



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp og administrasjon av programvarelisenser. Klagenemnda fant at det forelå brudd på kravet til forutberegnelighet ved at konkurransegrunnlaget var uklart og derfor i strid med forskriftens § 5-1 (1). Videre fant klagenemnda at innklagede for deler av anskaffelsen hadde benyttet tekniske spesifikasjoner i strid med forskriftens § 5-2 (2).

Klagenemndas avgjørelse 18. september 2006 i sak 2006/71

Klager: Linpro AS

Innklaget: Vest-Agder fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag. Bruk av tekniske spesifikasjoner. Tilbudsevaluering.

Bakgrunn:

- (1) Vest-Agder fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. november 2005 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp og administrasjon av programvarelisenser.
- (2) Konkurransegrunnlagets punkt 5 oppstilte ”KRAVSPESIFIKASJON AV LEVERANSEN”. Fra dette punktet hitsettes:

”5.1 FORMÅL MED LEVERANSEN

Oppdragsgiver ønsker å inngå avtale om lisensadministrasjon og kjøp av programvare.

Oppdragsgiver har behov for administrasjon og kjøp av følgende lisenser/programvare

- *Microsoft (pt. Select og School Agreement)*
- *Trend*
- *Oracle*
- *Citrix*
- *Checkpoint*
- *Adobe*
- *VMWare*

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

- Legato
- MacroMedia
- Autodesk

Lisenser fra en eller flere programvareprodusenter, unntatt Microsoft, kan unntas fra avtalen, se punkt 2.7

[...]

5.2 KRAV TIL LEVERANDØR

Leverandør må kunne tilby tjenester knyttet til de elementer som er listet nedenfor

5.2.1 Nettbaserte informasjonstjenester

- *gjeldende volumavtaler*
- *lisenstyper med tilhørende rettigheter*
- *lisensnyheter*
- *produktnyheter*
- *avtaleinformasjon*
- *lisensregler*

5.2.2 Prislister

- *oppdaterte prislister for lisenskjøp og vedlikehold*
- *oppdaterte prislister for media og dokumentasjon*
- *informasjon om endringer i priser og/eller produkt brukerrettigheter, også fremtidige*

[...]

5.2.4 Lisensadministrasjon

- *Generell rådgivning i lisensspørsmål*
- *Ajourhold av lisensbeholdning inkludert overført beholdning fra nåværende forhandler*
- *Oppbevaring og distribusjon av verdidokumenter, for eksempel lisensbevis*
- *Rapportering i forbindelse med eventuelle lisensrevisjoner*
- *Rapportering av statistikker totalt og pr. enhet for valgte intervaller, fortrinnsvis nettbasert, til VAF*
- *Rapportering til Microsoft og andre rettighetshaver i henhold til gjeldende regler hos rettighetshaver*
- *Distribusjon av media for programvare, samt utsortering av uaktuelle språkversjoner slik at kun norske og engelske programvareversjoner tilsendes VAF*

5.3 PRISSTRUKTUR

For alle programvareprodukter som leveres skal prises med en påslagsmodell, og det skal klart fremkomme hvilken påslagsprosent de enkelte produkter har. [...]”

- (3) I konkurransegrunnlagets punkt 2.7 het det:

”TILDELING AV AVTALE

Basert på tilbudets/-enes økonomiske fordelaktighet, forbeholder oppdragsgiver seg retten til å tildele en eller flere avtaler, eller vurdere hvorvidt det er økonomisk fordelaktig å ha en totalavtale med en leverandør.

Tilbyder kan gi tilbud på en del, flere deler eller alle deler av omfanget.”

- (4) Innklagede sendte 17. november 2005 en e-post til alle leverandørene som hadde bedt om å få konkurransegrunnlaget utlevert. I e-posten var det referert til et spørsmål til konkurransegrunnlaget:

”SP 1:

Er det mulig å bare levere avtale/tilbud på for eksempel Oracle lisenser?

SV 1:

Konkurransegrunnlaget åpner for at det leveres tilbud på kun en del av omfanget, se punkt 2.7, og tildeling av kontrakt til flere enn en leverandør er mulig. På den annen side ønsker VAF å ha færrest mulig leverandører.”

- (5) Kontrakt skulle tildeles den eller de leverandøren(e) som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var angitt slik:

”4.4.1 Tjeneste. Vekt 40 %

- *Leverandørs tilbudte administrative tjenester, herunder oversikter, rapporter, lisensdatabase (listen er ikke uttømmende) (teller to ganger)*
- *Leverandørs spesifikke kompetanse på de tilbudte produkter*
- *Leveringspresisjon og oppfølging; evne til å betjene oppdragsgiver*

4.4.2 Priser. Vekt 60 %

- *Programvarepris – tilbudt pris og påslag (teller to ganger)*
- *Pris på administrative tjenester*
- *Prismessige konsekvenser av eventuelle forbehold*
- *Øvrige kostnader forbundet med å anta tilbudet”*

- (6) Linpro AS (heretter kalt klager) var en av leverandørene som ba om å få utlevert konkurransegrunnlag. På bakgrunn av en oppfatning om at kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget i realiteten utelukket klager fra å kunne få tildelt oppdraget, valgte imidlertid klager ikke å levere inn tilbud.

- (7) 14. februar 2006 inngikk innklagede kontrakt med Fujitsu Siemens Computers AS.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Innklagedes angivelse av tekniske spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Kravspesifikasjonen innebærer i realiteten en angivelse av leverandører/produsenter. Dette er i strid med lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 5-2.
- (10) Etter ordlyden i konkurransegrunnlagets punkt 5.1 omfatter anskaffelsen både tjenester for administrasjon av programvare og selve lisensen til programvaren. Klager er enig i at lisensadministrasjon av eksisterende programmer fordrer en opplisting av produsenter. Det lovstridige er derimot at innklagede ikke har skilt mellom lisensadministrasjon av eksisterende programmer og anskaffelse av programvare. Når også programvareanskaffelsen er begrenset til programvare for de navngitte produsentene, er dette i strid med regelverket om offentlige anskaffelser.
- (11) Konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon innebærer videre at alle leverandører som ikke leverer Microsoft produkter, er utelatt fra konkurransen. Oppdragsgiver åpner for at det kan inngis deltilbud, men det er et minstekrav at alle leverandørene er forhandlere av Microsoft produkter. Dette er i seg selv et brudd på lovens § 5 og forskriftens § 5-2.
- (12) I sitt tilsvaer hevder innklagede at henvisning til Microsoft i konkurransegrunnlagets punkt 5.1 nest siste avsnitt kun var et forbehold for å åpne for at Microsoft ville kunne bli valgt alene. Dette følger imidlertid ikke av ordlyden i punkt 5.1.
- (13) Konkurransegrunnlaget er uklart når det gjelder hvilke programvarelisenser oppdragsgiver egentlig skal anskaffe. Ved kun å oppgi leverandører/produsenter, fremgår det ikke hvilke produkter oppdragsgiver har behov for. Dette er i strid med regelverkets krav om at konkurransegrunnlaget skal være klart og entydig. Videre vil det forutsette forhandlinger mellom oppdragsgiver og tilbyder i strid med forskriftens § 9-2.
- (14) I e-posten av 17. november 2005 sies det at innklagede ønsker å ha færrest mulig leverandører. Bredde i tilbudt produktspekter er ikke oppgitt som et tildelingskriterium. Å vektlegge dette forholdet vil da innebære et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, ettersom det ikke kan introduseres nye tildelingskriterier på dette stadiet i prosessen.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (16) Det bestrides at innklagede har benyttet tekniske spesifikasjoner som virkemiddel for å hindre konkurransen, og at formuleringene i konkurransegrunnlaget innskrenker konkurransen og i stor grad favoriserer Microsoft.
- (17) Konkurransen omfatter kjøp av programvarelisenser for supplering og vedlikehold av eksisterende programvare, men også annet kjøp av programvare fra de aktuelle produsentene for å supplere behov for programvare i organisasjonen. De tjenester som etterspørres, er blant annet tjenester knyttet til å sikre at innklagede er korrekt

lisensiert på de produkter som er i daglig bruk, og derigjennom sørge for korrekt lisensiering av disse produktene ved kjøp av suppleringslisenser eller refusjon for overskytende. Denne tjenesten betegnes normalt lisensadministrasjon eller alternativt administrasjon av programvare. De angitte programvareprodusentene i konkurransegrunnlagets punkt 5.1 angir produsenter av programvare som er i bruk i innklagedes organisasjon i dag. Det er denne programvaren innklagede har behov for korrekt lisensiering og vedlikehold av.

- (18) Listen over enkeltprodukter fra de enkelte leverandørene er svært lang. Denne listen er det ikke funnet hensiktsmessig å legge ved konkurransegrunnlaget, da prissettingen på enkeltproduktene er gitt av forhandlerens nettopprisliste for den enkelte produsent, med påslag for forhandlerens fortjeneste. Dette er i tråd med vanlig praksis for rammeavtaler i offentlig sektor.
- (19) I konkurransegrunnlagets del 5 punkt 5.2 er det angitt en lang liste med krav til den tjeneste som ønskes utført, herunder beskrivelse av påkrevde informasjonstjenester, fremleggelse av prislistor, bestillingsrutiner og lisensadministrasjon.
- (20) De formuleringer som er gitt i konkurransegrunnlagets del 5, er etter dette tilstrekkelige til beskrivelse av de tjenester som ønskes utført, og konkurransegrunnlaget er ikke i strid med lovens § 5 og forskriftens § 5-2, da beskrivelsen av tjenesten ikke er ment å favorisere enkelte programvareprodusenter.
- (21) Setningen i konkurransegrunnlagets punkt 5.1 som sier at ”*[l]isenser fra en eller flere programvareprodusenter, unntatt Microsoft, kan unntas fra avtalen, se punkt 2.7*” er inntatt som et forbehold om at i tilfelle det ikke kom egnede tilbud på de øvrige delene av omfanget, ville det ikke bli inngått kontrakter på disse delene. Det ville imidlertid bli inngått kontrakt med en leverandør for den delen av tilbudet som omfattet Microsoft-lisenser. Dette fordi behovet var mest presserende på dette området. Setningen impliserer altså ikke at tilbyderne må kunne levere Microsoft-lisenser for i det hele tatt å komme i betraktning, bare at det vil bli inngått avtale med en leverandør som kan administrere innklagedes Microsoft-lisenser, og at alle de andre områdene vil kunne bli holdt utenfor tildeling av kontrakt i denne omgang.
- (22) Ettersom leverandørene kunne inngi tilbud på deler av omfanget, var det derfor fullt mulig for klager å levere inn tilbud på andre deler av omfanget enn Microsoft-lisenser. Påstanden om at klager i realiteten er utelukket fra konkurransen, er derfor ikke i tråd med de faktiske forhold.
- (23) Den prisstruktur som er angitt i konkurransegrunnlaget, er en ordinær påslagsmodell som er vanlig i rammeavtalesammenheng. I tilbudet presenterer tilbyderne sin komplette inngående prisliste fra sine underleverandører og angir hvor mange prosent påslag (fortjenestemargin) som kreves ved videresalg. Det er derfor mulig å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige for oppdragsgiver direkte ut fra informasjon fra de leverte tilbudene, uten kontakt med leverandørene. Utformingen av konkurransegrunnlaget medfører dermed ikke brudd på forhandlingsforbudet.
- (24) Innklagede har ikke introdusert et nytt tildelingskriterium. Det vises til konkurransegrunnlagets punkt 2.7 hvor det står ”*Basert på tilbudets/-enes*

økonomiske fordelaktighet, forbeholder oppdragsgiver seg retten til å tildele en eller flere avtaler, eller vurdere hvorvidt det er økonomisk fordelaktig å ha en totalavtale med en leverandør". Å foretrekke å ha en leverandør fremfor flere på et avtaleområde har helt klart innkjøpsmessige fordeler, spesielt med tanke på avtaleforvaltning og tjenestekvalitet på administrasjonstjenester.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager er en potensiell leverandør av de varer og tjenester konkurransen omfatter, og klager ønsket å delta i konkurransen. Klager har således saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har lagt til grunn at totalverdien av anskaffelsen er over EØS-terskelverdien. Klagenemnda legger dermed dette til grunn, og forskrift om offentlige anskaffelser del I og II kommer derfor til anvendelse, jf forskriftens § 2-2.

Uklart konkurransegrunnlag

- (26) Konkurransegrunnlagets punkt 5.1 omfatter både tjenester for lisensadministrasjon og anskaffelse av nye lisenser for programvare. Klagenemnda er enig med klager i at innklagede ikke har skilt mellom lisensadministrasjon av eksisterende programmer og anskaffelse av nye programvarelisenser. Ved dette oppstår en uklarhet som svekker forutberegneligheten for leverandørene. Det er listet opp navn på programvareprodusenter. Så vidt klagenemnda kan se, anfører innklagede at dette bare er ment som en opplysning om hvilke produsenters lisenser som skal administreres, ikke om hvilke nye lisenser som skal kjøpes. Dette fremgår imidlertid ikke av konkurransegrunnlaget. Klagenemnda finner at konkurransegrunnlaget etter dette er i strid med forskriftens § 5-1 (1) og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Bruk av tekniske spesifikasjoner

- (27) Forskriftens § 5-2 (2) lyder:
- "Det kan ikke benyttes tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av bestemt fabrikat eller opprinnelse [...] dersom dette favoriserer enkelte foretak. En slik spesifikasjon kan likevel foretas når kontraktsgjenstanden berettiger det. Det er heller ikke tillatt å angi varemerker, patenter eller typer. Kan kontraktsgjenstanden ikke beskrives tilfredsstillende på annen måte, er det likevel tillatt å bruke slik angivelse når den er ledsaget av ordene "eller tilsvarende".*

- (28) Unntaket i bestemmelsens 2. punktum om tilpasning til "kontraktsgjenstanden" gjelder blant annet dersom det som skal anskaffes, supplerer eksisterende utstyr hos anskaffelsesmyndigheten, jf klagenemndas avgjørelser i sak 2003/152, 2005/157 og 2005/249. I sak 2003/152 om anskaffelse av avfallsdunker uttalte nemnda om anvendelsen av forskriftens § 12-2 (2) at bestemmelsen bør tolkes på linje med hjemmelen for konkurranse med forhandling i forskriftens § 4-3 bokstav f og da slik at -

"--- anskaffelse (uten verken anbudskonkurranse eller utlysning) kan benyttes dersom det er teknisk uforenlig med eksisterende utstyr å anskaffe varer fra en annen leverandør, eller dersom et slikt skifte skaper uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikehold."

- (29) I det foreliggende tilfelle er det tale om å kjøpe en administrativ tjeneste i tilknytning til allerede fungerende programsystemer i bruk innen innklagedes nettverk av

kommuner. Administrasjon av eksisterende programvare hos innklagde forutsetter en spesifisering av hvilke lisenser dette gjelder for, og opplistingen av eksisterende programvareprodusenter utgjør derfor ikke et brudd på forskriftens § 5-2 (2). Klagenemnda legger til grunn at kontraktsgjenstanden berettiger til å angi navn på programvareprodusent i konkurransegrunnlaget for anskaffelsen av lisensadministrasjon, jf forskriftens § 5-2 (2).

(30) Klagenemnda forstår saken slik at tilbyderne kunne tilby lisensadministrasjon for alle eller bare noen av de opplistede produsentene, men at det uansett var en forutsetning at den valgte leverandør måtte tilby administrasjon av Microsoft, som formentlig har hatt betydelig utbredelse innen innklagedes nettverk. Klagenemnda kan ikke se at dette innebærer et brudd på forskriften, dette fordi "kontraktsgjenstanden" her har naturlig tilknytning til programvare som allerede er i bruk.

(31) Når derimot også nyinnkjøp av programvarelisenser i henhold til konkurransegrunnlaget er knyttet til navngitte produsenter, er dette i strid med forskriftens § 5-2 (2). Klagenemnda kan ikke se at det skulle være forbundet med særlige problemer å angi funksjonskrav som basis for anskaffelsen, eventuelt om nødvendig føre opp et program med tilføysen "eller tilsvarende". Klagenemnda kan ikke se det er sannsynliggjort at kontraktsgjenstanden "berettiger" til å spesifisere navngitte programvareprodukter. Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt forskriftens § 5-2 (2) ved at det også ved nyinnkjøp er benyttet tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av en bestemt opprinnelse.

Tilbudsevalueringen

(32) Klagenemnda har ingen kommentar til at innklagede har inngått totalavtale med én leverandør. I konkurransegrunnlaget pkt 2.7 har innklagede forbeholdt seg retten til å vurdere hvorvidt det er økonomisk mest fordelaktig å velge en leverandør eller å tildele kontrakt til flere leverandører. I dette ligget et varsel om at bredde i tilbudet kan slå ut som en økonomisk preferanse for anskaffelsesmyndigheten.

Konklusjon:

Vest-Agder fylkeskommune har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5-1 (1) bokstav a og kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at konkurransegrunnlaget ikke utvetydig skiller mellom programkjøp og administrative tjenester i tilslutning til eksisterende løsninger.

Vest-Agder fylkeskommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 5-2 (2) ved å benytte tekniske spesifikasjoner som omtaler varer av en bestemt opprinnelse ved kjøp av programvarelisenser.

For øvrig har Vest-Agder fylkeskommune ikke brutt regelverket.

For klagenemnda,
18. september 2006

Kai Krüger