



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag, avvisning av tilbud, forhandlinger

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling for anskaffelse av system for elektronisk søknadsbehandling og administrasjon av gravemeldinger og utleiekontrakter for kommunale arealer. Klager anførte at innklagede har gjort en rekke feil ved gjennomføringen av konkurransen. Klagenemnda fant at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 16. desember 2015 i sak 2015/124

Klager: Geomatikk AS

Innklaget: Oslo kommune v/Bymiljøetaten

**Klagenemndas
medlemmer:** Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad, Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/Bymiljøetaten (heretter innklagede) kunngjorde 4. mars 2015 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av system for elektronisk søknadsbehandling og administrasjon av gravemeldinger og utleiekontrakter for kommunale arealer. Anskaffelsens verdi var ikke oppgitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tilbudsfrist var 25. mars 2015.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.3 at kontrakt ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene pris (vektet 50 %) og oppdragsforståelse (50 %).
- (3) Av kravspesifikasjonen fremkom det blant kravene til løsningens hovedegenskaper at: "*Systemet skal være tilpasset Noark 5-standard*"¹. Kravet skulle besvares med "*J/N/forbehold*".
- (4) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen 25. mars 2015, heriblant fra Geomatikk (heretter klager), Norconsult (heretter valgte leverandør) og Powel.
- (5) I tilbudet fra valgte leverandør var det krysset av "*Ja*" på kravet om Noark 5-standard, med følgende kommentar:

"ISY Case er tilpasset Noark 5-standard gjennom tjenestelaget Geointegrasjon. NOIS har flere integrasjoner mot Ephorte for ulike kunder og har god erfaring med både Ephorte og Noark 5-standard. Spesifikke detaljer vedrørende utformingen av denne integrasjonen må diskuteres."

¹ Noark 5 er en standard for arkivdanning som stiller krav til arkivstruktur, metadata og funksjonalitet.

- (6) Partene har opplyst at også Powel hadde kryssset av "Ja" på kravet om at det tilbudte systemet skulle være tilpasset Noark 5-standard, men at det ikke var gitt noen nærmere forklaring på hvordan kravet var oppfylt.
- (7) I anskaffelsesprotokollen, datert 22. juni 2015, fremgikk følgende evaluering av valgte leverandørs tilbud på tildelingskriteriet oppdragsforståelse: *"Har sammen med Geomatikk levert den beste besvarelsen på oppdraget. De har dokumentert at de har et godt system som er utprøvd og har den etterspurte funksjonaliteten, brukervennligheten og estetiske utformingen."* Valgte leverandør fikk 10 poeng på dette kriteriet. Om tilbudet til Powel fremgikk blant annet følgende: *"Powel er den tilbyder som har den minst ferdige løsningen, men har likhet med de øvrige tilbydere skissert en løsning som vil tilfredsstille de fleste tekniske kravene/funksjonalitet. [...]".* Leverandøren fikk 6 poeng på dette kriteriet.
- (8) I brev til klager 25. juni 2015 fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Powel var rangert som nummer to, og klager som nummer tre.
- (9) Ved en klage på tildelingsbeslutningen 6. juli 2016 viste klager til at verken valgte leverandør eller Powel hadde endelig eller midlertidig godkjenning for Noark 5 fra Arkivverket. Innklagede svarte 21. august 2015, og tok ikke klagen til følge. Klager sendte ytterligere to klager, som heller ikke ble tatt til følge.
- (10) Klagenemndas sekretariat avviste 8. oktober 2015 en klage fra en annen tilbyder i denne konkurransen, med den begrunnelse at klagen klart ikke kunne føre frem. Denne klagen gjaldt hvorvidt innklagede hadde brutt regelverket ved å foreta vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. oktober 2015.
- (12) Kontrakt er ikke inngått, og innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse avventes til saken er behandlet av klagenemnda.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. desember 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Uklar kravspesifikasjon

- (14) Innklagede har brutt forskriften § 17-1 (1) bokstav a ved ikke å gi tilstrekkelige opplysninger om hvilken ytelse som skulle anskaffes. Kravet om at systemet skulle være tilpasset Noark 5 var uklart. Praktiseringen av kravet har ført til en konkurransevridding og må derfor medføre at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.

Avvisning av tilbud

- (15) Innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise tilbudene til valgte leverandør og Powel, ettersom disse inneholdt vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen ved at ingen av dem har dokumentert å oppfylle kravet om at tilbudt system skulle være tilpasset Noark 5-standard.

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom leverandøren har forbeholdt seg en forhandlingsadgang.

Undersøkelser av om minimumskravet var oppfylt

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å foreta en selvstendig vurdering av om valgte leverandør og Powel oppfylte kravet om at tilbudt system skulle være tilpasset Noark 5. Innklagede hadde som følge av klagen, der klager påpekte at hverken valgte leverandør eller Powel var godkjente leverandører av Arkivverket, en plikt til å undersøke om leverandørene faktisk oppfylte kravet.

Forhandlingene

- (18) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager tilstrekkelig veiledning i forhandlingene. Dersom innklagede mener at klager misforstod kravet om tilpasning til Noark 5, skulle innklagede ha gjort klager oppmerksom på dette. Klager kunne da ha tilbudt et billigere og tilsynelatende mer konkurransedyktig alternativ, som ville medført at deler av kostandene knyttet til integrering og drift ble veltet over på kommunen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Uklar kravspesifikasjon

- (19) Kravet om at systemet skulle være tilpasset Noark 5 var ikke uklart. Dersom oppdragsgiver hadde ønsket et system som var helt lukket, hadde tildelingskriteriet vært utformet på en annen måte. Innklagede har bevisst valgt å bruke ordet tilpasset, for ikke å låse seg til at systemet skulle kunne integreres mot andre systemer.

Avvisning av tilbud

- (20) Verken valgte leverandør eller Powel skulle vært avvist. Valgte leverandør har i sitt tilbud opplyst at de oppfyller minimumskravet ved å svare bekreftende på dette i egenerklæringsskjemaet. I tillegg har valgte leverandør gitt en redegjørelse for hvordan systemet er tilpasset Noark 5-standarden. Også Powell har svart bekreftende i egenerklæringsskjemaet på at kravet er oppfylt.
- (21) Valgte leverandør har ikke forbeholdt seg en forhandlingsadgang som skal føre til avvisning. Ved anskaffelse av et system som ikke forutsetter en selvstendig lukket løsning, vil det alltid være behov for noen mindre avklaringer i forhold til integrering mot dagens system.

Undersøkelser av om minimumskravet var oppfylt

- (22) Det var ikke oppstilt noen krav om at leverandørene skulle tilby en løsning med innebygget Noark 5 godkjenning i et lukket system, og både valgte leverandør og Powel bekrefter at de oppfyller kravet. Innklagede forutsetter derfor at de oppfyller dette kravet gjennom integrasjoner med andre godkjente systemer, slik valgte leverandør har beskrevet. Det var dermed ikke grunn for innklagede til å foreta nærmere undersøkelser.

Forhandlingene

- (23) Innklagede hadde ikke plikt til å ta opp muligheten for integrasjon med klager i forhandlingene. Klager har valgt å levere inn tilbud på en selvstendig løsning. Innklagede så det ikke som naturlig å be leverandøren om et helt annet produkt, men valgte heller å forhandle om det som faktisk var tilbudt.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av et system for elektronisk søknadsbehandling og administrasjon av gravemeldinger og utleiekontrakter for kommunale arealer. Konkurransen var kunngjort som en tjenesteanskaffelse i kategori 27. Anskaffelsens hovedvokabular var i kunngjøringen oppgitt som "*Datatjenester: rådgivning, programvareutvikling, internett og systemstøtte*". Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 at anskaffelsen var omfattet av forskriften del I og III. Det legges derfor her til grunn at anskaffelsen omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III.

Uklar kravspesifikasjon

- (25) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 17-1 (1) bokstav a ved at kravet om at systemet skulle være tilpasset Noark 5 var uklart.
- (26) Det følger av forskriften § 17-1 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal utarbeide et konkurransegrunnlag, og at dette skal inneholde opplysninger om "*hvilken ytelse som skal anskaffes.*" Det er både i tidligere avgjørelser fra klagenemnda, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/98 premiss (76) og 2013/22 premiss (25), og i en rekke dommer fra EU-domstolen, jf. blant annet sak C-19/00 SIAC Construction og C-42/13 (Cartiera dell'Adda), fastslått at det gjelder et klarhetskrav ved utformingen av konkurransegrunnlaget.
- (27) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede skulle anskaffe et system for elektronisk søknadsbehandling og administrasjon av gravemeldinger og utleiekontrakter for kommunale arealer. Det var nærmere forklart hvordan det var ønskelig at systemet skulle fungere, og det var stilt en rekke krav til systemet. I kravspesifikasjonen var det blant annet oppstilt et krav om at: "*Systemet skal være tilpasset Noark 5-standard*".
- (28) Det er ikke nærmere presisert hva som skal til for at et system er tilpasset Noark 5-standard, eller hvilke løsninger som vil oppfylle dette kravet. En naturlig forståelse av begrepet "*tilpasset Noark 5-standard*" tilsier imidlertid at den tilbudte løsning må være kompatibel med Noark 5-arkivsystemer, og fungere slik at dokumenter kan arkiveres i Noark 5-godkjent format. Kravet kan dermed oppfylles på flere måter. I et tilfelle som det foreliggende, hvor det kan tenkes flere måter å oppnå et ønsket resultat på, vil ofte tilbyderne være nærmest til å vite hvordan tilbyderne kan oppnå det resultat innklagede ønsker. Konkurransen skulle gjennomføres som en konkurranse med forhandlinger, og innklagede hadde dermed adgang til å etterspørre nærmere avklaringer av hvordan de tilbudte løsningene oppfylte kravet, dersom dette var nødvendig eller ønskelig. Klagenemnda kan etter dette ikke se at tilbyderne manglet nødvendige opplysninger om hvilken ytelse som skulle anskaffes. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Avvisning av tilbud grunnet vesentlig avvik

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e ved ikke å avvise tilbudene fra valgte leverandør og Powel, fordi disse utgjorde et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen ettersom det ikke var dokumentert oppfyllelse av kravet om tilpasning til Noark 5-standard.
- (30) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav e at et tilbud skal avvises når det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.
- (31) Klager anfører at verken valgte leverandør eller Powel oppfylte kravet om at *"Systemet skal være tilpasset Noark 5-standard"*, og viser til at de ikke var oppført på listen over godkjente leverandører av Noark 5-standard på Arkivverket sin hjemmeside.
- (32) Kravet i konkurransegrunnlaget var at de tilbudte systemene måtte være *"tilpasset"* Noark 5-standard. Det var altså ikke uttrykkelig stilt krav om godkjenning fra Arkivverket. Innklagede har anført at begrepet *"tilpasset Noark 5"* ble benyttet nettopp fordi innklagede ikke ønsket å stille et krav om godkjenning fra Arkivverket. Dersom innklagede mente å stille et krav om godkjenning fra Arkivverket, ville det vært naturlig at dette ble sagt uttrykkelig i konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget kan etter dette ikke forstås slik at det var stilt krav om godkjenning som leverandør av Noark 5-standard fra Arkivverket.
- (33) I tilbudet fra valgte var det krysset av *"Ja"* på at systemet var tilpasset Noark 5-standard, og det stod følgende om systemet: *"ISY Case er tilpasset Noark 5-standard gjennom tjenestelaget Geointegrasjon. NOIS har flere integrasjoner mot Ephorte for ulike kunder og har god erfaring med både Ephorte og Noark 5-standard. Spesifikke detaljer vedrørende utformingen av denne integrasjonen må diskuteres."*
- (34) Valgte leverandør bekreftet at systemet er tilpasset Noark 5-standard. Formuleringene i valgte leverandørs tilbud tilsier videre at valgte leverandør vil utføre de arbeider og levere integrasjonsløsningene som er nødvendige for at det tilbudte systemet skal fungere opp mot Noark 5-standard, på den måten innklagede har etterspurt. Valgte leverandørs tilbud kan derfor ikke leses, slik klager hevder, som at det vil medføre ekstra kostnader for innklagede at valgte leverandørs løsning er avhengig av *"tjenestelaget Geointegrasjon"* for å oppfylle kravet om tilpasning til Noark 5. Valgte leverandørs tilbud oppfylte etter dette kravet om at tilbudt system skulle være tilpasset Noark 5-standard. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Innklagedes undersøkelsesplikt

- (35) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å foreta en selvstendig vurdering av om valgte leverandør og Powel oppfylte kravet om at tilbudt system skulle være tilpasset Noark 5, etter at klager påpekte at verken valgte leverandør eller Powel var oppført på listen over godkjente leverandører på Arkivverket sin hjemmeside.
- (36) Det fremkommer av drøftelsen over at det ikke var et krav at de tilbudte løsningene hadde godkjenning fra Arkivverket. Det fremgikk ikke av tilbudene at de tilbudte systemene var godkjent av Arkivverket, og det er heller ikke noe som tilsier at innklagede la dette til grunn for vurderingen. Det at klager gjorde innklagede oppmerksom på at hverken valgte

leverandør eller Powel hadde slik godkjenning er dermed uten betydning for om leverandørene oppfylte konkurransegrunnlagets krav. Innklagede hadde etter dette ikke grunn til å sjekke at opplysningene i valgte leverandør og Powels tilbud var riktige. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Avvisning av tilbud grunnet forbehold om forhandlingsadgang

- (37) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom leverandøren har forbeholdt seg en forhandlingsadgang.
- (38) I tilbudet fra valgte leverandør fremgikk det at: *"Spesifikke detaljer vedrørende utformingen av denne integrasjonen må diskuteres."*
- (39) Tilbudet kan ikke forstås slik at valgte leverandør forbeholdt seg en adgang til å forhandle om oppfyllelsen av kravet, eller kreve en høyere pris for rett oppfyllelse av dette. Basert på dette inneholdt ikke tilbudet fra valgte leverandør avvik, forbehold eller lignende, og tilbudet skulle dermed heller ikke vært avvist på dette grunnlag. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (40) Ettersom klagenemnda har kommet til at valgte leverandørs tilbud ikke skulle vært avvist, har klager ikke saklig klageinteresse i å få avgjort om tilbudet fra Powel skulle vært avvist fra konkurransen, ettersom avgjørelsen av dette spørsmål ikke ville påvirket klagers rettsstilling, jf. klagenemndforskriften § 6.

Mangelfull veiledning i forhandlingene

- (41) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager tilstrekkelig veiledning i forhandlingene, ettersom klager ikke ble gjort oppmerksom på at det kunne gis tilbud på et system uten Noark 5-godkjenning fra Arkivverket.
- (42) Det følger av forskriften § 20-11 (5) at forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler i § 3-1, herunder kravene til likebehandling og god forretningsskikk. I dette ligger det at oppdragsgiver har plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av kravet om reelle forhandlinger kan det imidlertid ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. blant annet klagenemndas sak 2014/39 premiss (41) og Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder side 210. Utgangspunktet er at tilbyder selv har risikoen for utformingen av tilbudet.
- (43) Klager tilbød et system som var Noark 5-godkjent av Arkivverket. Systemet oppfylte dermed kravet om at systemet skulle være tilpasset Noark 5-standard. Innklagede har i et slikt tilfelle ikke plikt til å opplyse leverandøren om at kravet også kan oppfylles på andre måter. Det er ikke anført at innklagedes tilbakemeldinger i forhandlingene på andre måter var mangelfulle. Innklagede har etter dette ikke brutt regelverket ved ikke å gi klager tilstrekkelig veiledning i forhandlingene og klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Oslo kommune v/Bymiljøetaten har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk