



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 5

Innklagede gjennomførte en begrenset konkurranse med forhandling for anskaffelse av et digitalt kommunikasjonsverktøy for barnehage og hjem. Klager innga kvalifikasjonssøknad, men ble ikke invitert til å delta i konkurransen. Klager anførte at innklagede hadde brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved utvelgelsen av leverandører, og ved tolkningen og anvendelsen av kvalifikasjonskravene. Videre anførte klager brudd på kravet til etterprøvbarhet og begrunnelse i forskriften § 20-16 nr. 2, at kontraktens lengde var i strid med loven § 5, at markedsdialogen som innklagede hadde holdt innebar konkurransevridning og at kravet til forsvarlig saksbehandling var brutt. Deler av saken hadde vært gjenstand for behandling i Oslo byfogdembete på bakgrunn av begjæring om midlertidig forføyning. Deler av klagen ble av denne grunn ansett uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda. Nemnda kom videre til at begrunnelsesplikten i forskriften § 20-16 nr. 2 og kravet til etterprøvbarhet, jf. loven § 5, var brutt. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 17. oktober 2018 i sak 2017/117

Klager: Transponder AS

Innklaget: Oslo kommune

Klagenemndas

medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

(1) Oslo kommune (heretter innklagede) kunngjorde 16. desember 2016 en begrenset konkurranse med forhandling for anskaffelse av digitalt kommunikasjonsverktøy for barnehage/hjem og skole/hjem. Tilbudsfristen var 24. januar 2017.

(2) Av kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.1 fulgte det:

«Oppdragsgiver har som mål å innføre et felles digitalt kommunikasjonsverktøy tilpasset barnehager for å bidra til effektiv og trygg kommunikasjon mellom barnehage-hjem.

[...]

Anskaffelsen omfatter også en valgfri opsjon for Osloskolen.»

(3) Anskaffelsens formål og omfang var videre beskrevet i punkt 1.2;

«Anskaffelsen gjelder en ferdigutviklet løsning levert som en tjeneste (software-as-a-service) der brukerne gis tilgang til å benytte løsningen via internett. Løsningen driftes av leverandør i leverandørens eget driftsmiljø.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
Nettside: www.kofa.no

Barnehagene har behov for en helhetlig digital løsning som kan erstatte de ulike arenaene/plattformene for skriftlig informasjon i barnehagen i dag.

Hovedgrupper for den digitale løsningen vil være:

- *Foreldre/foresatte*
- *Barnehageansatte*
- *Barnehageadministrasjon på ulike nivåer i Oslo kommune*

Behovet som anskaffelsen skal dekke er funksjonalitet for:

- *Digital «meldingsboks»: Det er behov for at foreldre/foresatte enkelt kan gi beskjeder knyttet til sine barn, og at de kan være trygge på at alle ansatte som har behov for det får med seg beskjedene. Ansatte har behov for å kunne sende melding til en forelder eller en gruppe av foreldre (påminnelser ol.).*
 - *Oppslagstavle: Det er behov for en oversikt der foresatte får informasjon om nyheter, aktiviteter og planer som gjelder sine barn. En digital versjon av oppslagstavlen gjør det mulig også for den forelder/foresatt som ikke henter/leverer i barnehagen å følge bedre med på hva som skjer i barnehagen.*
 - *Oversikter og registrering av oppmøte og henting: Avdelingene registrerer hver dag når barn kommer og blir hentet for å ha oversikt over barngruppen til en hver tid. I en digital løsning kan registreringen gjøres enkelt, og lister over hvilke barn som er i barnehagen er til enhver tid oppdatert og lett tilgjengelig på de smarttelefoner, nettbrett eller pc-er som ansatte bruker. Historikk og statistikk over nærvær i barnehagen kan hentes ut for ulike perioder og ulike nivåer, slik at vaktskift/bemanning kan optimaliseres.*
 - *Varslingsmuligheter: Barnehagene kan ha behov for raskt å informere alle foreldre i en barnehage, for eksempel dersom barnehagen må evakueres. I en digital løsning med sms kan dette gjøres med noen få tastetrykk.»*
- (4) I punkt 2.4 var det presisert at oppdragsgiver ville vurdere mottatte forespørsler om deltakelse i konkurransen og invitere tre til seks av leverandørene «som best oppfyller de tekniske/faglige kvalifikasjonskravene i punkt 3.3.3 til å inngi tilbud».
- (5) Kvalifikasjonskravene i punkt 3.3.3 inneholdt for det første et krav om «[e]rfaring fra tilsvarende leveranser» med tilhørende dokumentasjonskrav: «Beskrivelse på maks 3 A4-sider over de 3 viktigste leveranser de siste 3 år, inkludert opplysninger om
- *Art/type*
 - *Verdi*
 - *Tidspunkt*
 - *Mottaker»*

- (6) Det andre kravet var: *«Leverandøren skal ha tilstrekkelig kapasitet og kompetanse til å utføre oppdraget»*. Tilhørende dokumentasjonskrav lød som følger: *«En beskrivelse av leverandørens tekniske personell eller tekniske enheter leverandøren disponerer over hos leverandør/underleverandør til oppfyllelse av kontrakten»*.
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede 12 forespørsler om deltakelse, herunder fra Sorned Media AS (nå kalt Transponder AS, heretter klager), TrueGroups AS (heretter valgte leverandør), Sopra Steria AS og Teletopia Interactive AS.
- (8) Innklagede har opplyst at basert på en vurdering av leverandørenes oppfyllelse av de aktuelle kvalifikasjonskravene, ble valgte leverandør rangert som nummer seks med 7,333 poeng. Sopra Steria AS ble rangert som nummer syv med syv poeng. Klager ble plassert på delt åttende plass sammen med Teletopia Interactive AS, hver med totalt seks poeng.
- (9) Innklagede sendte 15. februar 2017 et brev til klager med informasjon om antall mottatte kvalifikasjonssøknader og at klagers forespørsel ikke var rangert blant de seks beste. Begrunnelsen for dette var at *«Sorned Media AS sin erfaring er vurdert som noe svakere enn de beste da de 3 referanseprosjektene er av relevans kun for deler av det beskrevne behovet. Gjennomføringsevnen til Sorned Media AS fremstår som noe lavere enn de beste.»*
- (10) Klager påklaget beslutningen i udatert brev og i brev av 17. februar 2017. Klagen ble ikke tatt til følge, og dette ble meddelt i brev av 21. februar 2017, der det også fremgikk en mer utfyllende begrunnelse for at klager ikke ble rangert blant de seks beste:
- «I sitt forespørselsbrev angir Sorned Media AS at transponder leveres som to separate løsninger, Transponder SMS og Transponder Meldingsbok. Transponder meldingsbok inneholder, ifølge Sorned Media AS, det kommunen virker å etterspørre av funksjonalitet. I sin besvarelse av kravet til erfaring fra tilsvarende leveranser opplyser de derimot at de har tatt et tilfeldig utvalg av sine leveranser.»*
- (11) Deretter påpekte innklagede at det ikke fremgår av klagers søknad hvilken løsning som er levert til Tromsø kommune og Ullensaker, Nes og Nannestad kommuner. Disse leveransene er vurdert som relevant for kun deler av behovet til innklagede. Leveransen til Sør Odal kommune dekker kun SMS-funksjonen og ikke funksjonalitet for oppslagstavle og oversikt og registrering av oppmøte og henting. Denne leveransen var derfor kun relevant for deler av det beskrevne behovet, ifølge innklagede.
- (12) Når det gjelder teknisk personell, fremgikk det at innklagede vektla at klager bare hadde fire ansatte, og at kapasiteten da ble vurdert som noe lav i forhold til de beste.
- (13) Klager begjærte innsyn i hvilke leverandører som ble invitert med i den videre prosessen og anskaffelsesprotokollen, samt utvalgte leverandørers forespørsel om deltakelse i konkurransen 23. februar 2017. Begjæringen ble avslått i medhold av offentleglova § 23-3.
- (14) Innklagede oversendte innstilling og begrunnelse for valg av leverandør til klager 2. juni 2017. Klager ba om innsyn i protokoll, tilbud og kvalifikasjonssøknader 5. og 6. juni 2017, og innklagede sendte ut anskaffelsesprotokollen 7. juni og resten av dokumentene i sladdede versjoner 8. juni.

- (15) Klager begjærte midlertidig forføyning 9. juni 2017 med påstand om at Oslo kommune forbys å inngå kontrakten frem til klagers klage er endelig avgjort av kommunen og/eller Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Samtidig ble det inngitt ny klage til innklagede. I denne forbindelse fremla innklagede et hjelpedokument der poenggivningen omtalt i premiss 8 ovenfor fremgikk.
- (16) Begjæringen ble ikke tatt til følge, jf. Oslo byfogdembetes kjennelse av 30. juni 2017. Samme dag avviste innklagede klagers siste klage.
- (17) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 3. juli 2017.
- (18) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. august 2017. Foruten selve klagen og innklagedes tilsvaer til denne, har partene utvekslet en rekke omfattende prosesskrift som primært har inneholdt gjentakelser av allerede fremsatte anførsler og argumenter.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. oktober 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Evaluerings av kvalifikasjonssøknader

- (20) Utvelgelsen av leverandørene er gjennomført i strid med anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper. Innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarhet, jf. loven § 5, i evalueringen av kvalifikasjonssøknadene. Evalueringen fremstår som vilkårlig.
- (21) Klager har fått trekk i poeng knyttet til erfaring, til tross for at klager har vist at selskapet er i stand til å implementere sin løsning til et stort antall brukere på kort tid og at selskapet har erfaring med helhetlige løsninger som implementeres på et større antall brukersteder. Klager la til grunn at innklagede var interessert i «tunge» referanser som viser hvordan tilbyder evner å gjennomføre kontrakten. Dette ble ansett mer relevant enn enkeltkunder som har implementert Meldingsbok-løsningen. Selv om referanseoppdragene som klager har beskrevet hovedsakelig gjaldt skoler, har dette overføringsverdi til barnehager, da de underliggende behovene i stor grad er like. Innklagedes vektlegging av at klager har skrevet at man har tatt med et «tilfeldig utvalg» av sine leveranser er tatt ut av sammenheng.
- (22) Sammenlignet med valgte leverandør, Teletopia Interactive AS og Sopra Steria AS, skulle klager hatt større uttelling og blitt rangert blant de seks beste leverandørene.
- (23) På generelt grunnlag skiller ikke innklagede i evalueringen tilstrekkelig mellom store og mindre aktører. Store aktører med flere hundre ansatte har fått fem poeng. Valgte leverandør, med 12 ansatte, har bare fått ett poeng i trekk, mens klager med fire, har fått ytterligere ett helt poengs trekk.
- (24) Det kan videre reises spørsmål om Teletopia Interactive AS i det hele tatt er kvalifisert, ettersom selskapet har negative revisorankmerkninger for samtlige år i perioden 2011-2014. Sammenlignet med leverandørene Teletopia Interactive AS og Sopra Steria AS, skulle klager hatt større uttelling for kapasitet og kompetanse.

- (25) I forbindelse med vurderingen av om evalueringen var i strid med de grunnleggende prinsippene, må det legges svært begrenset, om noe, vekt på hjelpedokumentet som viser poengberegningen innklagede foretok, ettersom dette er udatert og først ble fremlagt like før rettsmøtet i forføyningssaken.

Begrunnelse og etterprøvnbarhet

- (26) Innklagede har ikke gitt en tilstrekkelig begrunnelse for poengforskjellene, noe som er i strid med kravet til etterprøvnbarhet og forskriften § 20-16 (2). Det er ikke redegjort for relative forskjeller mellom leverandørene. Innklagede har heller ikke skrevet noe om evalueringen av Teletopia Interactive AS' kapasitet og kompetanse, og det er dermed umulig å etterprøve innklagedes vurdering på dette punkt. Det er heller ikke mulig å overprøve om poengmodellen er bestemt etter tilbudsåpning.

Markedsdialog

- (27) Markedsdialogen er gjennomført i strid med de grunnleggende prinsippene. I den muntlige forhandlingen i forføyningssaken opplyste innklagedes vitner at markedsdialogen var gjennomført ved at det var søkt på internett etter relevante leverandører, og at seks aktører ble invitert. Ved et nettsøk ville klager vært første treff og burde dermed blitt invitert til dialogen.
- (28) Det ble også forklart i de muntlige forhandlingene at leverandørene i dialogmøtet fikk presentere sine produkter. Det kan videre ikke utelukkes at leverandørene fikk innsikt i hva innklagede mente med kvalifikasjonskravene, noe som kan ha gitt de inviterte leverandørene en fordel senere i konkurransen i strid med forskriften § 3-8.
- (29) Markedsdialogen er ikke dokumentert skriftlig på en måte som gjør den tilgjengelig for interesserte leverandører. Dette er i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket. Innklagede er da nærmest til å bære risikoen for uklarheter.

Tolkning og anvendelse av kvalifikasjonskravene

- (30) Kvalifikasjonskravene, slik de er tolket og anvendt av innklagede er ikke egnet til å skille mellom tilbyderne på en objektiv, ikke-diskriminerende og etterprøvnbar måte. Innklagede kunne uten vesentlige vansker presisert hva som nærmere bestemt var tiltenkt med de oppstilte kvalifikasjonskrav. Kravene bygget på upresise og udefinerte begreper, noe som medfører at det blir vanskelig for tilbyderne å etterprøve hva som ligger i dem.
- (31) Det var ikke forutberegnelig for tilbyderne at innklagede ville tolke «*tilsvarende leveranser*» til primært å gjelde den tekniske løsningen som ble tilbudt, mens det ble lagt mindre vekt på hvilken type kunde tjenestene var levert til.

Kontraktens varighet

- (32) Kontrakten har en varighet på inntil ti år, inkludert opsjoner. De grunnleggende prinsippene om konkurranse og krav til god forretningsskikk tilsier at det ikke kan inngås kontrakter med lengre varighet enn nødvendig. Ved ferdigutviklede løsningen kan ikke klager se noen grunn til å ha så lang varighet.

Øvrige anførsler

- (33) Klager fikk, med unntak av anskaffelsesprotokoller, innsyn i etterspurt dokumentasjon to dager før utløpet av fastsatt karensfrist. Det vesentligste av leverandørenes kvalifikasjonssøknader er sladdet. Kommunen var allerede i februar kjent med at klager ønsket innsyn og kan ikke høres med tidsknapphet. Det ville også være naturlig at klager fikk innsyn i hjelpedokumentet tidligere. Klager visste ikke at det eksisterte, men hadde bedt om innsyn i anskaffelsesprotokollen.
- (34) Begrunnelsen for valg av leverandør er svært tynn og tilfredsstillende ikke regelverkets krav.
- (35) Slik innklagede har evaluert og poengsatt tilbudene, har tildelingskriteriet «pris» fått vesentlig større vekt enn de angitte 20 prosent. Ut fra tildelingsbrevet fremstår ikke innklagedes evaluering av kvalitet og gjennomføringsevne tilstrekkelig finmasket.
- (36) Kommunens forklaring av evalueringsmodellen er vanskelig å forstå. Det er ikke mulig å se hvordan kommunen rent konkret har evaluert pris.
- (37) Dersom det er riktig at valgte leverandør skal utvikle en ny tjeneste/app for Oslo kommune fra bunnen av, innebærer det at valgte leverandør får levere et helt annet produkt enn det som ble etterspurt i konkurransen. Dette vil være en vesentlig endring og dermed utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Evaluering av kvalifikasjonssøknader

- (38) Det bestrides at innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene i evalueringen av kvalifikasjonssøknadene. Det avgjørende var at leverandørene hadde erfaring fra å levere en kommunikasjonsplattform som inneholdt de nødvendige funksjonalitetene. Klager har selv opplyst at det var Transponder Meldingsbok som var det relevante produktet. Likevel fremgår det kun for en av leveransene hvilken av klagers løsninger som er levert. For en av leveransene var det presisert at det var SMS-løsningen som var tatt i bruk. Ved denne beskrivelsen kan ikke innklagede se at klager har erfaring fra levering av kommunikasjonsplattform med de nødvendige funksjonalitetene. Innklagede kan ikke legge vekt på erfaringer som klager i fremtiden vil få.
- (39) Det bestrides at klager har fått for liten uttelling sammenlignet med de leverandørene som fikk høyere poengsum.
- (40) Klager har fått noe lavere poengsum enn enkelte øvrige leverandører knyttet til kapasitet og kompetanse ettersom de øvrige kunne vise til større team som skulle støtte opp om arbeidet med kontrakten. Det er saklig og forsvarlig at dette vektlegges.

Begrunnelse og etterprøvbarehet

- (41) Det bestrides at kravet til etterprøvbarehet og begrunnelse er brutt. Anskaffelsesprotokollen er utformet i tråd med forskriften § 3-2. Det fastholdes at meddelelsen av 15. februar 2017 sammen med brevet av 21. februar 2017 viser at begrunnelsesplikten etter forskriften § 20-16 (2) er oppfylt.
- (42) Hjelpedokumentet er et uttrekk fra evalueringsmatrisen som ble brukt i forbindelse med evaluering av kvalifikasjonssøknadene. Det bestrides at dette ikke kan tillegges vekt.

Markedsdialog

- (43) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket i forbindelse med gjennomføringen av markedsdialog. Innklagede så at det var behov for mer kunnskap om hva markedet kunne tilby da anskaffelsen ble planlagt. Innklagede kjente til enkelte leverandører som ble invitert til markedsdialog. Ett av selskapene som ble invitert tok kontakt på eget initiativ. Ulike temaer, både tekniske og knyttet til «best practice», ble diskutert i dialogen. Kunnskapen fra denne ble brukt ved valg av prosedyre og utforming av kravspesifikasjon. Det ble ikke gitt noen informasjon om den kommende anskaffelsen.
- (44) Innklagede vurderte utelukkende dokumenter mottatt gjennom kvalifikasjonssøknadene og ingen leverandører som deltok i markedsdialogen fikk noen fordel av dette.

Tolkning og anvendelse av kvalifikasjonskravene

- (45) Det bestrides at innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene i tolkningen og anvendelsen av kvalifikasjonskravene. Leverandørene hadde anledning til å spørre dersom noe i kvalifikasjonsgrunnlaget var uklart. Det gjorde ikke klager.
- (46) Innklagede har et vidt innkjøpsfaglig skjønn ved utforming og evaluering av kvalifikasjonskrav. Ved tolkingen av hva som ligger i «*tilsvarende leveranser*» er det naturlig å se hen til anskaffelsens formål og omfang, som er anskaffelse av en ferdigutviklet løsning for barnehagene med funksjonene digital meldingsbok, oppslagstavle, oversikt og registrering av oppmøte og henting, samt varslingsmuligheter.

Kontraktens varighet

- (47) Det bestrides at kontraktens varighet er regelstridig. Innklagede ønsker å samkjøre anskaffelsen med anskaffelse av nytt fagsystem når sistnevnte kontrakt utløper.

Øvrige anførsler

- (48) Det bestrides at innklagede har begått saksbehandlingsfeil. Det vises til det som er sagt om hjelpedokumentet ovenfor.
- (49) Forhold rundt tildelingen er ikke av betydning for denne saken. Under enhver omstendighet bestrides det at priskriteriet har fått større vekt enn de angitte 20 prosent. Da det har vært store avvik mellom prisene, har innklagede benyttet en hybridmodell, det vil si en kombinasjon av lineær kurve inntil prisen som skal poengsettes er 75 prosent høyere enn laveste pris. Når prisen er mer enn 75 prosent høyere enn laveste pris, går poengberegningen fra en lineær kurve til en forholdsmessig kurve.
- (50) Det bestrides at valgte leverandør skal utvikle en ny løsning fra bunnen av, og at dette utgjør en vesentlig endring. Løsningen fra valgte leverandør er som beskrevet i tilbudet. Noen mindre endringer vil gjennomføres som følge av videreutvikling og utbedring av hyllevareløsningen, samt enkelte tilpasninger. Dette er innenfor det som er tillatt etter regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (51) Klager har deltatt i konkurransen, og har som utgangspunkt saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder for anskaffelse av digitalt kommunikasjonsverktøy for barnehage/hjem og skole/hjem som er en tjenesteanskaffelse i kategori 7. I tillegg til lov om offentlige

anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (52) Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å fremheve at saken allerede har vært gjenstand for behandling av Oslo byfogdembete som ledd i prøvingen av klagers begjæring om midlertidig forføyning. Den omstendighet at hele eller deler av en klage tidligere har vært vurdert av en domstol som ledd i prøvingen av en begjæring om midlertidig forføyning, kan tilsi at disse sidene ved saken, eller i hvert fall deler av dem, er uhensiktsmessige for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndforskriften § 9, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/163, premiss 50. Begjæringer om midlertidige forføyninger i anskaffelsessaker avgjøres normalt på grunnlag av muntlige forhandlinger med umiddelbar bevisførsel, og dette var også tilfellet i vår sak. Som det vil fremgå av det følgende, er nemnda av denne grunn kommet til at enkelte av klagers anførsler bør avvises som uhensiktsmessige for behandling.

Tolkning og anvendelse av utvelgelseskriteriene

- (53) Blant de kvalifiserte leverandørene foretok innklagede en utvelgelse basert på utvelgelseskriterier. Som det fremgår av avsnitt 4 foran, var det de av leverandørene *«som best oppfyller de tekniske/faglige kvalifikasjonskravene»* som skulle inviteres til å inngi tilbud i konkurransen.
- (54) Klager anfører at utvelgelseskriteriene, slik de er tolket og anvendt av innklagede, ikke er egnet til å skille mellom tilbyderne på en objektiv, ikke-diskriminerende og etterprøvbar måte. Kriteriene bygger ifølge klager på upresise og udefinerte begreper, noe som medfører at det blir vanskelig for tilbyderne å etterprøve hva som ligger i kravene.
- (55) Det første kriteriet var *«[e]rfaring fra tilsvarende leveranser»*, som skulle dokumenteres med en beskrivelse på inntil tre A4-sider over de tre viktigste leveranser de siste tre år, inkludert opplysninger om art/type, verdi, tidspunkt og mottaker. Det andre kriteriet var at leverandørene skulle ha *«tilstrekkelig kapasitet og kompetanse til å utføre oppdraget»*. Leverandørene skulle i denne forbindelse gi en beskrivelse av eget tekniske personell, eller tekniske enheter leverandøren disponerte over hos andre leverandører.
- (56) Slik utvelgelseskriteriene er utformet gav de innklagede et visst rom for skjønn ved vurderingen, men nemnda kan ikke se at det gjør dem uegnet til å skille mellom leverandørene på en objektiv, ikke-diskriminerende og etterprøvbar måte. Skjønnsfriheten var begrenset, både av kriterienes ordlyd og av at de skulle tolkes og anvendes i lys av konkurransegrunnlaget for øvrig. Krav til erfaring fra *«tilsvarende leveranser»* og til *«tilstrekkelig kapasitet»* til å utføre oppdraget, er utbredt i praksis. De må forstås i lys av konkurransegrunnlaget for øvrig og de tilhørende dokumentasjonskravene. I vår sak må kravet til erfaring med *«tilsvarende»* leveranser forstås som erfaring med leveranser som oppfyller det som etterspørres i konkurransegrunnlaget, mens *«tilstrekkelig»* kapasitet og kompetanse i denne sammenheng forutsetter teknisk personell som kan sikre oppfyllelse av kontrakten. Utvelgelseskriteriene satte dermed adekvate rammer for innklagedes skjønn ved utvelgelsen. Klagenemnda kan heller ikke se at innklagedes tolkning og anvendelse av utvelgelseskriteriene har kommet uventet på leverandørene, eller at leverandørene skulle ha manglet muligheter til å etterprøve anvendelsen av utvelgelseskriteriene.
- (57) Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

Evalueringen av kvalifikasjonssøknadene

- (58) Klager anfører at innklagedes vurdering av kvalifikasjonssøknadene er vilkårlig og i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling og forutberegnelighet. I denne forbindelse sammenligner klager seg med valgte leverandør, som ble rangert som nummer seks, og to øvrige leverandører, hvor den ene er rangert som nummer syv, og den andre er rangert som nummer åtte sammen med klager.
- (59) Klagers innsigelser mot innklagedes vurdering av kvalifikasjonssøknadene har vært gjenstand for muntlige forhandlinger med vitneførsel og har vært grundig behandlet av Oslo byfogdembete. Dette omfatter også relevansen av, og påliteligheten til, det hjelpedokumentet som innklagede har lagt frem. Nemnda slutter seg til byfogdembetets vurdering av at det ikke har betydning hvorvidt klager skulle vært rangert foran Teletopia Interactive AS og Sopra Steria AS, ettersom dette uansett ikke ville sikret klager en plass blant de seks leverandørene som ble invitert til å levere tilbud, og at det følgelig ikke er nødvendig å ta stilling til denne delen av klagen. For øvrig ser klagenemnda det slik at en etterprøving av byfogdembetes vurderinger beror på bevissspørsmål som ikke er egnet for skriftlig saksbehandling. Disse anførselene avvises følgelig som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndforskriften § 9.

Tildelingsevalueringen

- (60) Klager har også flere anførsler knyttet til innklagedes tildelingsevaluering. Ettersom klager ikke ble invitert til å delta i konkurransen, har imidlertid ikke klager saklig interesse i å få avgjort disse spørsmålene, jf. klagenemndforskriften § 6 andre ledd.

Begrunnelsesplikten

- (61) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-16 nr. 2 ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for at klager ikke ble invitert til konkurransen.
- (62) Det følger av forskriften § 20-16 nr. 2 at oppdragsgiver skal gi en *«skriftlig melding med en kort begrunnelse»* dersom en forespørsel om å delta i konkurransen blir forkastet. Ordlyden tilsier at det ikke kreves noen omfattende begrunnelse, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2014/55, premiss 72. I avvisningssaker har nemnda tidligere lagt til grunn at det er tilstrekkelig å angi hvilke faktiske forhold ved tilbudet som begrunner avvisningen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2014/55 med videre henvisninger. Tilsvarende må det ved utvelgelse av leverandører være tilstrekkelig å peke på sentrale forskjeller mellom de leverandørene som ble valgt ut og den aktuelle leverandøren som ikke ble invitert til konkurransen.
- (63) Innklagede ga klager følgende begrunnelse for at selskapet ikke ble invitert til å inngi tilbud 15. februar 2017: *«Sorned Media AS sin erfaring er vurdert som noe svakere enn de beste da de 3 referanseprosjektene er av relevans kun for deler av det beskrevne behovet. Gjennomføringsevnen til Sorned Media AS fremstår som noe lavere enn de beste.»*
- (64) Det er den begrunnelsen som gis i første omgang, som må oppfylle forskriftens krav. Etter nemndas vurdering var denne begrunnelsen for knapp. Det var ikke beskrevet hvorfor innklagede mente klagers referanseprosjekter kun hadde relevans for deler av behovet, eller hvorfor klagers kapasitet ble vurdert som dårligere sammenlignet med de

leverandørene som ble invitert til å delta i konkurransen. Dette utgjør et brudd på forskriften § 20-16 nr. 2.

- (65) Klagenemnda tilføyer midlertid at innklagede deretter gav en nærmere begrunnelse 21. februar 2017, og at denne etter nemndas syn oppfyller minstekravene i forskriften § 20-16 nr. 2. Ytterligere forklaringer ble deretter gitt av innklagede som ledd i prosessen for Oslo byfogdembete. Det må derfor kunne legges til grunn at manglene ved den opprinnelige begrunnelsen ikke har fått betydning for resultatet av konkurransen.

Markedsdialog

- (66) Klager anfører videre at det er i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket at markedsdialogen ikke er dokumentert skriftlig på en måte som gjør den tilgjengelig for interesserte leverandører.
- (67) Det følger av kravet til etterprøvbarehet i loven § 5 at en slik dialog må kunne dokumenteres for å sikre at prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling ivaretas gjennom prosessen. Innklagede har ikke lagt frem noen dokumentasjon fra markedsdialogen. Etter klagenemndas syn er dette i strid med kravet til etterprøvbarehet.
- (68) Det følger videre av forskriften § 3-8 at oppdragsgiver ikke skal *«søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelse 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 konkurransen»*.
- (69) Klager anfører at innklagede har brutt denne bestemmelsen i forbindelse med markedsdialogen. Dette spørsmålet er imidlertid belyst gjennom de muntlige forhandlingene i prosessen for Oslo byfogdembete. Byfogdembetet fant ikke bevismessig grunnlag for at innklagede hadde gjennomført markedsdialogen i strid med regelverket. En etterprøving av byfogdembetes vurderinger på dette punkt beror på bevisspørsmål som ikke er egnet for skriftlig saksbehandling. Anførselen avvises følgelig som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndeforskriften § 9.

Kontraktens varighet

- (70) Klager anfører at kontraktens varighet, inkludert opsjoner, er lenger enn nødvendig.
- (71) I et tilfelle hvor det ikke er tale om en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, oppstiller regelverket i utgangspunktet ikke noen begrensninger for hvilken varighet en avtale kan ha. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at dette spørsmålet som hovedregel er underlagt det innkjøpsfaglige skjønn, jf. sak 2013/66, premiss 49. I klagenemndas avgjørelse i sak 2010/23 la nemnda likevel til grunn at kravet til konkurranse i loven § 5 kan innebære en skranke mot *«kontrakter av meget lang varighet uten at oppdragets art eller innhold tilsier dette, og hvor konkurransemomentet svekkes av den grunn»* (premiss 40). Ved vurderingen av avtalers varighet, er det relevant å legge vekt på de samme momenter som kan begrunne unntak fra tidsbegrensningen for rammeavtaler, jf. klagenemndas sak 2013/66, premiss 48, med videre henvisninger.
- (72) Den aktuelle kontrakten har en lengde på fire år, med opsjon på forlengelse på to pluss to pluss ett pluss ett år. Til sammen kan dette gi en total lengde på ti år. Kontrakten gjelder anskaffelse av en digital løsning for kommunikasjon mellom barnehager og foresatte. Innklagede har forklart at lengden er satt for å kunne samkjøre løsningen med en senere

anskaffelse av fagsystem for barnehagene, som tidligst vil kunne initieres i år 2022. Basert på sakens opplysning har nemnda ingen holdepunkter for å konstatere at kontraktens lengde er i strid med kravet til konkurranse for den aktuelle anskaffelsen, jf. loven § 5. Valget av kontraktsperiode må anses å være innenfor rammene av det innkjøpsfaglige skjønn.

Krav om forsvarlig saksbehandling

- (73) Klager anfører også at det ble gitt innsyn i de øvrige leverandørenes kvalifikasjonssøknader for sent, bare to dager før karensperiodens utløp, og at dette er i strid med kravet til forsvarlig saksbehandling.
- (74) Etter nemndas syn påvirkes ikke karensperioden av at begjæringen om innsyn ble fremsatt før karensperiodens utløp. Nemnda finner støtte for dette i en uttalelse fra NOU 2010: 2 side 178:

«Utvalget kan ikke se at det er behov for innsyn også i selve tilbudene før karensperiodens utløp, eller at regelen om innsyn før kontraktsinngåelse kan forankres i formålet med offentlighetsloven.

De nye sanksjonsreglene som innføres som følge av endringene i håndhevelsesdirektivet, sammen med reglene om karensperiode, begrunnelse og offentlighet om anbudsprotokollen, utgjør en vesentlig styrking av gjennomsiktigheten og håndhevelsen av offentlige anskaffelser. Utvalget mener at dette vil ivareta hensynet til å sikre at oppdragsgivere ikke tar utenforliggende hensyn, herunder korrupsjonslignende forhold, og kan som nevnt heller ikke se at regelen om innsyn før karensperiodens utløp kan forankres i formålet med offentlighetsloven. Utvalget anbefaler derfor at bestemmelsen om innsyn i tilbud før karensperiodens utløp blir revurdert.»

- (75) Departementet valgte, på et annet grunnlag, å anbefale at man beholdt regelen hvor man kan be om innsyn også i karensperioden. Departementet hadde imidlertid ikke innvendinger mot utvalgets kommentarer om den manglende sammenhengen mellom karensperioden og retten til innsyn i valgte leverandørs tilbud.
- (76) Kravet til karensperiode i forskriften § 22-3 nr. 3 er oppfylt, og som alt påpekt hadde innklagede gitt en begrunnelse som oppfylte minstekravene i forskriften § 20-16 nr. 2. Klagers anførsel om brudd på kravet til forsvarlig saksbehandling fører følgelig ikke frem.
- (77) Klagenemnda tilføyer at innsyn reguleres av offentleglova, og nemnda har ikke kompetanse til å vurdere problemstillinger knyttet til denne loven, jf. klagenemndforskriften § 1.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (78) Klager anfører til sist at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, ettersom klager har oppfattet det slik at valgte leverandør vil utvikle en ny løsning. Dette var ikke i tråd med konkurransegrunnlaget og utgjør ifølge klager en vesentlig endring.
- (79) Det følger av klagenemndforskriften § 7 at klagen skal angi de faktiske og rettslige forhold klagen bygger på. Anførselen om ulovlig direkte anskaffelse ble fremsatt i klagers femte prosesskriv i saken, mer enn to måneder etter at klagen ble inngitt. I lys av at

anførselen ble fremsatt så sent i prosessen, samtidig som den er lite underbygget, avvises den som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndforskriften § 9.

Konklusjon:

Oslo kommune har brutt kravet til begrunnelse i forskriften § 20-16 nr. 2 ved ikke å gi en tilfredsstillende første begrunnelse for hvorfor klagers forespørsel om å delta i konkurransen ble forkastet.

Oslo kommune har brutt kravet til etterprøvbarhet, jf. loven § 5, ved ikke å i tilstrekkelig grad dokumentere markedsdialogen som hadde funnet sted.

Klagers anførsler om brudd på de grunnleggende prinsippene i § 5 i forbindelse med tolkningen og anvendelsen av utvelgelseskriteriene, brudd på de grunnleggende prinsippene i § 5 knyttet til kontraktens varighet og brudd på kravet til forsvarlig saksbehandling fører ikke frem.

Klagers anførsler knyttet til utvelgelsen av leverandører, brudd på forskriften § 3-8 i forbindelse med markedsdialogen og ulovlig direkte anskaffelse avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klagers anførsler knyttet til evalueringen avvises på bakgrunn av at klager ikke har saklig klageinteresse, jf. klagenemndforskriften § 6 andre ledd.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk