



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling vedrørende administrativt fagsystem for skolene og barnehagene i Nordfjordkommunene. Klagenemnda fant at innklagede brutt kravet til etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke kunne dokumenteres at tildelingskriteriet "Leverandøren sin dokumenterte kompetanse" var vurdert i samsvar med regelverket. Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Klagenemndas avgjørelse 5. februar 2007 i sak 2006/158

Klager: International Software Trading ASA

Innklaget: Kommunene Bremanger, Eid, Gloppen, Hornindal, Selje, Stryn og Vågsøy

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Tildelingskriterier. Evaluering. Etterprøvbarehet.

Bakgrunn:

- (1) Kommunene Bremanger, Eid, Gloppen, Hornindal, Selje, Stryn og Vågsøy (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. juli 2006 en konkurranse med forhandling vedrørende administrativt fagsystem for skolene og barnehagene i Nordfjordkommunene.
- (2) Tildeling skulle etter konkurransegrunnlagets punkt 3.9 skje på bakgrunn av hva som var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på følgende tildelingskriterier i uprioritert rekkefølge:

„

 - *Pris, både etableringskostnader og årlege vedlikeholdskostnader (Årskostnad vert rekna med 7 års avskrivningstid på investeringane).*
 - *Oppfyllding av kravspesifikasjon*
 - *Service og teknisk bistand (serviceavtale)*
 - *Framdrift for leveranse*
 - *Krav til tryggleik (Personopplysningsforskrifta og Datatilsynet sin rettleiar)*
 - *Leverandøren sin dokumenterte kompetanse*
 - *Referansar*”
- (3) Fra kravspesifikasjonen hitsettes følgende:

”2.1.1 Kravspesifikasjon – funksjonsskildring

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Generelle krav:

- *Programmet må kunne handtere skule inkludert SFO og barnehage.*
- *Det vil vere ein fordel om programmet har tilbod/eller kan utviklast til også å handtere Kulturskule, vaksenopplæring og PPT.*
- *Materiale som blir produsert på programmet må presenterast på nynorsk og lagring av elektronisk data må følgje gjeldande standard (Noark 4). Muleg integrasjon/implementering med Acos Websac må beskrivast.*
- *Programmet må vere utvikla og utprøvd innafor opplista oppgåver/bruksområde.*
- *Database: Kommunane har standardisert på MS SQL server.*
- *Brukarvennleg, god design og intuitivt brukargrensesnitt.*
- *Gjennomgåande logikk i systema.*
- *Enkelt tilrettelagt for tildeling av brukarrettar/brukaradministrasjon.*
- *Leverandør må vere aktiv i høve til utvikling og vedlikehald også på innspel frå brukarar.*
- *Programmet må vere lagt til rette for bruk både for terminalserver og stasjonær PC-bruk.*
- *Programmet skal primært installerast på felles server med databaser for kvar kommune. Men det skal også gjevast alt. pris for separate installasjonar i kvar kommune. Teknisk løysning må gå klart fram av tilbodet.*
- *Leverandøren må synleggjere korleis kvar einskild kommune får tilgang til egne data, og krav til sikring av tilgangen for å ivareta personsikring og Datatilsynet sine krav, jfr. "Veiledning i informasjonssikkerhet for kommuner og fylker".*
- *Service og oppfølging frå leverandør skal dokumenterast, sjå her punkt 4.3 so skal vere med i tilbodet.*
- *Tekniske krav til servere og klientar skal gå fram av tilbodet.*
- *Oversikt over teknisk infrastruktur (serverar, programvare, databasar m.m.) i kvar kommune går fram av vedlegg 2.*

(...)

2.2.2 Tryggleik og kvalitet

Løysinga skal tilfredsstille krav til datatryggleik i tråd med lover og forskrifter (herunder særskilt personopplysningslova) og Datatilsynet sine retningslinjer, slik at dokumentert løysing kan nyttast som et teknisk bilag til ein søknad om godkjenning av løysinga til Datatilsynet. Vedlagt skal det følgje ei skildring av dei mekanismar som ivaretek tryggleik, spesielt med tanke på logisk skilje av dei ulike nett. Andre aspekt knytt til sikring av løysinga mot eksterne og interne truslar skal beskrivast, og IKT-drift i fellesskapet må kunne utføre etterkontroll av sikringstiltak."

- (4) Innklagede mottok tilbud fra tre kvalifiserte tilbydere. International Software Trading AS (heretter kalt klager) var blant disse. Det ble gjennomført visninger av leverandørenes løsninger, og deretter forhandlinger med alle de tre leverandørene.
- (5) Innklagede har under saksforberedelsen for KOFA lagt ved en oversikt hvor alle leverandørene er evaluert og gitt karakter på en skala fra 1-6 for samtlige underpunkter i konkurransegrunnlagets kapittel II - Kravspesifikasjon.

- (6) Valg av leverandør ble meddelt 30. oktober 2006. Etter anmodning fikk klager i brev av 14. november 2006 en nærmere begrunnelse for valget fra innklagede.
- (7) Innklagedes vurdering av tilbudene etter forhandlingene ble sammenstilt i følgende tabell som blant annet fremgikk av innklagedes brev av 14. november 2006:

”

I samanlikninga mellom leverandørane er kriteriane tillagt lik relativ vekt. Karakter 6,0 er brukt som utgangspunkt. Dersom vi ikkje finn dokumenterbart grunnlag for å trekke noko er 6,0 brukt som karakter på kriterie.

Tildelingskriterie	Vekt	IST		Oppad		Visma unique		Kommentar
		Kar.	vekta	Kar.	vekta	Kar.	vekta	
Årskostnad (med tilskot)	0,143	4,31	0,62	6,00	0,86	5,04	0,72	Oppad vesentleg lågare pris, Visma oppsett med bruksrettavtale (som på serviceavtale)
Oppfylging kravspes.	0,143	5,90	0,84	5,79	0,83	5,83	0,83	Litt variasjon i korleis kravspes. er oppfylt. Det er mindre og litt varierende forskjell på personal-modular, konvertering, integrasjon, database, brukarvenlegheit og nynorsk. Etter forhandlingsrunde tilfredstiller alle leverandørar faktiske krav, med lite + til IST.
Serviceavtale	0,143	5,65	0,81	5,75	0,82	6,00	0,86	Alle innhald dei element vi har spurt om, Oppad og Visma betre på kva vi får av ny funksjonalitet i framtida, Visma best dersom vi vel bruksrettavtale (brukt her, som på pris)
Framdrift	0,143	6,00	0,86	6,00	0,86	6,00	0,86	Alle støttar framdriftsplanen
Krav til tryggleik	0,143	6,00	0,86	6,00	0,86	6,00	0,86	Alle støttar dei oppsette krav
Kompetanse	0,143	6,00	0,86	6,00	0,86	6,00	0,86	Alle har tilfredstillande kompetanse for gjennomføring av leveranse, Oppad med TietoEnator som utviklingspartner
Referansar	0,143	5,90	0,84	5,90	0,84	5,90	0,84	Jamt over gode referansar på alle leverandørane. IST får litt variasjon på programvaren, lite merknader på Visma og Oppad.
SUM / vekt karakter	1,00	5,69		5,93		5,83		
Prioritering		3		1		2		

Karakter er gitt i skala 1 - 6, der 6 er best. Tilhøve som gjeld utvelgelseskriteriar (soliditet, skatt, HMS etc) er avklara gjennom prekvalifisering. Prisoppsett er gitt utifrå 6,00 for lågste tilbydar, med berekna karakter for dei andre tilbydarane.

”

- (8) Kontraktsinngåelse er utsatt i påvente av KOFA's avgjørelse i saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Siden alle tilbudene må oppfylle kravspesifikasjonen, vil tildelingskriteriet ”oppfylging av kravspesifikasjonen” prinsipielt sett være lite egnet til å foreta en kvalitativ vurdering av tilbudenes egenskaper, jf uttalelser fra KOFA i sak 2005/236 premiss 27. På samme måte er tildelingskriteriet ”krav til tryggleik” lite egnet for en kvalitativ vurdering idet det fremstår som et ufravikelig krav at tilbudte dataløsninger oppfyller kravene som følger av personopplysningsforskriften og Datatilsynets veiledning. Klager anfører derfor at tildelingskriteriene er lite egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at kriteriene under enhver omstendighet er uklare i strid med kravet om forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (10) Tildelingskriteriene er anvendt i strid med regelverket fordi det ikke er foretatt en reell, kvalitativ vurdering av tilbudene. Innklagede har gitt beste karakter til alle tilbudene når innklagede ikke fant mangler eller hadde annen informasjon som tilsa

trekk i karakter. Dette er i strid med regelverket fordi tilbydere som har dokumentert bedre egenskaper enn konkurrentene ikke kan få uttelling for dette dersom innklagede ikke finner noe å trekke for hos konkurrentene.

- (11) Ved formuleringen om at alle leverandørene "tilfredsstiller" den kompetansen som følger av utlysningen og konkurransegrunnlaget, har innklagede videre tilkjennegitt at tildelingskriteriet "kompetanse" er brukt som minstekrav, noe som er i strid med fast KOFA-praksis.
- (12) Selv om tildelingskriteriene formelt er vektet likt, er pris tillagt større vekt enn de øvrige tildelingskriteriene. Dette fordi det for pris er anvendt et mye større spekter av karakterskalaen enn for de øvrige tildelingskriteriene, noe som har gjort at forskjellene i tilbudenes pris har gitt uforholdsmessig store utslag, og tildelingskriteriene er dermed i realiteten ikke vektet likt. Dette er i strid med kravet om forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, jf KOFAs avgjørelse i sak 2004/162, premiss 24.

Innklagedes anførsler:

- (13) Tildelingskriteriet "oppfylling av kravspesifikasjon" inneholder en rekke forhold som tilbyderne ble evaluert etter. Tilbyderne har gjennom forhandlingene svart på områder som innklagede ikke var fornøyd med. Under kriteriet "krav til tryggleik" har innklagede ikke bare vurdert om tilbydernes tekniske løsninger oppfyller personopplysningslovens og Datatilsynets retningslinjer, men også på hvilken måte tilbydernes tekniske løsninger oppfyller kravene.
- (14) Beste karakter er brukt for beste svar på tildelingskriterium og kravspesifikasjon. Det må være adgang til å gi like god bedømming når svarene er like gode. Innklagede har benyttet formuleringen "tilfredsstiller" om tildelingskriterier når leverandørene sin dokumenterte kompetanse ble vurdert som god nok/like god for å løse oppdraget.
- (15) Pris er ikke vektet forskjellig fra de øvrige tildelingskriteriene. Klagers pris var 40 % høyere enn valgte leverandørs. Pris ble da avgjørende fordi prisforskjellene på tilbudene var vesentlige, mens det for de øvrige kriteriene etter en kvalitativ vurdering var liten forskjell.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Kontrakt er ikke inngått. Klagen er således rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 del I og III, jf. forskriftens § 2-2, jf § 2-1.

Tildelingskriteriene "oppfylling av kravspesifikasjonen" og "krav til tryggleik"

- (17) Oppdragsgiver har etter forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) i utgangspunktet et ikke ubetydelig spillerom for skjønn ved valg av hvilke tildelingskriterier anskaffelsen skal bygge på. Tildelingskriteriene må imidlertid være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (18) Det synes klart at tildelingskriteriene "Oppfylling av kravspesifikasjonen" og "Krav til tryggleik" kan tenkes brukt til å evaluere tilbudene kvalitativt og på en mer

nyansert måte enn "oppfylt" eller "ikke oppfylt". De er da ikke prinsippielt uegnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

- (19) Oppdragsgivers valg ved utforming av tildelingskriterier må skje i overensstemmelse med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og likebehandling, jf lov om offentlige anskaffelser § 5. Det følger av disse prinsippene at tildelingskriteriene må angis klart slik at alle aktsomme leverandører vil forstå kriteriene på samme måte, jf EF-domstolens dom C-19/00 (SIAC Construction) og KOFAs avgjørelse i sak 2006/94 med videre henvisninger. Hvorvidt tildelingskriteriene "oppfylting av kravspesifikasjon" og "krav til tryggleik" oppfyller klarhetskravet, beror på en konkret vurdering av de enkelte kriteriene ut fra deres kontekst i den spesifikke konkurransen.
- (20) Innklagede har i konkurransegrunnlagets kapittel II presentert en kravspesifikasjon som primært inneholder funksjonskrav. Sikkerhetskravene framkommer også av denne delen av konkurransegrunnlaget. Et nærliggende vurderingstema for tildelingskriteriene "oppfylting av kravspesifikasjon" og "krav til tryggleik" blir da på hvilken måte de ulike tilbudene dekker de forespurte funksjonene. Etter det Klagenemnda kan se, er det også dette innklagede har vurdert. Tildelingskriteriene er da etter Klagenemndas oppfatning ikke uklare. I kravspesifikasjonen er det ingen klare grenser mellom funksjonsbeskrivelsen og sikkerhetskravene. Det at de er skilt fra hverandre under tildelingskriteriene er da kanskje unødvendig, men de underliggende funksjonskravene er klare, og skillet kan således ikke sies å ha skapt uklarhet i forhold til hva som skulle vurderes.

Tilbudsevalueringen

- (21) For hvert av tildelingskriteriene har innklagede valgt å gi tilbudene karakter på en skala på 1-6. Karakteren 6,0 ble brukt som utgangspunkt. Dersom innklagede ikke fant dokumenterbart grunnlag for å trekke noe under det aktuelle tildelingskriterium, ble karakteren 6,0 gitt.
- (22) Dersom en karakterskala skal benyttes ved tilbudsevalueringen, er det et krav at alle relevante forskjeller mellom tilbudene kommer fram. Ved tilbudsevalueringen, herunder ved vurderingen av hvilke forskjeller mellom tilbudene som skal anses som relevante, må oppdragsgiver innrømmes et visst rom for skjønn.
- (23) Det som skiller tilbudsevalueringen i nærværende anskaffelse fra den typiske anvendelsen av karakterskala, er innklagedes utgangspunkt om at det er beste karakter som skal gis. Klagenemnda kan ikke se at dette utgangspunktet gjør at evalueringen er i strid med regelverket. Utgangspunktet hindrer ikke at relevante forskjeller kommer fram. Når flere tilbud får karakteren 6,0, tolker Klagenemnda det slik at innklagede ikke fant relevante forskjeller mellom disse for det gjeldende tildelingskriteriet.
- (24) Klager hevder videre at tildelingskriteriet "kompetanse" er brukt som minstekrav. Det følger av fast praksis i Klagenemnda at det ikke er tilstrekkelig å vurdere et tildelingskriterium som "tilfredsstilt" eller "ikke tilfredsstilt". Det er imidlertid ingenting i veien for å gi samtlige tilbud samme poengsum dersom de er vurdert likeverdige. Innklagede innrømmer å ha vært uheldig med sitt ordvalg når kriteriet er omtalt som tilfredsstilt. Dette begrunnes med at tilbudene var like gode. Innklagede

har ikke dokumentert hvordan tilbydernes kompetanse er vurdert, og det er da ikke mulig å kontrollere om vurderingen har vært i overensstemmelse med regelverket. Dette er i strid med kravet til etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Vekting

- (25) Klagers anførsel på dette punkt bygger på at innklagedes evaluering av alle tildelingskriterier bortsett fra pris, i for liten grad gir uttrykk for relevante forskjeller mellom tilbudene. Denne anførselen forutsetter altså at det for de øvrige tildelingskriteriene foreligger relevante forskjeller mellom tilbudene som ikke kommer fram i innklagedes evaluering. Klagenemnda kan ikke se at klager har dokumentert relevante forskjeller som ikke har kommet fram i tilbudsevalueringen.

Konklusjon:

Kommunene Bremanger, Eid, Gloppen, Hornindal, Selje, Stryn og Vågsøy har brutt kravet til etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke kan dokumenteres at tildelingskriteriet "Leverandøren sin dokumenterte kompetanse" er vurdert i samsvar med regelverket.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

5. februar 2007

Andreas Wahl