



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en digital læringsarena. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5, samt kravet i forskriftens § 17-1 (2) bokstav m, ved ikke å gi leverandørene de opplysningene som var nødvendige for å inngi et tilbud som tilfredstilte et minstekrav fastsatt i kravspesifikasjonen. Nemnda fant videre at innklagede hadde brutt begrunnelsesplikten, både etter første og fjerde ledd i § 20-16.

Klagenemndas avgjørelse 13. oktober 2008 i sak 2008/68

Klager: eKomm AS

Innklaget: Troms fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørg Ven, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Kravet til nødvendige opplysninger for å inngi tilbud. Begrunnelse. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Troms fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 22. januar 2008 en åpen anbudskonkurranse for leie av en digital læringsarena i to skoleår, med opsjon på ytterligere to skoleår, ett år av gangen. Tilbudsfristen var 3. mars 2008 kl. 11:00.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 6.2 fremgikk det følgende tildelingskriterier:

”Valg av leverandør vil skje på grunnlag av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, basert på kriteriene:

- *Pris (total leiepris)*
- *Funksjonelle krav*
- *Ikke-funksjonelle krav*

For utdypning av de enkelte kriteriene, se vedlegg 2, Tilbudsskjema, tildelingskriterier og evaluering.”

- (3) I kravspesifikasjonens punkt 4.6 nr 3 fremgikk det følgende krav til tilbudene:

*”*Ved eventuelt plattformbytte skal brukerdata på eksisterende løsning konverteres og flyttes til ny løsning.”*

- (4) I e-post av 25. februar 2008 stilte eKomm AS (heretter kalt klager) følgende spørsmål:

"2. I kravspesifikasjonen punkt 4.6, tredje ledd, står: "Ved eventuelt plattformbytte skal brukerdata på eksisterende løsning konverteres og flyttes til ny løsning." I dagens løsning er lagret ca 120 Gb brukerdata, skal kostnader for eksport og import av disse dataene tas med i tilbud/og eller prisvurdering?"

- (5) Dette ble besvart slik av innklagede i et brev av 28. februar 2008 til alle tilbyderne:

"Svar 2: Vi har i dag ca 120 Gb data på eksisterende plattform. Kostnad for å konvertere og flytte brukerdata må oppgis separat i tilbudet slik at vi sikrer likebehandling av leverandørene. Dette er en endring fra opprinnelig konkurransegrunnlag.

For å gi eventuelle tilbydere mulighet til å tilpasse tilbudet til disse opplysningene, utvides tilbudsfristen.

Ny tilbudsfrist: Torsdag 07.03. 2008 kl. 08:00.

[...]

Leverandører som allerede har sendt fra seg sitt tilbud – og hvor konvertering og flytting av brukerdata er innkalkulert i tilbudsprisen – kan supplere tilbudet med tilleggsdokument som klart og entydig viser hva oppdragsgiver må betale;

- for konvertering og flytting av brukerdata.*
- for leiepriser, jf prisskjema.*

Dersom vi ikke mottar tilleggsdokument forstår vi det dit hen at tilbudet er komplett og at leverandør har forholdt seg til tilleggsopplysningene i inngitte tilbud."

- (6) Da klager på dette tidspunkt var den eksisterende leverandøren, sendte innklagede selskapet følgende tre spørsmål i en e-post av 29. februar 2008:

"Vi trenger hjelp til å formulere svar på følgende spørsmål i forbindelse med pkt 4.6 i vedlegg 1 kravspesifikasjonen om konvertering og flytting av brukerdata fra eksisterende plattform.

[...]

Spørsmål:

Hvilke typer data er det snakk om?

Er data knyttet til bruker, for eksempel e-post, personlig kalender mv?

Kan data i eksisterende løsning eksporteres på et standardformat som kan utveksles med systemer som støtter slikt standardformat, og i tilfelle; hvilke standarder støttes av eksisterende løsning?"

- (7) Klager besvarte spørsmålene i en e-post av samme dag. Fra svaret hitsettes følgende:

"Poenget mitt er at det skal veldig mye til for at det vil være økonomisk mest fordelaktig å gå over til et nytt system, dersom alle økonomiske og praktiske konsekvenser skal tas med i regnestykket. I opprinnelig konkurransegrunnlag har dere imidlertid fått med

denne konsekvensen, idet dere ber om at leverandør skal besørge overføring av alle data fra eksisterende løsning, og oppgi en fast pris på dette, innbakt i samlet pris på tilbudt løsning.

Jeg tror imidlertid ikke at de andre leverandørene kan ha fått med seg betydningen og realiteten i dette punktet, da vi som leverandør av dagens løsning ikke har fått noe spørsmål om hvordan disse dataene kan tas ut, før nå. Og det har jo heller ikke vært spesifisert i konkurransegrunnlaget om hvilken mengde data det er snakk om.

Presiseringen som kom som svar på mine spørsmål, må imidlertid ha gjort det klart for alle hva dette innebærer. Det er imidlertid fortsatt et mulig dilemma, og rom for tolkning om hvorvidt denne kostnaden skal tas med i evalueringen av pris. Da dere sier i presiseringen at kostnaden for årlig leie og overføring av eksisterende data skal oppgis separat, slik at man sikrer likebehandling av leverandørene. Slik jeg ser det vil denne formuleringen gi dere mulighet til å se kostnadene for disse delene av tilbudet hver for seg, men det sies ikke klart om denne kostnaden fortsatt skal være en del av evalueringen av pris, eller ikke.

Jeg håper og tror imidlertid at dere med deres formuleringer, og avsnittene "Tilleggsønsker, pkt. 4.7, vil også bli vurdert med i karakteren og vil kunne medføre ekstra score. Det samme gjelder andre opplysninger om den tilbudte løsningen som oppdragsgiver ikke har forespurt om, men som tilbyder mener er av betydning for leveransen." og et tilsvarende avsnitt om ikke-funksjonelle krav har gitt dere selv spillerom nok til å inkludere den betydelige økonomiske og praktiske konsekvensen av å konvertere til et helt nytt system, i utvelgelsen av leverandør.

Et annet viktig poeng, som jeg skriver mer om under er dessuten at FirstClass har en meget plassbesparende modell for lagring av data, som kan medføre betydelige konsekvenser for lagringsbehovet ved eventuell overføring til nytt system, idet interne meldinger, inkludert e-post og vedlegg, kun lagres ett sted, med referanser/linker til de enkelte mottakernes postkasser. Dette betyr at dagens 120 Gigabyte faktisk kan vokse til svært mye større mengder ved en eksport og import til nytt system.

[...]

Dagens læringsplattform inneholder data av følgende typer, beskrevet med tilhørende metoder og standarder for eksport:

- E-post

Størsteparten av dataene er e-post, lagret i brukernes postkasser og/eller undermapper. Mengden anslås til ca. 80 % av den totale datamengden på ca. 120 Gb. Det må imidlertid gjøres oppmerksom på at e-post, og andre meldinger i FirstClass som sendes internt, blir fysisk lagret kun ett sted, med referanser til originaldataene fra de enkelte mottakernes postkasser. Dvs. at dersom 1 elev har fått en e-post med et vedlegg på 10 Mb. og videresender dette til hele klassen på 30 elever, så vil dette kun oppta 10 Mb. lagringsplass i FirstClass, ved en eksport og import av disse 30 elevenes postkasser vil imidlertid disse dataene dupliseres opp i 30 eksemplarer og resultere i 300 Mb. En mer nøyaktig angivelse av disse konsekvensene kan imidlertid ikke gis uten en større analysejobb. Brukernes e-post kan hentes ut fra FirstClass ved en eller flere av følgende metoder: Pop3 e-postklient, for innkommende e-post (eventuelle meldinger i mapper må

flyttes til rotnivå), IMAP klient, FirstClass klientbasert eksport. FirstClass eksport lagrer meldinger og dokumenter i en mappestruktur på lokal disk, hver melding opprettes som en mappe, mappen inneholder selve meldingen i formatene RTF, XML og TXT for ivaretagelse av både metadata og innbakt innhold som f.eks. bilder, eventuelle vedlegg lagres i samme mappe.

- Kalender

FirstClass inneholder personlige kalendere, samt gruppe- og ressurskalendere. Hvor mange kalendere som er i bruk, dvs. inneholder data har vi ikke noen umiddelbar oversikt over. Kalendere kan eksporteres i standarden iCal eller 2 ulike formater av kommaseparerte filer. Csv for bruk med Outlook eller Blackberry.

- Kontakter

Alle brukere har personlige kontaktdatabaser/adressebøker som kan eksporteres med standarden vCard eller 2 ulike formater av kommaseparerte filer. Csv for bruk med Outlook eller Blackberry.

- Dokumentmapper

Meldinger, dokumenter og opplastede filer kan finnes lagret i personlige og delte mapper. Disse mappene kan eksporteres til mapper på lokal disk, på samme måte som beskrevet for e-postmapper.

- Undervisningsmaterieell i LMS fagrom.

Fra i år finnes noe data i fagrommene basert på vår nye LMS modul. Disse dataene kan eksporteres som SCORM pakker, men dette er kun en svært liten del av den totale datamengden per i dag. Da bruken av disse fagrommene ikke har kommet ordentlig i gang, i påvente av endelig avklaring på valg av fremtidig plattform.

- Hjemmesider

Diverse prosjekthjemmesider, stort sett i standard html. Alle hmtl-filer og refererte elementer som bilder kan lagres/eksporteres til lokal mappe, for opplasting til annen standard webserver.

Eksempeldata kan produseres på forespørsel!"

- (8) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 5 tilbud. Foruten klager, innga også følgende 4 selskap tilbud: IST AS, It`s learning AS, Edunor AS og Fronter AS. IST AS trakk tilbudet sitt kort tid etter tilbudsfristen.
- (9) I tilbudet fra It`s learning AS fremgikk det følgende vedrørende kravet om konvertering og flytting av brukerdata på eksisterende løsning:

"All eksport skjer til kjente format som csv filer og IMS CP. Forutsatt at andre plattformer støtter disse standardene vil det være mulig å importere data. It`s learning kan også tilby en manuell jobb for å hente ut alle brukerdata om det skulle være nødvendig. Dette vil i så fall måtte defineres som et prosjekt. "

- (10) Ut fra dette, var det heller ikke oppgitt noen separat pris for konvertering og flytting av brukerdata på eksisterende løsning.

- (11) I tilbudet fra Edunor AS fremgikk det følgende vedrørende kravet om konvertering og flytting av brukerdata på eksisterende løsning:

"Ved et eventuelt plattformbytte vil Edunor AS kunne stille ressurser til rådighet slik at brukerdata kan flyttes til ny løsning. En forutsetning for dette er at eksisterende løsning kan eksportere brukerdata på et format som kan importeres."

- (12) Ut fra dette, var det heller ikke oppgitt noen separat pris for konvertering og flytting av brukerdata på eksisterende løsning.

- (13) I Fronter AS' tilbud fremgikk det følgende vedrørende kravet om konvertering og flytting av brukerdata på eksisterende løsning:

"Fronter støtter e-læringsstandarden IMS for eksport av innhold fra læringsplattformen. Innhold, som ikke er opplastede filer, vil konverteres til html og deretter importeres i andre applikasjoner som støtter samme standard."

Etter nærmere spesifisering av dette kravet i brev av 27.02, er det å forstå at plattformbytte i denne sammenheng er fra eksisterende til eventuelt tilbytte.

Det kommer ikke klart ut fra anbudspapirene hvilken plattform dette er, og om det gjelder flere plattformer, eksempelvis iMentor, FirstClass og eventuelt andre. Videre foreligger det heller ingen informasjon om eksisterende plattform støtter e-læringsstandarden IMS for eksport av innhold.

Når det er sagt, viser all erfaring at ved overgang fra en plattform til en annen, er det i all hovedsak filer, av ulike formater, som ønskes flyttet. Det blir også en god anledning til opprydding og behovsanalysering av lagret innhold. Flere har sammenlignet plattformflytting med "normal" flytting fra sted til sted. I praksis foretas denne flyttingen av brukerne selv, slik at de får et forhold til hvilke data som blir å finne i den nye løsningen. Dette er også en prosess som vi anbefaler. Det å overføre store mengder filer, som er eksportert fra eksisterende plattform, er å anse som en enkel oppgave og bør, som nevnt, gjøres av brukerne selv.

Fronter AS pålegger ingen ekstra kostnad for dette, da slik import typisk gjennomgås på administratorkurs. Det er viktig å merke seg at Fronter AS ikke kan påta seg ansvar for eksport av data fra konkurrerende plattform. I andre sammenhenger hvor dette har vært aktuelt, har "fraflyttet" plattformleverandør, på bestilling, utviklet egen eksportfunksjon ut fra e-læringsstandardene."

- (14) Ut fra dette, var det heller ikke oppgitt noen separat pris for konvertering og flytting av brukerdata på eksisterende løsning.

- (15) I klagers tilbud fremgikk det følgende vedrørende kravet om konvertering og flytting av brukerdata på eksisterende løsning:

"Gjelder i utgangspunktet ikke FirstClass, da FirstClass er dagens løsning. Se imidlertid eget dokument under skilleark 5 for beskrivelse av metoder og standarder for eksport av data fra FirstClass."

- (16) Dokumentet som det her vises til, er den e-posten klager sendte innklagede den 29. februar 2008, som svar på innklagedes tre spørsmål.
- (17) I brev av 7. april 2008 ble tilbyderne meddelt at Fronter AS var tildelt kontrakten. Det ble gitt følgende begrunnelse:

”Av hensyn til leverandørens behov for skjerming av sitt tilbud ønsker vi ikke å opplyse inngitte priser eller hvilke karakterer som ble gitt til den enkelte tilbyder.

Resultatet av karaktergivningen medførte at It's learning og Fronter kom like godt ut, deretter rangertes eKomm, og til sist var rangert Edunor. Rent prismessig var tilbudet fra Fronter det laveste, og Fronter oppnådde således den laveste justerte prisen. Total rangering er som følgende:

- 1. Fronter AS*
- 2. It's learning*
- 3. eKomm*
- 4. Edunor*

Ut fra ovenstående er tilbudet fra Fronter AS det mest økonomisk gunstige, og Troms fylkeskommune har til hensikt å inngå kontrakt med Fronter AS.”

- (18) I brev av 8. april 2008 ba klager om diverse ekstra informasjon vedrørende valget av tilbud. Fra brevet hitsettes følgende:

”2. Kostnad for datakonvertering

Dere satte altså krav om at brukerdata på eksisterende løsning skulle konverteres og flyttes til ny løsning, som er den andre store konsekvensen av å bytte plattform. Men vi har selv etter deres presisering av at denne kostnaden skal oppgis, og etter gitt tilleggsfrist, til dags dato ennå ikke fått noen henvendelse fra de andre tilbyderne om hvilke overføringsstandarder, metoder og mengder data det dreier seg om. Så vi har grunn til å mistenke at dette ikke er blitt prissatt, eller konsekvensutredet, av tilbyderne, som forutsatt.

I eKomm ber vi derfor om en redegjørelse i denne forbindelse, med henvisning til reglene om offentlige anskaffelser § 20-16 om oppdragsgivers begrunnelsesplikt.”

- (19) I tillegg ble det bedt om ”den konkrete prissammenligningen” mellom klagers og valgte leverandørs tilbud, da klager fant dette nødvendig for å kunne vurdere om tildelingsbeslutningen skulle påklages.
- (20) I e-post av 15. april 2008 uttalte klager i tillegg følgende om kravet til konvertering og flytting av eksisterende brukerdata:

”La meg derfor i første omgang få komme tilbake til kravet om at brukerdata fra eksisterende løsning skal overføres til en eventuell ny plattform, med presisering av at kostnadene for dette skal oppgis og inkluderes i tilbudet. Da dette kun gjelder ved eventuelt plattformbytte, og er en forpliktelse for en eventuell ny leverandør, har ikke vi lagt vekt på å dokumentere og kostnadsberegne dette i vårt tilbud. Men har på forespørsel fra fylkeskommunen laget og oversendt en oversikt over de standardene og

metodene som kan benyttes for å hente data ut av FirstClass, i påvente av mer informasjon om hvordan dette kravet har blitt ivarettatt i prosessen. For ytterligere å underbygge vår antakelse om at foreløpig valgt leverandør ikke har inkludert disse kostnadene i sitt tilbud, vil jeg imidlertid redegjøre for hvordan jeg ville kostnadsvurdert dette.

Dere har oppgitt, på bakgrunn av informasjon fra oss, at eksisterende plattform inneholder ca. 120 Gigabyte med data. Som forøvrig har vokst til nærmere 140 Gigabyte i løpet av februar/mars. Dette er i utgangspunktet en enorm mengde data, også dersom dette i hovedsak var opplastede filer og dokumenter i fellesområder. Men realiteten er at disse dataene er spredd rundt på over 8000 brukerkontoer, fordelt på kontaktopplysninger, kalenderdata, e-post, dokumenter og filer i individuelle mappestrukturer. Å gjenoppbygge dette på et annet system betyr å først eksportere ut de ulike typene data for hver enkelt bruker i de respektive standarder som egner seg for hver type data, som vcard eller kommaseparert tekstfil for kontaktdata, som iCalendar eller kommaseparert format for kalender, og som rtf/xml mappestruktur eksport for e-post, vedlegg, dokumenter og filer. Disse dataene må så lagres på et eller annet transportabelt medium for overføring til ny tjenesteleverandør som så må importere, mest sannsynlig med separate prosesser for de enkelte standardene, separat for hver enkelt bruker, dersom de i det hele tatt har verktøy for å importere disse ulike datatypene. I verste fall så må hver enkelt fil lastes opp gjennom deres webgrensesnitt. Slik at i verste fall så vil denne prosessen kunne ta flere timer for hver bruker.

Men fremfor å presentere en mulig kostnad for ovenstående skrekksenario skal jeg nøye meg med å regne på et alternativt beste fall, for eksempel dersom vi skulle ha overført alle disse dataene til en annen FirstClass server, som vi har verktøy for, så ville jeg anslå at vi gjennomsnittlig kunne klare å overføre 10 brukere i timen. Og dersom vi trekker fra for brukere som ikke har benyttet systemet eller ikke lagret noen data så regner vi med ca. 4000 brukere for å være sikker på å ikke ta for hardt i. Dvs. 400 timer totalt som igjen betyr kr. 400.000,- med en timesats på kr. 1000,-

Et alternativ til dette vil kunne være å henvise brukerne til selv å overføre sine data. Men da må jo også dette kostnadsberegnes. En del av denne kostnaden er at brukerne da må få opplæring i hvordan de eksporterer og importerer de ulike datatypene. Bare denne prosessen vil nok ta mer tid pr. bruker enn selve overføringen ville gjøre dersom det ble utført av en profesjonell konsulent. Men på den annen side så kan vel tiden til elevene, og lærerne som må stå for opplæringen, prises en del lavere enn konsulentprisen. La oss da si at det brukes 15 minutter pr. elev/lærer for å motta denne opplæringen, og 30 minutter for hver superbruker/lærer som først skal lære dette selv, og så skal stå for opplæringen av de andre. Om vi her også regner med kun halvparten av brukerne ender vi med dette opp med minst 500 timer. Før brukerne i det hele tatt har fått begynt selve overføringen. Og så må du regne med at brukerne vil bruke langt mer tid på selve overføringen enn en profesjonell konsulent, og det vil mest sannsynlig genereres en god del brukerstøtte henvendelser. Det vil dermed bety mange tusen timer. I tillegg til dette kommer kostnaden med å opprettholde FirstClass inntil alle skolene har rukket å lære opp alle lærere og alle elever, og gitt dem rimelig tid til å fullføre overføringen. Jeg vil tro at det betyr tidligst oktober før dere kan avslutte FirstClass tjenesten, og dermed et par hundre tusen kr. ekstrakostnad for FirstClass i forhold til om ny leverandør foretar hele overføringen f.eks. i sommerferien, da forutsatt at de har

nok tilgjengelig mannskap til å gjennomføre minst 400 arbeidstimer i løpet av ferien, eller at de tar ansvar for eventuelle merkostnader ved forsinkelser.

Jeg vil dermed påstå at uansett hvilken fremgangsmåte som velges for å få over eksisterende brukerdata, og hvilken konsulentpris eller verdi på elevers og læreres tid man opererer med, vil man ikke klare å komme under en halv million i total kostnader for dette, og mest sannsynlig langt mer. Så dersom Fronters tilbud ikke inkluderer kostnader for overføring av brukerdata vil jeg gjerne at dere regner inn dette, før ny sammenligning.”

(21) I brev av 17. april 2008 besvarte innklagede henvendelsen fra klager på følgende måte:

”eKomm har rett i sine antagelser om at ingen av tilbudene var prissatt når det gjelder konvertering og flytting av brukerdata. Heller ikke i tilbudet fra eKomm kunne vi finne en særskilt prising og gikk derfor ut fra at den var innbefattet i årlig leie, slik vi opprinnelig hadde bedt om. Vi antok det skyldtes to forhold:

- eKomm var ikke innforstått med at fylkeskommunen har data på flere læringsplattformer.*
- eKomm har hoveddelen av dataen og trenger derfor ikke kalkulere inn noen pris for akkurat denne konverteringen.*

Vi vurderte forholdet rundt ”særskilt prising” mens vi holdt på med prosessen rundt kvalifisering av leverandør og akseptering av tilbud, dvs før vi i det hele tatt så på leverandørens svar på den øvrige del av kravspesifikasjonen.

I alle tilbudene viste det seg at vårt krav var konsekvensutredet og forslag til løsning forelå fra samtlige. Ingen av tilbudene var imidlertid 100 % uttømmende. Kravet kan bare innfris fullstendig ved at de ulike leverandørene vi i dag benytter avgir nødvendige overføringsstandarder osv. Vi ser at dette kravet kunne vært bedre gjennomtenkt fra vår side, men at det rammer alle tilbyderne på samme måte. Vi fant det derfor riktig å ikke vektlegge kravet om konvertering og flytting av brukerdata mer enn øvrige punkter i kravspesifikasjonen.”

(22) Deretter ble det uttalt følgende angående tilbudsevalueringen:

”Angående evalueringen

I vårt brev om innstilling i konkurransen beskrev vi evalueringsprosessen og bruken av karakterskala. Videre opplyste vi at tilleggssønskene og andre opplysninger kunne utløse tilleggsscore ved at vi ga 1 karakter i tillegg ved sluttevalueringen, og dermed ble det også mulig å oppnå maksimal karakteren 6.

Evalueringen er gjennomført i tråd med konkurransegrunnlaget, vedlegg 2, pkt. 2.3 som sier at: ”Leverandørens løsning må i all hovedsak tilfredsstillende kravene i kravspesifikasjonen, pkt 4.1 – 4.6 og 5. Tilbyders løsning vil bli evaluert og sammenholdt med samtlige forhold som er beskrevet i punktene. Noen av kravene vil være mer utslagsgivende enn andre.”

Under evalueringen ble samtlige krav gjennomgått, vurdert og karaktersatt. Evalueringsgruppen, som besto av ni personer, ble enige om en felles karakter for hvert av de to variablene.

Resultatet for eKomms løsning kontra Fronter var følgende:

Funksjonelle krav

eKomm: 5,0 Fronter: 5,5

Under funksjonelle krav er selve LMS-delen viktig. Fronter er i denne sammenhengen blitt vurdert til å dekke våre krav bedre.

Ikke-funksjonelle krav

eKomm: 4,5 Fronter: 4,5

Ut fra det oppnådde resultatet og inngitt pristilbud har Fronter en bedre indekspris enn eKomm, se beskrivelse i vedlegg 2, og ble følgelig rangert før eKomm.

Selv om karakterene hadde vært snudd, at eKomm hadde oppnådd de beste karakterene, ville likevel Fronter rangert foran dere på grunn av sin pris.

[...]

Troms fylkeskommune anser oss med dette for å ha oppfylt begrunnelsesplikten. Ny klagefrist er satt til kl 0900 onsdag 23.04."

- (23) I e-post av 18. april 2008 oversendte klager så følgende kommentarer til innklagedes brev av 17. april 2008:

"Men saken er jo imidlertid at dere har tatt hensyn til dette i deres kravspesifikasjon. Og for å være helt sikker på hvordan dette skulle tolkes og evalueres ba vi om en presisering av hvordan dette punktet var ment å forstås. Svaret deres bekreftet at kostnader til overføring av brukerdata skulle inkluderes i tilbudet og dermed være en del av evalueringsgrunnlaget, det nye var at dere nå ønsket denne kostnaden oppgitt separat. Mengden brukerdata ble oppgitt til 120 Gb som var identisk med den datamengden som eKomm informerte om at lå i dagens FirstClass løsning, eKomm hadde dermed spurt om og fått bekreftet at det var dataene som lå i FirstClass som skulle overføres, da ingen andre data ble nevnt. Når dere så dagen etter utvider tilbudsfristen, med presisering av at leverandør skulle oppgi klart og entydig hva oppdragsgiver må betale for konvertering og flytting av brukerdata. Da tok vi dette som en definitiv bekreftelse på at dette var et ufravikelig krav som ikke lenger skulle kunne misforstås. Og vi baserte dermed vårt tilbud på dette, i trygg forvisning om at dette betydelig ville redusere Fronters og It's learning sine muligheter til å nå frem med sine subsidierte prisdumping. Tilbudet vårt ble dermed "riktig" priset. Dvs. på en måte som gjør at vi tjener penger på det, og blir i stand til å levere en kvalitativt bedre tjeneste, enn om vi skulle ha vært nødt til å presse prisen ytterligere ned, som vi ville ha gjort dersom kravet om overføring av brukerdata ikke hadde vært så klart tilstede i konkurransegrunnlaget. Dette er det vi vil basere vår klage på. Dere skriver forøvrig også at i alle tilbudene var dette kravet konsekvensutredet og forslag til løsning forelå. Men dersom disse løsningene ikke inkluderer den faktiske kostnaden i kroner og øre for

hva oppdragsgiver må betale, eller blir påført av kostnader, for å få overført alle de spesifiserte 120 Gb data så kan ikke vi se at kravet på noen som helst måte er oppfylt. Om dere mener noe annet så må dere i så fall forklare dette for oss. eKomm stiller seg forøvrig helt uforstående til at dere ikke skal ha fått informasjon om de nødvendige overføringsstandarder, da vi i e-post fra dere den 29. februar kl. 09:19 mottok spørsmål om akkurat dette, hvor dere ba om å få svar samme dag, og vi sendte en fylldig redegjørelse tilbake til dere nøyaktig 5 timer og 20 minutter senere, nærmere bestemt kl. 14:39. Helt til slutt, hvordan kan dere i det hele tatt si at dette kravet rammer alle tilbyderne på samme måte? Mer om dette kommer i klagen.

Vi savner imidlertid også fortsatt noe informasjon, som vi mener å ha rett til å få innsyn i.

Angående vårt punkt 5 om Funksjonsbegrunnelse så bekrefter dere at vi har fått bedre score enn Fronter på 3 spesifikke funksjoner, men vi trenger vel så mye å få vite hvilke punkter vi har blitt trukket for og/eller har fått lavere score enn Fronter på. Dette bør kunne oppgis ganske enkelt ved å sende oss evalueringsskjemaet for funksjonelle og ikke-funksjonelle krav som vi fikk tilsendt før demo i Tromsø. Men i utfylt stand. Dvs. med karakterene som viser hvordan vår løsning har blitt evaluert i forhold til valgt løsning på de enkelte kravene. Dette vil dokumentere tilstrekkelig hvordan vår løsning er funksjonsevaluert i forhold til valgt løsning, uten å avdekke noen metoder eller tekniske detaljer som kan ansees som forretningshemmeligheter. For som KOFA sier: "Avhengig av klagers anførsler, kan tilgang til informasjon vedrørende den valgte leverandørens referanser, tilbudspriser, betalingsordninger og forslag til løsninger være nødvendige for å belyse saken. Klagenemnda har på denne bakgrunn i plenum diskutert hvilken informasjon som i utgangspunktet skal regnes for forretningshemmeligheter, og kommet frem til at dette i første rekke gjelder tekniske metoder, oppbygning og løsninger. Den valgte leverandørs totalpriser vil ikke kunne regnes som forretningshemmeligheter. Når det gjelder referanser og delpriser, må vurderingen gjøres helt konkret. "

- (24) I e-post av 22. april 2008 sendte klager så en klage på tildelingsbeslutningen. Klagen inneholdt de samme anførselene som senere er brakt inn for klagenemnda.
- (25) Klagen ble ikke tatt til følge, jf innklagedes brev av 29. april 2008. Det ble opplyst at ingen av tilbyderne hadde oppgitt separat pris for konvertering og flytting av eksisterende brukerdata, men at Fronter hadde inkludert dette i tilbudets årlige leiepris. Når det gjelder tilbudsevalueringen, ble det opplyst følgende:

"Når det gjelder karaktergivning av de myke variablene kan vi opplyse følgende om forskjellen mellom eKomms tilbud og Fronters tilbud:

3.1 Lagring og informasjonsdeling:

Begge leverandører har fått krav oppfylt på alle punkt. Evalueringsgruppa har på dette hovedpunkt gitt Fronter ekstra poeng på 3 av punktene i forhold til eKomm. eKomm har fått ekstra poeng på ett av punktene i forhold til Fronter. Totalt sett kommer Fronter best ut på hovedpunkt 3.1.

Hovedpunktene 3.2, 3.3 og 3.4:

Begge leverandører har fått krav oppfylt på alle punkt og ekstra poeng på enkelte av punktene. Totalt sett kommer begge leverandører likt ut på hovedpunkt 3.2, 3.3 og 3.4.

3.5 Oppdragsgivers tilleggsønsker som leverandør må beskrive løsning av:

Begge leverandører har fått krav dårlig oppfylt på 2 punkt. Begge leverandører har fått krav oppfylt på alle andre pkt. Fronter har fått ekstra poeng på 7 av punktene mens eKomm har fått ekstra poeng på 4 av punktene. Totalt sett kommer Fronter best ut på hovedpunkt. 3.5, men dette gir ikke utslag da begge leverandører har fått samme tilleggscore på totalevalueringen fra dette hovedpunkt.

4.1 Responstider, drifting og sikkerhet:

eKomm har her fått alle krav oppfylt og ekstra poeng på 5 av punktene, mens Fronter har fått dårlig oppfylt krav på ett av punktene, oppfylt krav på resten, og ekstra poeng på 3 av punktene. eKomm kommer best ut på hovedpunkt 4.1.

Hovedpunktene 4.2, 4.3, 4.4, 4.5:

Begge leverandører er vurdert likt på alle punktene. Alle krav er hos begge oppfylt og begge har fått ekstrapoeng på de fleste av punktene.

4.6 Andre krav:

Begge leverandører har fått oppfylt krav på alle punktene og ekstrapoeng på de fleste av punktene. På ett av punktene Fronter fått ekstrapoeng i forhold til eKomm, noe som medfører at eKomm kommer litt dårligere ut totalt på hovedpunkt 4.6.

4.7 Oppdragsgivers tilleggsønsker som leverandør må beskrive løsning av:

Her har begge fått oppfylt krav mens Fronter har fått ekstra poeng. Totalt kommer Fronter best ut på hovedpunkt 4.7. Dette gir likevel ikke noe utslag på totalevalueringen.

5. KRAV TIL DOKUMENTASJON

Begge leverandører er vurdert likt. Alle krav er hos begge oppfylt og begge har fått ekstrapoeng på de fleste av punktene. Ut fra ovenstående redegjørelser vil klagen fra eKomm ikke bli tatt til følge. Med dette anser Troms fylkeskommune seg ferdigbehandlet med klagen, og vi vil avslutte konkurransen ved å inngå kontrakt med Fronter AS."

- (26) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 2. mai 2008. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 30. april 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (27) Tilbud som ikke oppga kostnaden for konvertering og flytting av eksisterende brukerdata, eller som ikke hadde en klar aksept av at dette var inkludert i den oppgitte tilbudsprisen, skulle vært avvist. Dette gjelder spesielt tilbudene fra Fronter AS og It's learning AS. Fronter AS' tilbud inneholder også en rekke andre forbehold, som innebærer at tilbudet skulle vært avvist. Dette gjelder i forhold til kravspesifikasjonens punkt 3.23, 3.5.5, 4.1.2, 4.3.5, 4.3.7, 4.4.1 og 4.4.3. Klager har ikke kunnet kontrollere tilbudet fra It's learning AS, da dette ikke er utlevert.

- (28) Subsidiært skulle disse tilbudene ved tilbudsevalueringen vært tillagt et beregnet pristillegg for slike kostnader. Hadde det blitt gjort, hadde klagers tilbud vært det rimeligste, og selskapet skulle følgelig vært tildelt kontrakten. Klagenemnda bes om mulig, å fastslå dette.
- (29) Selv om klager nå har fått den informasjon om poenggivning og kostnadsevaluering som var nødvendig for å kunne påklage kontraktstildelingen, skulle denne informasjonen vært gitt før fristen for å påklage tildelingsbeslutningen løp ut. Innklagedes opptreden må anses i strid med kravet til etterprøvbarhet.
- (30) Klagenemnda bes om å uttale seg om vilkårene for erstatning for klager er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (31) Samtlige tilbud inneholdt en løsning for konvertering og flytting av eksisterende brukerdata. Selv om ikke alle beskrivelsene av de tilbudte løsningene var like grundige, var det fullt mulig å evaluere alle tilbudene på dette punkt. Konkurranses grunnlaget stilte ikke noe krav om automatisk konvertering. En løsning med manuell konvertering kunne derfor ikke anses som noen mangel, og i alle fall ikke som noen vesentlig mangel. Det forelå dermed ikke noe grunnlag for å avvise noen av tilbudene på dette grunnlag.
- (32) Når det gjelder kravet om separat prising, var det kun Fronters tilbud som eksplisitt uttalte noe om dette. Her fremgikk det at det ikke ville påløpe noen ekstra kostnader for dette. Prisen for dette var følgelig kr 0,-. Når det gjelder de øvrige tilbudene, inkludert klagers, hadde disse ikke uttalt noe eksplisitt om dette, men det fremgikk klart at leverandørene fullt ut aksepterte de krav som var satt i konkurransegrunnlaget med vedlegg. Basert på dette, la innklagede til grunn at samtlige tilbud måtte anses for å inkludere kostnadene til dette. Prisen for dette måtte derfor settes til kr 0,- også for disse tilbudene, og det forelå da heller ikke noe grunnlag for å avvise disse. Det ble for øvrig foretatt en overfladisk vurdering av om hele konkurransen skulle vært avlyst, men innklagede fant at dette verken kunne anses hensiktsmessig eller at det kunne anses for å foreligge saklig grunn for dette.
- (33) Det fremgår av forskriften til offentlighetslovens punkt V nr 12 at oppdragsgiver ikke har plikt til å gi innsyn i anskaffelsesprotokollen og de øvrige tilbydernes tilbud. Dette ble dermed heller ikke gjort. For øvrig vises det til den skriftlige utdypning innklagede ga over tildelingsevalueringen i brevene av 17. og 29. april 2008. Dette tilfredsstiller begrunnelsesplikten og kravene til etterprøvbarhet.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt innklagede hadde plikt til å avvise ett eller flere av tilbudene i konkurransen

- (35) Av forskriftens § 20-13 (1) bokstav e følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen. Dersom et tilbud inneholder et avvik fra et minstekrav, er utgangspunktet at dette må anses som et vesentlig avvik, jf blant annet klagenemndas saker 2004/291 og 2008/58,

Dragsten/Lindalen s 1066, samt Det danske Klagenævnet for Udbuds kjennelse av 4. november 2003.

- (36) Av kravspesifikasjonens punkt 4.6. nr 3 fremgår det at *"ved eventuelt plattformbytte skal brukerdata på eksisterende løsning konverteres og flyttes til ny løsning"*. Nemnda drøfter først om dette må anses som et minstekrav til tilbudene.
- (37) I kravspesifikasjonens hovedpunkt 3 og 4 fremgår det en rekke funksjonelle og ikke-funksjonelle krav til tilbudene. Selv om det i overskriften til hvert av hovedpunktene heter at tilbudene kun *"i all hovedsak"* skal oppfylle kravene, har oppdragsgiver i den videre angivelse av kravene valgt å skille ut de kravene som det kun var en fordel at var oppfylt i et eget siste underpunkt, hhv punkt 3.5 i punkt 3 og punkt 4.7 i punkt 4. Når det gjelder kravet i punkt 4.6 nr 3 er dette dermed angitt under de absolutte kravene. Videre er det i den direkte angivelsen av kravet brukt formuleringen *"skal"*, og ikke *"bør"* el. Når dette ses i sammenheng med innklagedes brev av 28. februar 2008, hvor det uten videre forutsettes at tilbyderne skulle tilby å konvertere og flytte eksisterende brukerdata, legger klagenemnda til grunn at kravet i punkt 4.6 må anses som et minstekrav.
- (38) Videre er nemnda også kommet til at dette kravet må anses for å ha vært av sentral betydning ved anskaffelsen av en ny digital læringsarena. Dette følger av at innklagede utsatte tilbudsfristen for at tilbyderne skulle få tilstrekkelig tid til å tilby dette. Dessuten følger det av at kravet må ses i sammenheng med det kravet som var angitt i kravspesifikasjonens punkt 4.6 nr 1. Her fremgikk det at elevens brukerdata skulle følge eleven gjennom hele skoleløpet. Kravet i punkt 4.6 nr 3 må derfor etter dette anses som et minstekrav, som i tillegg var av vesentlig betydning for anskaffelsen.
- (39) Nemnda går så over til å vurdere om ett eller flere av tilbudene skulle vært avvist som følge av at de ikke oppfylte minstekravet i punkt 4.6 nr 3.
- (40) Etter klagenemndas gjennomgang av de innleverte tilbud i konkurransen, er nemnda kommet til at ingen av disse kan anses for å fullt ut tilfredsstille dette kravet. Når det gjelder tilbudene fra It's Learning AS og Edunor AS fremgår det at flytting av eksisterende brukerdata kun kan gjøres på visse nærmere angitte forutsetninger, samt at dette må anses som et eget prosjekt som tilbyderer eventuelt kan påta seg. Tilbudet fra Fronter AS begrenser seg til å uttale at dette bør gjøres av brukerne selv, og at Fronter AS *"ikke kan påta seg ansvar for eksport av data fra konkurrerende plattform"*. Det er også eksplisitt uttalt at konkurransegrunnlaget etter leverandørens oppfatning var mangelfullt mht de opplysningene som var nødvendige for å kunne gi en pris på dette arbeidet. Tilbudet fra klager inneholder heller ikke noen ubetinget aksept av kravet, da det av tilbudet kun fremgår at dette kravet ikke gjelder klager. Klagers tilbud står likevel i en særstilling i forhold til de øvrige tilbudene, da klager som eksisterende leverandør allerede må ha hatt mesteparten av de aktuelle data på sin plattform, jf her innklagdes henvisning til at det totalt var tale om ca 120 GB data, og klagers uttalelse i e-posten av 25. februar 2008 om at de data som lå på selskapets plattform også utgjorde ca 120 GB.
- (41) Dette innebærer at i alle fall tilbudene fra Fronter AS, It's Learning AS og Edunor AS i utgangspunktet skulle vært avvist etter bestemmelsen i forskriftens § 20-13 (1) bokstav e. Videre er det også mulig at klagers tilbud skulle vært avvist.

- (42) For å kunne ta endelig stilling til avvisningsspørsmålet, må klagenemnda imidlertid først vurdere om årsaken til at tilbudene var mangelfulle på dette punkt må anses for å skyldes oppdragsivers eget forhold. Dersom det er tilfelle, og feilen ikke kan avhjelpes på annet vis, har oppdragsgiver plikt til å avlyse konkurransen istedenfor å avvise tilbudene, jf til støtte for dette klagenemndas sak 2008/44 (premiss 28) og 2008/25, samt Dragsten/Lindalen side 1100.
- (43) Av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5, samt forskriftens § 17-1 (2) bokstav m, følger det at oppdragsgiver er forpliktet til å gi tilbyderne de opplysningene som er nødvendige for at disse skal kunne inngi et tilbud som er i samsvar med de oppstilte krav, jf klagenemndas avgjørelser i sakene 2008/27 (premiss 48), 2006/106 og 2006/68.
- (44) Etter klagenemndas oppfatning viser de forutsetningene og forbeholdene tilbyderne tok i tilbudene at leverandørene ikke kan ha hatt de opplysningene som var nødvendige for å gi et tilbud i samsvar med minstekravet i punkt 4.6 nr 3. At innklagede også må ha skjönt dette allerede forut for tilbudsfristens utløp, følger også av at innklagede faktisk ba klager om disse opplysningene i en e-post av 29. februar 2008. Etter klagenemnda oppfatning, skulle innklagede ha videreformidlet disse opplysningene til de øvrige tilbyderne. Når dette ikke ble gjort, har innklagede brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og god foretningsskikk, samt forskriftens § 17-1 (2) bokstav m. Videre innebærer dette at konkurransen må anses vesentlig forfeilet, slik at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen da de oppdaget at tilbudene var mangelfulle på dette punktet. Det kan ut i fra de opplysningene klager har gitt, ikke utelukkes at rangeringen av tilbudene kunne blitt en annen, dersom tilbyderne hadde fått tilstrekkelig med opplysninger til å inkludere og prise kravet om konvertering og flytting av eksisterende brukerdata i sine tilbud.

Begrunnelsesplikten

- (45) Klager har anført at de opplysningene innklagede ga vedrørende valget av tilbud forut for klagefristens utløp ikke var tilfredsstillende.
- (46) Klagenemnda vurderer først om de opplysningene som ble gitt uoppfordret i tildelingsmeddelelsen av 7. april 2008 må anses tilfredsstillende ut fra de krav som fremgår av forskriftens § 20-16 (1). I denne bestemmelsen heter det at oppdragsgivers begrunnelse om kontraktstildeling skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarelig, i samsvar med de angitte tildelingskriterier.
- (47) Idet innklagedes begrunnelse i tildelingsmeddelelsen utelukkende begrenser seg til å gi en oversikt over hvordan tilbudene ble rangert, samt å uttale at Fronter AS' tilbud var det rimeligste, er det klart at dette ikke tilfredsstiller regelverkets krav til en uoppfordret begrunnelse. Innklagede har dermed brutt forskriftens § 20-16 (1).
- (48) Klagenemnda går så over til å vurdere om kravene til den nærmere begrunnelsen i forskriftens § 20-16 (4) er oppfylt. Etter denne bestemmelsen har oppdragsgiver plikt til å gi en leverandør som anmoder om det, en nærmere begrunnelse for hvorfor vedkommendes tilbud ikke ble valgt. Begrunnelsen skal gis innen 15 dager etter at anmodningen ble mottatt, og opplyse det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. I klagenemndas saker 2003/49, 2005/8, 2007/30 og 2007/76 er det slått fast at

dette innebærer at leverandøren har krav på en sammenligning mellom eget tilbud og valgte tilbud på basis av tildelingskriteriene.

- (49) Etter klagenemndas oppfatning må klagers brev av 8. april 2008 anses som en anmodning om en nærmere begrunnelse i henhold til § 20-16 (4), selv om det i brevet ikke eksplisitt er henvist til bestemmelsens fjerde ledd. Da det i denne saken er gitt to nærmere begrunnelser kan nemnda se disse i sammenheng når det vurderes om kravene er oppfylt, jf klagenemndas sak 2007/30. Den siste begrunnelsen av 29. april 2008 vil imidlertid ikke falle innenfor 15 dagers fristen.
- (50) Når det gjelder innklagedes første besvarelse av klagers anmodning i brevet av 17. april 2008, tilfredsstiller ikke denne de krav som følger av forskriftens § 20-16 (4). Når det gjelder priskriteriet, har innklagede utelukkende begrenset seg til å uttale at Fronter AS hadde *"en bedre indekspris"* enn klager. Etter klagenemndas oppfatning skulle innklagede som et minimum her også opplyst hva som var valgte leverandørs totalpris. Videre burde det også vært gitt en nærmere forklaring av hvordan leverandøren hadde besvart kravet om konvertering og flytting av eksisterende brukerdata, da det var dette klager særlig var opptatt av i anmodningen. Når det gjelder vurderingen av tildelingskriteriet *"funksjonelle krav"* har innklagede begrenset seg til å uttale at valgte leverandør var bedre i forhold til LMS delen. Etter nemndas oppfatning skulle innklagede forklart hvorfor leverandøren var ansett bedre på dette punkt. Når det gjelder tildelingskriteriet knyttet til de *"ikke-funksjonelle krav"* er det uttalt at klager og valgte leverandør ble ansett like gode på dette punkt. Dette kan etter omstendighetene være tilstrekkelig, men nemnda trenger ikke ta stilling til dette her, da begrunnelsen for øvrig uansett ikke tilfredsstiller forskriftens krav.
- (51) Når det så gjelder begrunnelsen i brevet av 29. april 2008, er det også klart at heller ikke denne tilfredsstiller kravene i forskriftens § 20-16 (4). I innklagedes gjennomgang av de ulike kriteriene, er det gjennomgående kun vist til at *"Begge leverandører har fått krav oppfylt på alle punkter"*, samt angitt hvor mange ekstrapoeng Fronter AS har fått på et visst antall punkter under det enkelte hovedkriterium. Det er imidlertid ikke presisert på hvilke punkter Fronter AS oppnådde bedre score, eller hvorfor dette var tilfellet. Dette innebærer at heller ikke denne begrunnelsen er tilfredsstillende.

Erstatning

- (52) Klagenemnda antar at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktinteresse for klager er oppfylt, men finner ikke grunn til å uttale seg om erstatning for den positive kontraktsinteresse.

Konklusjon:

Troms fylkekommune har brutt kravene til forutberegnelighet, likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5, samt kravet i forskriftens § 17-1 (2) bokstav m, ved ikke å gi de opplysningene som var nødvendige for at leverandørene kunne inngi et tilbud som tilfredstilte minstekravet i kravspesifikasjonens punkt 4.6 nr 3.

Troms fylkekommune har ikke oppfylt begrunnelsesplikten i forskriftens § 20-16 (1) og (4).

For klagenemnda,

13. oktober 2008

Andreas Wahl