



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av klient- og tjenesteprogramvare for nytt e-postsystem. Klager anførte at bestemmelser i konkurransegrunnlaget var i strid med forskriftens § 17- 3. Klagenemnda kom til at konkurransegrunnlaget ikke kunne tolkes slik at spesifikasjonene medførte unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter, eller at angivelsen av merket hadde som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Det forelå ikke brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.*

### Klagenemndas avgjørelse 7. september 2009 i sak 2009/124

**Klager:** Workplace Consulting AS

**Innklaget:** Oslo kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Magni Elsheim, Bjørg Ven og Jakob Wahl.

**Saken gjelder:** Bruk av tekniske spesifikasjoner. Tolking av konkurransegrunnlag.

### Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 15. mai 2009 en konkurranse om anskaffelse av klient – og tjenesteprogramvare for nytt e-postsystem med tilhørende tjenester og bistand for kommunens virksomheter. Anskaffelsens art og omfang var beskrevet i kunngjøringens punkt II.1.5:

*”Oslo kommune skal anskaffe klient- og tjenerprogramvare for nytt e-postsystem med tilhørende tjenester og bistand for kommunens ca. 53 virksomheter. Dette vil minst omfatte 30.000 konti.*

*Hovedkravene til en e-postløsning vil være: stabilitet og tilgjengelighet, moderne e-postløsning og godt fungerende kalendertjeneste.”*

- (2) Innklagede har i sitt tilsvare av 19. juni 2009 forklart at et større e-post- og kalendersystem består av følgende komponenter:

*(i) Programvare som installeres på hver enkelt brukers PC ("tykk klient")*

*(ii) Programvare som muliggjør tilgang til e-post/kalender/kontaktregister via en nettleser på en hvilken som helst PC, for eksempel fra en internettkafe, hotell eller lignende ("tynn klient")*

(iii) *Programvare for de bakenforliggende tjenermaskiner (servere) som driver systemet ("tjenerprogramvare")*”

- (3) Anskaffelsen var nærmere beskrevet i punkt 1.2 i konkurransegrunnlaget hvor det var forutsatt at løsningen som skulle anskaffes benyttet Microsoft Outlook som brukerprogram. Det fremgikk videre at det skulle anskaffes tjenerprogramvare, tynn klient og at tilbudet kunne inneholde tilbud på alternativ tykk klient til Microsoft Outlook som opsjon. Det hitsettes fra konkurransegrunnlagets punkt 1.2:

*”Oslo kommune skal erstatte dagens e-post og gruppevare og ønsker en felles epost/kalenderløsning for hele kommunen, dvs. for samtlige kommunale virksomheter. Elever i skolene vil ikke omfattes av løsningen.*

*(...)*

*Kommunens primære målsetting med anskaffelsen er å erstatte en eksisterende løsning med et nytt system for effektiv og pålitelig samhandling og kommunikasjon i Oslo kommune.*

*(...)*

*Oslo kommune har standardisert på Microsoft Office som kontorstøttesystem. Det forutsettes derfor at løsningen benytter MS Outlook 2003 og høyere som brukerprogram.*

*Kravene til løsning er beskrevet i Vedlegg 1, Bilag 1.*

*I anskaffelsen inngår som et minimum Løsning, Bistand og Tjenester som beskrevet nedenfor.*

*(...)*

*Tilbudet kan inneholde opsjon om alternativ tykk klient til Microsoft Outlook.*

*(...)*

*For å realisere en slik løsning skal det anskaffes:*

***Løsning:***

- Tjenerprogramvare med tilhørende grensesnittsfunksjonalitet for integrasjon*
- Tynn klient som kan benyttes på arbeidsstasjoner internt og eksternt uavhengig av Microsoft Office*

- Alternativ tykk klient til Microsoft Outlook 2007 kan tilbys som opsjon*

***Tjenester:***

*(...)*

***Bistand:***

*(...)*

***Vedlikehold:***

*(...)”*

- (4) Innklagede har i e-post av 24. august 2009 til klagenemnda forklart at med uttrykket *”brukerprogram”* menes den såkalte tykke klienten, det vil si programvare som er installert på hver enkelt brukers PC og som brukeren benytter for å få tilgang til sin e-post mv.

- (5) Kravene til løsning var beskrevet i konkurransegrunnlagets bilag 1. Under punkt 2 **Krav til løsningen** fremgikk følgende:

*"Kravene er inndelt i forretningskrav, virksomhetskrav, funksjonelle, ikke funksjonelle og tekniske krav. Kravene skal innfris ved bruk av Microsoft Outlook 2003 og høyere tykk klient og en tynn klient. Enkelte krav er kun rettet mot den tynne klienten. "*

- (6) Konkurransegrunnlagets bilag 2 var kommunens løsningsspesifikasjon som skulle fylles ut av tilbyderne. Her heter det i punkt 3.2.5 **Krav til plattform og applikasjonstjeneste**: *"Programvaren skal kunne kjøres på tjenere med minst en av følgende operativsystemer: MS Windows 2003 eller høyere, og Red Hat Enterprise Linux 4.0 eller høyere."*
- (7) Det ble i kravspesifikasjonen ikke bedt om spesifikke produkt navn på løsningene som skulle anskaffes.
- (8) Oppdragsgiver avholdt tilbudskonferanse 5. juni 2009 hvor det blant annet ble besvart spørsmål om levering av alternativ klient og begrepet *"tynn klient"*. Det hitsettes fra referatet fra møtet:

**"Spørsmål:** *Kan man levere alternativ klient?*

**Svar:** *Ja som opsjon, men Oppdragsgiver vil evaluere tilbudene med Microsoft Outlook slik det fremgår av konkurransegrunnlaget.*

(...)

**Spørsmål:** *Hva menes egentlig med tynn klient?*

**Svar:** *Oppdragsgiver mener et webgrensesnitt mot e-post gruppevaren. Tykk klient er Microsoft Outlook."*

- (9) Tilbudsfristen var satt til 29. juni 2009 klokken 12.00.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 27. mai 2009. Innklagede har opplyst at kontrakt i saken etter planen skal inngås 21. september 2009.

## **Anførsler:**

### **Klagers anførsler:**

- (11) Workplace Consulting AS (heretter kalt klager) anfører at innklagedes krav om at den tilbudte løsningen skal benytte Microsoft Outlook 2003 og høyere som brukerprogram er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Konkurransegrunnlaget ekskluderer andre tilbydere enn Microsoft, og er i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3. Konkurransegrunnlaget oppfyller heller ikke de politiske retningslinjene om bruk av åpen programvare. Konkurransen må avlyses og lyses ut på nytt slik at leverandører som oppfyller kravspesifikasjonen kan delta i konkurransen.
- (12) Klager anfører at det er uheldig at en produsent får anledning til å levere deler av programvaren uten programvarekostnad for innklagede, mens tilhørende serverprogramvare og tjenester konkurranseutsettes. Den klare konkurransevridningen det utlyste anbudet innbyr til, svekker sterkt andre tilbyderes anledning til å tilby en likeverdig løsning på like vilkår. Klager ber innklagede om å legge frem anbudet for anskaffelse av e-postklienten Microsoft Outlook. Dersom denne ble tilbudt uten kostnad i forbindelse med leveranse av kontorstøtteprogram, er dette for å legge føringer for fremtidige valg. Microsoft har således ved et enkelt grep ekskludert konkurrerende

leverandører for denne anskaffelsen av klient og tjenerprogramvare for nytt e-postsystem.

- (13) Klager anfører at innklagede i prinsippet har valgt Microsoft Exchange som tjenerprogramvare da det kun er Microsoft Exchange som støtter Microsoft Outlook med mindre man ønsker å bruke betydelige ressurser på integrasjon. DAMO (Domino access for Microsoft Outlook) er en løsning fra IBM, men IBM har annonsert at de i fremtiden ikke vil videreutvikle denne løsningen.
- (14) Det er flere e-postklienter og tjenere som gir fullgode integrasjonsmuligheter mot kommunens andre tilhørende systemer, og Oslo kommune kan ikke definere et krav om videre bruk av en e-postklient fra Microsoft som ikke er anskaffet på riktig måte.

*Innklagedes anførsler:*

- (15) Innklagende anfører prinsipalt at klagen avvises fordi den er ubegrunnet og uten gjenstand, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (16) Innklagede anfører subsidiært, dersom den ikke avvises, at klagen ikke skal tas til følge.
- (17) Innklagede bestrider at det er stilt krav som medfører unødige hindringer for konkurransen, eller som forøvrig er i strid med forordningens § 17-3 eller andre bestemmelser i lov og forskrift om offentlige anskaffelser.
- (18) Innklagede deler klagers oppfatning om at funksjonskravene i kravspesifikasjonen tilfredstilles av de fleste kjente systemer for gruppevare/e-post. Innklagede kan derfor ikke se at det foreligger noen hindringer for konkurransen. Innklagede presiserer at det ikke på noe punkt er stilt krav om at den programvare som skal anskaffes skal være Microsoftprogramvare. Innklagede anfører at avsnittet under punkt 1.2 i konkurransegrunnlaget som omhandler Microsoft Outlook, skal forstås dit hen at kommunen stiller krav om at den programvare som skal anskaffes må støtte bruk av Microsoft Outlook 2003 eller høyere, og at det med brukerprogram menes den såkalte tykke klienten, det vil si programvare som er installert på hver enkelt brukers PC og som brukeren benytter for å få tilgang til sine e-poster mv.
- (19) Når det gjelder de politiske retningslinjene om bruk av åpen programvare anfører innklagede at retningslinjene ikke innebærer pålegg overfor innklagede, og at innklagede i tillegg er av den oppfatning at konkurransegrunnlaget ikke hindrer ulike leverandører å tilby åpen programvare for tjenestemaskinene og som tynn klient.
- (20) Innklagede bestrider at virksomheten er forpliktet til å gjennomføre en samlet anskaffelse av tjenerprogramvare og (tykk og tynn) e-postklient. Det ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn å definere sitt behov og beslutte hva som skal anskaffes. Innklagede vurderte det i dette tilfellet som hensiktsmessig å fortsette og benytte e-postklienten Microsoft Outlook som allerede i stor utstrekning er i bruk, og begrense anskaffelsen til ny tjenerprogramvare, tynn klient og diverse konsulenttjenester. Under enhver omstendighet kan innklagede ikke være forpliktet til å gjennomføre en samlet anskaffelse av tjenerprogramvare og tynn og tykk e-postklient når kommunens valg om å benytte allerede anskaffet programvare ikke er til hinder for at flere ulike leverandører kan konkurrere om de andre delene av systemet.
- (21) Endelig anføres at det i IBMs annonsering vedrørende DAMO av 19.05.2009 fremgår at de fortsatt vil støtte og opprettholde de allerede utviklede funksjoner; det som eksplisitt sies er bare at IBM for tiden ikke har planer om å utvikle ny funksjonalitet for produktet.

### Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager er en potensiell leverandør, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin oppgitte verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

### *Spørsmål om avvisning av saken*

- (23) Innklagede anfører at klagen er ubegrunnet og uten gjenstand, og formelt sett skal avvises da klager ikke har spesifisert hvilke forhold som medfører brudd på regelverket, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.
- (24) Klagenemnda bemerker at saken, slik nemnda oppfatter det, reiser spørsmål om hvorvidt forutsetningen i konkurransegrunnlaget om at løsningen som skal anskaffes må benyttes sammen med Microsoft Outlook, strider mot forskriftens § 17-3. Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for å avvise klagen i medhold av klagenemndsforordningen § 9.

### *Krav i konkurransegrunnlaget*

- (25) Klager har anført at innklagedes krav om at den tilbudte løsning skal benytte Microsoft Outlook 2003 og høyere som brukerprogram, har ekskludert andre tilbydere enn Microsoft. Klager anfører at konkurransegrunnlaget på denne bakgrunn er i strid med forskriftens § 17-3.
- (26) Klagenemnda forstår saken slik at partene er uenige om formuleringen i konkurransegrunnlagets punkt 1.2 hindrer konkurransen. Klager synes ikke å bestride at de øvrige krav som fremgår av kravspesifikasjonen ikke ekskluderer andre leverandører enn Microsoft. Det vises til at det fremgår av klagen av 27. mai 2009 at andre leverandører enn Microsoft vil kunne oppfylle kravspesifikasjonen, og at innklagede deler denne oppfatningen. Klager har imidlertid presisert at om fem år er det sannsynligvis ikke mulig for andre leverandører å levere i henhold til konkurransegrunnlaget.
- (27) Klagenemnda legger innklagedes forklaring av "*brukerprogram*" i e-post av 24. august 2009 til grunn ved behandling av anførselen. Det fremgår der at det med brukerprogram menes såkalt tykk e-postklient, det vil si programvare som er installert på hver enkelt brukers PC og som brukeren benytter for å få tilgang til sine e-poster mv.
- (28) Forskriften § 17-3 regulerer krav til ytelsen og tekniske spesifikasjoner. Med tekniske spesifikasjoner menes "*en spesifikasjon fastsatt i et dokument (...) som fastsetter de egenskaper (...) oppdragsgiver krever*", jf. forskriftens § 4-3 bokstav g nr. 1. Kravet om at det forutsettes at løsningen benytter Microsoft Outlook 2003 og høyere som brukerprogram, fastsetter egenskaper som innklagede krever av den etterspurte ytelsen, og er etter klagenemndas mening en teknisk spesifikasjon. Forskriftens § 17-3 kommer således til anvendelse.
- (29) Spørsmålet er om forutsetningen om at den tilbudte løsningen benytter Microsoft Outlook 2003 eller høyere som brukerprogram gir leverandørene "*like muligheter*" eller om den medfører "*unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter*", jf. § 17-3(2). Bestemmelsen tilsvarer artikkel 23 nr 2 i EF direktiv 2004/18, og ble inntatt i norsk rett i ved forskriftsendringene av 7. april 2006. En lignende bestemmelse fantes også i den tidligere forskriften § 5-2 (2), som tilsvarte dagens § 17-3(10) som forbyr bruk av tekniske spesifikasjoner eller bestemt betegnede varer dersom det

favoriserer enkelte foretak. Bestemmelsene i § 17-3 supplerer likebehandlingsprinsippet ved å understreke at tilbyderne gis ensartede vilkår for konkurransen, og at det må foreligge en kvalifisert begrunnelse for hindring av konkurranse, jf. Steinicke og Groesmeyers kommentarer til EU's udbudsdirektiver 2008 side 706.

- (30) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at *"Oslo kommune har standardisert på Microsoft Office som kontorstøttesystem. Det forutsettes derfor at løsningen benytter MS Outlook 2003 og høyere som brukerprogram"*. Klager synes i klagen å ha forstått dette slik at den tilbudte løsningen skal omfatte Microsoft Outlook 2003 og høyere som brukerprogram, mens innklagede bestrider at det er bedt om tilbud på Microsoft Outlook eller høyere som brukerprogram i denne anskaffelsen.
- (31) Spørsmålet blir da hvordan nevnte formulering i konkurransegrunnlaget skal forstås. Utgangspunktet er at *"Det avgjørende må være hvor klart anbudsinnbyderens intensjon framstår ut fra en objektiv fortolkning av anbudsgrunnlaget"*, jf. Rt. 2007 side 1489.
- (32) Innklagede bruker betegnelsen *"benytter"* og klagenemnda ser at denne setningen isolert sett kan forstås dit hen at det utelukkende er Microsoft produkter som kan tilbys. Det fremgår imidlertid av beskrivelsen av løsningen som etterspørres, at det er tjenerprogramvare og tynn klient som skal anskaffes, og ikke brukerprogram som Microsoft Outlook 2003 er. Da det klart fremgår av konkurransegrunnlaget at det ikke er brukerprogram som skal anskaffes, må konkurransegrunnlaget forstås dit hen at innklagede mente at løsningen det skal leveres tilbud på, skal kunne benyttes sammen med Microsoft Outlook som er den tykke klienten innklagede allerede bruker. Hensikten med å ta inn en slik formulering, slik klagenemnda har forstått det, var å sikre at det kom inn tilbud på løsninger som var compatible med innklagedes systemer. Klagenemnda viser her til det som er referert fra konkurransegrunnlaget i avsnittene 3 til 6 foran.
- (33) Da innklagede allerede benytter Microsoft Outlook som tykk klient/brukerprogram, og det ikke er omstridt at kravsspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget ellers kan tilfredsstilles av de fleste kjente systemer for gruppevare/e-post, medfører ikke kravet om at de tilbudte løsninger benytter Microsoft Outlook 2003 og høyere som brukerprogram, unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter, jf. § 17-3(2).
- (34) Det følger av forskriftens § 17-3(10) at tekniske spesifikasjoner ikke skal vise til et bestemt merke som har som virkning at visse foretak eller visse produkter favoriseres eller utelukkes med mindre kontraktens gjenstand berettiger det. Slik henvisning skal unntaksvis tillates der en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket *"eller tilsvarende"*.
- (35) Det er ikke omtvistet at det er vist til spesifikke produktnavn i konkurransegrunnlaget. Det er videre på det rene at henvisningen til Microsoft Outlook 2003 i konkurransegrunnlaget ikke utelukker andre produkter, jf. drøftelsen ovenfor, samt at andre leverandører enn Microsoft oppfyller kravspesifikasjonen. Både klager og innklagede deler denne oppfatningen.
- (36) Spørsmålet er om forutsetningen om at løsningen benytter Microsoft Outlook 2003 eller høyere *"har som virkning at visse (...) produkter favoriseres"* med mindre kontraktens gjenstand berettiger det.
- (37) Klagenemnda har i tidligere saker akseptert krav om kompatibilitet, selv om dette kan medføre redusert konkurranse. Det vises i så måte til sak 2005/157 premiss (22) og sak

2005/249 premiss (13). Bakgrunnen for unntaket i anskaffelsesforskriften § 17-3 (10) er å finne i regelverkets hovedformål - å bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk. Eksisterende programvare av betydelig omfang kan ikke forventes skiftet ut ved behov for utskiftning av deler av e-postsystem. Innklagede har i dette tilfellet åpnet for levering av programvare av valgfritt fabrikat så lenge de kan kommunisere med brukerprogrammet. Bruk av spesifikasjonen i konkurransegrunnlagets punkt 1.2 kan derfor ikke være i strid med regelverket.

- (38) Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt forskriftens § 17-3(10) ved å angi produktnavn i konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel kan dermed ikke føre frem.
- (39) Klagers anførsel om avlysning av konkurransen kan på bakgrunn av resultatet ovenfor ikke føre frem.
- (40) Klagenemnda kan ikke ta stilling til klagers øvrige anførsler da det ikke er anført at det foreligger konkrete brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

**Konklusjon:**

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

7. september 2009

  
Bjørge Ven