



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Rådgiverhabilitet. Tildelingsevaluering. Innsyn.

Innklagede gjennomførte en konkurranse om kjøp av nytt nettinformasjonssystem. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved å benytte en konsulent tilknyttet valgte leverandør som rådgiver ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kom til at rådgiverens involvering ikke var av en slik karakter at det utgjorde et brudd på forsyningsforskriften § 3-3. Nemnda fant imidlertid at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarehet i loven § 5 ved å gi en utilstrekkelig forklaring på prisen. Klagers anførsler om ulovlig tildelingsevaluering førte ikke frem. Klagers anførsel om utilstrekkelig innsyn ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 28. februar 2017 i sak 2016/100

Klager: Powel AS

Innklaget: Luostejok Kraftlag SA og Ymber AS

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Ymber AS¹ gjennomførte i august/september 2013 en markedsundersøkelse vedrørende muligheten for å få på plass et nytt nettinformasjonssystem. Markedsundersøkelsen ble utført på vegne av en samarbeidsgruppe, som – i tillegg til Ymber AS – består av Luostejok Kraftlag SA, Alta Kraftlag SA, Hammerfest Energi AS, Nordkyn Kraftlag SA, Repvåg Kraftlag SA, Varanger Kraft AS og Ishavskraft AS.
- (2) Markedsundersøkelsen ble gjennomført ved at Powel AS, Powel Cascade AS (fra 21. januar 2017 innfusjonert i Powel AS), Trimble Solutions Sandvika AS, Norconsult Informasjonssystemer AS, ReSight AS og Digpro Technologies AB ble invitert til å presentere sine løsninger.
- (3) Basert på markedsundersøkelsen besluttet Ymber AS og Luostejok SA (heretter innklagede) å utarbeide et felles konkurransegrunnlag. De øvrige aktørene i samarbeidsgruppen besluttet å dekke sine behov gjennom andre løsninger.
- (4) Anskaffelsens verdi ble anslått til to millioner kroner ekskl. mva. Til å bistå i arbeidet med å utarbeide et konkurransegrunnlag valgte innklagede å bruke Jens Otto Dolva, som er representant for Digpro Technologies AB i Norge.
- (5) Konkurransegrunnlaget ble sendt på e-post 3. november 2015 til de selskapene markedsundersøkelsen dekket. Tilbudsfrist ble i e-posten satt til 15. desember 2015. I

¹ Ymber AS eies av Kåfjord kommune, Skjervøy kommune, Nordreisa kommune, Kvænangen kommune, Loppa kommune, Kautokeino kommune og Troms Fylkeskommune.

Postadresse

Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

punkt 6 av konkurransegrunnlaget gikk det frem at det skulle leveres separate tilbud til henholdsvis Ymber og Luostejok.

- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.2 gikk det frem at anskaffelsen ville bli gjennomført i henhold til følgende *"metoder/premisser"*:

- *Tilbud med etterfølgende forhandling*
- *Tilbud kan komme til å bli antatt uten foregående forhandling*
- *Tilbud som ikke er fullstendig eller i henhold til definerte krav kommer til å bli forkastet*
- *Tilbud skal følge angitte krav i Tilbudsgrunnlaget [...]"*.

- (7) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte en kravspesifikasjon. I kravspesifikasjonen punkt 1.4.1 og 1.4.2 ble det skilt mellom *"skal-krav"* (*"S-krav"*) og *"ønsket funksjonalitet"* (*"Merverdi-krav"* eller bare *"M-krav"*). Til flere av både S-kravene og M-kravene var det ifølge punkt 1.4.3 videre krav om å beskrive og dokumentere oppfyllelsen av kravet (*"D-krav"*):

"Tilbudsgiveren skal for alle disse krav både forklare og beskrive løsningen eller funksjonen som anvendes. I tilfelle behov for ytterligere dokumentasjon vil disse blir etterspurt med henvisning til aktuelt krav."

- (8) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.2.4 gikk det frem at *"alle SKAL-krav (S-Krav) må innfris, om ikke SKAL-krav innfris vil tilbudet forkastes. For alle Merverdi-kravene (M-kravene skal det forklares om, og hvordan spesifiserte krav blir oppfylt [...]"*.

- (9) På bakgrunn av en henvendelse fra én av de inviterte leverandørene, som ikke var i stand til å oppfylle alle skal-kravene, valgte innklagede å endre konkurransegrunnlaget punkt 3.2.4 til følgende:

"Alle S-Krav skal i utgangspunktet innfris. Om ikke S-krav innfris kan tilbudet bli forkastet om man vurderer det/eller de som kritiske i forhold til å realisere ønskede målbilder."

- (10) Kontrakt ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 2.4.1 bli tildelt på bakgrunn av *"Økonomi, Totale Kostnader, Pris"* (30 %), *"Tekniske krav og funksjonalitet"* (40 %) og *"Prosjektgjennomføring og drift"* (30 %).

- (11) Priskriteriet skulle vurderes ut fra *"[l]everansens samlede kostnad (inkl. opsjoner) for Kjøp, vedlikehold og supplerende komponenter (rammeavtale) over en 5-årsperiode inkludert prisregulering"*. Det skulle også oppgis *"[p]ris for tilleggstenester og estimerte implementeringskostnader"*.

- (12) Tildelingskriteriet *"Tekniske krav og funksjonalitet"* ble presisert på følgende måte:

"Tekniske krav og funksjonalitet"

- *Grad av overensstemmelse mellom tilbudt leveranse og kravspesifikasjon. Leverandørens oppfyllelse av Kundens funksjonelle og tekniske krav. Understøtter*

definerte målbilder, og dokumenterte løsninger på definerte krav, inkludert brukereksempler

- *Brukergrensesnitt, søkemuligheter og samspill mellom NIS og tilgrensende systemer*
 - *Hvor effektiv prosessen er ved patching og oppgradering til nye versjoner*
 - *Referanse fra andre relevante leveranser (på funksjonell kvalitet)".*
- (13) På bakgrunn av tilbakemelding fra én av de inviterte leverandørene, om at tilbudsfristen var for kort til at man ville ha mulighet til å delta, valgte innklagede å forlenge tilbudsfristen til 29. januar 2016.
- (14) Innen utløpet av denne tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Powel AS, Powel Cascade AS og Digpro Technologies AB (heretter valgte leverandør). I tråd med konkurransegrunnlaget ble det levert separate tilbud til de to oppdragsgiverne.
- (15) Ved brev datert 7. september 2016 informerte Luostejok Kraftlag om at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Tilbudene fra Powel AS og Powel Cascade AS ble rangert som nr. 2 og nr. 3.
- (16) Tildelingsbeslutningen ble påklaget ved brev datert 8. september 2016. På bakgrunn av denne klagen valgte Luostejok å annullere tildelingen og gjennomføre en ny evaluering.
- (17) Ved brev datert 28. september 2016 informerte Luostejok om at tilbudene var evaluert på nytt, men at utfallet av konkurransen var det samme. Kontrakten ble således på nytt tildelt valgte leverandør. Om vurderingen av Powels tilbud under kriteriet "*Tekniske krav og funksjonalitet*" gikk det frem følgende:
- "Tilnærmet lik totalvurdering på dette kriteriet som Powel Cascade.*
- En del av funksjonene i tilbudte løsning baserer seg på samme programvare som Powel Cascade.*
- Powel har noen avvik på skal-kravene i kravspesifikasjonen.*
- Er vurdert som nest lavest av tilbyderne ifht oppfyllelse av merverdikrav.*
- Noe mangelfull beskrivelse av doku-krav og brukereksempler.*
- Brukergrensesnittet som er presentert er vurdert som mindre brukervennlig/enhetlig enn for Digpro og Powel Cascade.*
- Har ikke fullintegrert løsning for bredbåndsnett, men benytter egen funksjonalitet i kombinasjon med integrasjon mot Telemator.*
- Rangert som de øvrige ifht prosessene omkring patching og oppgradering, samt referanser fra andre leveranser."*
- (18) Ved brev datert 9. desember 2016 informerte Ymber om at også deres kontrakt var tildelt valgte leverandør. Tilbudene fra Powel Cascade AS og Powel AS ble rangert som nr. 2 og nr. 3.

- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved felles klage datert 24. juni 2016 fra Powel AS og Powel Cascade AS.
- (20) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 1. november 2016.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. februar 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Ved utformingen av konkurransegrunnlaget har innklagede benyttet Jens Otto Dolva, valgte leverandørs representant i Norge, som rådgiver. Dolva har hatt all mulighet til å tilpasse konkurransegrunnlaget i valgte leverandørs favør. Dette representerer et brudd på forskriften § 3-8.
- (23) Innklagede har videre brutt regelverket ved å gi utilstrekkelig innsyn i valgte leverandørs tilbud.
- (24) Evalueringen av tilbydernes priser er både mangelfull og direkte feil. Prisene i Powels og Powel Cascades tilbud er andre enn dem som er lagt til grunn i evalueringen. Også prisene som er lagt til grunn ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud må antas å være uriktige.
- (25) Ved evalueringen av tilbudene under kriteriet "*Tekniske krav og funksjonalitet*" har innklagede trukket Powels tilbud for mangelfull beskrivelse av flere krav. Dette er i strid med opplysningen i konkurransegrunnlaget punkt 1.4.3, om at man ville innhente ytterligere dokumentasjon ved behov. Det er videre ikke riktig at Powels løsning om å benytte innklagedes Telemator, innebærer ulempe for innklagede.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Jens Otto Dolva har ikke vært involvert ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonen. Dette arbeidet ble gjort av en prosjektgruppe bestående av medlemmer fra nettselskapene. Dolvas involvering besto i å utarbeide et rammeverk for konkurransegrunnlaget, og et regneark for vekting av kravene i kravspesifikasjonen. Dette er ikke i strid med forsyningsforskriften § 3-3.
- (27) Innklagede har gitt en begrunnelse for tildelingen som går langt utover det som kreves etter loven og forsyningsforskriften del I. Den informasjonen som nå er tilbakeholdt, anses som forretningshemmeligheter og er dermed underlagt taushetsplikt, jf. forsyningsforskriften § 3-2.
- (28) Ved evalueringen av Powels tilbud oppdaget innklagede at flere av opsjonene ikke var priset. I stedet for å avvise tilbudet valgte man å prise opsjonene ut fra hvordan Powel Cascade hadde priset dem. Øvrige avvik kan skyldes at noen opsjoner utgikk og dermed ikke ble tatt med i evalueringen.
- (29) Av konkurransegrunnlaget gikk det frem at innklagede forbeholdt seg retten til å tildele kontrakt uten å forhandle med noen av leverandørene. Det må derfor ha vært forutberegnelig at kontrakt ville bli tildelt på bakgrunn av de innleverte tilbudene, og at innklagede ikke ville innhente ytterligere dokumentasjon. Powel kan på denne bakgrunn ikke høres med at det var i strid med regelverket å trekke dem i poeng for mangelfulle

beskrivelser under kriteriet *"Tekniske krav og funksjonalitet"*. Innklagedes vurdering er videre at Powels løsning ikke har en fullintegrering av bredbåndsnett, og at dette utgjør en ulempe sammenlignet med valgte leverandørs løsning.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Powel AS og Powel Cascade AS har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er enighet om at de innklagede er omfattet av forskrift 7. april 2006 nr. 402 om innkjøp i forsyningssektorene, jf. forsyningsforskriften §§ 1-2 og 1-3. Konkurransen gjelder kjøp av nytt nettinformasjonsystem, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsen er av innklagede opplyst å ha en estimert verdi på 2 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69, følger anskaffelsen etter sin art og verdi forsyningsforskriften del I, jf. §§ 2-1 og 2-3 (1).

Bruk av rådgiver.

- (31) Powel anfører at innklagede har brutt regelverket ved å benytte Jens Otto Dolva som rådgiver ved utformingen av konkurransegrunnlaget.
- (32) Det følger av forsyningsforskriften § 3-3 at oppdragsgiver ikke skal *"søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen"*, når dette skjer på en måte som *"vil kunne utelukke konkurranse"*.
- (33) Avgjørelsen av om de råd innklagede har mottatt er av slik art at de rammes av forsyningsforskriften § 3-3, beror på en konkret vurdering, hvor en rekke momenter kan være relevante, se eksempelvis klagenemndas sak 2016/25 premiss (42) med videre henvisninger, om den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 3-8. Det avgjørende er om rådgiveren har hatt en rolle ved tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget som har gitt vedkommende eller noen som kan identifiseres med ham et klart konkurransefortrinn, og denne fordelingen heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet, jf. Borgarting lagmannsretts dom i LB-2010-201985 (Jernbaneverket).
- (34) Dolva er valgte leverandørs representant i Norge, og kan dermed identifiseres med valgte leverandør. Han har tidligere arbeidet for Powel. Det er ubestridt at Dolva deltok ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget. Innklagede har forklart at man var avhengig av ekstern kompetanse for å utarbeide et godt konkurransegrunnlag. Det aktuelle fagmiljøet er lite, og ifølge innklagede var det dermed utfordrende å finne noen med den nødvendige kompetansen, som ikke er tilknyttet noen av de potensielle leverandørene.
- (35) Innklagede har opplyst at Dolva ikke var involvert ved utarbeidelsen av selve kravspesifikasjonen. Dette arbeidet ble utført av en prosjektgruppe, hvor personer fra nettselskapene deltok. Spesifikasjonene ble basert på nettselskapenes behov, tilpasset hva markedsundersøkelsen avdekket med hensyn til hvilke funksjoner som var tilgjengelige på markedet. Dolvas rolle besto i at han utformet et regneark for vektning av de ulike kravene i kravspesifikasjonen, men slik saken er opplyst er det ikke holdepunkter for at han hadde innflytelse på hvilken vekt de ulike kravene skulle ha.
- (36) Ut over dette besto Dolvas involvering først og fremst av å utarbeide et rammeverk for konkurransegrunnlaget, som nettselskapene kunne jobbe videre med.

- (37) Powel har særlig heftet seg ved at Dolvas navn eller initialer står på flere av dokumentene i konkurransegrunnlaget. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å konstatere at Dolvas involvering har skjedd på en måte som *"vil kunne utelukke konkurranse"*. Klagenemnda vil påpeke at alene en *mulighet* for å tilrettelegge konkurransegrunnlaget til valgte leverandørs fordel, ikke er tilstrekkelig, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2013/20 i premiss 26. Det er ikke vist til konkrete bestemmelser i konkurransegrunnlaget som har gjort det vanskeligere for andre enn valgte leverandør å nå frem i konkurransen. Det er heller ikke holdepunkter for å anta at Dolva har fått informasjon som ikke er blitt gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne. Gjennom arbeidet med å utarbeide konkurransegrunnlaget, har han riktignok fått kjennskap til enkelte av konkurransedokumentene før de andre tilbyderne, men denne tidsmessige fordelene må anses utjevnet ved at det ble gitt en tilbudsfrist på til sammen tre måneder.
- (38) Klagenemnda finner på denne bakgrunn ikke grunnlag for å konstatere at Jens Otto Dolvas bistand ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, har skjedd på en måte *"som vil kunne utelukke konkurranse"*, jf. forsyningsforskriften § 3-3. Powels anførsel fører ikke frem.

Ulovlig tildelingsevaluering – tildelingskriteriet "Økonomi, Totale Kostnader, Pris"

- (39) Powel anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet *"Økonomi, Totale Kostnader, Pris"*. Evalueringen av tilbydernes priser er ifølge Powel både mangelfull og direkte feil.
- (40) Dette er begrunnet med at prisene som innklagede har lagt til grunn ved evalueringen av Powel og Powel Cascades tilbud, er andre enn dem som fremgår av tilbudene.
- (41) Innklagede har forklart at Powel ikke hadde priset alle opsjonene i konkurransegrunnlaget. Innklagede vurderte om disse avvikene ga innklagede plikt til å avvise Powels tilbud, men valgte i stedet å prise opsjonene selv.
- (42) Når et tilbud inneholder avvik, har oppdragsgiver i utgangspunktet både rett og plikt til forsøke å fastsette avvikets prismessige betydning. Avviket skal normalt prissettes ut fra hva avviket maksimalt kan medføre av merkostnader for oppdragsgiver, jf. eksempelvis klagenemndas saker 2015/134 i premiss 27 og 2015/133 i premiss 25 med videre henvisning til NOU 2014:4.
- (43) Innklagede har forklart at man tok utgangspunkt i prisene som Powel Cascade hadde satt på de aktuelle opsjonene. Slik klagenemnda forstår Powel, har man akseptert at denne fremgangsmåten ble benyttet.
- (44) Når det gjelder tilbudet fra Powel Cascade, har ikke innklagede redegjort for hvorfor totalprisen i tildelingsevalueringen er høyere enn den som fremgikk av tilbudet. Innklagedes forklaring, om at enkelte av opsjonene utgikk, og dermed ikke ble tatt med i evalueringen, gir ikke et tilfredsstillende svar på dette. Dette representerer et brudd på kravet til etterprøvhets i loven § 5.
- (45) Den mangelfulle redegjørelsen for evalueringen av tilbudet til Powel Cascade, sannsynliggjør imidlertid ikke at også prisene som er lagt til grunn ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud er feil.

Ulovlig tildelingsevaluering – "Tekniske krav og funksjonalitet"

- (46) Powel anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av Powels tilbud under tildelingskriteriet *"Tekniske krav og funksjonalitet"*.
- (47) Tilbudene skulle på dette punkt blant annet vurderes ut fra *"[g]rad av overensstemmelse mellom tilbudt leveranse og kravspesifikasjon"*. Det var videre presisert at innklagede ville vurdere *"... dokumenterte løsninger på definerte krav, inkludert brukereksempler"*. Hvilke krav som skulle dokumenteres fremgikk av kravspesifikasjonen.
- (48) I evalueringen ble Powel trukket i poeng for en *"[n]oe mangelfull beskrivelse av dokumentasjon og brukereksempler"*. Dette, hevder Powel, er feil all den tid det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede – ved behov for ytterligere dokumentasjon – ville etterspørre dette med henvisning til det aktuelle kravet.
- (49) Som innklagede har påpekt fremgikk det imidlertid av konkurransegrunnlaget at kontrakten kunne bli tildelt uten forutgående forhandlinger. For tilbyderne må det da ha vært påregnelig at kontrakten ble tildelt uten at innklagede etterspurte ytterligere dokumentasjon fra noen av tilbyderne. Eventuell ytterligere dokumentasjon på de aktuelle punktene i Powels tilbud, ville uansett ikke ha endret på rangeringen av tilbudene.
- (50) Powels anførsler gir på denne bakgrunn ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av Powels tilbud under tildelingskriteriet *"Tekniske krav og funksjonalitet"*.
- (51) Powel anfører også at det var feil av innklagede å gi Powel trekk i poeng for mangel på fullintegrt løsning for bredbåndsnett. Det fremgår av Powels tilbud at man ville benytte en løsning som kombinerer Powels nettinformasjssystem med innklagedes Telemator.
- (52) Innklagede har forklart at Powels løsning, hvor man må forholde seg til to programleverandører, ble ansett mindre tilfredsstillende enn en fullintegrt løsning, dvs. hvor fiberdokumentasjonen er en innebygget modul i nettinformasjssystemet.
- (53) Powels argumentasjon gir ikke holdepunkter for at innklagede med dette har utvist et uforsvarlig skjønn. Powels anførsel om ulovlig tildelingsevaluering fører ikke frem.

Innsyn

- (54) Powel anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi tilstrekkelig innsyn i valgte leverandørs tilbud. Klagenemnda tar imidlertid ikke stilling til slike anførsler, se til sammenligning klagenemndas sak 2016/99 premiss 47 til 50 med videre henvisninger.

Konklusjon:

Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i loven § 5 ved å gi en utilstrekkelig forklaring på prisevalueringen.

Anførselene om rådgiverhabilitet og ulovlig tildelingsevaluering har ikke ført frem.

Anførselen om brudd på regelverket ved utilstrekkelig innsyn i valgte leverandørs tilbud, er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk