



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

mnemonic AS
Att: Thor Aage Johansen/Martin Hellum
Wergelandsveien 25
0167 Oslo

Faks: 23 20 47 01

Deres referanse

Vår referanse
2007/65

Dato
20. august 2007

AVVISNINGSBESLUTNING I KLAGESAK

Det vises til klage. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsvedtak kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den er gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

Oslo kommune v/ Utviklings- og kompetanseetaten (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. mars 2007 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av programvare for deteksjon og fjerning av fiendtlig, skadelig og uønsket kode.

Fra konkurransegrunnlagets kapittel 4 ”*KRAV TIL LEVERANDØREN*” hitsettes:

”4.6 *Leverandørens økonomiske og finansielle stilling* [...]

<i>Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:</i>	<i>Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt</i>
<i>Krav 1; Det kreves god soliditet for å sikre at leveransen ikke uteblir/leverandøren er i stand til å gjennomføre oppdraget i sin helhet.</i>	<i>X Foretakets ÅRSBERETNING til Brønnøysundregisteret siste to år, samt nyere opplysninger som har relevans for foretakets regnskapstall (nøkkeltall for første kvartal 2006)</i>
	<i>X En utskrift over foretakets totale omsetning og dets omsetning de 3 siste regnskapsår for de ytelser kontrakten omhandler</i>

4.7 *Leverandørens tekniske kompetanse* *Herunder kvalitet på programvaren som tilbys.*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:	Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt
<i>Krav 1; Det kreves rutiner og kompetanse som sikrer kort tid fra ny fiendtlig og annen uønsket kode er identifisert til beskyttelse er levert.</i>	X <i>Kopi av sertifikat utstedt av offentlig kvalitetskontrollinstitusjon.</i>
	X <i>Skriftlig referanse fra minst fire kunder som har mottatt relevante leveranser siste tre år, utstedt av referansen i skriftlig form. Det skal fremgå hvem som har utstedt referansen og dennes rolle i organisasjonen.</i>
	X <i>Sammenlignende tester slik det er beskrevet i Vedlegg 1, punkt 2.3.</i>
	X <i>Oversikt over foretakets gjennomsnittlige årlige bemanning.</i>
	X <i>Redegjørelse vedr. foretakets kvalitetsstyringssystem/ - styringssystem</i>
	X <i>Foretakets viktigste leveranser de siste 3 år, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker</i>

”

Fra konkurransegrunnlagets vedlegg 1 ”Kundens formål og kravspesifikasjon” hitsettes:

”4.2 Drift mot klienter

[...]

(2) Tilbyder skal kunne rykke ut på maksimalt 4 timer, regnet i vanlig arbeidstid (08:00-16:00, på arbeidsdager) etter henvendelse fra driftsleverandør. Tilbyder skal være tilgjengelig på telefon resten av døgnet for bistand.”

Kontrakt skulle tildeles den leverandøren som leverte det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på tildelingskriteriene pris (45 %) og kvalitet (55 %).

Innen tilbudsfristens utløp 4. mai 2007 var det kommet inn tilbud fra fem leverandører, herunder fra mnemonic AS (heretter kalt klager) og Protego AS (heretter kalt Protego) som senere ble tildelt kontrakt. Protego tilbød løsninger basert på F-Secure antivirus.

Fra Protegos tilbud hitsettes:

”Protego AS økonomiske historie og status

[...]

Resultater

2005 – første driftsår

Totalomsetning: 6,7 mkr

Resultat: - 580 998

Underskuddet var ventet pga investeringer i første driftsår og noen periodiseringer. [...]

2006

Totalomsetning: 11,8 mkr

Resultat: Overskudd 47 000

2007 – første kvartal
Totalomsetning: 4,5 mkr
Resultat: Overskudd 515 000

Selskapet har siste par år hatt vesentlig resultatforbedring og har meget god likviditet. Regnskapsåret 2007 er budsjettert med overskudd og i tråd med den gode veksten forventes det å oppnå minst budsjettomsetning og resultat med overskudd.”

Videre hitsettes fra Protegos tilbud:

”Våre tjenester

[...], og har i tillegg 24- timers supporttjeneste tilgjengelig. [...]

Supportapparat

Protego har 3 personer som arbeider med F-Secure på teknisk avdeling. Protego tilbyr support via telefon og e-post samt konsulentertjenester. [...]

Support mandag-fredag mellom 0800-1600:

e-post

telefon

tekniske konsulenter/rådgivere

Support mandag-fredag 1600-0800 samt lørdag/søndag og helligdager:

24/7 telefon

tekniske konsulenter/rådgivere”

Vedlagt Protegos tilbud fulgte et brev fra F-Secure Corporation datert 3. mai 2007. Fra brevet hitsettes:

”SUPPORTGARANTI FRA F-SECURE CORPORATION

F-Secure Corporation er overbevist om at Oslo Kommune vil få maksimal støtte og oppfølging fra Protego AS på F-Secures produkter. F-Secure Gold Partner har tilgang til F-Secure 2. og 3. linjesupport 24/7 og vil således være istand til å løse de fleste problemer.

Protegos stab har 10 års erfaring med F-Secure produkter og er en partner vi anbefaler.

For å sikre Oslo Kommune tilstrekkelig oppfølging og trygghet tilbyr vi kommunen å benytte samme supportapparat i de tilfeller hvor forhandlerens støtteapparat ikke er nok.

[...]

Skulle Oslo Kommune sin prefererte forhandler på F-Secure av forskjellige grunner bli borte er F-Secure Corporation villig til å påta seg supportansvaret for Anti Virus installasjonen til Oslo Kommune. F-Secure’s supportapparat vil stå til rådighet til ny, og for Oslo Kommune akseptabel, supportpartner er funnet.”

I brev av 22. mai 2007 ble klager meddelt at Protego AS var tildelt kontrakt.

Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 4. juni 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Valgte leverandørs økonomiske nøkkeltall tilfredsstillende ikke kravet om ”god soliditet”, og valgte leverandør burde således vært avvist.

Klager kjenner ikke til at valgte leverandør har et slikt sertifikat som nevnt i konkurransegrunnlagets punkt 4.7, og valgte leverandør burde således vært avvist.

Valgte leverandør har for få ansatte til å kunne oppfylle kravet om at tilbyder skal være tilgjengelig hele døgnet, og samtidig oppfylle kravene i arbeidsmiljøloven.

Innklagedes anførsler:

Klagen må avvises som uhensiktmessig for behandling, ettersom de anførsler klagen omfatter ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Dersom klagen ikke avvises, anfører innklagede at lov og forskrift om offentlige anskaffelser ikke er brutt.

Innklagede har vurdert det slik at valgte leverandør har tilstrekkelig godt økonomisk resultat for å tilfredsstillende kravet til god soliditet. Som grunnlag for vurderingen er dokumentert resultatregnskap fra 2005 (første driftsår) og til og med første kvartal i 2007, samt årsberetning lagt til grunn. Det er ikke funnet merknader på skatteattester. På bakgrunn av dette, sammen med garanti fra systemleverandør, fant innklagede at valgte leverandør tilfredsstilte kravet. Innklagede hadde således ikke plikt til å avvise valgte leverandør.

Det er riktig at valgte leverandør ikke leverte inn sertifikat som nevnt i konkurransegrunnlagets punkt 4.7. Oppdragsgiver kan med hjemmel i forskriftens § 20-12 (2) bokstav g, avvise leverandører som har unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som er krevd. Unnlatt innlevering av sertifikat er med andre ord ingen obligatorisk avvisningsgrunn. Innklagede har vurdert den samlede dokumentasjon som er mottatt knyttet til kvalifikasjonskravet i punkt 4.7. I valgte leverandørs tilfelle er referansen fra F-Secure Corporate vektlagt. Videre viser vedlagte dokumentasjon at valgte leverandørs produkt scorer høyt på internasjonale tester. Valgte leverandør har oppgitt 16 kunder med betydelig klientmasse som benytter deres produkt. Årlig bemanning er oppgitt å være tre teknikere som har leveransen som hovedarbeidsområde. I tillegg er F-Secures nordiske apparat tilgjengelig ved behov for 2. linje- og 3. linjesupport. Valgte leverandør har samlet sett inngitt tilstrekkelig dokumentasjon til at innklagede har kunnet foreta en forsvarlig vurdering av at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet i punkt 4.7.

Valgte leverandørs tilbud oppfyller fastsatte krav til ytelsen i henhold til konkurransegrunnlagets vedlegg 1 punkt 4.2 (2). Kravet til tilgjengelighet på telefon hele døgnet, blir ivaretatt enten ved leveranse fra leverandøren selv eller ved bruk av systemleverandørens supporttelefon som det er gitt full adgang til.

Sekretariatets vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede antok at anskaffelsens verdi kunne

overstige EØS-terskelverdien, og anskaffelsen følger dermed forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 del I og III, jf forskriftens § 2-1, jf § 2-2 (1) og § 2-3.

Skulle valgte leverandør vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav eller manglende dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav?

Det følger av forskriftens § 20-12 (1) bokstav a, at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen. I konkurransegrunnlagets punkt 4.6 var det stilt krav om ”god soliditet” for å sikre at leveransen ikke skulle utebli. Spørsmålet er om valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av dette kravet til økonomisk og finansiell stilling.

Ved kvalifikasjonsvurderingen har oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda og klagenemndas sekretariat kan imidlertid prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling, samt om evalueringen er basert på riktig faktisk grunnlag.

Etter en vurdering blant annet basert på valgte leverandørs resultatregnskap fra 2005 og til og med første kvartal i 2007, samt foretakets årsberetning, fant innklagede at valgte leverandør hadde tilstrekkelig god økonomi til å tilfredsstille kravet til ”god soliditet ...”. Klagenemndas sekretariat kan ikke se at innklagedes vurdering på dette punktet har vært usaklig eller uforsvarlig eller på andre måter i strid med regelverkets grunnleggende krav.

Ettersom innklagede fant at valgte leverandør oppfylte kravet til ”god soliditet ...”, forelå det ikke plikt til å avvise valgte leverandør etter forskriftens § 20-12 (1) bokstav a.

Klager har videre anført at valgte leverandør skulle vært avvist fordi leverandøren ikke leverte et slikt sertifikat som nevnt i konkurransegrunnlagets punkt 4.7.

I sak 2003/176 uttalte klagenemnda følgende i premiss (20) og (21), jf også sak 2006/120 premiss (22):

”Utgangspunktet er at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller de materielle krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, jf forskriftens § 15-12 (1) bokstav a). De materielle krav var i den foreliggende anskaffelsen at leverandørene måtte ha slike tekniske kvalifikasjoner at ”lokal godkjenning vil bli gitt” i nærmere angitte tiltaksklasser.

Det er ikke anført at den valgte leverandøren manglet de materielle krav til kvalifikasjoner, kun at dokumentasjon på kvalifikasjonene manglet. At en leverandør har unnlatt å gi opplysninger eller dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene er oppfylt, gir adgang til avvisning (”kan”), men ingen plikt, jf § 15-12 (2) bokstav g) og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/57. Oppdragsgiver plikter imidlertid i så fall å foreta en saklig og forsvarlig vurdering av om leverandøren har den nødvendige kompetanse, jf klagenemndas avgjørelser i sak 2003/57 og 2003/218.”

Bestemmelsene som klagenemnda i nevnte sak viser til i forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 (§ 15-12 (1) bokstav a, og § 15-12 (2) bokstav g), har tilsvarende innhold som 2006-forskriftens § 20-12 (1) bokstav a, og § 20-12 (2) bokstav g. Klagenemndas uttalelse har således relevans i nærværende sak.

I konkurransegrunnlagets punkt 4.7 var det stilt krav om rutiner og kompetanse som skulle sikre kort tid fra ny fiendtlig og annen uønsket kode blir identifisert, til beskyttelse blir levert. Som dokumentasjon for å bevise at dette materielle kravet var oppfylt, var det blant annet bedt om kopi av sertifikat utstedt av offentlig kvalitetskontrollinstitusjon, hvilket valgte leverandør ikke innleverte.

Valgte leverandør hadde imidlertid inngitt øvrig dokumentasjon det var bedt om i tilknytning til kravet i konkurransegrunnlagets punkt 4.7, og innklagede fant at valgte leverandør samlet sett hadde inngitt tilstrekkelig dokumentasjon til at innklagede kunne foreta en forsvarlig vurdering av hvorvidt valgte leverandør oppfylte kravet om rutiner og kompetanse som skulle sikre kort tid fra ny fiendtlig og annen uønsket kode blir identifisert, til beskyttelse blir levert. Basert på den inngitte dokumentasjonen fant innklagede at valgte leverandør oppfylte dette kravet. Sekretariatet kan ikke se at innklagede har foretatt en usaklig eller uforsvarlig vurdering ved å legge til grunn at valgte leverandør oppfylte det aktuelle kvalifikasjonskravet.

Valgte leverandørs tilbud i henhold til kravspesifikasjonen

Under tilbudsevalueringen må oppdragsgiver kunne legge til grunn de opplysninger som fremkommer av leverandørenes tilbud, jf klagenemndas saker 2005/219 premiss (44), 2006/66 premiss (43) og 2006/119 premiss (62). Det kan ikke oppstilles noe alminnelig krav om at oppdragsgiver skal kontrollere de opplysninger leverandørene gir i sine tilbud, med mindre det foreligger opplysninger eller andre forhold som gir spesiell foranledning til det, jf klagenemndas saker 2006/119 premiss (62) og 2007/38 (45). Dersom det i ettertid viser seg at valgte leverandør ikke kan oppfylle i henhold til opplysningene i tilbudet, vil oppdragsgiver være beskyttet av kontraktsbruddsreglene.

I vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget var det i punkt 4.2 (2) stilt krav om at tilbyderne skulle være tilgjengelig på telefon hele døgnet. Valgte leverandør opplyste i sitt tilbud at supportapparatet, herunder systemleverandørens supporttelefon, ville være tilgjengelig 24 timer i døgnet. Klagenemnda kan ikke se at det forelå opplysninger eller andre forhold som ga spesiell foranledning for innklagede til å kontrollere opplysningene i valgte leverandørs tilbud, jf det vedlagte brevet fra F-Secure Corporation av 3. mai 2007, på dette punktet. Innklagede måtte da legge til grunn de opplysningene som fremkom av tilbudet, altså at Protego oppfylte kravet til tilgjengelighet hele døgnet.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagesaken ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

Med vennlig hilsen

Linn Tordal Halvorsen
Rådgiver

Kopi: innklagede

