



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 medførte unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter, eller at angivelsen av et bestemt merke 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 2009/153

Klager: First Class Wilhelmsen kommunikasjon

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Bjørg Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Bruk av tekniske spesifikasjoner. Tolking av konkurransegrunnlag. Forutberegnelighet. Likebehandling.

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 17. juli 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 innholde 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) I konkurransegrunnlagets punkt 4.2 fremgår følgende opplysninger om forholdet mellom programvare som skal anskaffes og Microsoft Outlook som tykk klient:

"Det forutsettes at Leverandøren fra uke 32 og fram til konkurransen er avgjort gjør tilgjengelig for Kunden en installasjon av tilbudt programvare med 10(ti) e-post kontoer slik at Kunden kan evaluere hvordan tilbudt programvare oppleves med MS Outlook som tykk klient og brukervennligheten i tilbudt tynn klient."

- (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) First Class Wilhelmsen kommunikasjon (heretter kalt klager) sendte den 26. juni 2009 brev til innklagede hvor det blant annet fremgikk at klager ikke sendte inn tilbud i konkurransen da klager mener at innklagede gjennom sitt krav om Microsoft Outlook som klient diskriminerer alle alternativer til Microsoft sine produkter.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 29. juni 2009. Innklagede har opplyst at kontrakt i saken etter planen skal inngås 21. september 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at kravet som fremgår i konkurransegrunnlaget side 4 *"Oslo kommune har standardisert på Microsoft Office som kontorstøttesystem. Det forutsettes derfor at løsningen benytter MS Outlook 2003 og høyere som brukerprogram"*, samt i kundens kravspesifikasjon avsnitt 2 side 2: *"Kravene skal innfris med bruk av Microsoft Outlook 2003 og høyere tykk klient og en tynn klient"* er i strid med forskriftens § 17-3(2) og (10). Klager kan med sitt produkt tilfredsstille alle krav i konkurransegrunnlaget bortsett fra dette ene.

- (13) Det vises til at kravet favoriserer og låser anskaffelsen til en enkelt leverandør for et produkt hvor det finnes flere alternative leverandører som tilfredsstiller konkurransegrunnlagets tekniske og funksjonelle krav like godt. Integrasjon med Microsoft Office som kontorstøttesystem kan gjøres like godt av konkurrerende leverandører, basert på åpne standarder, fremfor Microsoft sin egen klient. Innklagede har krevd at det er Microsoft sitt produkt som skal benyttes uansett om konkurrerende merker kan levere samme funksjonalitet. Dette er et grovt brudd på anskaffelsesregelverket.
- (14) Klager anfører at innklagede forskjellsbehandler leverandørene ved å evaluere Microsoft sine konkurrenter med Microsoft sitt klientprogram. Det vises til at konkurransegrunnlaget åpner for at det kan inngis tilbud på *”opsjon om alternativ tykk klient til Microsoft Outlook”*, men innklagede har muntlig og i referat fra tilbudskonferanse presisert at dette kun gjelder i tillegg til Microsoft Outlook, og at løsningen skal testes sammen med Microsoft Outlook.
- (15) Klager anfører i kommentaren til tilsvaret at alle andre leverandører enn Microsoft selv vil ha begrenset funksjonalitet med Microsoft Outlook som tykk klient, og umulig kan tilfredsstille konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon like godt som med en konkurrents proprietære klient, som med sine egne klienter.
- (16) Innklagede anfører at konkurransegrunnlaget utelukker muligheten for å vurdere klagers klient som er en mellomting mellom tykk og tynn klient. Klagers klient kan installeres på brukerens datamaskin, men den behøver ikke installeres, da den også kan kjøres direkte fra f.eks. en minnepinne. Klienten lagrer imidlertid ikke data lokalt på brukerens datamaskin, men er en klient/server løsning som jobber mot dataene som ligger på server lik en nettleserklient, men altså med den tykke klientens fleksibilitet og større mulighet for rask respons og utvidet funksjonalitet.
- (17) Klager anfører at innklagede har brutt lovens § 5, femte ledd bokstav b og c, dersom innklagede allerede nå har avgrenset anskaffelsen mot å anskaffe tykk klient. Det vises til at det kommer svært dårlig frem at innklagede har valgt å begrense anskaffelsen til tynn klient og tjenerprogramvare, både i tittelen og punktlisten i på side 4 og 5 i konkurransegrunnlaget for løsningen som skal anskaffes.

Innklagedes anførsler:

- (18) Innklagede anfører at virksomheten ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (19) Innklagede bestrider at kravspesifikasjonen er i strid med forskriftens § 17-3(10). Det vises til at det ikke på noe punkt i de tekniske krav er vist til Microsoft produkter eller andre produsenters produkter som beskrivelse av eller eksempler på hva som kreves. Bestemmelsen er ikke til hinder for at kommunen kan stille krav, herunder tekniske krav, om at den programvaren som skal anskaffes må kunne fungere sammen med programvaren innklagede tidligere har anskaffet og ønsker å (fortsette) å benytte, i dette tilfellet Microsoft Outlook. Ved formulering av et slikt krav må det nødvendigvis oppgis hvilken spesifikk programvare den nye programvaren må kunne fungere sammen med.
- (20) Innklagede bestrider at kravspesifikasjonen for anskaffelsen medfører unødige hindringer for konkurranse, jf. § 17-3(2). Innklagedes oppfatning er at de krav som er stilt kan tilfredsstilles av de fleste kjente, større systemer for gruppevare/e-post. Når det gjelder innklagedes krav om at leverandørens løsning må støtte Microsoft Outlook som tykk klient, bestrider innklagede at Microsoft Outlook kun kan benyttes sammen med Microsoft tjenerprogramvare, eller at kravet om støtte av Microsoft Outlook innebærer

en hindring for alle leverandører som ikke leverer Microsoft-programvare, dersom det er dette klager mener med ”*proprietære tilkoblingsmetoder*”.

- (21) Innklagede viser til at det ble innhentet opplysninger fra hjemmesidene til seks forskjellige større leverandører for relevant programvare i forbindelse med utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. I henhold til leverandørenes hjemmesider kunne samtlige leverandørers programvare benyttes sammen med Microsoft Outlook som tykk klient. Klager opplyser i brev av 29. juni 2009 at klagers programvare ikke kan støtte Microsoft Outlook som tykk klient på en slik måte at funksjonskravene i kravspesifikasjonen oppfylle. Klager mener imidlertid å kunne oppfylle funksjonskravene dersom man også kunne levert egen klient-programvare. Innklagede anfører at når de tekniske kravene og funksjonskravene kan tilfredstilles av de fleste større, kjente systemer for gruppevare/e-post, så foreligger det ikke hindringer for konkurranse selv om klager med sin programvare er forhindret fra å delta i konkurransen.
- (22) Innklagede presiserer at det ikke på noe punkt er stilt krav om at programvaren som skal anskaffes, skal være Microsoft-programvare. Kommunen har ut fra et innkjøpsfaglig skjønn besluttet at det er hensiktsmessig å benytte den programvare (tykk klient) man allerede har anskaffet, og har på denne bakgrunn valgt å anskaffe deler av et kalender/e-postsystem. Innklagede anfører at man ikke er forpliktet til å (gjen)anskaffe tykk klient som en del av et nytt kalender/e-postsystem. Under enhver omstendighet kan dette ikke være tilfellet når innklagedes valg av å benytte allerede anskaffet programvare ikke er til hinder for at flere ulike leverandører kan konkurrere om de andre delene av systemet.
- (23) Innklagede er ikke enig i klagers påstand om at det kommer dårlig frem i konkurransegrunnlaget at kommunen har valgt å begrense anskaffelsen til tjenerprogramvare og tynn klient. Det vises til at dette går frem flere steder i konkurransegrunnlaget, blant annet i konkurransegrunnlaget midt på s. 4 samt nederst på s. 4 og øverst på s. 5, og i konkurransegrunnlagets punkt 4.2.
- (24) Det vises også til at det på flere punkter i kravspesifikasjon fremgår at krav til klientprogramvare kun gjelder tynn klient. Både denne og konkurransegrunnlaget er utformet for en målgruppe med omfattende kunnskaper på det aktuelle området, og det burde etter innklagedes oppfatning være uproblematisk for målgruppen å forstå hvilke produkter og tjenester som etterspørres. Endelig nevnes at samtlige interesserte leverandører har hatt anledning til å stille skriftlige spørsmål om forståelsen av konkurransegrunnlaget.
- (25) Innklagede bestrider at lovens § 5 er brutt. Anskaffelsen er ikke delt opp. Kommunen har derimot identifisert sitt behov for så å begrense anskaffelsen til de produkter og tjenester som man har bruk for. Det er ikke slik at det nylig er gjennomført en anskaffelse av Microsoft Office som e-postklient. Microsoft Office-pakken, som Outlook er en del av, har vært kommunens standard kontorstøtteverktøy i mer enn 10 år.
- (26) Innklagede har heller ikke brukt standarder eller tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å begrense konkurranse. Det vises til kommunens tilsvarende svar, samt opplysninger overfor hvor det fremgår at en rekke leverandører har produkter som kan oppfylle de tekniske og funksjonelle krav kommunen har stilt i konkurransegrunnlaget.
- (27) Innklagede anfører at det ligger til innklagedes innkjøpsfaglige skjønn å definere sitt behov og beslutte hva som skal anskaffes, i dette tilfellet å beslutte at det er hensiktsmessig å fortsette å benytte e-postklienten Microsoft Outlook som allerede i stor utstrekning er i bruk, og følgelig å begrense anskaffelsen til ny tjenerprogramvare, tynn klient og diverse konsulenttenester.

- (28) Innklagede bestrider at virksomheten er forpliktet til å gjennomføre én, samlet anskaffelse av alle deler av et e-postsystem, selv om en slik samlet anskaffelse ville passet bedre for klager, og selv om en begrenset anskaffelse utelukker klager fra å delta i konkurransen. Under enhver omstendighet kan innklagede ikke være forpliktet til dette når innklagedes valg av å benytte allerede anskaffet programvare ikke er til hinder for at flere ulike leverandører kan konkurrere om de andre delene av systemet.

Klagenemndas vurdering:

- (29) 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.

Krav i konkurransegrunnlaget

- (30) Klager har anført at innklagedes krav om at den tilbudte løsningen skal benytte Microsoft Outlook 2003 eller høyere som brukerprogram, ekskluderer andre tilbydere enn Microsoft fra å levere tilbud da det kreves at Microsoft sitt produkt skal benyttes, uansett om konkurrerende merker kan tilby samme funksjonalitet. Klager anfører at konkurransegrunnlaget på denne bakgrunn er i strid med forskriftens § 17-3.
- (31) Den samme anførselen er behandlet i klagenemndas avgjørelse i sak 2009/124 hvor innklagede ble klaget inn av en annen potensiell tilbyder for gjennomføringen av samme konkurranse. Siden anførselen er tilnærmet identisk vises det til klagenemndas behandling av samme anførsel i sak 2009/124.
- (32) Klagenemnda fant i sak 2009/124 at beskrivelsen og kravspesifikasjonene i konkurransegrunnlaget må forstås som et krav om kompatibilitet, og at dette ikke utelukker konkurranse. Når det gjelder forståelsen av konkurransegrunnlaget vises til premissene (31)-(33) i nevnte sak.
- (33) Det er på det rene at det finnes flere tilbydere på markedet som leverer slike systemer som innklagede etterspør, som kan benyttes sammen med Microsoft Outlook 2003 eller høyere. Denne forutsetningen kan derfor ikke sies å unødvendig hindre konkurranse, selv om klagers produkt i dette tilfellet vil være avskåret fra å konkurrere. Det sies om dette i premiss (33) i sak 2009/124:

"(33) Da innklagede allerede benytter Microsoft Outlook som tykk klient/brukerprogram, og det ikke er omstridt at kravene stilt i konkurransegrunnlaget ellers kan tilfredsstilles av de fleste kjente systemer for gruppevare/e-post, medfører ikke spesifikasjonen 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) Når det gjelder bruken av et bestemt merkenavn konkurransegrunnlaget og implikasjonene av dette i forhold til konkurranse og likebehandling, er dette behandlet i premissene (34) – (38) i sak 2009/124, hvorfra siteres:

"(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 visse 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.

(38) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at klagers anførsel ikke kan føre frem."

- (35) Det samme legges til grunn i denne saken, og klagenemnda finner dermed at innklagede ikke har brutt forskriftens § 17-3(2) ved at de tekniske spesifikasjonene ikke unødvendig hindrer konkurranse. Klagenemnda finner videre at innklagede ikke har brutt forskriftens § 17-3 (10) ved å angi produktnavn i konkurransegrunnlaget.

Kravene til likebehandling og forutberegnelighet

- (36) Klager har anført at innklagede ved å evaluere tilbudte løsninger med allerede anskaffet tykk klient fra Microsoft, bryter kravet til likebehandling i lovens § 5. Klagenemnda viser til drøftelsen ovenfor og resultatet i sak 2009/124. Klagenemnda legger altså til grunn at det er i samsvar med regelverket å kreve at løsningen som skal anskaffes, må være kompatibel med allerede anskaffet brukerprogram. Det følger av dette at det da også må være tillatt å evaluere tilbudene opp mot dette kravet for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette må også gjelde der det er åpnet for å levere tilbud på opsjon på alternativ tykk klient til Microsoft Outlook, og klagers anførsel kan ikke føre frem.
- (37) Klager har videre anført at lovens § 5 er brutt ved at innklagede har delt opp anskaffelsen, ved at det er brukt tekniske spesifikasjoner for å hindre konkurranse, samt at kravet til forutberegnelighet er brutt ved at det kommer dårlig frem at innklagede har begrenset anskaffelsen til kun å gjelde tynn klient og tjenerprogramvare.
- (38) Klagenemnda viser til drøftelsen ovenfor samt drøftelse og resultat i sak 2009/124 og konkluderer på denne bakgrunn med at innklagede ikke har brutt lovens § 5 ved å bruke tekniske spesifikasjoner for å hindre konkurranse. Når det gjelder anførselen om at anskaffelsen er delt opp, viser klagenemnda til at en oppdragsgiver har mulighet til å dele opp en anskaffelse med mindre den deles opp for å unngå at bestemmelser i

forskriften kommer til anvendelse, jf. forskriftens § 2-3 (4). Det er det ikke holdepunkter for i denne saken. Når det gjelder anførselen om brudd på forutberegnelighet viser klagenemnda til at det fremgår av konkurransegrunnlaget hvilken løsning som skal anskaffes. Etter klagenemndas oppfatning kan dette ikke anses uklart. Klagers anførsel om brudd på lovens § 5 kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

- (39) Til slutt behandles klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget utelukker muligheten for å vurdere klagers klient som er en mellomting av tynn og tykk klient, samt at klager har merknader til hvor mange komponenter innklagede bør anskaffe. Her bemerker klagenemnda at det ligger til innklagdes innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvilket behov som foreligger og hvordan dette best kan tilfredsstilles.

Konklusjon:

Oslo kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

7. september 2009


Bjørge Ven