



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, tildelingsevaluering, begrunnelsesplikt, avlysning av konkurranse

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drift og support av IT-infrastruktur. Valgte leverandør ble først tildelt kontrakten, men tildelingsbeslutningen ble annullert som følge av at evalueringsmodellen ikke samsvarte med informasjonen i konkurransegrunnlaget. Etter en ny tildelingsevaluering ble valgte leverandør på nytt tildelt kontrakten. Klagenemnda var enig med klager i at heller ikke den endelige evalueringsmodellen samsvarte med opplysningene i konkurransegrunnlaget. Videre konstaterte nemnda at det i den konkrete saken ikke var mulig å rette feilene fordi det forutsatte at innklagede foretok en rekke valg med hensyn til hvordan tilbudene skulle evalueres etter å ha fått kjennskap til innholdet i tilbudene. Dette var i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling og gjennomsiktighet. Som følge av at evalueringsmodellen ikke kunne rettes kunne heller ikke tilbudene lovlig evalueres slik at konkurransen måtte avlyses. Klagers øvrige anførsler ble derfor ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 25. april 2017 i sak 2017/21

Klager: 99x.no AS

Innklaget: Eksportkreditt Norge AS

Klagenemndas medlemmer: Jakob Wahl, Marianne Dragsten og Finn Arnesen

Bakgrunn:

- (1) Eksportkreditt Norge AS (innklagede) kunngjorde 24. oktober 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av drift og support av IT-infrastruktur. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til å være mellom 6.000.000 og 8.000.000 kroner eks. mva. Tilbudsfrist ble i punkt IV.3.4 angitt til 5. desember 2016.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at det mest fordelaktige tilbudet skulle velges etter en total vurdering basert på tildelingskriteriene "Tjenestebeskrivelse" (40 %), "Kompetanse på tilbudt personell" (20 %) og "Pris/kostnad" (40 %).
- (3) Det ble opplyst om at "[s]coringskalaen går fra 0 (minst gunstig / lavest verdi) til 10 (mest gunstig / høyeste verdi). Manglende egenskap scorer 0. Summen av vektall er 100.

Beste tilbuds verdi/egenskap for hvert TK scorer 10. De øvrige tilbudenes verdi/egenskaper scores tilsvarende forholdsmessig lavere basert på den relative forskjellen til beste tilbud for hvert TK.

Laveste tilbuds pris/kostnad scorer 10. De øvrige tilbudenes pris/kostnad scores tilsvarende forholdsmessig lavere basert på den relative forskjellen til beste tilbud iht. (laveste tilbud / øvrige tilbud x 10).

- (4) Tildelingskriteriet "*Tjenestebeskrivelse*" var i konkurransegrunnlaget inndelt i tre underkriterier som skulle evalueres som følger:

"- Plan for etablering: Her gis det poeng basert på foreslått løsning for reetablering av tjenesten som vil bestå av:

- 1. Reetablere alle systemer og tjenester på ny infrastruktur.*
- 2. Etablere WAN som forbinder serverne med selskapets lokaler i Hieronymus Heyerdahls gate 1.*
- 3. Innlemme alt teknisk utstyr i leverandørens infrastruktur for drift og support.*
- 4. Etablere alle rutiner og prosedyrer som er nødvendig for å utføre tjenesten.*

Det legges vekt på en rask men realistisk implementeringsplan sammen med minimering av risiko.

- Dekning av krav: Her gis det poeng basert på hvor stor del av kravlisten som dekkes i tilbudet. Det legges også vekt på at en størst mulig andel av kravene er inkludert i fast månedlig driftsvederlag.

- Vurdering av referansekunder: Her legges to kriterier til grunn, referansekundenes relevans i forhold til EKs løsning og deres vurdering av tjenesten.

- (5) Under tildelingskriteriet "*Kompetanse på tilbudt personell*" skulle det "*gis poeng basert på CVer til tilbudt personell som skal løse oppdraget*". Det fremgikk videre at "*[r]elevant erfaring og utdannelse innen følgende fagområder vil bli vektlagt:*

- Infrastrukturarkitektur*
- Nettverk/Web*
- Datalagring/databaseadministrasjon*
- Sikkerhet"*

- (6) Tildelingskriteriet "*Pris/kostnad*" var i konkurransegrunnlaget inndelt i to underkriterier:

"- Etablering og fastpris drift: Her gis poeng etter sammenligning av tilbudene mht. totalpris på oppdraget, altså etablering av tjenesten samt drift i hele kontraktsperioden på 3 år pluss 1 år forlengelse i henhold til opsjon.

- Variable kostnader: Her gis poeng etter variable kostnader. I dette inngår timepriser på tilleggstjenester, andre enhetspriser og prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå."

- (7) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristens utløp, herunder fra 99x.no AS (klager) og Intility AS (eksisterende og valgte leverandør).
- (8) Første tildeling i saken ble meddelt i brev av 15. desember 2016. Vedlagt tildelingsbrevet fulgte en scoringsmatrise hvor innklagede redegjorde for evalueringsmodellen som var

benyttet og hvor det fremgikk at klager totalt oppnådde 9,1 poeng mens valgte leverandør ble tildelt kontrakten med poengsummen 9,4.

- (9) Om evalueringen av tilbudene under kriteriet "*Pris/kostnad*" fremgikk følgende:

"Pris/kostnad (40%)

Etablering og fastpris drift (30%): Her gis poeng etter sammenligning av tilbudene mht. totalpris på oppdraget, altså etablering av tjenesten samt drift i hele kontraktsperioden på 3 år pluss 1 år forlengelse i henhold til opsjon.

Variable kostnader (10%): Her gis poeng etter variable kostnader. I dette inngår

- timepriser på tilleggstjenester (2,5%)*
- prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå: A-feil (2,5%)*
- prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå: Hjemmeside (2,5%)*
- prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå: B- og C-feil (2,5%)"*

- (10) Klager påklaget tildelingsbeslutningen med påstand om at den valgte evalueringsmodellen ikke samsvarte med opplysningene i konkurransegrunnlaget. I e-post datert 18. januar 2017 varslet innklagede at de annullerte tildelingsbeslutningen.
- (11) Ny tildelingsbeslutning ble meddelt klager i brev datert 7. februar 2017 hvor det fremgikk at valgte leverandør på nytt ble tildelt kontrakten. Leverandørene oppnådde denne gangen henholdsvis 9,9 og 9,6 poeng.
- (12) Av den vedlagte scoringsmatrisen fremgikk det at evalueringen av tilbudene under kriteriet "*Pris/kostnad*" denne gangen hadde skjedd ved at innklagede stipulerte en totalsum for hele kontraktsperioden basert på utgiftspostene etableringskostnader, årlige løpende kostnader og andre kostnader. Sistnevnte utgiftspost omfattet de variable kostnadene ved tjenesten og var spesifisert til å bestå av kostnader forbundet med et anslått timeforbruk for henholdsvis prosjektleder, arkitekt og konsulent samt kostnader i forbindelse med opprettelse og sletting av 16 brukere og nedetid i to hele dager.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 17. februar 2017. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemndas avgjørelse foreligger, og klagenemnda prioriterer derfor saken.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. april 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av at selskapet ikke aksepterte de fristene som var satt til implementering av ny leveranse. Dette utgjør et vesentlig forbehold til kontraktsvilkårene, jf. forskriften § 20-13 (2) bokstav d. Alternativt må det samme forholdet anses som et vesentlig forbehold til

kravspesifikasjonen og dermed også medføre en avvisningsplikt for innklagede, jf. forskriften § 20-13 (2) bokstav e.

- (16) Valgte leverandør har heller ikke tilbudt konkrete medarbeidere som skal løse oppdraget, og også dette må anses som et vesentlig forbehold som medfører at tilbudet må avvises. Subsidiært må dette anses som et forbehold som medfører bedømmelsestvil og som derfor medfører at tilbudet skal avvises, jf. forskriften § 20-13 (2) bokstav b.

Feil i evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "Tjenestebeskrivelse"

- (17) Innklagede har gjort flere feil ved evalueringen av tilbudet i relasjon til tildelingskriteriet "Tjenestebeskrivelse". For det første er det urimelig og i strid med loven § 5 at klager fikk trekk ved evalueringen av underkriteriet "Plan for etablering" på grunn av at den tilbudte re-etableringsmetoden innebar en høy risiko for nedetid når innklagedes stramme tidsplan har utelukket mindre risikofylte metoder for re-etablering. Dette gir eksisterende leverandør en urimelig fordel i strid med likebehandlingsprinsippet.
- (18) Innklagede har også brutt regelverket ved å endre skjønnsutøvelsen fra den første tildelingsevalueringen i den endelige tildelingsevalueringen. I den første evalueringen fikk klager 10 poeng på underkriteriet "Dekning av krav", mens dette er endret i den nye evalueringen fordi innklagede har tolket klagers tilbud på en ny måte.
- (19) Ved evalueringen av tilbudet i relasjon til underkriteriet "Vurdering av referansekunder" har innklagede lagt til grunn en for snever relevansvurdering som gir eksisterende leverandør en urimelig og konkurransebegrensende fordel i strid med loven § 5. Poengforskjellene mellom leverandørene under dette kriteriet gjenspeiler heller ikke de faktiske forskjellene i tilbudene.

Feil i evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "Kompetanse på tilbudt personell"

- (20) Innklagede har brutt regelverket ved at å gi valgte leverandør poeng under kriteriet "Kompetanse på tilbudt personell" selv om selskapet ikke leverte CV-er for det personellet som skal løse oppgavene.

Feil i evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "Pris/kostnad".

- (21) Innklagede har brutt det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å benytte en annen evalueringsmodell enn den som var angitt i konkurransegrunnlaget.
- (22) Innklagede har også brutt regelverket ved å endre evalueringsmodellen fra den første evalueringen av tilbudene i strid med forskriften § 22-3 nr. 5.

Mangelfulle begrunnelser

- (23) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi tilfredsstillende begrunnelser for de to tildelingsevalueringene som er gjennomført i konkurransen, jf. forskriften § 20-16 (1), jf. § 22-3 (2).

Innklagede har i det vesentlige anført:

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (24) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Når det gjelder fristene som var satt til implementering av ny leveranse er det ikke et forbehold at valgte leverandør ikke har bekreftet disse. Ettersom valgte leverandør også er eksisterende leverandør ville det ikke skje noen implementering. Det foreligger dermed ikke et vesentlig forbehold til kontrakt eller kravspesifikasjon.
- (25) Innklagede bestrider også at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi de ikke har levert CV-er for enhver medarbeider som skal bidra til å løse oppdraget. Valgte leverandør benytter en personuavhengig forretningsmodell hvor avdelingslederne har det overordnede ansvaret for kvaliteten på arbeidet. På denne bakgrunn har innklagede vurdert det som tilstrekkelig at valgte leverandør har tilbudt avdelingslederne selv om det er forutsatt at også andre medarbeidere i selskapet skal bidra til å løse oppdraget.

Feil i evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "Tjenestebeskrivelse"

- (26) Innklagede erkjenner å ha brutt likebehandlingsprinsippet ved ikke å utjevne de konkurransefordelene eksisterende leverandør hadde som følge av at de ikke trengte å starte opp en ny tjenesteleveranse. Innklagede mener imidlertid at dette er en feil som ikke kan rettes på annet vis enn å avlyse konkurransen og lyse den ut på nytt. Når feilen i tillegg har fått konsekvenser for hvordan klager utarbeidet tilbudet sitt, har innklagede en plikt til å avlyse konkurransen.
- (27) For øvrig bestrider innklagede å ha gjort noen feil ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "Tjenestebeskrivelse". Innklagede har endret klagers poengscore ved evalueringen av underkriteriet "Dekning av krav" fordi det ble oppdaget et faktisk forhold som ikke ble avdekket i den første evalueringen. Den nye poengberegningen utgjør derfor ingen endring av skjønnet.
- (28) Når det gjelder evalueringen av tilbudet i relasjon til underkriteriet "Vurdering av referansekunder" ligger den gjennomførte relevansvurderingen innenfor den skjønnsmarginen innklagede har ved tildelingsevalueringen, og poengforskjellene mellom leverandørene under dette kriteriet gjenspeiler de faktiske forskjellene i tilbudene.

Feil i evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "Kompetanse på tilbudt personell"

- (29) Innklagede bestrider at valgte leverandør skulle hatt null poeng ved evalueringen av kriteriet "Kompetanse på tilbudt personell". Selskapet leverte ikke CV-er for alt utførende personell, men har beskrevet hvordan selskapet opererer i en industrialisert, personuavhengig modell og levert CV-er for avdelingslederne som både skal bidra og stå ansvarlig for kvaliteten i leveransen. Så lenge avdelingslederne har dokumentert kompetanse innenfor de etterspurte områdene er dette tilstrekkelig.

Feil i evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "Pris/kostnad".

- (30) Innklagede bestrider å ha gjort feil ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet "Pris/kostnad".
- (31) Den første tildelingsevalueringen var beheftet med feil, og disse ble rettet opp i den endelige evalueringen. Innklagede har imidlertid benyttet den samme evalueringsmodellen ved begge evalueringene. Modellen er bare endret i den grad det var

nødvendig for å rette opp de feilene som ble avdekket av klager etter den første evalueringen.

- (32) Den endelige evalueringsmodellen samsvarer også med den informasjonen som fremgår av konkurransegrunnlaget.

Mangelfulle begrunnelser

- (33) Innklagede ga tilstrekkelig begrunnelse både ved første og andre tildeling. Subsidiært må et eventuelt brudd på begrunnelsesplikten anses som reparert gjennom den informasjonen klager har mottatt i forbindelse med klagesaksbehandlingen.

Klagenemndas vurdering:

- (34) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder drift og support av IT-infrastruktur som er en prioritert tjensteanskaffelse i kategori 7. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2.1 estimert til mellom 6.000.000 og 8.000.000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Feil i evaluering av tilbudene under tildelingskriteriet "Pris/kostnad"

- (35) Klagenemnda tar først stilling til klagers anførsler om evalueringen av tildelingskriteriet "Pris/kostnad".
- (36) Det fremgår som nevnt av konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet "Pris/kostnad" var inndelt i to underkriterier:

"- Etablering og fastpris drift: Her gis poeng etter sammenligning av tilbudene mht. totalpris på oppdraget, altså etablering av tjenesten samt drift i hele kontraktsperioden på 3 år pluss 1 år forlengelse i henhold til opsjon.

- Variable kostnader: Her gis poeng etter variable kostnader. I dette inngår timepriser på tilleggstjenester, andre enhetspriser og prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå."

- (37) I scoringsmatrisen vedlagt tildelingsbrevet av 15. desember 2016 ble leverandørene informert om at tilbudene var evaluert i henhold til en evalueringsmodell hvor underkriteriene var gitt følgende vekt:

"Pris/kostnad (40%)

Etablering og fastpris drift (30%): Her gis poeng etter sammenligning av tilbudene mht. totalpris på oppdraget, altså etablering av tjenesten samt drift i hele kontraktsperioden på 3 år pluss 1 år forlengelse i henhold til opsjon.

Variable kostnader (10%): Her gis poeng etter variable kostnader. I dette inngår

– timepriser på tilleggstjenester (2,5%)

– prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå: A-feil (2,5%)

– prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå: Hjemmeside (2,5%)

– prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå: B- og C-feil (2,5%)"

- (38) Partene er enige om at denne evalueringsmodellen endret tildelingskriteriet sammenlignet med informasjonen tilbyderne hadde fått oppgitt i konkurransegrunnlaget ved at *"andre enhetspriser"* ikke var tatt med i evalueringen og ved at prisavslag ved ikke oppnådd tjenestenivå var gitt en uventet høy betydning.
- (39) Klager påklaget tildelingsbeslutningen med henvisning til de nevnte forholdene. Som følge av klagen annullerte innklagede tildelingen og gjennomførte en ny tildelingsevaluering med den hensikt å rette opp i de forholdene som gjorde den første evalueringen ulovlig.
- (40) Det følger av forskriften § 22-3 nr. 5 at oppdragsgiver kan annullere en beslutning om å tildele kontrakt, dersom oppdragsgiver finner at *"beslutningen [...] ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)"*. Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver både kan og skal rette opp feil ved den foregående evalueringen, men at en lovlig tildelingsbeslutning ikke kan annulleres ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, jf. klagenemndas sak 2016/18 premiss (82) med videre henvisninger.
- (41) Når retting av feil ved selve evalueringsmodellen innebærer at det fastsettes en annen modell etter at tilbudene er åpnet, reiser det noen særlige spørsmål. I denne forbindelse er EU-domstolens praksis om adgangen til å konkretisere tildelingskriteriene etter tilbudsfristens utløp relevant.
- (42) I sak C-331/04 utledet EU-domstolen betingelsene for å kunne fastsette vekten av underkriterier etter tilbudsfristens utløp. Dette kan bare skje dersom *"en sådan beslutning*
– ikke endrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen
– ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse
– ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende."
- (43) Klagenemnda har i stornemndsavgjørelsen i sak 2014/95 lagt til grunn at den samme testen gjelder for oppdragsgivers valg av evalueringsmetode etter tilbudsfristen, jf. premiss (44). Nemnda presiserte at testen er nært forbundet med spørsmålet om hvilken informasjon tilbyderne har krav på ved utarbeidelsen av tilbudene og at oppdragsgivere ikke kan konkretisere tildelingskriteriet på en måte som kunne hatt betydning for tilbudsutformingen, jf. premiss (37).
- (44) Spørsmålet om adgangen til å fastsette evalueringsmetode etter at tilbudene er åpnet, er i ettertid behandlet av EU-domstolen i sak C-6/15. Domstolen konkluderte her først med at det verken av direktivet eller rettspraksis kan utledes et krav om at evalueringsmetode må angis på forhånd, og uttalte deretter følgende om adgangen til etterfølgende fastsettelse:

"I overensstemmelse med de i artikkel 2 i direktiv 2004/18 fastsatte prinsipper for indgåelse af offentlige kontrakter og for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene, i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene. I det tilfælde, hvor fastsættelsen af denne metode af påviste grunde ikke er mulig inden denne åbning, kan det, som den belgiske regering har anført, ikke foreholdes den ordregivende myndighed, at den først fastsatte metoden efter, at den selv eller bedømmelsesudvalget fik kendskab til indholdet af tilbuddene.", jf. premiss (31)

- (45) Oppsummeringsvis følger det dermed av EU-domstolens praksis at adgangen til å utdype innholdet i et tildelingskriterium etter tilbudsfristen, bare kan skje i den grad det er i samsvar med informasjonen som ble gitt leverandørene på forhånd. Når det gjelder adgangen til å fastsette evalueringsmetoden etter tilbudsåpning er dette ytterligere begrenset til tilfeller hvor det av *"påviste grunde"* ikke er mulig å fastsette evalueringsmetoden på forhånd.
- (46) Hvorvidt evalueringsmodellen som ble benyttet i den første tildelingsevalueringen var fastsatt på forhånd, er ikke opplyst av innklagede. Det er imidlertid klart at den endrede måten å evaluere tilbudene på ble fastsatt etter åpningen av tilbudene.
- (47) Etter omstendighetene bør det være en viss adgang til å gjøre endringer av både en på forhånd fastsatt modell, og å endre modell etter tildeling av kontrakten i forbindelse med retting etter forskriften § 22-3 nr. 5. I motsetning til det innklagede hevder medfører imidlertid de endringene som er gjort i denne saken at det ble fastsatt en helt annen måte å evaluere prisen på etter at kontrakten var tildelt. Som påpekt av klager er det også nærliggende å lese konkurransegrunnlaget slik at de to underkriteriene under tildelingskriteriet *"Pris/kostnad"* ville bli poengsatt hver for seg, ikke at innklagede ville stipulere en totalsum for hele kontraktsperioden basert på priselementene som inngikk i begge underkriteriene. De endringene innklagede har gjort representerer derfor ingen retting av evalueringsmodellen.
- (48) Slik denne saken ligger an, er det også vanskelig å se at feilen kan rettes. Tildelingskriteriet *"Pris/kostnad"* med tilhørende underkriterier er utformet på en måte som forutsetter at tildelingskriteriet konkretiseres ved evalueringen. En retting av de feilene som beheftet den opprinnelige evalueringsmodellen, forutsetter dermed at oppdragsgiver foretar en rekke valg med hensyn til hvordan tilbudene skal evalueres etter å ha fått kjennskap til innholdet i tilbudene. I denne saken er det dermed ikke mulig for innklagede å rette på feilene ved den opprinnelige evalueringsmodellen på en måte som ivaretar prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Konkurransen må derfor avlyses.
- (49) Basert på dette resultatet har ikke klager rettslig interesse i å få prøvd de øvrige anførselene.

Konklusjon:

Eksportkreditt Norge AS har brutt de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og likebehandling ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet *"Pris/kostnad"*.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk