



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede arrangerte en konkurranse med forhandling under nasjonal terskelverdi for anskaffelse av antivirusprogrammer. Innklagede kunngjorde konkurransen og klagenemnda fant at forskriften del II gjaldt. Klagers anførsler om brudd på regelverket førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. mai 2010 i sak 2010/62

Klager: Virosafe Norge AS

Innklaget: Hedmarken IKT

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Utvelgelse av tilbydere, beregning av terskelverdi ved opsjoner i konkurransegrunnlaget.

Bakgrunn:

- (1) Hedmarken IKT (heretter kalt innklagede) kunngjorde 13. november 2009 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av antivirusløsning til datamaskiner.
- (2) Innklagede hadde de fire siste årene en antivirusavtale med Virosafe Norge AS (heretter kalt klager). Den foreliggende konkurransen ble arrangert fordi denne avtalen utløp. På bakgrunn av erfaring og kjennskap til antivirusverktøymarkedet, anslo innklagede at anskaffelsesverdien ville være omtrent 300 000 – 400 000 kroner for en ny fireårsperiode. Innklagede valgte likevel å kunngjøre konkurransen gjennom Doffin for å sikre seg tilbud fra interesserte tilbydere og dermed muligheten til å velge antivirusløsning basert på kjennskap til et bredt spekter av tilbydere og produkter.
- (3) Det fremgikk av kunngjøringen at det var en nasjonal kunngjøring av konkurranse. Verken kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget ga informasjon om hvilken anskaffelsesverdi innklagede la til grunn. For øvrig var kontraktsgjenstanden beskrevet som følger i kunngjøringen:

"II.1.5) Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang

[Innklagede] har en sentral serverpark, og ca 4200 PCer i et nett med over 150 lokasjoner."

- (4) I kunngjøringen punkt IV.1 var det haket av for anskaffelsesprosedyren "forhandlet – ett trinn".
- (5) I konkurransegrunnlaget under overskriften "Oppdraget" fremgikk det:

"1.1 Oppdragsgiver

[Innklagede] er et interkommunalt IKT – samarbeid for kommunene Hamar, Løten og Stange.

1.3 Kontraktsbestemmelser

Konkurransen vil bli gjennomført i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr 69 § 11 og forskrift om offentlige anskaffelser fastsatt ved kgl.res. 7. april 2006.

Anskaffelsen vil bli gjennomført etter prosedyren "Konkurranse med forhandling"

[...]

1.6.2 Opsjon

[Innklagede] kan bli utvidet med flere kommuner i løpet av den perioden avtalen skal gjelde for, og ønsker derfor muligheten til å benytte seg av en opsjon om å trekke inn nye kunder av [innklagede] i løpet av avtaleperioden."

- (6) Punkt 6 fra konkurransegrunnlaget hitsettes:

"6 Avgjørelsen av konkurransen

6.1 Avlysning av konkurransen og forkastelse

Oppdragsgiver forbeholder seg retten å:

- *Avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger saklig grunn*
- *Forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det*
- *Forkaste innsendte tilbud, som ikke er besvart iht. denne forespørsel*

6.2 Tildelingskriterier

Følgende vurderingsgrunner legges til grunn ved valg av leverandøren (i uprioritert rekkefølge):

- *Totaløkonomi for [innklagede]*
- *Kvalitet*
- *Tekniske løsninger*
- *Programvarens muligheter og brukervennligheter*
- *Service og oppfølging, samarbeid og produktopplæring*
- *Oppdatering og videreutvikling av produkt(ene)*

Vi ber derfor tilbyderne å dokumentere eller beskrive disse forholdene."

- (7) Innen tilbudsfristen 22. desember 2009 mottok innklagede i alt åtte tilbud, deriblant fra klager og Atea AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) Noen av leverandørene, blant annet valgte leverandør, tilbød forskjellige antivirusprodukter. Følgende utdrag hitsettes fra innklagedes sammenligningsmatrise versjon 1 som ble utarbeidet på bakgrunn av de mottatte tilbudene:

	Økonomi	Kvalitet tilbud	Tekniske løsninger	Muligheter og brukervennlighet	Service, oppfølging, samarbeid, opplæring	Oppdatering og videreutvikling	SUM – FØR første møte. Høyeste tall er best
Profitek AS	5	4	4	3	3	4	23
Daldata AS	4	3	4	3	4	4	22
[klager]	4	4	4	3	3	4	22
[valgte leverandør] produkt A	3	4	4	3	4	4	22
[valgte leverandør] produkt B	5	3	4	3	4	4	23

(9) I innklagedes brev av 18. januar 2010 til klager, fremgår det:

"Oppfølging av mottatte tilbud

Åtte tilbydere har gitt oss tilbud innen fristens utløp 22. desember 2009 kl. 1200.

Etter første vurdering av alle tilbudene, vil fem av tilbudene være med i den videre utvelgelsesprosessen, og Deres tilbud er et av disse.

Vi inviterer derfor til et møte i våre lokaler i Hamar for å få en nærmere presentasjon av Deres tilbud:

Møtested: Hedmarken IKT, Hamar rådhus, Vangsveien 51, møterom 452

Tid for møtet: Onsdag 3. februar 2010 kl 0930-1100."

(10) I følge innklagede var møtet ikke et forhandlingsmøte, men et avklaringsmøte for å sikre at innklagede hadde forstått tilbudene riktig. Da møtene var, etter innklagedes utsagn, korte og enkle, ble det ikke ansett nødvendig å føre referater fra møtene. Etter møtene oppdaterte innklagede sammenligningsmatrisen. Fra versjon 2 hitsettes følgende utdrag:

	Økonomi	Kvalitet tilbud	Tekniske løsninger	Muligheter og brukervennlighet	Service, oppfølging, samarbeid, opplæring	Oppdatering og videreutvikling	SUM – FØR første møte. Høyeste tall er best	SUM - justert etter 1. møte
Profitek AS	5	4	4	4	3	4	23	24
Daldata AS	3	2	4	3	3	4	22	19
[klager]	3	3	4	2	3	3	22	18

[valgte leverandør] produkt A	3	3	4	3	4	4	22	21
[valgte leverandør] produkt B	5	3	4	4	4	4	23	24

- (11) På møtet ble de fem tilbyderne orientert om muligheten for at flere kommuner sluttet seg til innkjøpsprosjektet, jf også konkurransegrunnlaget punkt 1.6.2. Flere tilsluttede kommuner ville gi høyere antall brukere / lisenser, som igjen kunne påvirke prisen. Det ble informert om at det ennå ikke var endelig bestemt om flere kommuner ville slutte seg til.
- (12) I et brev av 15. februar 2010 til klager fra innklagede, ble klager gitt beskjed om at klager ikke ville bli invitert til de senere forhandlingsmøtene. Klager utarbeidet likevel et nytt pristilbud basert på den mulige utvidelsen og fremla dette i brev av 18. februar 2010. I klagers reviderte tilbud fremgikk det:

"[Klager] har mottatt Deres brev av 15.2.2010 om status og fremdrift i videre behandling av tilbudene. I møte hos Dere onsdag 3.2.2010 ble det sagt klart ifra at prisdiskusjoner / forhandlinger skulle ikke finne sted før neste møte. [Klager] synes nå å ha blitt avskåret å få anledning til å komme med nytt pristilbud. Dette også med bakgrunn av at oppdragsgiver ga informasjon om muligheter for en betydelig utvidelse av antall kommuner i [innklagedes] samarbeidet."

- (13) I innklagedes meddelelsesbrev av 5. mars 2010 til klager fremgikk det at valgte leverandør var valgt som innklagedes medkontrahent. I tillegg stod det:

"Utvelgelsesprosessen:

- *11 tilbud var mottatt ved tilbudsfrist*
- *Ut fra tilbudene var vår vurdering at alle tilbudene ville dekke våre behov*
- *Etter en vekting av alle tilbudene, valgte vi å gå videre med de fem tilbudene som kom best ut av denne vektingen*
- *Møte med de 5 tilbyderne som gikk videre, for å være sikker på at vi forstod tilbudene riktig, og at de ble sammenlignet på riktig grunnlag.*
- *Etter justering av vektingen av de 5 tilbudene som gikk videre, skilte 2 tilbud seg klart ut, og ble invitert til forhandling om kontrakt*
- *Tildeling av kontrakt til gunstigste tilbud*

Vurdering av Deres tilbud. Gjelder begge løsninger, men Trend Micro Messaging Suite vektet 1 poeng høyere enn Trend Micro NeatSuite totalt (valgt tilbud i parentes)

- *Økonomi – 4 poeng av 5 mulige (5 poeng av 5 mulige)*
- *Kvalitet tilbud – 4 poeng av 5 mulige (4 poeng av 5 mulige)*
- *Tekniske løsninger – 4 poeng av 5 mulige (4 poeng av 5 mulige)*
- *Muligheter og brukervennlighet – 3 poeng av 5 mulige (3 poeng av 5 mulige)*
- *Service, oppfølging, samarbeid, opplæring – 3 poeng av 5 mulige (3 poeng av 5 mulige)*

- Oppdatering og videreutvikling – 4 poeng av 5 mulige (4 poeng av 5 mulige)

Antall poeng for økonomi er før forhandlinger ble startet.

Vedrørende ettersendt tilbud fra Dem

Vi viser også til ettersendt og revidert tilbud fra Dem, datert 18.02.2010. [Klager] var, som kjent, en av de fem tilbyderne som ble invitert til videre prosess i et første avklarende møte:

- *Alle fem tilbydere ble orientert om at dette møtet hadde som hovedformål å sikre at [innklagede] forstod tilbudene riktig, slik at vi kunne foreta en rettferdig vurdering av de fem tilbudene mot hverandre.*
- *Vi orienterte alle fem om at vi ville vurdere hvem av disse fem vi ville gå i forhandlinger med etter denne vurderingen.*
- *Vi orienterte alle fem om en mulig utvidelse av [innklagede] i løpet av våren 2010, og at vi ønsket avklaring om hvilke lisensmessige konsekvenser dette ville få vedrørende tilbudt antivirusløsning*

Vi kan dessverre ikke behandle [klager] annerledes enn vi behandler de andre tilbyderne, og kunne således ikke ta med Deres reviderte tilbud i den videre prosessen. Vi takker for det gode samarbeidet vi har hatt, og håper det vil dukke opp nye samarbeidsmuligheter i fremtiden.”

(14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. mars 2010.

(15) Kontraktsinngåelse er utsatt i påvente av klagenemndas behandling av saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (16) Innklagede har brutt § 2-3 ved at kontraktens verdi trolig var dobbel så stor som kunngjøringen la til grunn ettersom opsjonene (mulig økning i innklagedes behov) ikke ble offentliggjort i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Behovsøkningen hadde vesentlige følger for prisen. Innklagede skulle reparert denne feilen ved å avlyse konkurransen og kunngjøre på ny, eller latt den nye informasjonen tilflyte alle leverandører slik at de kunne tatt hensyn til opsjonsmulighetene.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å gi klager villedende informasjon og ikke opplyse tilstrekkelig om fremgangsmåten for reduksjon av antall tilbydere.
- (18) Innklagede har brutt regelverket i utvelgelsen av tilbydere. Reduksjon av antall tilbydere skal skje på grunnlag av de oppgitte tildelingskriterier.
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å bruke klagers reelle tilbudspris, det vil si tilbudsprisen som tok hensyn til opsjonene, som grunnlag for å redusere antall tilbud. Innklagede ble opplyst om denne prisen i e-post av 18. februar 2010 fra klager, men la den ikke til grunn for matrisene. I lys av regelbruddene begått av innklagede, pliktet innklagede å legge til grunn og vurdere klagers reviderte tilbudspris.

- (20) Videre var innklagedes brev av 5. mars 2010 feilaktig da det ikke inneholdt korrekt informasjon om poengsummene til klager og valgte leverandør.
- (21) Klager krever erstatning for det tap klager har lidt som følge av innklagedes feil.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede bestrider at § 2-3 er brutt. Det er fortsatt et åpent spørsmål om innklagede utvides med flere kommuner enn de tre som i dag utgjør innklagede, og konkurransen ble gjennomført ut ifra dagens kommuneantall. Klagers anførsel om at kontraktsverdien er doblet, må stå for klagers regning.
- (23) Innklagede bestrider at regelverket er brutt ved at prisvurderingen ikke ble lagt til grunn for reduksjon av antallet tilbydere. Innklagede stiller seg uforstående til klagers anførsel om dette.
- (24) Det bestrides at regelverket er brutt slik klager anfører. Møtet hvor klager deltok var et oppklaringsmøte for å sikre at innklagede forstod tilbydernes priser og produkter riktig. Kun enkelte av tilbyderne ville bli invitert til neste møte, som var et tradisjonelt forhandlingsmøte. Klager var ikke med i konkurransen lenge nok til at det ble ført forhandlinger med klager. Ettersom pris skulle forhandles på neste møte, ble det informert om muligheten for at flere kommuner sluttet seg til innklagede, slik at innklagedes behov økte; hvilket antagelig ville ha betydning for tilbydernes priskalkyler.
- (25) Innklagede bestrider at feilen i meddelelsesbrevet har noen betydning. Den oppdaterte matrisen etter avklaringsmøtet ble dessverre ikke inntatt meddelelsesbrevet, selv om det var den oppdaterte matrisen som ble brukt i evalueringen og utvelgelsen. Feilen i meddelelsesbrevet var at det ble skrevet noen feil poengsummer. Skrivefeilene har ikke hatt innvirkning på samlet poengsum eller valg av leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 nr. 1288 § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr 41 og forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr 402.

Regelverk - hvilken del av forskriften gjelder

- (27) Innklagede har lagt til grunn at loven og forskriften del I kommer til anvendelse i saken, siden anskaffelsens verdi - uten opsjonen - ble beregnet til 300 000-400 000 kroner. Innklagede kunngjorde anskaffelsen selv om anskaffelsesverdien ble beregnet til under terskelverdien på 500 000. Kunngjøringen fremstod som en alminnelig nasjonal kunngjøring for anskaffelser over terskelverdi, ikke som en frivillig kunngjøring. I kunngjøringen stod det ingenting om kontraktsverdien, eller at innklagede anslo verdien til å ligge under nasjonal terskelverdi. I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 fremgikk det at anskaffelsen ville følge lov og forskrift om offentlige anskaffelser, men det var ikke spesifisert hvilke deler. Det var altså ikke tatt forbehold i kunngjøringen om at bare del I ville gjelde selv om konkurransen ble kunngjort nasjonalt. På bakgrunn av dette må kunngjøringen etter klagenemndas vurdering ha gitt tilbydere i den aktuelle konkurransen en forventning om at anskaffelsen ville bli regulert av forskriften del II. Konkurransen må følgelig bli regulert av forskriften del I og II.

Kontraktens verdi

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 2-3 ved ikke å medregne den mulige behovsutvidelsen i anskaffelsens anslåtte verdi. Innklagede bestrider anførselen under henvisning til at det ikke er endelig avgjort om flere kommuner vil benytte seg av avtalen i fremtiden, jf. konkurransegrunnlagets pkt 1.6.2.
- (29) Det følger av § 2-3 (1) at kontraktsverdien skal beregnes ut ifra ”*det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale, ekskl. mva. for de kontrakter som utgjør anskaffelsen*”. Videre følger det av § 2-3 (5) at i beregningen ”*skal det tas hensyn til enhver form for opsjoner og eventuelle forlengelser av kontrakten*.” Opsjoner skal regnes med uavhengig av sannsynligheten for at de vil bli benyttet. Klagenemnda mener derfor at verdien på opsjonene skulle vært tatt med selv om det på tidspunktet for beregningen av anskaffelsens verdi var uvisst om opsjonen ville blitt benyttet.
- (30) Reglene om beregning av anskaffelsens verdi har imidlertid kun betydning for vurderingen av hvilke deler av forskriften som kommer til anvendelse. Innklagede har her kunngjort anskaffelsen i tråd med forskriftens del II, og det er ingen holdepunkter for at verdien på anskaffelsen - når opsjonene regnes med- overstiger terskelverdien som angitt i forskriftens § 2-2 slik at del III kommer til anvendelse. Klagers anførsel fører således ikke frem.

Forutberegnelighetskravet

- (31) Spørsmålet er om kravet til forutberegnelighet i § 5 (3) er brutt ved at innklagede foretok en reduksjon av antall tilbyderne før innklagede forhandlet med et par utvalgte tilbyderne, selv om det ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget at så ville bli gjort.
- (32) I sak 2009/167 premiss (38) følgende, fant klagenemnda at det ikke var i strid med forskriften § 11-8 å la konkurransegjennomføringen forløpe i faser og slik redusere antallet leverandører før forhandlingene, selv om dette ikke var særskilt varslet i konkurransegrunnlaget. Forutberegneligheten ivaretas ved at det følger uttrykkelig av bestemmelsen at slik konkurranse kunne bli gjennomført i faser, jf sak 2009/125 og Fornyings- og administrasjonsdepartementets Veileder til reglene om offentlige anskaffelser 2006, side 184.
- (33) I kunngjøringen punkt IV.1 og konkurransegrunnlaget punkt 1.3 var det angitt at anskaffelsesprosessen var konkurranse med forhandling. Dessuten fremkommer det av ordvalget i innklagedes møteinnkalling av 18. januar 2010 at det var tale om en fase med reduksjon av tilbydere før forhandling: ”*Oppfølging av mottatte tilbud*”, det inviteres til et møte ”*for å få en nærmere presentasjon av [tilbydernes] tilbud*” og bare fem av tilbyderne får ”*være med i den videre utvelgelsesprosessen*”.
- (34) Klagenemnda kan derfor ikke se at det var uforutsigbart for klager at innklagede reduserte antallet tilbydere før forhandlingene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Gjennomføringen av konkurransen

- (35) Spørsmålet er så om utvelgelsen av tilbyderne skjedde på en måte som var i strid med § 11-8. Det følger av § 11-8 (1) andre setning at reduksjon av tilbydere ”*skal skje på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriteriene*”.

- (36) Tildelingskriteriene i den foreliggende saken var opplistet i konkurransegrunnlaget punkt 6.2. Innklagede evaluerte og poengsatte tilbudene for hvert tildelingskriterium. Resultatet ble oppstilt i matrisen som i utdrag er gjengitt ovenfor i premiss (8). De fem produktene, fra fire ulike tilbydere, som da hadde høyest samlet poengsum ble innkalt til avklaringsmøter. Etterpå ble matrisen justert og det ble forhandlet med de to tilbyderne som hadde høyest poengscore. I hele prosessen var det tildelingskriteriene som var grunnlaget for utvelgelse av tilbydere og forhandlingsdeltakere, og klagenemnda mener at det således er dokumentert at utvelgelsen av tilbyderne skjedde på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriteriene. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (37) Klagenemnda oppfatter klagers anførsler slik at det reises spørsmål om det i forhandlingene var *"igjen et tilstrekkelig antall tilbud [til å] sikre reell konkurranse"*, jf § 11-8 (1) siste setning, ettersom innklagede bare forhandlet med to av de fem tilbyderne som ble invitert til avklaringsmøtet. I sak 2008/170 premiss (61) uttalte nemnda at det normalt må forhandles med minst tre tilbydere for å sikre reell konkurranse, men at det kan tenkes situasjoner hvor to tilbydere vil være tilstrekkelig.
- (38) Enkelte av tildelingskriteriene fremstod som velegnet til forhandling, eksempelvis *"service, oppfølging, samarbeid, opplæring"* og pris, hvilket gir grunn til å tro at enkelte tilbydere kunne bedre sin posisjon ytterligere gjennom forhandlinger. De utvalgte tilbydernes samlede poengsummer følger imidlertid av den oppdaterte matrisen inntatt i premiss (10) ovenfor. Tilbyderne innklagede forhandlet med, oppnådde begge 24 av 30 poeng. Valgte leverandør hadde også et annet produkt som oppnådde 21 poeng. Neste reelle forhandlingsdeltaker var en tilbyder med 19 poeng og klager med 18 poeng. Dersom tilbyderne hadde ligget nærmere hverandre i poengsum enn det som er tilfellet her, kunne det hatt mer for seg å forhandle med tre tilbydere. Videre taler anskaffelsens beskjedne verdi for å begrense antall tilbydere det ble forhandlet med for å forhindre unødig tids- og ressursbruk, jf § 3-1 (5).
- (39) Klagenemnda finner derfor at det i den foreliggende saken var tilstrekkelig å forhandle med bare to tilbydere for å sikre reell konkurranse. Klagers anførsler fører ikke frem.

Nytt pristilbud

- (40) Klager anfører at innklagede burde vurdert klagers tilbud av 18. februar 2010 fordi dette tilbudet innholdt priser som tok hensyn til opsjonen. Klagenemnda bemerker at klager innga sitt første tilbud innen tilbudsfristen 22. desember 2009. Etter avklaringsmøtet 3. februar 2010, ble klager underrettet i brev av 15. februar 2010 om at klager ikke ville bli invitert til forhandlinger. Det er ikke tvilsomt at klager visste dette, ettersom det i tilbudet av 18. februar er vist til innklagedes brev av 15. februar. Etter klagenemndas vurdering, var klager ute av konkurransen før det reviderte tilbudet ble levert og innklagede pliktet ikke å vurdere klagers nye tilbud. Klagers anførsel fører ikke frem.

Feil i poengoversikten

- (41) Klager anfører at det er feil i poengoversikten inntatt i innklagedes meddelelsesbrev av 5. mars 2010. Klagenemnda viser til at innklagede innrømmer at uriktige poengsummer er inntatt i meddelelsesbrevet. Innklagede har videre fremholdt at vurderingen av hvilke tilbydere det skulle forhandles med, skjedde på bakgrunn av sammenligningsmatrisen slik den fremstod etter avklaringsmøtet 3. februar 2010. I denne matrisen var klager rangert som nummer fem av fem, mens tilbyderne rangert som nummer en og to ble invitert til forhandlinger. De uriktige poengsummene i meddelelsesbrevet har følgelig

ikke hatt betydning for valget av leverandør eller klagers forhandlingsadgang. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har begått feil i evalueringen og klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Hedmarken IKT har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
10. mai 2010


Georg Fredrik Rieber-Mohn