerhet for øvrig», før denne tabellen var inntatt:

Nr	Krav	Ønsket svarlengde (sider)
51	Legg ved utviklingsplan («roadmap») for løsningen.	Fritt
52	Beskriv leverandørens nåværende portefølje av tjenester og produkter innenfor risikostyringsområdet, som er utenfor det opprinnelige omfanget av denne anskaffelsen.	2
53	Beskriv fremtidige planer for funksjonalitet og tjenester i området, utover det forpliktete roadmap som er beskrevet ovenfor.	1
54	Gi en beskrivelse av en grunnleggende prismodell som kan brukes på fremtidige utvidelser av tjenesten (moduler, andre tjenester).	1

- (12) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris» (20 prosent), «Teknisk og funksjonell løsning» (40 prosent), og «Brukervennlighet» (40 prosent).
- (13) Innklagede mottok åtte forespørsler om prekvalifisering innen fristen 15. oktober 2021, fra Compilo, Iconfirm, KPMG, Proactima, Sikiri, Sopra Steria, Corporater AS (heretter «klager»), og fra Diri AS.
- (14) Den 7. desember 2021 gjennomførte innklagede forhandlingsmøter med både klager og valgte leverandør. Av referatet fra forhandlingsmøtet med klager fremgår det at «Tilbudt pris fra Corporater er meget høy, sammenlignet med øvrige tilbud. Pristilbudet vurderes som blant de svakeste.»
- (15) Frist for innlevering av revidert tilbud var 20. desember 2021, og syv tilbydere leverte tilbud innen fristen.
- (16) Ved tildelingsbeslutning av 8. mars 2022 fremgikk det at Diri AS (heretter «valgte leverandør») ble tildelt kontrakten. Klager ble innstilt som nummer to.
- (17) Av anskaffelsesprotokollen fulgte det at valgte leverandør fikk 9,5 poeng på tildelingskriteriet «Brukervennlighet», og 9 poeng på tildelingskriteriet «Teknisk og funksjonell løsning». Klager oppnådde ti poeng på disse kriteriene. Klager tilbød en pris på 39,8 millioner, mens valgte leverandør tilbød en pris på 15,6 millioner kroner. Valgte leverandør hadde ikke prissatt sine opsjoner.
- (18) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved klage av 21. mars 2022. Klager gjorde her gjeldende «At aksjonær (gjennom selskapet Gaute Wangen AS) og daglig leder i vinnende tilbyder Diri AS («Diri») – Gaute Wangen («Wangen») – i realiteten har opptrådt som rådgiver for oppdragsgiver i forbindelse med forberedelse av den aktuelle anskaffelsen. (...)

Sikt har dermed mottatt informasjon og råd fra NTNU / Wangen, som begge har økonomisk interesse i en senere kontraktstildeling til Diri. Wangen er ifølge sin egen LinkedIn – profil fortsatt deltidsansatt ved NTNU. Samtidig har Wangen allerede fått presentert Diris løsning for oppdragsgiver, og mottatt oppdragsgivers konkrete tilbakemeldinger på denne. Innholdet i Wangens nærmere kontakt med Sikt vedrørende

Diris løsning og/eller anbudskonkurransen, herunder tidlig planlegging og forberedelse av denne, bes avklart og dokumentert. (...)

At det er NTNUs datterselskap NTNU Technology Transfer AS («NTNUTT») som har vært delaktig i å utvikle den løsning Diri – på grunnlag av eksklusiv lisens fra NTNU eller NTNUTT – har inngitt tilbud på i konkurransen. NTNUTT er aksjonær i Diri, og morselskapet NTNU er samtidig sentral aktør og bidragsyter i en rekke faglige råd og utvalg hos oppdragsgiver, herunder «Tjenesterådet» og «Fagutvalget for informasjonssikkerhet.»

Det fremgår av Diris hjemmeside at Diri har kjørt pilotprosjekt på verktøyet i samarbeid med NTNU siden 2020, både forut for og parallelt med forberedelse og gjennomføring av anbudskonkurransen. (...)

At Stian Husemoen («Husemoen») fra NTNU har vært sentral i forbindelse med etableringen av Diri, og dessuten er eller har vært medlem av oppdragsgivers Fagutvalg. Herunder har Husemoen deltatt i ovennevnte møter i Fagutvalget.

Det bes avklart og dokumentert hvilken rolle – herunder alle former for innsyn og/eller medvirkning - Husemoen har hatt i forbindelse med forberedelse, planlegging og/eller senere gjennomføring av konkurransen.»

- (19) Klager ba i tillegg om innsyn i valgte leverandørs tilbud, og gjorde gjeldende at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av inhabilitet som ikke kunne avhjelpes.
- (20) Innklagede besvarte klagen 10. mai 2022 og redegjorde for hvordan konkurransen var gjennomført, hvem som var delaktig på ulike tidspunkt i konkurransegjennomføringen, og historikken forut for kunngjøring.
- (21) Innklagede opplyste at Unit opprettet «Fagutvalg for informasjonssikkerhet» (heretter «Fagutvalget») i januar 2020. Fagutvalget besto av representanter fra Sikt og de forsknings- og utdanningsinstitusjonene som skulle benytte risikovurderingsverktøyet, herunder Stian Husemoen (heretter «Husemoen») fra NTNU. Det første møtet i Fagutvalget fant sted 22. januar 2020. På dette møtet ble det besluttet å opprette en prosjektgruppe (heretter «Prosjektgruppen»), som frem til det neste møtet i Fagutvalget skulle «utfordres til å komme med en første versjon av en anbefaling» knyttet til behovet for et risikovurderingsverktøy. Prosjektgruppen besto av fem personer fra forskjellige forsknings- og utdanningsinstitusjoner, hvor Gaute Wangen (heretter «Wangen») var NTNUs representant i gruppen.
- (22) På dette tidspunktet var Wangen heltidsansatt ved Seksjon for digital sikkerhet ved NTNUs avdeling på Gjøvik, og satte i gang et initiativ om sektorsatsing innenfor risikovurderinger overfor Unit/Uninett. Wangen hadde i perioden februar-juni 2020 dialog med Unit/Uninett knyttet til dette.
- (23) Seksjon for digital sikkerhet ved NTNU var inntil desember 2020 ledet av Husemoen. Ved denne seksjonen var også Vebjørn Slyngstadli (heretter «Slyngstadli») heltidsansatt i stilling som IT-sikkerhetsarkitekt, frem til juni 2021. Slyngstadli ble imidlertid værende i 50 prosent stilling frem til november 2021 for å kunne ferdigstille et pågående prosjekt.

- (24) Den 7. mars 2020 ble selskapet «Gaute Wangen AS» stiftet, med Wangen som eneaksjonær.
- (25) Den 4. april 2020 ble selskapet «Diri Employees AS» stiftet, med Wangen og Slyngstadli som reelle rettighetshavere.
- (26) Den 4. mai 2020 ble det avholdt et møte i «Programstyret for sikkerhets-satsning i UH-sektoren». Innklagede har opplyst at det ikke foreligger referat fra dette møtet, men har forklart at det her «ble lagt frem redegjørelse for planlagt selskapsetablering av Diri AS (...)». Her ble det «etterspurt mer informasjon om lovmessighet knyttet til bruk av offentlige midler i et evt samarbeid».
- (27) Innklagede har videre forklart at Diri AS, ved samarbeidspartner Kong Arthur AS, inviterte en representant fra Unit Innkjøp til et møte 20. mai 2020 om ulike muligheter for samarbeid mellom sektoren og Diri AS, som på det tidspunktet ikke var opprettet. Innklagede har opplyst at det ikke foreligger noe referat fra dette møtet, men at det her ble diskutert ulike former for samarbeid mellom innklagede og Diri AS. Følgende alternativ for samarbeid ble diskutert:

- «Ordinært kjøp av ROS verktøy fra Diri AS – prismodell som stiger fra versjon 1 til versjon 3 – alt definert på forhånd
- Deltagelse i utvikling av en PILOT – der UNIT/UNINETT bidrar med midler
- Bruk av Forskningsrådets før-kommersielle anskaffelser (<https://www.forskningsradet.no/utlysninger/2020/forprosjekt-til-for-kommersielleanskaffelser/>)
- UNIT/UNINETT bidrar ved innleie av utviklingsressurser mot redusert lisens
- Bruk av Innovasjonskontrakt der det etableres et treparts-samarbeid mellom Diri, UNIT/UNINETT og Innovasjon Norge»

- (28) Fagutvalget avholdt et nytt møte 26. mai 2020, og av møtereferatet fremgår følgende:

«Arbeidsgruppen nedsatt av fagutvalget har våren 2020 arbeidet med å utrede muligheten for å videreutvikle prototypen for ROS-verktøy som utvikles ved NTNU. Arbeidet med å utrede juridiske problemstillinger knyttet til anskaffelsesregelverket pågår, med særlig vekt på forhold rundt NTNUs kommersialisering av løsningen og etablering av et selskap.

Gaute Wangen fra NTNU presenterte hovedfunksjonaliteten i prototypen som er utviklet. Fagutvalget ble invitert til å gi tilbakemeldinger på funksjonaliteten og prosessen for implementering av verktøyet i sektoren.

Innspill fra fagutvalget:

- *Utfordringene som ble presentert i behovsanalysen er lett å kjenne seg igjen i. Verktøyet ser brukervennlig ut.*
- *Har man sett på tilgjengelig hylleware? Svar: Både NTNU og andre UH-institusjoner har sett på flere verktøy tilgjengelige i markedet. De har SWIFT-funksjonaliteten, men*

mangler blant annet støtte for prosess, dvs. gjennomføring av en risikovurdering der man har mulighet til å sluse brukerne gjennom de ulike stegene.

- *Det er viktig at verktøyet kan brukes generisk, f eks på HMS-området.*
- *Når man sammenligner verktøyet med CIM, virker funksjonaliteten i verktøyet bra.*
- *Verktøyet bør kunne brukes til å gjennomføre ROS- analyse og ikke til alt mulig annet, slik det ofte er tilfellet med andre systemer.*
- *Verktøyet ser lovende ut. Bra at gjennomføring av ROS – analyse vil baseres både på oversikt over systemet og på prosessene man jobber med.*
- *Viktig å planlegge for dashboard-funksjonalitet for logging, historikk, slik at det er mulig å rekonstruere det som er gjort.*
- *Det må jobbes videre for å få verktøyet implementert og operasjonaliserer ROS gjennomføringen ved virksomhetene.*

(...)

Det er et stort behov og interesse for ROS-verktøy i sektoren. Situasjonen vi er i nå bringer større lederfokus på gjennomføring av ROS. Fagutvalget foreslår derfor at verktøyet presenteres for Digitaliseringsstyret samt utvalgte leder – arena. Verktøyet er enkelt å selge inn til UH-sektoren.»

- (29) Den 23. juni 2020 ble selskapet «Diri AS» stiftet, med det formål «å utvikle og tilby IKT sikkerhetstjenester». Diri AS var da eid av selskapene Gaute Wangen AS (25 prosent), GRC Invest AS (25 prosent), Diri Employees AS (24 prosent), Kongens Verdier AS (16 prosent) og NTNUTT (10 prosent).
- (30) I juni 2020 tok Wangen på nytt et initiativ overfor Uninett, denne gangen om dialog om et videre samarbeid. Dialogen ble ikke gjenopptatt etter sommeren, og dette var den siste dialogen som fant sted mellom Wangen og Uninett.
- (31) Opprettelsen av Diri AS og kommersialiseringen av risikovurderingsverktøyet utviklet ved NTNU, ble omtalt i et udatert innlegg på nettsiden til «Gjøvikregionen Utvikling», hvor det het at:

«Det nye verktøyet som Diri AS tilbyr er basert på unik forskning og utvikling ved NTNU. Det skal hjelpe bedrifter og organisasjoner til å unngå uønskede hendelser som for eksempel hacking eller å dele informasjon som ikke burde vært delt. Det er spesielt utviklet for de som jobber med risikovurderinger, men det vil også kunne gi ledelsen en bedre risikooversikt og hvilke tiltak som må gjennomføres for å redusere risiko. Gjennom Diris program, kan kunden registrere systemene sine og avdekke svakheter.

(...)

Diri AS har inngått eksklusiv lisens fra NTNU Technology Transfer til å utnytte og kommersialisere den unike NTNU teknologien.»

- (32) Den 2. juli 2020 skrev nettavisen «innsida.ntnu.no» artikkelen «*Ny selskapsetablering fra fagmiljøet rundt informasjonssikkerhet ved NTNU i Gjøvik.*» I artikkelen ble opprettelsen av Diri AS omtalt, og det fulgte her at:

«Kommersialiseringsprosjektet har blitt jobbet frem som et resultat av doktorgraden til Gaute Wangen ved IIK (disputerte 2017), og har blitt modnet videre i Seksjon for Digital Sikkerhet ved NTNU IT. Prosjektet er den første kommersialiseringen hvor stab har hatt en nøkkelrolle!

Teamet bak prosjektet har bestått av Gaute Wangen, Vebjørn Slyngstadli og Stian fra Digital Sikkerhet og Hege Tokerud ved NTNU Technology Transfer AS (NTNU TTO). I tillegg har de fått god bistand fra Bjørn Oustad i Kong Arthur AS i forbindelse med utviklerkapasitet og strategi.

(...)

I løpet av de siste 12 månedene har prosjektet fått midler fra NTNU Discovery (200.000 kr) og regionale cybermidler (250.000 kr), noe som har muliggjort rask verifisering av marked og teknologi. I tillegg fikk Diri AS 300.000 kr fra næringsprogrammet til Gjøvikregionen forrige uke.

Det er verdt å nevne at dette er den fjerde selskapsetableringen fra samme institutt på halvannet år. Og de har allerede store nasjonale kunder på trappene.»

- (33) Samme dag publiserte også «*Oppland Arbeiderblad*» artikkelen med overskriften «*Diri AS er fjerde nyetablering som springer ut fra NTNU i Gjøvik.*»
- (34) Selskapsopprettelsen ble også omtalt i en nettartikkel fra «innlandetfylke.no» 6. oktober 2020, hvor det fulgte at:

«Diri AS har utviklet et verktøy som er basert på unik forskning og utvikling ved NTNU. Det skal hjelpe bedrifter og organisasjoner til å unngå uønskede hendelser som hacking eller deling av informasjon som ikke burde vært delt. Produktet er spesielt utviklet for de som jobber med risikovurderinger, men det vil også kunne gi ledelsen en bedre risikooversikt og hvilke tiltak som må gjennomføres for å redusere risiko.

Det var da Wangen begynte å jobbe ved seksjon for digital sikkerhet ved NTNU i 2017 etter at han var ferdig med doktorgraden sin samme sted, at han så behovet for et verktøy til å gjennomføre risikovurderinger. (...). Foreløpig beholder både Wangen og medgrunder Vebjørn Slyngstadli «dagjobbene» sine i NTNU, men kommer til å bruke mer og mer av sin tid på Diri AS i en overgangsfase.»

- (35) Wangen sluttet i sin heltidsstilling ved seksjon for digital sikkerhet ved NTNU i desember 2020. Fra januar 2021 til og med desember 2021 var Wangen deltidsansatt i 20 prosent stilling som førsteamanuensis ved Institutt for informasjonssikkerhet og kommunikasjonsteknologi i seksjonen for digital sikkerhet på Gjøvik.
- (36) I forbindelse med gjennomføringen av konkurransen om kjøp av risikovurderingsverktøy, ble det avholdt to forberedende møter 19. februar 2021 og 1. mars 2021, med deltakere fra Uninett og Unit.

- (37) Den 3. mars 2021 ble det avholdt møte i innklagedes CISO-forum, hvor alle «*chief information security officers*» ved universiteter og høyskoler deltar. I følge innklagede ble disse invitert til å diskutere og utveksle erfaringer rundt anskaffelser av støtteverktøy, samt behov og kriterier for slike. I dette møtet ble det besluttet at det skulle nedsettes en egen arbeidsgruppe («*Arbeidsgruppen*»). I følge innklagede var gruppens mandat «*Utarbeidelse av kravspesifikasjon med grunnleggende- og tilleggsfunksjonaliteter som underlag til felles anskaffelsesprosess for et nytt ROS-verktøy. Referansegruppa skal ha innsikt i arbeidet og gi innspill underveis til utkastet til kravspeken forelagt av arbeidsgruppen.*»
- (38) Arbeidsgruppen hadde oppstartsmøte 18. mars 2021, med et påfølgende arbeidsmøte 24. mars 2021. Arbeidsgruppen besto av ni medlemmer, blant annet Husemoen fra NTNU og en representant fra Sikt. Arbeidsgruppen avholdt totalt syv møter før konkurransen ble kunngjort. Husemoen deltok på oppstartsmøtet 18. mars 2021, og et møte 22. april 2021.
- (39) Medlemmene av Arbeidsgruppen har i hele perioden konkurransen har pågått, også under evalueringen, hatt tilgang til et felles arbeidsområde i Microsoft Teams («*Teams-området*»). På dette området har det blitt delt dokumentasjon som gjelder konkurransen, herunder innkomne tilbud, evalueringer og møtereferat.
- (40) Den 12. mai 2021 holdt to av representantene fra Arbeidsgruppen presentasjon for «*Tjenesteråd for IMD og informasjonssikkerhet*» om anskaffelse av felles risikovurderingsverktøy. Det følger av referatet fra dette møtet at «*Det vil bli en forutsetning med Feideinnlogging.*» Feide er den nasjonale løsningen for sikker innlogging og datadeling i utdanning og forskning.
- (41) Den 20. mai 2022, etter tilbudsfristens utløp, ble det avholdt et møte mellom klager og innklagede der klager stilte spørsmål til innklagede om hvordan valgte leverandør kunne oppnå så høy score på tildelingskriteriene «*Brukervennlighet*» og «*Tekniske og funksjonell løsning*», når så mange funksjoner – etter klagers syn – fremdeles ikke var utviklet.
- (42) Det ble ikke skrevet referat fra dette møtet, men ifølge klagers egne notater svarte innklagede at «*Vi ser på forholdet mellom pris og teknisk svar. Dersom pris for Corporater er 16 millioner mer så ser vi på om Diri vil kunne utvikle det manglende for det som er relativt pris forskjell. Når det gjelder fremtidig funksjonalitet så var det viktigst for oss at det var på plass når vi skulle bruke det. Det at det er fremtidig er hakket dårligere enn å ha det, men det er gradforskjeller.*»
- (43) Klagen ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. juni 2022.
- (44) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse utsettes til Klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (45) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. september 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (46) Innklagede har brutt forskriften § 24-2 (2) bokstav d, jf. §§ 12-1 og 12-2, og prinsippet om likebehandling i loven § 4, ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av Wangens rolle i forberedelsen av anskaffelsen og konkurransefordelen dette har gitt Diri AS.
- (47) Innklagede har videre brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav c, jf. § 7-5 og fvl. §§ 6 andre ledd og 10, og prinsippet om likebehandling i loven § 4, ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av at Husemoen i flere år har vært Wangens overordnede, og samtidig vært en av deltakerne i Fagutvalget og Arbeidsgruppen.
- (48) Innklagede har videre brutt forskriften § 24-8 (1) bokstav b, ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at tilbudet inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (49) Innklagede har brutt forskriften § 25-5 (2) bokstav l og prinsippet om etterprøvnbarhet i loven § 4, ved ikke å opplyse om rådgiverinhabilitet og inhabilitet på oppdragsgivers side.
- (50) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud, da evalueringen er gjennomført i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i loven § 4.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (51) Personer med roller i valgte leverandørs selskap har ikke deltatt i utformingen av konkurransegrunnlaget, eller aktivt påvirket konkurransegjennomføringen. Det er likevel ønskelig med nemndas vurdering av om muligheten for slik påvirkning er tilstrekkelig til at avvisningsplikten gjelder.
- (52) Det erkjennes at det har funnet sted uheldig rolleblanding i gjennomføringen av konkurransen, ved at Husemoen har hatt tilgang til Teams-området der konkurransedokumenter har blitt delt. Husemoen har imidlertid ikke deltatt i evalueringen av tilbudene, og det er derfor ønskelig med nemndas vurdering av om hans øvrige involvering i anskaffelsesprosessen er tilstrekkelig til at han er inhabil.

Klagenemndas vurdering:

- (53) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av et digitalt risikovurderingsverktøy og er kunngjort som en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til 40 millioner kroner. 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.

Avvising av valgte leverandør - rådgiverhabilitet

- (54) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør med hjemmel i forskriften § 24-2 (1) bokstav c. Klager har vist til at Wangen, som er en av aksjonærene, styremedlem og hovedmann bak løsningen Diri AS tilbyr i konkurransen, også har deltatt i forberedelsen av konkurransen. Nærmere bestemt har Wangen vært ansatt ved NTNU og vært deltaker i innklagedes prosjektgruppe for

utredning av behovet for et risikovurderingsverktøy. Han har fått presentere en prototype av løsningen Diri AS tilbyr og fått konkrete tilbakemeldinger på denne.

- (55) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav d at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør «som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 12-2.»
- (56) Av forskriften § 12-2 (1) følger det at dersom en leverandør har vært «involvert i planleggingen av konkurransen», eller «har gitt råd til oppdragsgiveren forut for konkurransen», skal oppdragsgiver «treffe egnede tiltak for å sikre at leverandøren ikke får en urimelig konkurransefordel dersom han deltar i konkurransen». Avvisning på dette grunnlaget forutsetter dermed både at leverandørens deltakelse eller rådgivning har gitt en urimelig konkurransefordel, og at denne fordelene ikke kan utjevnes ved hjelp av egnede tiltak. Egnede tiltak kan ifølge § 12-2 (2) være å sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren som har deltatt i planleggingen av konkurransen, eller ved å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud for å utjevne eventuelle fordeler.
- (57) Slik nemnda forstår det, har ikke Wangen vært direkte involvert i planleggingen av den aktuelle konkurransen. Wangen har imidlertid gjennom deltakelse i innklagedes prosjektgruppe for utredning av behovet for et risikovurderingsverktøy, vært delaktig i behovsavklaringen forut for konkurransen, og gitt innklagede råd i denne forbindelse.
- (58) Spørsmålet for nemnda blir dermed om dette har gitt valgte leverandør en «urimelig konkurransefordel» i den etterfølgende konkurransen.
- (59) Hvorvidt en leverandør har fått en urimelig konkurransefordel beror på en konkret vurdering. I rettspraksis er det lagt til grunn at det avgjørende er om rådgiveren har hatt en rolle ved tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget som har gitt vedkommende et klart konkurransefortrinn, og denne fordelene heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet, jf. Borgarting lagmannsretts dom i sak LB-2010-201985 (Norconsult). Lagmannsretten uttalte her at det å bidra i forberedelsen av en konkurranse ved å utarbeide grunnlagsdokumenter, normalt i seg selv ikke er til hinder for å delta i den samme konkurransen, se også klagenemndas avgjørelse i sak 2012/144 avsnitt 39.
- (60) Slik saken er opplyst, har Wangen gitt prosjektgruppen anbefalinger vedrørende behovet for sektorimplementering av et risikovurderingsverktøy, og fått mulighet til å demonstrere en prototype av sitt eget verktøy for Fagutvalget, som også ga konkrete tilbakemeldinger på denne basert på sektorens behov. Wangen har dermed fått innsikt i sektorens behov, og var klar over muligheten for at en anskaffelse av risikoverktøy til hele sektoren ville konkurranseutsettes. Slik saken er opplyst, er det imidlertid ingen holdepunkter for at Wangen har påvirket utformingen av konkurransedokumentene på en måte som ga valgte leverandør en konkurransefordel de ikke skulle hatt. Det er heller ikke holdepunkter for at informasjonen som senere ble gitt de øvrige leverandørene har vært mangelfull sammenlignet med informasjonen valgte leverandør hadde, eller at tidsfristene har vært for korte.
- (61) Klager har heller ikke vist til konkrete holdepunkter for at konkurransen har blitt begrenset. Klager har isteden underbygget sin anførsel ved å vise til at valgte leverandør

har fått god uttelling på kvalitetskriteriene, noe som ifølge klager er vanskelig å forstå all den tid valgte leverandørs tilbudte løsning ifølge klager fremstår uferdig.

- (62) Klagenemnda bemerker at det at en leverandør som har gitt råd forut for konkurransen oppnår god uttelling i konkurransen, ikke er et bevis for at leverandøren har fått en urimelig konkurransefordel. Innklagede mottok syv tilbud i konkurransen, og alle de tilbudte løsningene var konkurransedyktige på kvalitet. Når det gjelder innvendingen om at valgte leverandørs løsning var uferdig, var det i konkurransegrunnlaget åpnet for å levere et verktøy som i noen grad måtte utvikles og tilpasses. Enhver beskrevet funksjonalitet som ikke var tilgjengelig på tilbudstidspunktet, måtte imidlertid angis sammen med en indikasjon på når den nevnte funksjonaliteten var forventet å være tilgjengelig for oppdragsgiver, jf. kravspesifikasjonens punkt 0.1.2. Det var dermed mulig å oppnå høy uttelling på kvalitet selv om funksjonaliteten ikke var på plass ved implementeringsdato. Det at innklagede har åpnet for at leverandører som ikke hadde verktøyet tilgjengelig som hylleware kunne delta i konkurransen, er klart nok ikke en urimelig konkurransefordel for disse leverandørene. Valgte leverandør har for øvrig ikke fått full uttelling på kvalitet, og det er heller ikke andre holdepunkter for at det er gitt full uttelling for funksjonalitet som først vil bli tilgjengelig på et senere tidspunkt.
- (63) Klager har avslutningsvis anført at Wangen skal ha feilinformert innklagede om at deres behov for risikoverktøy ikke kunne dekkes gjennom funksjonene i tilgjengelig hylleware. Ved tilbudsfristens utløp viste det seg imidlertid at alle verktøyene som ble tilbudt i konkurransen, herunder klagers, hadde den nødvendige funksjonaliteten. Klagenemnda kan dermed ikke se at en eventuell feilinformasjon på dette punktet kan ha gitt valgte leverandør en urimelig konkurransefordel.
- (64) Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist etter forskriften § 24-2 (1) bokstav d fører derfor ikke frem.

Avvisning av valgte leverandør – habilitet, etterprøvbarehet og likebehandling

- (65) Klagenemnda tar videre stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av Husemoens involvering i konkurransen.
- (66) Det følger av forskriften § 24-2 (1) bokstav c at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør «når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 7-5.»
- (67) Ved gjennomføring av anskaffelser som er omfattet av forskriften, gjelder forvaltningslovens regler om habilitet i §§ 6 til 10, jf. forskriften § 7-5 (1). Det følger videre av § 7-5 (2) at oppdragsgiver skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere eller avhjelpe tilfeller av inhabilitet. Bare dersom det ikke finnes andre tiltak for å avhjelpe inhabilitet, vil det være hjemmel til å avvise en leverandør.
- (68) Habilitetsreglene stiller krav til beslutningssituasjonen og skal sikre at medarbeidere med tilknytning til en sak ikke tar del i avgjørelsen. Det følger av forvaltningsloven § 10 at habilitetsbestemmelsene gjelder tilsvarende for alle som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan. Husemoen har deltatt i arbeidsgruppen som gjennomførte konkurransen. Det er dermed på det rene at han har utført tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, og det avgjørende i habilitetsvurderingen er da om det foreligger «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet», etter forvaltningsloven § 6 annet ledd.

- (69) I kravet om at forholdet skal være «*særegent*», ligger at det må atskille seg fra det som er normalt for personer i vedkommende posisjon. Der det foreligger flere former for tilknytning til saken og partene, skal disse vurderes samlet. Husemoen har de siste fem årene vært leder for Seksjon for digital sikkerhet ved IT-avdelingen ved NTNU på Gjøvik, og har sammen med Wangen og Slyngstadli deltatt i utviklingen av valgte leverandørs risikovurderingsverktøy. Etter klagenemndas syn utgjør Husemoens tilknytning til valgte leverandør et «*særegent forhold*». Klagenemnda viser i denne sammenheng også til at det skal forholdsvis lite til før det foreligger et særegent forhold ved konkurranser om offentlige oppdrag, se for eksempel Høyesteretts avgjørelser i Rt. 1998 s. 1398 på side 1410 og Rt. 2007 s. 983 avsnitt 82.
- (70) Selv om det foreligger et «*særegent forhold*», fører ikke det automatisk til inhabilitet. Det er bare når den særlige tilknytningen til saken er «*egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*» at vedkommende er inhabil. Denne vurderingen er objektiv. Det betyr at det ikke er avgjørende om en oppdragsgiver stoler på at den aktuelle medarbeideren vil være uberørt av tilknytningen. Det er heller ikke avgjørende om vedkommende selv tenker at tilknytningen ikke vil påvirke utførelsen av arbeidsoppgaver. Det avgjørende for vurderingen er hvordan omverdenen oppfatter tilknytningen mellom medarbeideren, saken og dens berørte parter. Hvis tilknytningen er av en slik karakter at omverdenen kan ha grunn til å frykte at medarbeideren har en interesse i et bestemt utfall, vil tilknytningen svekke publikums tillit til forvaltningen. I slike situasjoner fører derfor tilknytningen til inhabilitet, selv om den ikke nødvendigvis har hatt noen innvirkning, og selv om de som avgjør habilitetsspørsmålet stoler på at vedkommende vil opptre upartisk.
- (71) I denne vurderingen finner klagenemnda grunn til å sondre mellom situasjonen før og etter Husemoen gikk ut av arbeidsgruppen.
- (72) Innklagede har erkjent at det i strid med regelverket ikke ble iverksatt egnede tiltak for å identifisere eller avhjelpe eventuell inhabilitet hos Husemoen, som dermed ble oppnevnt som deltaker i arbeidsgruppen som gjennomførte konkurransen. Husemoen deltok deretter i to arbeidsgruppemøter, som fant sted i god tid før kunngjøring av konkurransen. Innklagede har opplyst at Husemoen etter dette ikke har deltatt i arbeidsgruppens møter.
- (73) Før konkurransen kunngjøres aksepteres det at innklagede på nærmere vilkår knytter til seg bistand fra leverandører med en kommersiell interesse i anskaffelsen, slik det fremgår av vurderingen av rådgiverhabilitet foran. Husemoens deltakelse er ikke mer omfattende enn det som ville ha vært tillatt rådgivning fra en leverandør med økonomisk interesse i utfallet av konkurransen etter forskriften § 12-2. Når en leverandør med direkte kommersiell interesse kan bistå i denne fasen, mener klagenemnda at det ikke kan stilles strengere krav til bistand fra en av oppdragsgivers medarbeidere. Habilitetsreglene i denne fasen er også forstått på samme måte av Hans Petter Graver i Tidsskrift for forretningsjus nr. 4/2005 side 461-462 og av klagenemnda i sak 2010/174 avsnitt 61.
- (74) Klagenemnda forstår det slik at Husemoens adgang til arbeidsgruppens Teams-område likevel vedvarte helt frem til tildeling av kontrakt, og at Husemoen dermed hadde tilgang til alle konkurransens dokumenter gjennom hele anskaffelsesprosessen, også etter at det ble klart at valgte leverandør ville delta. Innklagede har opplyst at Husemoen benyttet seg av arbeidsgruppens tilgang til Teams-området femten dager før tildeling av kontrakten, og gjennom denne tilgangen åpnet to dokumenter. Klagenemnda er ikke kjent med hvilke dokumenter dette gjelder. Teams-området ble imidlertid aksessert på et tidspunkt der utfallet av konkurransen ikke var avgjort. Det var derfor fremdeles mulig både å påvirke

evalueringen av tilbudene gjennom uformell kontakt med innklagede, og å gi valgte leverandør informasjon om konkurransen som de andre deltakerne ikke fikk tilgang til. Om dette rent faktisk skjedde, er et bevisspørsmål som ikke er klarlagt av partene, og som nemnda gjennom sin skriftlige saksbehandling ikke har forutsetninger for å få opplyst fullt ut.

- (75) Når det gjelder spørsmålet om Husemoen har «tilrettelagt grunnlaget for avgjørelse i saken», har nemnda bedt innklagede om å fremlegge dokumentasjon som redegjør for Husemoens deltakelse i prosessen etter det ble klart at valgte leverandør deltok i konkurransen. Som det fremgår av avsnitt 74, har Husemoen hatt tilgang til arbeidsgruppens Teams-område og benyttet seg av denne tilgangen. Den fremlagte dokumentasjonen er forenlig med innklagedes opplysning om at Husemoen ikke hadde noen rolle i arbeidsgruppen etter kunngjøring av konkurransen. Mangelen på dokumentasjon på hvilken rolle Husemoen hadde, er imidlertid etter nemndas syn i strid med prinsippet om etterprøvbarehet i loven § 4, og forskriftens krav til protokollføring, jf. § 25-5 (2) bokstav l. Klagenemnda viser også til EU-domstolens avgjørelse i sak C-538 (eVigilo) avsnitt 43 og 44, der domstolen uttaler at når en leverandør fremlegger objektive opplysninger som reiser tvil om oppdragsgivers partiskhet, er det oppdragsgivers plikt å etterprøve om det foreligger interessekonflikter, og skaffe nødvendige opplysninger og bevis.
- (76) Klagenemnda finner også at Husemoens tilgang til informasjon om leverandørenes tilbud og andre opplysninger om forløpet av konkurransen, sett i sammenheng med hans tilknytning til valgte leverandør, medfører at denne leverandøren har deltatt i konkurransen på andre vilkår enn de øvrige, i strid med prinsippet om likebehandling i loven § 4. Klagers anførsel har på disse punktene ført frem. Som følge av manglende etterprøvbarehet, kan imidlertid ikke nemnda ta stilling til om det foreligger avvisningsplikt etter forskriften § 24-2 (1) bokstav c.
- (77) Klagenemnda bemerker avslutningsvis at det ikke er anført at Husemoens deltakelse ved gjennomføringen av konkurransen gir innklagede en plikt til å avlyse konkurransen, og klagenemnda tar derfor ikke stilling til dette.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (78) Klagenemnda tar videre stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at tilbudet inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (79) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik fordi det ikke er tilbudt innlogging via Feide, som er den nasjonale løsningen for sikker innlogging og datadeling i utdanning og forskning. Klager har også anført at valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik fordi valgte leverandør ikke har prissatt opsjoner.
- (80) Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver «skal» avvise et tilbud som inneholder «vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene.
- (81) Et avvik foreligger der et tilbud på ett eller flere punkter skiller seg fra det som fremgår av anskaffelsesdokumentene. Det vil typisk innebære at oppdragsgiveren ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten og/eller kravspesifikasjonen dersom tilbudet aksepteres. Tilbudet tolkes objektivt i lys av konkurransegrunnlaget for å avgjøre om det foreligger avvik. Konkurransegrunnlaget tolkes for å kartlegge hvilke krav som er stilt,

og tilbudet tolkes for å undersøke om tilbudet tilfredsstillende disse kravene. I denne tolkningen tar man utgangspunkt i den alminnelige språklige forståelsen, men andre momenter, som formål og sammenhengen i og mellom dokumenter, vil også kunne få betydning.

- (82) I vurderingen av om avviket er vesentlig må det ses hen til blant annet hvor stort avviket er, hvor viktig forholdet det avvikes fra er, og i hvilken grad et avvik vil kunne forrykke konkurransen. Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt.
- (83) Klagenemnda tar først stilling til om det utgjør et «*vesentlig avvik*» at valgte leverandør ikke tilbød innlogging via Feide. På bakgrunn av klagers anførsler begrenser klagenemnda seg til å vurdere om det foreligger et avvik fra et minstekrav.
- (84) Det fulgte av kravspesifikasjonens krav nummer 20 at leverandørene skulle «*beskriv[e] tjenestens støtte for FEIDE (...)*», samt «*mulighet[en] for å gi tilgang til brukere uten Feide-identitet.*»
- (85) Dette var et av totalt 54 krav som var inndelt i kategoriene minimumskrav og beskrivelser. Kravet til Feide-innlogging var et krav som skulle beskrives, men klager anfører at kravet, ut fra sammenhengen i konkurransegrunnlaget, likevel må forstås som et minstekrav. Til støtte for sitt syn har klager vist til at det i kravspesifikasjonen fremgår at «*Autentisering av brukere vil primært skje gjennom Feide (...)*».
- (86) Klagenemnda er ikke enig med klager i at denne informasjonen tilsier at kravet om Feide-innlogging er et minstekrav som skal medføre avvisning. Systematikken i kravspesifikasjonen er tydelig når det gjelder hvilke krav som er minstekrav og hvilke krav som er evalueringskrav. Dersom opplysningene skal leses slik klager mener, innebærer det at betydningen av minimumskravene undergraves, og åpner for avvisning av tilbud basert på en forståelse av konkurransegrunnlaget som er i strid med ordlyden.
- (87) Klager mener også at slik innlogging var forutsatt allerede under forberedelsen av konkurransen, jf. møtereferatet fra møtet i Tjenesteråd for IMD og informasjonssikkerhet 12. mai 2021, der det følger at «*det vil bli en forutsetning med Feideinnlogging.*»
- (88) Klagenemnda er heller ikke enig med klager i at informasjonen fra dette møtereferatet fører til at kravet likevel skal forstås som et minimumskrav. Det er konkurransedokumentene som danner grunnlaget for hvilke krav som er konkurransens minimumskrav, og formuleringene fra det nevnte møtereferatet ble ikke benyttet i kravspesifikasjonen.
- (89) Klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud inneholder «*vesentlige avvik*» fordi det ikke tilbys Feide-innlogging, fører ikke frem.
- (90) Klagenemnda tar videre stilling til om valgte leverandørs tilbud inneholder «*vesentlige avvik*» fordi valgte leverandør ikke har prissatt opsjoner.
- (91) Av kravspesifikasjonens prisbestemmelser fulgte det at innklagede ønsket å få et klart bilde av de totale kostnader tjenesten besto av, inkludert «*tilleggs kostnader/opsjoner*». Leverandørene ble samtidig bedt om å beskrive den grunnleggende prismodellen de benyttet for fremtidige utvidelser av tjenesten, eksempelvis utvidelse av moduler og andre tjenester.

- (92) Slik nemnda forstår dette, ønsket innklagede at leverandørene skulle oppgi hvilken prismodell de ville benytte dersom verktøyet skulle utvides med flere moduler eller andre funksjonaliteter, slik at innklagede på denne måten kunne danne seg et bilde av hvilke totalkostnader som kunne oppstå dersom man valgte å utløse opsjonene. Slik prisskjemaet var lagt opp, fremgår det likevel klart at pris på opsjoner ikke skulle inngå i evalueringen av priskriteriet. Klagenemnda er derfor ikke enig med klager i at konkurransegrunnlaget la opp til prising av opsjoner, og at valgte leverandørs tilbud inneholder «*vesentlige avvik*» fordi opsjonene ikke er priset.
- (93) Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Tildelingsevalueringen

- (94) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om tildelingsevalueringen er beheftet med feil, og er i strid med de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvnbarhet i loven § 4.
- (95) Klager anfører for det første at innklagede har blandet sammen det som skulle evalueres i henhold til beskrevet evalueringsmodell, og hva valgte leverandørs løsning faktisk ville koste. Det er i den forbindelse vist til innklagedes nærmere redegjørelse av hvordan prisforskjellene mellom klagers og valgte leverandørs tilbud ble avgjørende for utfallet av konkurransen. Det er også vist til klagers egne notater fra et avklaringsmøte med innklagede i etterkant av tildeling av kontrakt.
- (96) Klagenemnda bemerker at innklagedes redegjørelse for hvordan valgte leverandørs prismessige fordel mer enn oppveide klagers kvalitative fordeler, ikke gir uttrykk for at det er skjedd noen sammenblanding av evalueringssummen og kontraktens reelle kostnader, eller at evalueringen for øvrig er beheftet med feil. Når det gjelder klagers henvisning til egne notater fra avklaringsmøtet, er innholdet i notatene ikke bekreftet av innklagede, og samsvarer for øvrig ikke med innholdet i de skriftlige forklaringene innklagede har gitt. Klagenemnda finner dermed ikke grunnlag for å vektlegge disse.
- (97) Klager har for det andre anført at innklagede har brutt regelverket ved å gi valgte leverandør uttelling for opsjon på støtte til Feide-innlogging under tildelingskriteriet «*Teknisk og funksjonell løsning*», uten at denne funksjonaliteten er priset.
- (98) Slik konkurransegrunnlaget er lagt opp, er det mulig å tilby og få uttelling for funksjonalitet som på implementeringstidspunktet ikke er tilgjengelig i løsningen, og som dermed krever etterfølgende tilpasning og utvikling. I slike tilfeller er funksjonaliteten tilbudt som en del av løsningen som er priset i prisskjemaet, som skal evalueres under kvalitetskriteriene. Det skal likevel angis antatt dato for implementering, slik at funksjonalitet som først blir tilgjengelig på et senere tidspunkt, ikke vil oppnå full uttelling ved evalueringen. I tillegg til dette, var det mulig å tilby opsjoner på «*nært beslektede tjenester*». Det var ikke lagt opp til at disse opsjonene skulle evalueres.
- (99) Det følger av tildelingsbeslutningen at valgte leverandør har tilbudt å utvikle støtte for Feide som en opsjon. Støtte til Feide var imidlertid en ønsket funksjonalitet, ikke en nært beslektet tjeneste, og skulle dermed inngå i tjenesten dersom man ønsket det. Det fremstår dermed uklart om valgte leverandør har tilbudt dette som opsjon som ikke er evaluert på pris, eller som en videreutvikling av den prissatte løsningen.

- (100) Klagenemnda har bare i begrenset grad fått innsyn i valgte leverandørs tilbud, og innklagede har heller ikke under saksforberedelsen gitt forklaringer som avklarer om støtte til Feide er priset i prisskjemaet. Dette til tross for at klagers anførsler gir en klar oppfordring om å avklare dette forholdet. Klagenemnda må derfor legge til grunn at innklagede, i tråd med det som fremgår av tildelingsbeslutningen, har gitt uttelling for en opsjon under kriteriet «*Teknisk og funksjonell løsning*», i strid med føringene i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel fører dermed frem.
- (101) De bruddene nemnda har konstatert, kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforakriften § 13.

Konklusjon:

Kunnskapsdepartementet v/Sikt har brutt det grunnleggende prinsippet om etterprøvbarhet i loven § 4, og forskriften § 25-5 (2) bokstav 1, ved at Husemoens tilknytning til valgte leverandør og hans deltakelse i anskaffelsesprosessen, ikke er dokumentert og protokollført.

Kunnskapsdepartementet v/Sikt har brutt prinsippet om likebehandling i loven § 4 ved at valgte leverandør har deltatt i konkurransen på andre vilkår enn de øvrige leverandørene.

Kunnskapsdepartementet v/Sikt har brutt de grunnleggende prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet i loven § 4 ved tildelingsevalueringen.

Klagers anførsler om at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av rådgiverhabilitet, og at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist på grunn av vesentlige avvik, har ikke ført frem.

Klagenemnda tar ikke stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av inhabilitet på oppdragsgivers side, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav c.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk