



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurransepreget dialog for anskaffelse av et nytt elektronisk medlemsregister til Den norske kirke. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 20-9 (2) ved å avholde prisforhandlinger med tilbyderne etter at dialogfasen var avsluttet og leverandørene hadde innlevert sine endelige tilbud. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 12. februar 2009 i sak 2008/98

Klager: Norske Systemarkitekter AS

Innklaget: Den Norske kirke v/Kirkerådet

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Bjørg Ven.

Saken gjelder: Adgangen til å benytte konkurransepreget dialog. Uklart kvalifikasjonskrav. Upresist tildelingskriterium. Manglende vektning av tildelingskriterium. Forhandlingsforbudet. Tilbudsevaluering. Poengberegning. Tildelingsbeslutning. Begrunnelse. Klagefrist. Erstatning.

Bakgrunn:

- (1) Den norske kirke v/Kirkerådet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. januar 2007 en konkurransepreget dialog for anskaffelse av et nytt elektronisk medlemsregister til Den norske kirke.
- (2) I kunngjøringens punkt II 1.5 fremgikk det følgende beskrivelse av anskaffelsen:

"Nytt medlemsregister for Den norske kirke (Dnk). Dnk har i dag et stormaskinbasert sentralt medlemsregister som skal erstattes av en ny løsning. Tilknyttet dette er moduler på andre plattformer. Den nye løsningen skal utvikles i moduler og dekke funksjonaliteten i eksisterende system. Denne må foreligge i endelig driftsklar versjon senest innen utgangen av 2007. Dagens sentrale medlemsregister inneholder opplysninger om rundt 4 millioner personer. Opplysninger som inngår i medlemsregisteret hentes inn blant annet fra Det sentrale folkeregisteret (personer) og GAB/Matrikkelen (adresser til soknekoder). Kobling til disse registrene må også ivaretas av den nye løsningen. Det sentrale medlemsregisteret skal også kunne kobles mot andre relevante sentrale offentlige registre i den utstrekning dette er praktisk realiserbart juridisk og teknisk.

Den nye medlemsregisteret skal utvikles til å kunne kommunisere med brukere både sentralt og lokalt. De lokale brukerne er spredt på rundt 1000 enheter (fellesråd, sokn mm) over hele Norge. I disse enhetene vil det kunne være flere samtidige brukere. Lokale brukere skal kobles mot det sentrale medlemsregisteret via Internett. De lokale brukerne skal kunne oppdatere avgrensede deler av medlemsregisteret.

Det er ønskelig at kirkens adresseregistre inngår i løsningen.

Det kan være aktuelt å videreutvikle det nye medlemsregisteret i Dnk til å kommunisere med andre registre som er tilknyttet kirken. Disse registrene skal også være tilgjengelig for lokale brukere og kunne oppdateres av disse. Noen av de data som løsningen innbefatter er sensitive i følge Personopplysningsloven.

Alle moduler skal være åpne løsninger som i størst mulig grad er basert på etablerte standarder. Arkitektur, moduler og grensesnitt skal være utførlig dokumentert slik at andre leverandører kan knytte seg opp mot disse på en måte som ivaretar krav til sikkerhet. Systemet skal tilfredsstille Datatilsynets krav til håndtering av personopplysninger og sikkerhet i følge Personopplysningsloven og eventuelt andre relevante regelverk.

Det skal inngå vedlikeholdsavtaler på alle nyutviklede moduler. Medlemsregisteret skal driftes eksternt. Drift av medlemsregisteret og eventuelt andre tilknyttede løsninger inngår som en opsjon i den samlede leveransen.”

- (3) I kunngjøringens punkt III 2.2, hvor det er anledning til å stille krav til tilbydernes økonomiske og finansielle kapasitet, samt angi tilhørende dokumentasjonskrav for eventuelle slike krav, var det ikke stilt opp noen kvalifikasjonskrav. Det var imidlertid angitt at tilbyderne skulle inngi følgende dokumentasjon:

”(1)Foretakets siste årsberetning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall.

(2)Framleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette.”

- (4) Innen prekvalifiseringsfristens utløp 26. februar 2007 mottok innklagede 14 søknader om deltakelse. Blant disse ble 8 leverandører plukket ut til å levere inn tilbud. Disse ble tilsendt invitasjon til deltakelse i konkurransen.
- (5) I invitasjonen til deltakelse i konkurransen punkt 1.1. fremgikk det at invitasjonen bygget på innklagedes egen kartlegging og vurdering av de behov som ville foreligge i forhold til det fremtidige medlemsregisteret. Invitasjonen var også vedlagt en behovsanalyse, versjon 1.0, som skulle danne basis for det/de løsningsforslag tilbyderne i første omgang skulle inngi.
- (6) I forordet til behovsanalysen versjon 1.0 fremgikk det følgende om den valgte anskaffelsesprosedyren:

”Anskaffelsesprosedyren konkurransepreget dialog skal benyttes for å kunne gå grundig inn i de prekvalifiserte leverandørers forslag til løsning og på grunnlag av disse utforme det endelige utgangspunktet for den avsluttende anbudsprosessen og valg av leverandør. Denne fremstillingen er derfor å betrakte som et utgangspunkt som vil bli endret og supplert flere ganger i løpet av den konkurransepregete dialogen.

[...]

Det må understrekes at dokumentet på dette stadiet av prosessen kun angir behov, ikke løsninger. Løsningene er det leverandørene som skal utforme, ut fra selvstendige vurderinger og ut fra de skisserte behov."

- (7) I tillegg fremgikk det følgende i anskaffelsesprotokollen punkt 1.5 om bakgrunnen for valget av konkurransepreget dialog som konkurranseform:

"Kirkerådet har ved gjennomføring av anskaffelsen valgt å benytte anskaffelsesprosedyren konkurransepreget dialog:

FOA § 14-2 (1) gir oppdragsgiver adgang til å benytte konkurransepreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter. FOA § 14 2a angir at en kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd objektivt å presisere de tekniske vilkår, som kan oppfylle deres behov og formål.

Ved anskaffelse av nytt medlemsregister for Dnk står Kirkerådet foran en anskaffelse som tillater Kirkerådet å anvende FOA § 14a. Medlemsregisteret for Dnk skal erstatte dagens medlemsregister, men:

- samtidig gi mye mer funksjonalitet - som det kreves dialog/ samarbeid/ gjennomgang med leverandørene for å få definert opp og konkretisert. Funksjonaliteten vil bli vesentlig utvidet sammenliknet med eksisterende medlemsregister.*
- det skal realiseres (tilgjengeliggjøres) på en helt ny måte, der måten medlemsregisteret skal realiseres på må bli lagt etter at muligheter, begrensninger og konsekvenser er synliggjort. Realisering og funksjonalitet angitt i punktet over må også sees i sammenheng.*
- det vil inkludere en rekke flere grenseflater bl.a. mot eksterne registre og eksisterende applikasjoner anvendt i kirken, som må defineres opp.*
- den skal hensynta at den vil kunne fungere som (eventuelt inkludere) funksjonalitet for elektronisk medlemsregister.*
- den skal ivareta sikkerhetsmessige (herunder lokal sikkerhet) og driftsmessige forhold på et helt annet nivå — og realisering av dette hvor antall lokasjoner/ brukere og Kirkens organisering/ finansiering må bli hensyntatt. Punktet fremstår meget uklart ved oppstart av anskaffelsen og henger også sammen med funksjonalitet og realisering; ref over.*
- anskaffelsen må realiseres i flere faser. Innholdet i fasene og hvordan hver fase kan realiseres, fremstår uklart bl.a basert på ovennevnte punkter."*

- (8) I invitasjonen til deltakelse i konkurransen punkt 1.4. fremgikk det følgende om mulig avlysning av konkurransen:

"Kirkerådet tar forbehold om å kunne avbryte anskaffelsesprosessen når som helst, dersom Kultur- og kirkedepartementet av finansielle eller andre grunner instruerer Kirkerådet om dette."

- (9) I invitasjonen til deltakelse i konkurransen punkt 1.5 fremgikk det følgende tildelingskriterier:

"Tildeling av kontrakt vil skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, (ref Forskrift om offentlige anskaffelser § 22-2 pkt 2) med de tildelingskriterier som er spesifisert

under. Tildelingskriteriene for valg av løsning er angitt i prioritert rekkefølge med det viktigste tildelingskriteriet spesifisert først:

1. Kvalitet på løsning (tilfredsstillende sikkerhet, framtidsrettet, brukervennlig, modulbasert, kommunikasjon mellom brukerkategorier)
2. Pris (utvikling og drift)
3. Oppfyllelse av behovene/ kravene
4. Tidsrammen/ fremdrift for prosjektet
5. Referanser på tilsvarende løsninger
6. Kundeservice (organisering av helpdesk, kompetanse på løsning, organisasjon og fagområde med mer)."

(10) I anskaffelsesprotokollen punkt 1.5 fremgikk det følgende begrunnelse for hvorfor tildelingskriteriene var prioritert istedenfor vektet:

"Kirkerådet har ved gjennomføring av anskaffelsen valgt å foreta tidingen basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, men med angivelse av tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først."

FOA § 22-2 (3) spesifiserer: "Der det etter oppdragsgivers mening av påviselige grunner ikke er mulig å foreta en vekting, skal oppdragsgiver i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget angi kriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først."

Ut i fra det faktum at anskaffelsen gjennomføres basert på prosedyren konkurransepreget dialog og at sentrale forhold ved anskaffelsen fremstår uklare, finner Kirkerådet det ikke korrekt å anvende FOA § 22-2 (2) som skulle tilsi at tildelingskriteriene ble vektet (nøyaktig eller med et mindre spenn). Vekting fremstår ikke mulig med den informasjonen Kirkerådet sitter med/ har, før enn anskaffelsens innhold, kriterier, økonomi og omfang fremstår klarere. En vekting på et sett med tildelingskriterier kan senere vise seg å bli feil i forhold til informasjon som Kirkerådet får gjennom anskaffelsens dialogfase.

Da tildelingskriterier må settes senest i konkurransegrunnlaget, finner Kirkerådet at det fremstår mest korrekt å angi tildelingskriteriene i en prioritert rekkefølge. Dette synliggjør det fundament som Kirkerådet kan evaluere og karaktersette tilbudene på basis av — enn så lenge anskaffelsen er beheftet med gjeldende nivå av usikkerhetsfaktorer og uklarheter."

(11) Innen fristen for å levere inn det første løsningsforslaget, 16. april 2007, mottok innklagede løsningsforslag fra 6 tilbydere. I perioden 2. mai til 8. juni 2007 ble det gjennomført to dialogrunder med disse. Etter at dialogrunderne var over stod innklagede igjen med 4 tilbydere. Disse ble så invitert til å inngi et endelig tilbud.

(12) Før fristen for å levere inn det endelige tilbudet ble behovsanalysen oppdatert i en ny versjon benevnt versjon 1.2. I denne fremgår det at de oppstilte krav var blitt inndelt i 3 ulike hovedkapitler; 1. strategi for medlemsregister i DNK, 2. spesifisering av driftskonsept og driftskrav, og 3. beskrivelse av applikasjonen.

(13) I behovsanalysen versjon 1.2 punkt 1.6.a.1 – 1.6.a.3 fremgikk det følgende om eierskap til løsningen:

"1.6.a.1 Eierskap til datamodell

Kirkerådet ønsker å ha eierskapet til datamodellen til applikasjonen for Medlemsregister for Den norske kirke. Dette innebærer en sentral godkjenningsmyndighet for dataelementer som inngår i denne.

1.6.a.2 Eierskap til hovedmenyen

Kirkerådet ønsker å ha eierskapet til hovedmenyen til applikasjonen for Medlemsregister for Den norske kirke. Dette innebærer en sentral godkjenningsmyndighet for funksjoner som inngår i denne.

1.6.a.3 Eierskap til kildekode

Kirkerådet ønsker å ha eierskapet til kildekoden til applikasjonen for Medlemsregister for Den norske kirke. Etter opphør av kontraksperioden skal dette returneres til Kirkerådet eller den Kirkerådet utpeker som ansvarlig for forvaltningen av dette i neste kontraksperiode."

(14) Innen fristen for å levere inn endelige tilbud den 15. august 2007 mottok innklagede tre tilbud. Disse var fra Norske Systemarkitekter AS (heretter kalt klager), Ipera AS og TeleComputing AS. Av leverandørenes tilbud fremgår det at klagers totalpris var på kr 36.7 millioner, mens totalprisen til Ipera AS var på kr 29, 4 millioner og totalprisen til TeleComputing AS var på kr 46,8 millioner.

(15) I klagers tilbud fremgikk det også følgende om rettigheter til kildekoder og datamodell:

"Oppsummering

[...]

1.3 Løsningsstrategi

I vårt tilbud har vi lagt vekt på at Den norske kirke selv vil sitte med eierskap til Medlemsregisteret.

[...]

1. Endringer til Avtalens bestemmelser

Partene har ved avtaleinngåelsen oppnådd enighet om at Avtalens bestemmelser skal underlegges følgende endringer, tillegg eller strykninger slik det er spesifisert i tabellen nedenfor. Endringen, tillegg eller strykningen gjelder kun for det punkt i Avtalens bestemmelser som er spesifisert i tabellen. Kolonnen for kode skal merkes med E for endring, T for tillegg eller S for strykning.

<i>Avtalepkt</i>	<i>Opprinnelig tekst</i>	<i>Ny tekst</i>	<i>Kode</i>
10.1	Rettigheter til programvare Eiendomsrett, opphavsrett og andre relevante materielle og immaterielle rettigheter til programvaren med tilhørende kildekode,	Rettigheter til programvare Eiendomsrett, opphavsrett og andre relevante materielle og immaterielle rettigheter til programvaren med tilhørende kildekode, dokumentasjon,	

	dokumentasjon, spesifikasjoner og annet materiale som utarbeides og leveres i henhold til denne avtalen tilfaller Kunden , med mindre annet er avtalt i bilag 8 og med de begrensninger som følger av annen avtale eller ufravikelig lov.	spesifikasjoner og annet materiale som utarbeides og leveres i henhold til denne avtalen tilfaller både Kunden og Leverandøren med de begrensninger som følger av annen avtale eller ufravikelig lov."	
--	--	---	--

- (16) Etter mottak av de endelige tilbudene gjennomførte innklagede mellom 4 og 6 avklaringsrunder med hver av tilbyderne. I likelydende brev av 6. september 2007 til hver av tilbyderne uttalte innklagede følgende:

"Jf Tilbudsinvitasjonens pkt. 1.4 har Kirkerådet spesifisert som overordnet betingelse at:

"Kirkerådet tar forbehold om å kunne avbryte anskaffelsesprosessen når som helst, dersom Kultur- og kirkedepartementet av finansielle eller andre grunner instruerer Kirkerådet om dette."

Etter gjennomgang av den samlede anskaffelsen og de investerings- og driftsbehov som denne vil føre med seg, har Kultur- og kirkedepartementet uttrykt bekymring mhp. å få denne finansiert opp slik den pt. står. Det er av denne årsak viktig for Kirkerådet at Tilbyder gjennomgår sitt tilbud for å se om behovsanalysen og de grunnleggende kravene/ behovene i denne kan realiseres på en annen måte eller bli tilpasset for derigjennom å få utviklet/ implementert og driftet/ vedlikeholdt Medlemsregisteret på en mindre kostnadskrevende måte enn det Tilbyders tilbud legger opp til. Tilbyder må av samme årsak se om det er mulig å flytte deler av kostnadene fra drift/vedlikehold og til utvikling/ implementering.

Tilbyder bes om å svare opp disse utfordringene ved å besvare det vedlagte 'Skjema for priskorreksjon'. Dette må Tilbyder fylle ut fullstendig. Tilbyder skal ved sin utfylling ta utgangspunkt i prisarket slik det er oversendt i siste versjon – og utfyllingen skal utelukkende spesifisere opp priskorreksjoner (selve besparelsen) i forhold til dette. Tilbyder må spesifisere opp alle konsekvenser av en priskorreksjon (eventuelle krav som ikke kan imøtekommes o.a.). Dette gjøres primært i kolonnen 'Tilbyders forklaring av priskorreksjonen og bakgrunn for denne'. Om det ikke er tilstrekkelig plass i angjeldende kolonne, må Tilbyder etablere et eget vedlegg og i angjeldende kolonne vise til det aktuelle pkt. i vedlegget som forklarer priskorreksjonen, bakgrunnen for og konsekvenser av denne. Det presiseres at Tilbyder må fylle inn alle celler i 'Skjema for priskorreksjon' og at alle linjer som skal korrigeres gjennom en konkret korreksjon av tilbudet blir spesifisert opp i skjemaet. Foreslås ulike korreksjoner/ tiltak, er det også viktig at det tydelig fremkommer hva det enkelte tiltak/ korreksjon vil medføre av priskonsekvenser."

- (17) I e-post av 7. september 2007 besvarte klager dette på følgende måte:

"NSA imøtekommer Den norske kirkes ønsker og har gått ned på årlige driftskostnader fra ca.3.8 mill NOK pr. år ned til ca.2,4 mill NOK ved å:

- 1. Ta bort beredskap/overvåkning utenfor vinduet helt bort.*
 - 2. Ved å flytte maskinvare investering på ca.1.9mill NOK fra årlig drift til initiell investering.*
- NSA videre inviterer til samarbeid rundt følgende:*
- 1. At scope endres i samråd (dermed priser og faser)*
 - 2. At kontantstrømmen endres enten ved flytte mer til initiell investering eller flytte mer til årlige driftskostnader."*

(18) I e-post av 11. september 2007 besvarte Ipera AS innklagedes henvendelse slik:

"Forklaring til korrigeringer:

Vi har lagt opp til to modeller. Det første alternativet er basert på kun korrigeringer av eksisterende forslag som ikke vil ha noen konsekvenser for løsningen. Prisene er senket og store deler av driften er gjort om til etablering.

Alternativ 2 vil også være et forslag uten konsekvenser for funksjonalitet i løsningen, men vil påvirke fremdrifts/implementeringsplanen noe. Dette forslaget er basert på at vi i en overgangsfase ikke utvikler et dynamisk grensesnitt og avventer implementeringen av Suns portalserver. Dette forslaget er basert på en omlegging og tilpasning av dagens intranettløsning og en gradvis overgang til portalserver og dynamisk grensesnitt. I tillegg vil Kirkerådet i dette forslaget også få muligheten til å benytte funksjonalitet som filarkiv, kalendersystem og annen intranettfunksjonalitet fra første dag.

Grunnen til at vi kan redusere prisene i dette forslaget er at utviklingskostnadene delvis er dekket allerede, og det kun er omlegging og tilpasninger som påløper. Vi har også, uavhengig av utfallet i valg av leverandør for nytt medlemsregister, planlagt en overgang til Suns portalserver. Vi kan derfor følge vår opprinnelige utviklingsplan i en overgang til dette, noe som vil være en besparende faktor for oss.

Forslagene vil dermed ende opp i det samme resultatet til sommeren 2008, noe vi er villige til å kontraktsfeste om dette skulle være nødvendig.

Valg av alternativ påvirker ikke driftsløsningen."

(19) TeleComputing AS besvarte innklagedes henvendelse på følgende måte i e-post av 11. september 2007:

"Vedlagt finner dere vårt svar på avklaringsspørsmål samt utfylt skjema for priskorreksjoner.

Det er gjort flere og til dels store endringer i priser og betingelser, men stort sett uten at det får konsekvenser for løsning. Deler av endringene skyldes at noen av driftskostnadene (der hvor det har vært mulig) er flyttet til implementering, og delvis ved at Leverandøren tar større risiko ift forskuttet arbeidsomfang knyttet til drift. Det er også funnet noen regnefeil som har hatt betydning for prisene. Det er fra Leverandøren hele tiden lagt til grunn at alle investeringer skal legges under implementering slik at det kun er driftskostnader som legges til grunn for priser på drift pr mnd. Det understrekes allikevel fra Leverandøren at vi stiller oss åpne for ytterligere justeringer ved at driftsbetingelser flyttes til etablering. Dette kan da for eksempel gjøres ved at deler av prisen tas ut som en forskuddsbetaling, som da må betales

på nytt ved avtalens utløp (tilsvarende for eksempel en fornying av RSA tokens). Leverandøren ønsker derfor å ta en dialog med Kunden om dette da det bl.a. avhenger av avtalens varighet og omfang med mer.”

(20) Etter at disse rundene var gjennomført, var klagers totalpris kr 36.7 millioner, mens totalprisen til Ipera AS var på kr 23,5 millioner og totalprisen til TeleComputing AS var på kr 37,5 millioner.

(21) I innklagedes evalueringsrapport fremgår det følgende vurdering av tilbyderne vedrørende eierskap til kildekode og datamodell under tildelingskriteriet ”oppfyllelse av behovene/kravene”:

”1. Til besvarelse:

Oppfyllelse av de krav som ligger i kapittelet om ’Strategi for Medlemsregisteret’ i Kirkerådets behovsanalyse (Konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon).

2. Vurdering av tilbud:

Ipera: Vil ha eierskap til fysisk datamodell og vil lisensiere programkoden som GPL (General Public License) – (lisensieringsform for åpne lisenser) slik at Kirkerådet ikke vil ha genuint eierskap til kildekode. For øvrig aksepteres kravene kun med mindre forbehold/anmerkninger.

NSA: Vil ha eierskap til kildekode på linje med Kirkerådet. For øvrig aksepteres kravene kun med mindre forbehold/ anmerkninger.

TeleComputing: TeleComputing vil forbeholde seg retten til å bruke kildekoden og all tilhørende dokumentasjon i andre markeder. For Basisalternativet vil TeleComputing ikke garantere at løsningen tilfredsstiller Datatilsynets eksplisitte krav med hensyn til håndtering av opplysninger. For øvrig marginale kommentarer/ anmerkninger.”

(22) På bakgrunn av dette ble klager og Ipera AS bedømt likt på dette punkt, mens TeleComputing AS ble vurdert som noe dårligere.

(23) Fra evalueringsrapporten hitsettes det så følgende fra bedømmelsen av tildelingskriteriet pris:

”Ipera: Fremstår med det klart rimeligste tilbudet uavhengig av utviklingsnivå på løsningen og om tynnklientløsning velges eller ikke. Skyldes trolig at Ipera generelt holder et lavt prisnivå, har valgt rimelig teknologi i bunn.

NSA: Fremstår vesentlig dyrere enn Ipera. Skyldes primært at Medlemsregisteret må utvikles så og si fra bunn. Har også generelt et noe høyere kostnads-/ prisnivå. Det er verdt å bemerke i forhold til NSAs priser at det hefter en del usikkerhet ved disse. NSA har lagt opp til prisingsmodeller som gir dem utvidede muligheter for korreksjon av prisene i forhold til hva de øvrige tilbyderne har lagt opp til. Dessuten er prisene etter fase 2 kun å anse som estimerer fra NSA sin side.

TeleComputing: Fremstår vesentlig dyrere enn Ipera. Skyldes trolig underliggende teknologi og lisenskostnader på de produkter som anvendes. TeleComputing har elementer i sitt miljø (for eksempel beredskapsløsning) som fremstår mer sammenskrudd og med høyere kvalitet enn hos de øvrige tilbyderne. Det forklarer imidlertid på langt nær prisforskjellen.”

(24) Etter dette ble Ipera AS gitt 6 poeng på priskriteriet, mens klager og TeleComputing AS begge ble gitt 2 poeng.

(25) I brev av 9. mai 2008 ble klager meddelt at Ipera AS var tildelt kontrakten. Fra brevet hitsettes følgende:

"Det meddeles herved at Kirkerådet har besluttet at Ipera AS tildeles kontrakt for utvikling, vedlikehold og drift av nytt medlemsregister for Den norske kirke. Kirkerådets evaluering av de innkomne tilbudene er gjort ihht. informasjon og basert på tildelingskriteriene som har fremkommet av anskaffelsens styrende dokumenter; herunder anskaffelsens Invitasjon til deltakelse og Invitasjon til tilbud. I samsvar med Invitasjon til deltakelse pkt. 1.5 skjer tildeling av kontrakt på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet (ref. Forskrift om offentlige anskaffelser § 22-2 pkt 2) med følgende tildelingskriterier:

[...]

Informasjon om valgt tilbud og innkommet tilbud fra NSA:

Informasjonen i det følgende gis med basis i valgt tilbyders tilbud og det tilbud vi har mottatt fra NSA. De punkter som trekkes frem er ikke uttømmende, men angir sentrale forhold i den evalueringen som har vært foretatt fra Kirkerådets side:

Tildelingskriteria - Kvalitet på løsning

NSA er på tildelingskriteriet vurdert å komme likt ut med valgt tilbyder.

I forhold til tildelingskriteriet har NSA sitt tilbud og valgt løsningsforslag sine styrker/ svakheter på til dels ulike områder innenfor tildelingskriteriet.

NSA har gjennom foreslått løsning gitt Kirkerådet en forståelse av at NSA vil utvikle en moderne og fremtidsrettet løsning — og denne er også vurdert slik av Kirkerådet. Dette er underbygget ved at det er godt redegjort for hvordan NSA vil jobbe frem løsningen gjennom bruk av systemutviklingsmetoder, m.m.. I forhold til valgt tilbud, fremstår imidlertid NSAs tilbud som mye mer uferdig og uklart i forhold til hvordan løsningen konkret vil fremstå som fremtidig medlemsregister for Den norske kirke. Dette preger også spesifikasjonen av enkeltelementer i løsningen som datamodell, meldingssystem m.m.. Foreslått menystruktur/ design på grenseflater er vurdert som bra, og bedre enn valgt tilbyder. Det vurderes også positivt at NSAs løsning i stor grad vil bygges opp "fra grunnen av"/ ved bruk av standardmoduler/ komponenter og i større grad enn valgt løsning. For leveranse av valgt løsning og understøttelse av kvaliteten på denne har NSA valgt å trekke med seg Kommunion AS. Det vurderes positivt at NSA gjennom dette har sikret seg en leveranse gjennom leverandører med spesialkompetanse på alle elementer av leveransen (utvikling, vedlikehold og drift), samt forståelse for krav og behov knyttet til nytt Medlemsregister i Den norske kirke. I forhold til å styre leveransen og gi kvalitet til det endelige sluttproduktet, vurderes det imidlertid ufordelaktig at NSA ikke har fått enda klarere frem Kommunion sitt engasjement og rolle i den samlede leveransen.

Tildelingskriteria — Pris:

NSA er på tildelingskriteriet vurdert å komme vesentlig svakere ut enn valgt tilbyder. På alle deler (kontrakter) som utgjør den samlede leveransen (utvikling, vedlikehold og drift) fremstår NSA sitt tilbud vesentlig dyrere enn valgt tilbud. Dette gjelder også hensyntatt de faser/ den videre utvikling som det er gitt priser for. NSA har også en rekke flere forbehold/ betingelser knyttet til sine avgitte priser enn det valgt tilbyder har.

Tildelingskriteria — Oppfyllelse av behovene/ kravene:

NSA er på tildelingskriteriet vurdert å komme noe svakere ut enn valgt tilbyder. NSA har begrensninger på rett til bruk av kildekode og datamodell som vurderes ufordelaktig. NSA har gjennomgående flere forbehold til behovsanalysen enn det valgt tilbyder har.

Tildelingskriteria — Tidsrammen/ fremdrift for prosjektet:

NSA er på tildelingskriteriet vurdert å komme noe bedre ut enn valgt tilbyder. NSA har inngitt en tilfredsstillende fremdriftsplan, som trenger å bli ytterligere detaljert og som ikke fremstår like konkret som fremdriftsplanen fra valgt tilbyder. NSA har imidlertid gitt en redegjørelse som er vurdert bedre enn valgt tilbyder hva gjelder modell for prosjektgjennomføring og styring.

Tildelingskriteria — Referanser på tilsvarende løsninger:

Referanser på tilsvarende løsninger for å understøtte kvalitet og gjennomføringsevne er ikke vurdert til å skille NSA i forhold til valgt tilbyder i lys av anskaffelsens karakter og innhold.

Tildelingskriteria — Kundeservice:

NSA er på tildelingskriteriet vurdert å komme likt ut med valgt tilbyder. NSA har gitt en gjennomgående tilfredsstillende besvarelse av hvordan de vil følge opp Kirkerådet, som også valgt tilbyder har gjort. NSA har imidlertid i begrenset grad redegjort for hvordan Kunden og valgt underleverandør kan benytte og samhandle i foreslått servicedeskverktøy. NSA har imidlertid inngitt et konsept for brukerdokumentasjon/ opplæring som er vurdert positivt og som fremstår bedre enn konseptet til valgt tilbyder.

Hovedkonklusjon:

Oppsummeringsmessig er valgt tilbyder vurdert å gi et tilbud som fremstår vesentlig rimeligere økonomisk sett enn NSA sitt. NSA, er som øvrige tilbydere, etter innlevering av sitt tilbud, gitt en anledning til å forbedre de inngitte prisene. Evalueringen er gjort på basis av de sist inngitte, gjeldende priser/ pristilbud. I forhold til at evalueringskriteriet "Kvalitet på løsning" er vurdert til ikke å skille valgt tilbyders tilbud fra NSA sitt, blir følgelig 'Pris' som evalueringskriterium utslagsgivende. Basert på dette vurderes tilbudet fra Ipera AS som det økonomiske mest fordelaktige for Kirkerådet.

NSA AS har adgang til å klage på ovennevnte beslutning dersom NSA mener at Kirkerådets beslutning ikke er gjort i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Frist for å inngi eventuell klage settes til 21. mai 2008 kl 15:00."

- (26) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 16. mai 2008. Klagen ble avslått i innklagedes brev av 26. mai 2008. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 28. mai 2008, og saken ble så brakt inn for klagenemnda i brev av 13. juni 2008.
- (27) I e-post av 21. januar 2009 sendte innklagede, etter påkrav fra klagenemndas sekretariat, inn følgende tabelloversikter over de prisendringene som hadde skjedd i tilbudene etter avklaringsrundene (Tabell 1 viser tilbudenes totalpriser før avklaringsrundene og tabell 2 viser tilbudenes totalpriser etter avklaringsrundene):

Tabell 1:

	<i>"Ipera</i>	<i>NSA</i>	<i>TeleComputing</i>
<i>Basisløsning tom fase 3</i>	<i>29,4 mill</i>	<i>36,7 mill *</i>	<i>46,8 mill</i>

NOK over rimeligste løsning		7,4 mill	17,4 mill
		* Prisene i fase 3 er kun gitt som estimer av NSA og det hefter derfor vesentlig usikkerhet ved dem.	

Tabell 2:

	<i>Ipera</i>	<i>NSA</i>	<i>TeleComputing</i>
Basisløsning tom fase 3	23,5 mill	36,7 mill *	37,5 mill
NOK over rimeligste løsning		13,2 mill	14 mill''
		* Prisene i fase 3 er kun gitt som estimer av NSA og det hefter derfor vesentlig usikkerhet ved dem.	

Anførsler:

Klagers anførsler:

Prisforhandlinger

- (28) Innklagede har ført omfattende prisforhandlinger etter at endelig tilbud var inngitt i strid med forskriftens § 20-9. Dette fremgår av innklagedes uttalelser i e-posten av 12. april 2008 og brevet av 9. mai 2008. I EU-kommisjonens uttalelse om konkurransepreget dialog punkt 3.3. vedrørende "End of dialogue, final tenders and award of the contract" uttales det følgende:

"The wording of this provision — like that of the second subparagraph of paragraph 7 — was based largely on a statement by the Council: 33 "The Council and the Commission state that in open and restricted procedures all negotiations with candidates or tenders on fundamental aspects of contracts, variations in which are likely to distort competition, and in particular on prices, shall be ruled out. [...]" ...it may therefore be considered that the room for maneuver that contracting authorities have after the submission of the final tenders is fairly limited."

- (29) For øvrig viser antallet spørsmålsrunder (5) at dialogfasen ble avsluttet for tidlig. Antall runder viser også at det må ha foregått mer enn avklaringer, presiseringer og tilpasninger, jf forskriftens § 20-9 (2).

- (30) I forbindelse med prisforhandlingene har innklagede også misbrukt finansieringsforbeholdet i den hensikt å presse prisen, hvilket er i strid med kravet til god forretningsskikk i lovens § 5. Dette fremgår av innklagedes uttalelser i brevene til tilbyderne av 6. september 2007.

Adgangen til å anvende konkurransepreget dialog

- (31) Anskaffelsesprosedyren konkurransepreget dialog kan kun benyttes når det foreligger en særlig kompleks anskaffelse. Prosedyren representerer, i likhet med konkurranse med forhandling, et unntak fra hovedregelen med åpen og begrenset anbudskonkurranse, og unntak skal tolkes strengt. Det som anskaffes her er en alminnelig internettbasert databaseløsning. Disse er vanlige i bransjen, og representerer ingen nyvinning eller innovasjon, slik formålet bak konkurransepreget dialog er. Innklagede har hele tiden vært i stand til å angi hva som ønskes, jf. kravspesifikasjonen som inneholdt 300 krav og i tillegg krevde at tilbyderne skulle besvare over 20 avsnitt med utfyllende informasjon. Utover dette var det også utarbeidet en 124 siders behovsanalyse versjon 1.0 og en 190 siders behovsanalyse versjon 1.2.

Innklagedes vurdering av klagers tilbud

- (32) DNK har vurdert NSA sitt tilbud slik at det skulle foreligge en begrensning i forhold til kildekode og datamodell. Dette er feil, jf klagers tilbud punkt 1.3 i "Oppsummering" og punkt 1 i "Endringer i avtaleteksten". For øvrig har innklagede uttalt at det var ønskelig å ha "eierskapet" til kildekoder og datamodell. Det å ha en eksklusiv rett er noe annet enn å bare ha "eierskapet". Eierskap kan være delt. Hvis det var ønskelig med eksklusivt eierskap skulle dette fremkommet tydeligere, jf regelverkets klarhetskrav. Innklagede har heller ikke begrunnet hvorfor det var ufordelaktig at også klager hadde eiendomsrett til materialet, jf den begrunnelsesplikt som følger av kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5.

Tildelingen av kontrakt til valgte leverandør

- (33) Valgte leverandør har en så begrenset omsetning, sett i forhold til anskaffelsens omfang, at kontraktstildelingen fremstår som "usaklig og uforsvarlig", jf. KOFA 2007/126 mfl. Ipera AS hadde i 2005 og 2006 driftsinntekter på hhv 465 000 og 5 050 000, mens utviklingskostnadene for anskaffelsen av klager er priset til 9 906 073 og de månedlige drifts- og vedlikeholdskostnadene til 360 246.

Uklart kvalifikasjonskrav

- (34) I kunngjøringen etterspørres regnskaper mm. Det er imidlertid ikke stilt noen konkrete krav til tilbydernes økonomiske stilling. Innklagede har dermed vurdert den etterspurte informasjon opp mot en standard som ikke var kunngjort. Dette er i strid med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Upresist tildelingskriterium

- (35) Tildelingskriteriet "*oppfyllelse av behovene/kravene*" er for upresist, og følgelig i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det er fastslått både av EF-domstolen (sak C-19(00 SIAC Construction) og KOFA (sakene 2003/74, 2003/273, 2007/39 og 2007/86) at det gjelder et klarhetskrav ved utformingen av tildelingskriteriene. Dette innebærer at kriteriene skal være så klare at de "*allows all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way*". Videre skal det være klart hvilke kriterier som totalt kommer til anvendelse.
- (36) For øvrig er det slik at dersom en tilbyder ikke oppfyller et bestemt krav skal dette medføre avvisning og ikke poengtrekk ved tilbudsevalueringen, jf EF-domstolens sak C-532/06 (Lianakis), hvor det legges opp til et klarere skille mellom kvalifisering og kontraktstildeling.

Manglende begrunnelse, herunder rangeringsplikt

- (37) Alle underkriterier i tildelingskriteriet "kvalitet" var ikke kommentert i den begrunnelse som NSA mottok. Det var heller ikke sagt noe om hvordan klagers tilbud ble rangert i forhold til de øvrige tilbudene. Dette representerer et brudd på forskriftens § 20-16, jf klagenemndas saker 2003/9, 2003/178, 2003/280, 2005/218 og 2006/121, hvor det fastslås at oppdragsgiver skal evaluere og rangere de kvalifiserte tilbud på basis av samtlige oppgitte tildelingskriterier. Om det ikke kreves at tilbudene skal rangeres, vil oppdragsgiver i en eventuell senere erstatningssak få en fordel ved å gi en fragmentarisk begrunnelse, fordi det blir vanskeligere for en forbigått tilbyder å bevise at kravet til årsakssammenheng er oppfylt. For øvrig bemerkes at dersom deler av den utelatte informasjon er fremlagt senere i prosessen, endrer ikke det at den opprinnelige begrunnelsesplikten er brutt.

Manglende vekting av tildelingskriterier

- (38) Hovedregelen er at tildelingskriterier skal vektas, jf forskriftens § 22-2 (2). Det finnes ett unntak fra denne regelen, at vekting av "påviselige grunner" ikke er mulig. Klager kan ikke se at dette er tilfelle i denne saken. Bruken av konkurransepreget dialog kan ikke i seg selv være grunn nok, og klager kan heller ikke se at det ikke er mulig å vekte kriteriene selv om man ikke i detalj kjenner omfanget av hva som skal anskaffes. At innklagede var i stand til å prioritere kriteriene allerede i prekvalifiseringsgrunnlaget, dvs før dialogfasen startet, viser også at det skulle vært mulig å vekte kriteriene. Den manglende vektingen fremstår mer som et resultat av manglende forståelse for regelverket enn et bevisst valg mellom prioritering eller vekting.

Klagefristen var for kort

- (39) Klagefristen ble satt til 12 dager, inkludert pinsen og 17. mai. Lengden på anskaffelsen (ca 1,5 år), anskaffelsens kompleksitet, samt konkurranseformen (konkurransepreget dialog) tilsier en lengre frist. Det er irrelevant at det nye håndhevelsesdirektivet angir en minimumsfrist på 10 dager, da dette kun er ett minimum og det her heller ikke skilles mellom de ulike anskaffelsesprosedyrene. At klager faktisk klarte å overholde klagefristen er heller ikke relevant, da dette skyldtes at klager og klagers advokater nedla et betydelig arbeid for å få klagen ferdig før 17. mai. Det kan ikke være slik at tidsfristens lengde automatisk anses tilstrekkelig så lenge en leverandør rekker å overholde fristen.

Poengfastsettelsen under tildelingskriteriet pris

- (40) Det ble i e-post av 4. februar 2009 fremsatt en ny anførsel, nemlig den at innklagede har vurdert tildelingskriteriet "Pris" på en måte som er i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarehet i lovens § 5.
- (41) Når det gjelder klagers poengsum vs poengsummen til TeleComputing AS, har klager fått samme score som Telecomputing AS (2 poeng) til tross for at klagers tilbud var 10,1 mill. lavere. Det vises i denne forbindelse til klagenemndas sak 2005/201 (premiss 42), hvor det uttales:

"Poengskalaen som benyttes, må imidlertid være egnet til å premiere forskjeller av betydning i tilbydernes priser, ..., ellers blir karaktersetningen vilkårlig."

(42) Videre uttales det følgende i klagenemndas sak 2006/90 (premiss 34):

"Oppdragsgivers poengfastsetting skal sikre at relevante forskjeller mellom kvalifiserte tilbud gjenspeiles i de poeng tilbudene gis under de ulike tildelingskriteriene"

(43) Formuleringen er også gjentatt i klagenemndas saker 2007/30 (premiss 39) og 2008/121 (premiss 20).

(44) Dersom klagenemnda åpner for å akseptere at ulik pris får samme score, vil dette skape betydelige avgrensingsproblemer. Det er heller ingen grunn til å gå inn i vurderingen ettersom forholdet mellom pris og poeng enkelt vil kunne regnes ut.

(45) Når det så gjelder klagers poengsum vs poengsummen til valgte leverandør, Ipera AS, så gjenspeiler ikke forskjellen i poengscore (6 vs 2 dvs. 66,6 %) prisforskjellen mellom Ipera AS og klager (29,4 mill. vs 36,7 mill. dvs. 19,9 %). Det vises her til klagenemndas sak 2006/90 (premiss 36), hvor nemnda aksepterte at poengene samsvarte med den prosentvise prisforskjellen mellom tilbudene. Det vises også til klagenemndas sak 2007/30 (premiss 40-41), hvor nemnda uttalte følgende:

"Valgte leverandørs tilbud ble gitt full score 5 poeng på kriteriet økonomi, mens klagers tilbud som var 11,3 % dyrere ble gitt 3 poeng på dette kriteriet. Poengberegningen må etter klagenemndas syn gi uttrykk for de reelle prisforskjellene mellom tilbudene. Med innklagedes poengskala som går fra 1 til 5, vil en 11,3 % høyere pris enn det tilbudet som gis 5 poeng kunne beregnes til 88,7 % av 5 poeng dvs lik ca 4,4 poeng.

[..]

Etter klagenemndas oppfatning fremstår likevel poengforskjellen mellom tilbudene på kriteriet "økonomi" som større enn den reelle prisforskjellen mellom tilbudene burde tilsi. [...] Klagenemnda finner at innklagede med det har brutt kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5."

(46) Når innklagede har benyttet en poengskala fra 1-6, hvor 6 er høyeste poengsum, tilsier dette et intervall på 16,6 % pr. poeng ($100/6=16,6$). Tar man utgangspunkt i Iperas tilbudspris før de forskriftsstridige prisforhandlingene (29,4 mill.) får hvert poeng et prisintervall på 4,89 mill. Riktig poenggivning blir da som følger:

Poeng	Intervall	Plassering	Pris	Nøyaktig poeng
6	29,4 mill.	Ipera AS	29,4 mill	6,0
5	34,29 mill.			
4	39,18 mill.	NSA AS	36,7 mill.	4,93 ($36,7/39,18 \times 100$ + 4 poeng)
3	44,07 mill.			
2	48,96 mill.	TeleComputing AS	46,8 mill	2,95 ($46,8/48,96 \times 100$ + 2 poeng)
1	53,85 mill.			

Erstatning

- (47) Det anmodes om at klagenemnda uttaler seg om muligheten for å kreve erstatning beregnet etter den positive- og alternativt den negative kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

Prisforhandlinger, herunder misbruk av finansieringsforbehold

- (48) Innklagede har ikke gjennomført prisforhandlinger, men foretatt avklaringer, presiseringer og tilpasninger av teknisk løsning godt innenfor det rom som FOA § 20-9 gir. Det har ikke forekommet konkurransevidning og alle tilbydere er blitt likebehandlet. NSA har selv, og som eneste tilbyder, bedt om at partene setter seg ned og senker krav og får redusert priselementer. Innklagede har selvfølgelig ikke fulgt NSAs anmodning. Avklaringene har ikke påvirket evalueringene som sådan eller utfallet av disse. Finansieringsforbeholdet har ikke vært en brekkstang for innklagede, men en reell hindring for å få realisert det nye medlemsregisteret og tilbyderne har vært løpende orientert om dette, jf invitasjonen til deltakelse punkt 1.4 og tilsvarende forbehold i tilbudsinvitasjonen punkt 1.4. Da tilbydernes endelige tilbud var mottatt, ble det klart at disse kunne gi en utfordring i forhold til de budsjettmidler KKD kunne stille til rådighet. Dette var grunnen til at innklagede anmodet tilbyderne om å tilpasse sine tilbud for å realisere medlemsregisteret med basis i det foreliggende konkurransegrunnlaget (med behovsanalysen). Innklagede har således ikke anmodet om prisreduksjoner, men anmodet om at de tekniske løsningene ble tilpasset på en kostnadseffektiv måte. De grunnleggende kravene i behovsanalysen skulle ikke, og ble heller ikke, endret.
- (49) Det var for øvrig kvaliteten på de innkomne tilbud som ble avgjørende for antall avklaringsrunder, ikke behovet for å forhandle, slik klager har anført. Dialogfasen ble i samsvar med det opplyste (invitasjonen til deltakelse punkt 1.1) avsluttet etter to runder. Dette både for å unngå forsinkelser, og fordi tilbyderne ikke syntes å legge nok tid og ressurser i å komme med ideér og løsningsforslag til at det var hensiktsmessig å fortsette denne fasen.

Adgangen til å anvende konkurransepreget dialog

- (50) Det foreligger en rekke grunner til å anse anskaffelsen av nytt medlemsregister som en særlig kompleks anskaffelse. Disse er redegjort for i anskaffelsesprotokollens pkt. 1.5. Det nye registeret skulle bli mye mer funksjonelt, bla ved at registeret skulle tilgjengeliggjøres på en helt ny måte, inkludere en rekke grenseflater og ivareta sikkerhetsmessige og driftsmessige forhold på et helt annet nivå enn det eksisterende register. Innklagede hadde visse formeninger om hva man ønsket seg, men var helt avhengig av innspill fra leverandørene for å kunne klargjøre og definere behovene og kravene. Å spesifisere anskaffelsen som "en alminnelig internettbasert databaseløsning" er derfor en grov overforenkling og bekrefter innklagedes evaluering av NSAs forståelse av anskaffelsen. NSA er ellers kjent med at behovene/ kravene var ufullstendige og uferdige tidlig i anskaffelsesprosessen og at disse ble endret gjennom og som en konsekvens av dialogfasen, jf forordet til behovsanalysen. Den langvarige prosessen med avklaringer bekrefter også behovet som forelå for å gjennomføre anskaffelsen med konkurranseformen konkurransepreget dialog. Tilsvarende dialog hadde ikke latt seg gjøre i en ordinær anbudskonkurranse.

Innklagedes vurdering av klagers tilbud

- (51) NSA har gjennom sitt tilbud ikke gitt Kirkerådet eksklusiv rett til kildekode og datamodell. Krav 1.6.a.1 og 1.6.a.3 er imøtekommet med forbehold/tillegg og dette er vurdert ufordelaktig av Kirkerådet.

Tildelingen av kontrakt til valgte leverandør

- (52) Tilbydernes økonomiske kapasitet og soliditet ble vurdert som del av prekvalifiseringen. I vurderingen ble den enkelte leverandørs økonomi vurdert opp mot den forventede størrelsen på anskaffelsen. Ipera AS ble vurdert med sine samarbeidspartnere, Webdeal og Sun Microsystems AS. Det vil si at selskapet ble vurdert som en sammenslutning av flere leverandører. Dette er i samsvar med Marianne Dragstens 'Håndbok i offentlige anskaffelser' kap. 31.3. De vurderte selskapene er også de som utgjør leverandørkonstellasjonen i den avtalen som er inngått. Sun Microsystems inc er ett av verdens ledende IT -selskaper. Ipera ble etablert som separat utviklingsselskap i 2005 og økonomisk soliditet for kun Ipera er vurdert utover disse tallene, da disse blir oppfattet å gi et ufullstendig og fortegnert bilde. Ipera har i flere år (gjennom UniConsult) hatt 50 % av det norske markedet for medlemsregisterapplikasjoner. De tallene som klager oppgir i forhold til Iperas økonomi er for øvrig heller ikke korrekte, idet dagens Ipera ikke samsvarer med Ipera av 2005.

Uklart kvalifikasjonskrav

- (53) Innklagede stilte ikke absolutte krav til hvilken økonomisk stilling leverandørene skulle ha, men stilte krav om økonomisk og finansiell kapasitet og hvordan dette skulle dokumenteres. Dette ble gjort for å sikre at tilbyderne hadde en viss soliditet. Krav til økonomisk og finansiell kapasitet utgjør 2 av 11 kvalifikasjonskrav. Doffins standard mal er brukt for å plukke ut og publisere disse kvalifikasjonskravene. Kvalifiseringen er gjennomført saklig og forsvarlig og med forutberegnelighet. Forskrift om offentlige anskaffelser krever ikke at det kunngjøres en bestemt standard.

Upresist tildelingskriterium

- (54) Innklagede har "*oppfyllelse av behovene/ kravene*" som ett av seks tildelingskriterier. Dette kan i seg selv ikke anses for upresist. Videre fremgår det av behovsanalysen, med innklagedes eksplisitte krav til det fremtidige medlemsregisteret, samt svararket tilknyttet dette, hvilke krav som ville bli vurdert. Dette innebærer at det også var forutberegnlig, gjennomiktig og etterprøvbart hvilke momenter som skulle bli vurdert. Kriteriet har for øvrig ingen ting med kvalifiseringen å gjøre, slik klager har ønsket å gi inntrykk av.

Manglende begrunnelse, herunder rangeringsplikt

- (55) Innklagede hadde "*Kvalitet på løsning*" som tildelingskriterium, og elementene som konkretiserte tildelingskriteriet var gitt i parentes. Samtlige elementer er evaluert, jf evalueringsrapporten, og innklagedes begrunnelse i brevet av 9. mai 2008 må anses tilfredsstillende. Når det gjelder manglende rangering av klagers tilbud på samtlige underkriterier, inneholder ikke regelverket noen plikt til slik rangering, jf klagenemndas saker 2003/9, 2003/178, 2003/280, 2005/218 og 2006/121. Videre er det av betydning at innklagede i dette tilfellet hadde prioritert tildelingskriteriene, og ikke vektet disse. Da må den formidlingsform som ble valgt i dette tilfellet anses tilstrekkelig for tilbyderne til å kunne se hvordan eget tilbud er blitt rangert i forhold til de øvrige.
- (56) For øvrig var punktet om manglende begrunnelse ikke blant de punkter som NSA klaget på til innklagede gjennom brevet av 16. mai 2008. Innklagede har derfor ikke hatt

foranledning til å utdype og eventuelt reparere en mulig mangel tidligere, jf klagenemndas saker 2006/119 og 2008/9. Underkriteriene til tildelingskriteriet er elementer som redegjør for dette, og ikke selvstendige tildelingskriterier som sådan. Det er ikke riktig at begrunnelsen ikke spesifiserer hvordan klager er vurdert på flere elementer enn de to som eksplisitt/ordrett er angitt. Løsningens brukervennlighet er gitt gjennom *"menystruktur og design på grenseflater"* og NSA bør som tilbyder være kjent med at kommunikasjon mellom brukerkategorier er gitt gjennom meldingssystemet som tildelingsbrevet gir eksplisitt tilbakemelding på. For øvrig er alle elementer vurdert gjennom de generelle vurderinger av *"Kvalitet på løsning"* som fremkommer av begrunnelsesbrevet; herunder at tilbyder har levert løsningsforslag som fremstår uferdig og uklart. Dette innebærer at innklagedes begrunnelsesplikt etter forskriftens § 20-16 må anses ivaretatt.

Manglende vektning av tildelingskriteriene

- (57) Innklagede har funnet grunn til å anvende § 22-2 (3) i stedet for § 22-2 (2) da Kirkerådet mener å ha påviselige og rimelige grunner til å foreta en prioritering av tildelingskriteriene i stedet for å vekte disse. Begrunnelsen for dette fremkommer av anskaffelsesprotokollens punkt 1.5. Videre vil Kirkerådet understreke at det er oppdragsgiver (Kirkerådet) som må være av den oppfatning at det foreligger påviselige grunner til å bruke § 22-2 (3) i stedet for § 22-2 (2). Paragrafen angir at "Der det etter oppdragsgivers mening av påviselige grunner ikke er mulig å foreta en vektning, skal oppdragsgiver i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget angi kriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først." Kirkerådets bruk av paragraf § 22-2 (3) har vært kjent for NSA gjennom hele anskaffelsen (angitt i Invitasjon til deltakelse) og som sådan vært en premiss for gjennomføring av anskaffelsen/konkurransen.
- (58) Innklagedes bruk av § 22-2 (3) i stedet for § 22-2 (2) henger også nøye sammen med bruken av konkurransepreget dialog som anskaffelsesprosedyre. Ved oppstart av anskaffelsen (kunngjøringstidspunktet) var det for Kirkerådet ikke mulig å legge vektete tildelingskriterier til grunn da det var beheftet med meget stor usikkerhet bl.a. hvordan fremtidige løsningsforslag ville fremstå, dvs. hvordan Medlemsregisteret skulle realiseres og hva dette ville koste. Eksempelvis var KKD's budsjettammer for anskaffelsen ennå ikke klare på kunngjøringstidspunktet, ei heller en del sentrale forhold knyttet til medlemsregisterets funksjonalitet. En vektning av tildelingskriteriene ville derfor ikke ha vært seriøs eller reell, tatt i betraktning den innsikt innklagede hadde om hvilken betydning de enkelte tildelingskriterier burde ha, på det tidspunkt anskaffelsen ble offentliggjort.
- (59) Til dette har NSA anført at *"det er fullt mulig å ha en bestemt formening om hvilke egenskaper en setter høyest uten nødvendigvis å i detalj kjenne omfanget av hva som skal anskaffes"*. Kirkerådet er av den oppfatning at det er nettopp det Kirkerådet har gjort ved å angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge. På denne måten har Kirkerådet spesifisert hvilke egenskaper som er viktigst uten å gi en detaljert prosentvis vekt som ikke reflekterte det evalueringsgrunnlag som ville bli rimelig og korrekt når anskaffelsens omfang og innhold fremsto klarere; bl.a. som følge av dialogrundene. For øvrig må prioritering av tildelingskriteriene anses mer informativt for tilbyderne enn å angi kriteriene basert på vekt, men med et passende maksimalt utslag, jf kjennelse fra det danske klagenævnet for utbud av 2. mai 2006 og Veileder FAD side 191. Alternativet i aktuelle tilfelle ville jo vært å angi kriteriene med vekt, men da med meget store spenn.

Klagefristen var for kort

- (60) Ved fastsettelse av klagefristen er denne primært satt ut i fra anbefalinger i Veileder FAD og med basis i EU-direktiv 2007/66/EF, som anbefaler minst 10 kalenderdager. Kirkerådet har gitt 2 kalenderdager ut over dette. 17 mai, som NSA viser til, falt på en lørdag i 2008 og NSA har sendt inn sin klage 16. mai, 5 dager før fristens utløp. Det understrekes at innklagede ikke hadde noe særskilt behov eller ønske om å sette en kort klagefrist, men at man utelukkende har forholdt seg til regelverket som sådan.

Poengfastsettelsen under tildelingskriteriet pris

- (61) Prisforskjellen mellom klagers og TeleComputing AS' tilbud er kr 0,8 mill i favør av klager (tilsvarende en prisforskjell på 2 %). De marginale prisforskjellene tilsa derfor at innklagede ga tilsvarende score på evalueringskriteriet "Pris". Klagers priser for fase 3 var dessuten inngitt som grove anslag (estimer) med usikkerhet og risiko. Forskjellen på "10,1 mill" som klager har vist til har aldri eksistert, da NSAs estimer for fase 3 kom inn etter avklaringsrunde nr. 4 og innklagede har selvfølgelig aldri gitt en score basert på en prisdifferanse som aldri har eksistert.
- (62) Når det gjelder prisforskjellene mellom tilbudene til klager og Ipera AS, er klagers tilbud 56 % dyrere enn Ipera AS' tilbud. TeleComputing AS' tilbud er 60 % dyrere enn Ipera AS' tilbud. Karaktersettingen (6 til Ipera og 2 til NSA og TeleComputing) samsvarer derfor godt med prisforskjellen mellom tilbudene. Klagers sammenlikning mellom priser og poengscore er oppkonstruert. De angitte prisforskjellene har aldri eksistert da NSAs estimer for fase 3 kom inn etter avklaringsrunde nr. 4. Innklagede hadde aldri gitt NSA en karakter på 2 basert på de prisforskjeller NSA har laget i sin anførsel. Kirkerådets vurdering og oppfatning av NSAs priser er at de har vært ufullstendige inntil Kirkerådet fikk NSAs priser for fase 3, og på de områder der Kirkerådet hadde priser, var disse vesentlig dyrere på alle deler av leveransen.
- (63) For øvrig presiseres at selv om prisene og prisforskjellene hadde vært slik klager har presentert dem, så ville ikke det hatt noen betydning for innklagedes valg av tilbud. Ipera AS ville fremdeles hatt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på anskaffelsens tildelingskriterier.

Erstatning

- (64) Innklagede presiserer at ingen av de innklagede forhold har hatt betydning for Kirkerådets valg av Ipera som leverandør av nytt medlemsregister. Gjennom innlevert tilbud og påfølgende avklaringsrunder har NSA aldri vært i posisjon til å vinne anskaffelsen. NSA har tapt konkurransen fordi de ikke har kommet med et tilbud som har vært tilstrekkelig konkurransedyktig.

Klagenemndas vurdering:

- (65) 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 anledning til å benytte konkurransepreget dialog

- (66) Klager har bestridt at det var anledning til å benytte konkurransepreget dialog for denne anskaffelsen.

- (67) Av forskriftens § 14-2 fremgår det at oppdragsgiver kan benytte konkurransepreget dialog ved tildeling av *"særlig komplekse kontrakter"*. En kontrakt er ifølge bestemmelsens andre ledd *"særlig kompleks"* når oppdragsgiver ikke er i stand til:

*"a. i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd objektivt å presisere de tekniske vilkår, som kan oppfylle deres behov og formål, eller
b. objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt."*

- (68) I fortalen til direktivet premiss 31 gis det noen eksempler på situasjoner hvor det kan være grunnlag for å benytte konkurransepreget dialog. Her fremgår det blant annet følgende:

"This situation may arise in particular with the implementation of important integrated transport infrastructure projects, large computer networks or projects involving complex and structured financing the financial and legal make-up of which cannot be defined in advance."

- (69) Den aktuelle anskaffelse dreier seg om et nytt elektronisk medlemsregister for Den norske kirken. Registeret skal registrere om lag 4 millioner medlemmer, og ha en rekke ulike funksjoner, deriblant være knyttet opp mot flere forskjellige andre registre. Registeret skal også tilfredsstillere nærmere spesifiserte sikkerhetskrav. Videre fremgår det av anskaffelsesprotokollen punkt 1.5 at begrunnelsen for at oppdragsgiver hadde behov for å benytte konkurransepreget dialog i dette tilfellet var at man var avhengig av en *"dialog/samarbeid/gjennomgang"* med de aktuelle tilbyderne for å kunne komme frem til hvilke løsninger som best kunne oppfylle oppdragsgivers behov, slik at det nye elektroniske medlemsregisteret ble mer funksjonelt enn det eksisterende. I forordet til behovsanalysen versjon 1.0, som ble sendt tilbyderne sammen med invitasjonen til å delta i konkurransen, var dette også synliggjort direkte overfor tilbyderne ved at innklagede uttalte følgende:

"Anskaffelsesprosedyren konkurransepreget dialog skal benyttes for å kunne gå grundig inn i de prekvalifiserte leverandørers forslag til løsning og på grunnlag av disse utforme det endelige utgangspunktet for den avsluttende anbudsprosessen og valg av leverandør. Denne fremstillingen er derfor å betrakte som et utgangspunkt som vil bli endret og supplert flere ganger i løpet av den konkurransepregete dialogen."

[...]

Det må understrekes at dokumentet på dette stadiet av prosessen kun angir behov, ikke løsninger. Løsningene, er det leverandørene som skal utforme, ut fra selvstendige vurderinger og ut fra de skisserte behov."

- (70) Basert på dette finner klagenemnda at innklagede hadde anledning til å benytte konkurranseformen konkurransepreget dialog i dette tilfellet.

Hvorvidt det forelå et uklart kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørenes økonomiske stilling

- (71) Klager har anført at det var uklart hvilket krav som ble stilt til leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet da innklagede ikke har stilt noe konkret krav, men

kun angitt hvilken dokumentasjon som skulle innleveres, jf kunngjøringens punkt III 2.2. Når innklagede dermed har vurdert den etterspurte dokumentasjon opp mot en standard som ikke var kunngjort, anfører klager at dette utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

- (72) I klagenemndas sak 2004/238 (premiss 28 flg) uttalte nemnda følgende under overskriften *"Skulle Selskapsleverandøren vært avvist på grunn av sin økonomiske og finansielle stilling?"*:

"Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene fremgår underforstått av kravene til dokumentasjon. Dersom oppdragsgiver har bedt om dokumentasjon på et forhold som vedrører leverandørenes kvalifikasjoner, innebærer dette at oppdragsgiver skal vurdere om leverandørenes kvalifikasjoner oppfyller det nødvendige minstekrav. I motsatt fall ville det ikke hatt noen hensikt å be om slik dokumentasjon. En annen sak er at oppdragsgiver har en stor skjønnsfrihet når det gjelder hvilket nivå kravet skal legges på.

[...]

Innklagede har stilt krav om at leverandørene skal levere inn årsregnskap for de siste tre årene. For at dette dokumentasjonskravet skal ha noe innhold, må det etter klagenemndas syn innfortolkes et kvalifikasjonskrav tilknyttet leverandørenes økonomiske og finansielle stilling.

Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget hvor terskelen for avvising på grunn av økonomisk og finansiell stilling går, og innklagede må ha adgang til å utøve et forsvarlig skjønn ved fastsettelsen av nivået. "

- (73) Dette innebærer at det ikke kan være noen plikt til å fastsette uttrykkelige minstekrav til leverandørenes økonomiske og finansielle stilling når innklagede har bedt om dokumentasjon for denne. Der det ikke er stilt spesifikke krav, vil oppdragsgiver ha en *"stor skjønnsfrihet"* innenfor rammene av hva som anses nødvendig på bakgrunn av oppdragets art og omfang.
- (74) Nemnda vil bemerke at den ikke kan se at uttalelsen om kvalifikasjonskriterier i sak 2008/100 skulle tilsi en annen vurdering på dette punkt. I nevnte sak fant nemnda at et krav til økonomisk og finansiell kapasitet var tilstrekkelig klart angitt ved en opplysning om at tilbyder ikke måtte være insolvent eller konkurs. Dette kravet må etter nemndas oppfatning være så innlysende at det ikke kan være grunnlag for å sonde mellom et slikt tilfelle, og tilfeller hvor det ikke er uttalt noen konkrete krav. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Hvorvidt tildelingskriteriet "oppfyllelse av behovene/kravene" er for upresist

- (75) Klager har anført at tildelingskriteriet *"oppfyllelse av behovene/kravene"* er for upresist og dermed i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Videre er det anført at det skal være klart hvilke kriterier som totalt kommer til anvendelse, og at dersom en tilbyder ikke oppfyller et bestemt krav så skal denne avvises og ikke gis dårligere poeng.
- (76) Det er både i tidligere Kofa avgjørelser, jf blant annet sakene 2007/39 og 2007/86, og i en rekke dommer fra EF-domstolen, jf blant annet sak C-19/00 SIAC Construction, fastslått at det ut fra de grunnleggende prinsippene i lovens § 5, gjelder et klarhetskrav ved utformingen av tildelingskriteriene. Dette innebærer at kriteriene skal være så klare

at de: *"allows all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way"*. Videre skal det også være klart hvilke kriterier som totalt kommer til anvendelse.

- (77) Etter klagenemndas oppfatning må det aktuelle tildelingskriterium forstås slik at det avgjørende er hvor gode løsninger de enkelte tilbyderne har på de punkter innklagede har satt opp i kravspesifikasjonen, slik denne er gjengitt i behovsanalysen versjon 1.2, med andre ord en type kvalitetsvurdering av de tilbudte løsninger opp imot de forhold behovsanalysen omhandlet. Klagenemnda kan ikke se at dette skulle være i strid med regelverket, og nemnda kan da heller ikke se at den måten tildelingskriteriet er angitt på, *"oppfyllelse av behovene/kravene"* skulle være for upresis. Selv om behovsanalysen omhandlet en rekke forhold, fremgår det klart hvilke forhold dette er. Når man da ser tildelingskriteriet i sammenheng med de opplysningene som fremgår av behovsanalysen, må kravet etter nemndas oppfatning anses presist nok. Videre må det etter dette også være klart hvilke kriterier som totalt kom til anvendelse.

Manglende vektning av tildelingskriteriene

- (78) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å angi tildelingskriterienes vekt, men utelukkende angitt disse i prioritert rekkefølge.
- (79) Av forskriftens § 22-2 (2) fremgår det at oppdragsgiver skal angi tildelingskriterienes relative vekt, eventuelt innenfor et område med et passende maksimalt utslag. I bestemmelsens tredje ledd er det angitt at oppdragsgiver istedenfor kan angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge dersom det av *"påviselege grunner"* ikke er mulig å foreta en vektning.
- (80) I Veileder FAD side 194 er det uttalt følgende om forståelsen av *"påviselige grunner"*:

"Dette er eit unntak frå hovudregelen. Ordlyden peikar på at det ikkje må vere mogleg å gjennomføre ei vektning slik oppdragsgiver ser det. Det indikerer at oppdragsgivaren har eit visst rom for skjønn. "Påviselige grunner" inneber at oppdragsgivaren må kunne dokumentere desse grunnane. "

- (81) I tillegg fremgår det av premiss 46 i fortalen til direktivet at situasjoner hvor vektning av påviselige grunner ikke er mulig, særlig kan oppstå i forbindelse med komplekse kontrakter.
- (82) I anskaffelsesprotokollen punkt 1.5 fremgår det følgende begrunnelse for hvorfor innklagede valgte å ikke vekte tildelingskriteriene:

"Ut i fra det faktum at anskaffelsen gjennomføres basert på prosedyren konkurransepreget dialog og at sentrale forhold ved anskaffelsen fremstår uklare, finner Kirkerådet det ikke korrekt å anvende FOA § 22-2 (2) som skulle tilsi at tildelingskriteriene ble vektet (nøyaktig eller med et mindre spenn). Vekting fremstår ikke mulig med den informasjonen Kirkerådet sitter med/ har, før enn anskaffelsens innhold, kriterier, økonomi og omfang fremstår klarere. En vektning på et sett med tildelingskriterier kan senere vise seg å bli feil i forhold til informasjon som Kirkerådet får gjennom anskaffelsens dialogfase.

Da tildelingskriterier må settes senest i konkurransegrunnlaget, finner Kirkerådet at det fremstår mest korrekt å angi tildelingskriteriene i en prioritert rekkefølge. Dette synliggjør

det fundament som Kirkerådet kan evaluere og karaktersette tilbudene på basis av — enn så lenge anskaffelsens er beheftet med gjeldende nivå av usikkerhetsfaktorer og uklarheter.”

- (83) Klagenemnda har ovenfor akseptert at innklagede i dette tilfellet benyttet konkurranseformen konkurransepreget dialog. Basert på den redegjørelsen innklagede har gitt i anskaffelsesprotokollen for hvorfor kriteriene ble prioritert og ikke vektet, finner nemnda at det forelå påviselige grunner for å la være å vekte kriteriene i dette tilfellet. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Hvorvidt innklagede har brutt forhandlingsforbudet

- (84) Klager har anført at innklagede har ført omfattende prisforhandlinger etter at dialoggrunden var avsluttet og de endelige tilbud innlevert.
- (85) Av forskriftens § 20-9 (2) fremgår det at oppdragsgiver, etter at de endelige tilbudene er innlevert, kan anmode om at et tilbud *”avklares, presiseres og tilpasses.”* Dette må imidlertid ikke *”medføre at de grunnleggende elementer i tilbudet eller tilbudsinvitasjonen endres, med mindre dette kan skje uten konkurransevidning eller forskjellsbehandling.”*
- (86) I Veileder FAD side 179 til 180 er det uttalt følgende om adgangen til å justere tilbudene etter at dialoggrunden er avsluttet og endelige tilbud innlevert:

”Etter at dialogfasen er avslutta og ein er over i tilbodsfasen, er det forbode å forhandle (i motsetning til konkurranse med forhandling, der ein kan forhandle om alt ved tilbodet). Leverandørane må utarbeide eit tilbod basert på dei løysingane som er valde og spesifiserte i dialogfasen, og tilboda må innehalde alle element som utføringa av prosjektet krev. Oppdragsgivaren kan likevel be om visse avklaringar, spesifikasjonar og tilpassingar, sjå nedanfor.

Avklaringar o.a.

Etter at tilbodet er innlevert, er det forbode å forhandle. Ved konkurranseprega dialog er det ein særregel for kva avklaringar som kan gjerast i innleverte tilbod, jf. § 20-9 andre ledd. Oppdragsgivaren kan be leverandøren om å presisere, avklare og tilpasse tilbodet. Avklaringar o.a. kan gjerast så lenge det ikkje fører til at grunnleggjande element i tilbodet eller tilbudsinvitasjonen blir endra, og så lenge det ikkje fører til konkurransevidning eller forskjellsbehandling. Ordlyden i føresegna kan tyde på at det er større rom for avklaringar ved denne konkurranseforma enn ved anbodskonkurransar. Det følgjer likevel av notatet frå Kommisjonen, som baserer seg på fortalen til direktivet og forhistoria til føresegna, at tilgangen til avklaringar er meint å vere snever. Ettersom konkurranseprega dialog berre kan nyttast ved særleg komplekse kontraktar, legg departementet til grunn at det er noko større rom for avklaringar ved denne konkurranseforma enn ved anbodskonkurransar, men det må avklarast i praksis.”

- (87) I kommisjonens notat om konkurransepreget dialog heter det følgende om retten til å avklare, presisere og tilpasse tilbudene etter at dialogfasen er overstått og endelige tilbud er levert inn:

”Once these final tenders have been received, the contracting authority may, under the second subparagraph of Article 29(6), ask for them to be to be “clarified, specified and fine-tuned ... However, such clarification, specification, fine-tuning or additional information may

not involve changes to the basic features of the tender or the call for tender, variations in which are likely to distort competition or have a discriminatory effect." The wording of this provision – like that of the second subparagraph of paragraph 7 – was based largely on a statement by the Council:³³ "The Council and the Commission state that in open and restricted procedures all negotiations with candidates or tenderers on fundamental aspects of contracts, variations in which are likely to distort competition, and in particular on prices, shall be ruled out; however, discussions with candidates or tenderers may be held but only for the purpose of clarifying or supplementing the content of their tenders of the requirements of the contracting authorities and provided this does not involve discrimination." In the light of the precise wording of the last sentence of recital 31,³⁴ it may therefore be considered that the room for manoeuvre that contracting authorities have after the submission of the final tenders is fairly limited."

- (88) Selv om det kan være uklart hvor langt man skal akseptere at tilbudene endres etter fristen for innlevering av de endelige tilbud, må det etter klagenemndas oppfatning kunne legges til grunn at det uansett ikke kan være tale om å akseptere at det gjennomføres ordinære prisforhandlinger etter dette tidspunkt.

- (89) Av innklagedes brev av 6. september 2007 fremgår det at tilbyderne bes om å gjennomgå sine tilbud *"for å se om behovsanalysen og de grunnleggende kravene/behovene i denne kan realiseres på en annen måte eller bli tilpasset for derigjennom å få utviklet/implementert og driftet/vedlikeholdt medlemsregisteret på en mindre kostnadskrevende måte enn det tilbyders tilbud legger opp til."* Dette var basert på at KKD hadde uttrykt bekymring med hensyn til å få finansiert medlemsregisteret ut fra tilbudenes daværende kostnadsnivå. Videre fremgikk det at tilbyderne skulle svare opp denne *"utfordringen"* ved å besvare det vedlagte *"skjemaet for priskorreksjon"*. Tilbyder skulle videre ta utgangspunkt i sitt opprinnelige prisark, men da altså *"spesifisere opp priskorreksjoner (selve besparelsen)"*, samt angi eventuelle konsekvenser av priskorreksjonen *"(eventuelle krav som ikke imøtekommes o.a.)"*.

- (90) I klagers besvarelse av henvendelsen av 7. september 2007 fremgår det at klager har *"gått ned på årlige driftskostnader fra ca 3,8 mill NOK pr år ned til ca 2,4 mill NOK."* I besvarelsen fra Ipera AS av 11. september 2007 fremgår det at selskapet tilbyr to ulike modeller for å *"redusere prisene"*. Den første var basert på *"kun korrigeringer av eksisterende forslag som ikke vil ha noen konsekvenser for løsningen"*, og den andre var *"uten konsekvenser for funksjonaliteten i løsningen, men vil påvirke fremdrifts/implementeringsplanen noe."* Av innklagedes tabeller for prisendringer før og etter avklaringsrundene (av 21. januar 2009) fremgår det at Iperas AS' totalpris ble redusert fra kr 29,4 mill ved innleveringen av det endelige tilbudet til kr 23,5 mill ved tidspunktet for avsluttede avklaringsrunder, dvs med totalt kr 5,9 mill/ca 20 %. I besvarelsen fra TeleComputing AS av 11. september 2007 fremgår det at *"det er gjort flere og til dels store endringer i priser og betingelser"*. Av innklagedes tabell for prisendringer før og etter avklaringsrundene fremgår det at TeleComputing AS' totalpris ble redusert fra kr 46,8 mill ved innleveringen av det endelige tilbudet til kr 37,5 mill ved tidspunktet for avsluttede avklaringsrunder, dvs med totalt kr 9,3 mill/ca 20 %.

- (91) Dette viser etter klagenemndas oppfatning at innklagede helt klart har avholdt ordinære prisforhandlinger med tilbyderne etter at de endelige tilbudene ble innlevert 15. august 2007. Dette utgjør et brudd på forskriftens § 20-9 (2).

Innklagedes vurdering av klagers tilbud i tilknytning til eierskap til kildekode og datamodell

- (92) Klager har anført at det var feil av innklagede å legge til grunn at klagers tilbud inneholdt en begrensning mht eierskap til kildekode og datamodell. Videre anføres det at dersom det var ønskelig med eksklusivt eierskap, skulle dette ut fra klarhetskravet kommet klarere frem, at det er fullt mulig å ha delt eierskap, og at innklagede ut fra kravene til begrunnelse og etterprøvbarehet eventuelt skulle ha begrunnet hvorfor det ble ansett ufordelaktig at klager også hadde eiendomsrett til materialet.
- (93) I behovsanalysen versjon 1.2 punkt 1.6.a.1 til 1.6.a.3 fremgår det at innklagede ønsket å ha *"eierskapet"* til datamodellen, hovedmenyen og kildekoden til applikasjonen for Medlemsregisteret. Videre fremgår det av konkurransegrunnlagets kontraktsbestemmelser punkt 10.1: *"Rettigheter til programvare Eiendomsrett, opphavsrett og andre relevante materielle og immaterielle rettigheter til programvaren med tilhørende kildekode, dokumentasjon, spesifikasjoner og annet materiale som utarbeides og leveres i henhold til denne avtalen tilfaller kunden, med mindre annet er avtalt"*. Dette må etter nemndas oppfatning naturlig forstås slik at innklagede ønsket å ha en eksklusiv rett, og nemnda kan da ikke se at det skulle være nødvendig å uttrykke dette klarere.
- (94) I klagers tilbud under punkt 1. *"Endringer til avtalens bestemmelser"*, har klager foreslått at han og oppdragsgiver skal dele på de rettighetene som fremgår av kontraktsbestemmelsene punkt 10.1. Dette er altså en endring fra den opprinnelige avtaleteksten hvor disse rettighetene i utgangspunktet skulle tilfalle oppdragsgiver alene.
- (95) Basert på dette kan klagenemnda ikke se at det skulle være en feil av innklagede å legge til grunn at klagers tilbud inneholdt en begrensning mht eierskap til kildekode og datamodell. Nemnda kan heller ikke se at innklagede skulle hatt noen forpliktelse til å begrunne overfor klager hvorfor en begrensning på dette punkt ble ansett mindre fordelaktig, når innklagede i utgangspunktet hadde opplyst at eierskap var ønskelig.

Poengfastsettelsen under tildelingskriteriet pris

- (96) Klager anfører for det første at det var i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarehet å gi klager og TeleComputing AS samme poengscore (2 poeng) under tildelingskriteriet pris, når klager var mye rimeligere enn TeleComputing AS. Dernest er det til bedømmelsen av klager vs Ipera AS, anført at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarehet ved at forskjellen i poengscore (6 vs 2, dvs 66,6 %) ikke gjenspeiler den prisforskjellen det var mellom pristilbudet til Ipera AS og klagers pristilbud (kr 29,4 mill. vs kr 36,7 mill, dvs 19,9 %).
- (97) Det er på det rene at innklagede benyttet tilbyderens priser etter prisforhandlingene som grunnlag for sin evaluering av tildelingskriteriet pris. Etter prisforhandlingene hadde både Ipera AS og TeleComputing AS redusert sine priser med om lag 20 % i forhold til de priser som ble inngitt sammen med det endelige tilbudet den 15. august 2007. Siden klagenemnda i premiss 91 har kommet til at innklagede ikke skulle avholdt prisforhandlinger, og det i utgangspunktet derfor skulle vært de opprinnelige prisene som ble lagt til grunn i prisevalueringen, finner nemnda ikke grunn til å vurdere den poengfastsettelse innklagede har gjort på basis av de nye prisene som ble gitt etter prisforhandlingene.

Tildelingen av kontrakt til valgte leverandør

- (98) Klager har anført at tildelingen av kontrakt til valgte leverandør fremstår som "usaklig og uforsvarlig", sett hen til leverandørens begrensede omsetning i forhold til anskaffelsens omfang. Det er vist til at Ipera AS i 2006 og 2005 hadde driftsinntekter på hhv kr 5 050 000 og kr 465 000, mens klager har priset anskaffelsens utviklingskostnader til kr 9 906 073 og de månedlige drifts- og vedlikeholdskostnadene til kr 360 246.
- (99) Etter klagenemndas oppfatning kan en leverandørs økonomiske stilling, herunder årlige omsetning, ikke anses relevant å ta hensyn til i tildelingsevalueringsfasen. Dette er et forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, og dersom dette skal hensyntas, må det derfor skje i kvalifikasjonsvurderingsfasen, noe innsendt dokumentasjon også viser at innklagede gjorde i forbindelse med prekvalifiseringen. Basert på dette kan klagers anførsel ikke føre frem.

Hvorvidt innklagedes begrunnelse i tildelingsmeddelelsen må anses mangelfull

- (100) Klager har anført at innklagedes begrunnelse i tildelingsmeddelelsen må anses mangelfull, idet samtlige underkriterier under tildelingskriteriet tilknyttet kvalitet ikke var kommentert, og fordi klagers tilbud ikke var rangert under de enkelte underkriteriene.
- (101) Av forskriftens § 20-16 (1) fremgår det at oppdragsgivers begrunnelse for kontraktstildeling skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med de angitte tildelingskriteriene.
- (102) Av konkurransegrunnlagets punkt 1.5 fremgår det at tildelingskriteriet "kvalitet på løsning" hadde følgende 5 underkriterier; "tilfredsstillende sikkerhet, framtidsrettet, brukervennlig, modulbasert og kommunikasjon mellom brukerkategorier". Etter hva klagenemnda kan se, er alle underpunktene under tildelingskriteriet kommentert i innklagedes tildelingsmeddelelse av 9. mai 2008, både for klagers del og for valgte leverandørs del. Videre har innklagede også sagt noe om hvem av tilbyderne som ble ansett best på det enkelte underkriterium, og uttalt at tilbyderne samlet sett ble ansett likeverdige på dette tildelingskriteriet. Dette må etter nemndas oppfatning tilfredsstillende regelverkets krav.

Hvorvidt klagefristen var for kort

- (103) Klager har anført at klagefristen på 12 dager var for kort, hensett til lengden på anskaffelsen (1,5 år), anskaffelsens kompleksitet og konkurranseformen konkurransepreget dialog. Det er imidlertid ikke sagt noe om hva som etter klagers oppfatning ville vært en rimelig frist. Videre er det også på det rene at klager faktisk klarte å levere sin klage på tildelingsbeslutningen 5 kalenderdager før fristens utløp. Basert på dette, samt at man ut fra EU direktiv 2007/66/EF kan utlede en hovedregel om en minstefrist på 10 kalenderdager, kan klagenemnda vanskelig se at den fristen som ble satt i dette tilfellet skulle måtte anses for kort. Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.

Erstatning

- (104) Basert på det resultat klagenemnda er kommet til ovenfor, finner nemnda ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, verken for positiv eller negativ kontraktsinteresse, jf klagenemnds forskriftens § 12 (2) if.

Konklusjon:

Den norske kirke v/Kirkerådet har brutt forskriftens § 20-9 (2) ved å avholde prisforhandlinger med tilbyderne etter at dialogfasen var avsluttet og leverandørene hadde innlevert sine endelige tilbud.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

For klagenemnda,

12. februar 2009



Bjørge Ven