



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av drifts- og overvåkningssystem. Etter at vedståelsesfristen var utløpt, ble leverandørene bedt om at denne ble forlenget. Dette var i strid med regelverket, da konkurransen måtte anses avsluttet.

Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2005 i sak 2004/48

Klager: NinetechGruppen AB Norge

Innklaget: Akershus Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum

Saken gjelder: Forlengelse av vedståelsesfrist. Erstatning for negativ kontraktsinteressen.

Bakgrunn:

- (1) Akershus Universitetssykehus HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. mai 2003 en åpen anbudskonkurranse for kjøp av IT drifts- og overvåkningssystem.
- (2) I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontrakten omfatte levering og implementering av programvare og utførelse av service og bistand/support over
- (3) Tildeling av kontrakt skulle skje til leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på kriteriene:

”

Pris

Leveringstid

Leveringssikkerhet

Driftskostnader

Kvalitet

Service

Funksjonsmessige egenskaper

Kvaliteten på tilbudet

Uttalelser fra referanser

Integrasjon med eksisterende utstyr

Opplæringskostnader

Unngå å være pilotbruker”

- (4) Videre het det:

”Kriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge, men det vil være svært viktig for sykehuset med pris, integrasjon med eksisterende systemer, uttalelser fra referanser som har samme produkt på tilsvarende utstyr og funksjonsmessige egenskaper.”

- (5) I konkurransegrunnlagets generelle del var det i punkt 5.1 og 5.2 opplyst at statens standardavtale for IT-anskaffelser vil bli brukt som kontraktsmal på kjøp og vedlikehold av utstyr og programvare. I henhold til punkt 11 skulle blant annet følgende legges ved tilbudet:

”

4. Kjøpsavtalen

Legg ved eventuelle bilag til Statens standardavtaler for IT-anskaffelser – kjøp. Vi ønsker i størst mulig grad å bruke utdrag fra tilbudene som bilag.

5. Vedlikehold/service

Legg ved eventuelle bilag til Statens standard for IT-anskaffelser – vedlikehold. Vi ønsker i størst mulig grad å bruke utdrag fra tilbudene som bilag.

6. Reservasjoner/Forbehold som tilbyder tar i forhold til denne utlysningen

Har tilbyder innsigelser mot noen del eller formuleringer i denne utlysningen, må tilbyder skriftlig spesifisere disse i tilbudet i et eget vedlegg dersom de skal anses som gyldige.

Har vi som oppdragsgiver kommet med "urimelige" krav, vil vi anbefale at tilbyder priser dette som opsjoner i tilbudet isteden for at man reserverer seg. Dette gjør at vi får sammenlignbare priser samtidig som vi får en tilbakemelding på om vi setter for høye krav."

- (6) I kravspesifikasjonen punkt 2.1 het det at "vi benytter statens standardavtaler for IT-anskaffelser for kjøp og vedlikehold." Standardavtalene var ikke vedlagt konkurransegrunnlaget, men kan lastes ned gratis fra Internett. Det var derimot vedlagt to dokumenter med oversikt over kjøpsavtalens og vedlikeholdsavtalens bilag. I dokumentet "Statens standardavtaler for IT-anskaffelser - Kjøpsavtalens bilag" het det om bilag 10 "Endringskatalog til den generelle avtaleteksten":

"Fylles eventuelt ut av tilbyder. Tilbyder bør samtidig prise den opprinnelige avtaleteksten som en opsjon slik at vi får sammenlignbare tilbud."

- (7) Samme formulering var inntatt som bilag 7 til vedlikeholdsavtalen.
- (8) Vedståelsesfristen var satt til 1. desember 2003.
- (9) Ni leverandører innga tilbud, blant dem Ninetech AS (heretter kalt klager) og Hewlet-Packard Norge AS (heretter kalt HP).
- (10) Klager tilbød programvare fra sin underleverandør, Computer Associates Norway AS (heretter kalt CA). Om vedlikehold/service het det blant annet i klagers tilbud punkt 5.2:

”Ninotech tilbyr i tillegg til den support som følger standard med produktene, å tegne en egen supportavtale mellom Ninotech og Ahus.”

- (11) I tilbudets punkt 5.7 var det i tillegg oppgitt adresse og telefonnummer til CA for som ”kontaktpunkt” for ”Standard Unicenter produktsupport avtale”.
- (12) Nedenfor fulgte så en beskrivelse av klagers tjenestesortiment. Det var ikke vedlagt informasjon om den support/bistand som i henhold til tilbudet skulle følge standard med produktene.
- (13) Etter å ha foretatt en evaluering av tilbudene, ønsket innklagede å vurdere de tre mest aktuelle tilbudene nærmere, og disse leverandørene ble innkalt til å holde en presentasjon. Etter presentasjonene bestemte innklagede seg for at klagers og HPs tilbud var de mest aktuelle. Innklagede hadde senere et avklaringsmøte med klager, og gjennomførte et referansebesøk til Rikshospitalet 28. november 2003. Etter referansebesøket ble klager kontaktet med spørsmål om hvilke tjenester som var fulgte med lisensen til CA-programvaren. På bakgrunn av dette fremla CA en presentasjon av CA SupportConnect-programmet. Programmet innebærer at lisensen til produktene gir adgang til en nettbasert bistandstjeneste.
- (14) I e-post av 2. desember 2003 ba innklagede om en oversikt over de rettighetene innklagede ville få som følge av å inngå en vedlikeholdskontrakt med CA. E-posten ble besvart samme dag, der klager skrev:

”Vi i Ninotech har som følge av å være en CA-partner, ansvaret for førstelinje support for den programvaren som tilbys. Ninetechs supporttelefon er åpen arbeidsdager 08:00 til 16:00. Ved feil i programvare har vi ansvaret for å bistå dere i rapportering av eventuelle problem. Utover dette er CAs ansvar, som programleverandør, å rette programvarefeil som oppstår.

Av rettigheter se vedlagte dokumenter, som omtaler bruk av supportsystem og lisensavtale.”

- (15) E-posten var blant annet vedlagt ett dokument som var benevnt ”*Terms and Conditions*” og ett benevnt ”*Conditions*”. Særlig førstnevnte dokument inneholdt klausuler som begrenset CAs ansvar.

- (16) I anskaffelsesprotokollen skrev innklagede følgende om prosessen etter presentasjonene:

”

01. desember 03

Etter gjennomførte scenarier var det enighet om at løsningen til Steria ikke lenger var like aktuell som de to andre. Den er langt dårligere integrert enn de to andre, samtidig som den prismessig ligger noe høyere.

Deretter startet en tung prosess med å beregne livssyklus kostnader for de tre gjenstående tilbyderne. I denne fasen ble flere referanser kontaktet og det ble også foretatt referansebesøk hos Rikshospitalet.

Dette var noe vanskelig å gjennomføre, da tilbudte løsninger ikke lot seg sammenligne direkte på alle punkter. Dette ble en lang prosess som endte med at vi blant annet måtte legge til en rekke opsjoner i tilbudet fra Ninetech for å kunne likestille tilbudene. Dette gjaldt spesielt funksjonalitet i modulene ”Nettverksovervåkning” og ”Applikasjons- og tjeneste overvåkning”. Det viste seg faktisk at en del av ”JA”-svarene fra Ninetech krevde opsjoner som ikke var spesifisert i svaret. Dette gjorde evalueringen veldig tung og forsinket dessverre prosessen med mange uker.”

- (17) Den 4. desember 2003 ble leverandørene kontaktet per e-post og bedt om å forlenge vedståelsesfristen til 31. desember. Klager svarte umiddelbart at en forlengelse måtte avklares med forretningskontrolleren og fulgte opp med en e-post av 8. desember 2003 der forlengelse av fristen til 10. desember ble akseptert. Innklagede ble informert om å kontakte klager for ytterligere forlengelse dersom dette var nødvendig.

- (18) Fra anskaffelsesprotokollen siteres videre:

”

04. desember 03

På møtet 4. desember klarte vi å komme frem til to tilnærmet likeverdige løsninger sett ut ifra funksjonalitet. Livssyklus kostnadene (se neste side) på løsningen fra HPS lå godt under Ninetech.

HPS ble derfor enstemmig valgt som leverandør.”

- (19) Totalkostnadene (kalt livssyklus kostnadene) for klagers tilbud ble beregnet til kr 5.800.888. Dette var kr 332.353 over HPs tilbud. Innklagede hadde også beregnet en pris for ”livssyklus inklusive andre forhold”. For klagers vedkommende var denne kr 6.300.888, kr 577.353 over HP. I klagers tilbud var det gjort et påslag på kr 250.000 for ”kontraktsrisiko” og kr 250.000 for ”kvaliteten på tilbudet”. HP hadde fått påslag på kr 150.000 for ”kontaktsrisiko” og kr 105.000 for ”leveringssikkerhet”.

- (20) I ”innstilling og oppsummering av saksgangen”, inntatt i anskaffelsesprotokollen, het det:

”Kontraktsrisiko: Ninetech: Vedlikeholdsavtale med klare sanksjoner mangler. De har ikke brukt statens standardavtaler.

Kontraktsrisiko: HP: Mange forbehold, se bilag 11 i kjøpsavtalen og bilag 8 i vedlikeholdsavtalen.

Leveringssikkerhet: HP: Det er en risiko for at det blir 70 timer ekstra på HP ifm drifting av systemet.

Kvaliteten på tilbudet: Ninetech: Uryddig i prisingen; sagt ja i tilbudet, men ikke priset. Funn til nå (Bruk av insight manager, ANO, NPO og WNMO). Har forårsaket utsettelse av helpdesk og nettverksovervåkning i to måneder. I tillegg har det påvirket andre fremtidige implementeringsordninger (150.000). Forventer fremtidige funn av feil (100.000). Det mangler også vedlikeholdskontrakt og et godt oppsett på bilagene i statens standardavtaler for kjøpsavtalen. Vi oppfatter tilbudet fra Ninetech som svært interessant siden vi mente vi fikk en tilfredsstillende løsning til en relativt lav kostnad. Etter å ha satt oss inn i tilbudet og økt vår kompetanse innen denne typen programvare, har vi stadig måttet legge til nye moduler og dermed økt kostnadene. Om sykehuset hadde hatt bedre kompetanse på den tilbudte løsningen fra Ninetech ved oppstart av evalueringen, er det stor sannsynlighet for at tilbudet ville ha blitt forkastet siden de har svart uklart på mange punkter. Nå har vi isteden valgt å prise de kostnadene vi har pådratt oss som følge av manglende kvalitet på tilbudet.”

- (21) Innklagede vedtok dermed å tildele HP kontrakten, og meddelelse om dette ble sendt leverandørene 15. desember 2003. I begrunnelsen skrev innklagede avslutningsvis:

”Den valgte løsningen vil tilfredsstillе våre krav minst like godt som alternativet, samtidig som vi velger tilbyderer med lavest pris.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (23) Leverandørene ble bedt om å forlenge vedståelsesfristen etter at denne var utløpt. På dette tidspunktet skulle konkurransen vært avlyst, da oppdragsgiver ikke hadde noen bindende tilbud å forholde seg til. Da oppdragsgiver ba om en forlengelse, innebar dette at nye tilbud ble innhentet, uten at regelverket for offentlige anskaffelser ble fulgt.
- (24) Innklagede har gjort vesentlige feil under beregningen av kostnadene knyttet til tilbudet fra Ninetech. I beregningen av klagers pris har innklagede inkludert posten på kr 463.680 for ”*bistand utenfor vedlikehold i 4 år*”. Dette var angitt som en opsjon i konkurransegrunnlaget, men en slik tjeneste er uansett dekket av programvarelisensen. Videre har innklagede gjort betydelige påslag i livssyklus kostnadene for ”*risiko og tilbudsutfylling*”. Dette innebærer et brudd på forskriftens § 8-2, jf § 10-2. Ninetech har passert kvalifikasjonsvurderingen uten bemerkninger fra innklagedes side. Oppdragsgiver kan ikke bringe med seg evalueringen fra kvalifikasjonsvurderingen i form av et påslag i kontraktssummen under tildelingsvurderingen.
- (25) Kriteriet ”*kvaliteten på tilbudet*” tilfredsstiller ikke regelverkets krav til klarhet. Kriteriet åpner for en rent skjønnsmessig vurdering fra oppdragsgivers side av tilbudet som sådan, ikke det tilbudte. Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at innklagede i denne vurderingen har vaktlagt at tilbudet skal ha vært ”*uryddig i prisingen*”, at det er vektlagt ”*forventet fremtidig funn av feil*” mv.
- (26) Endelig synes det som om de oppgitte tildelingskriteriene bare i begrenset grad er blitt vurdert.

(27) Klager mener å ha krav på å få erstattet den positive kontraktsinteressen, jf normen som er oppstilt i Rt 2001 s 1062 (Nucleus). Da valg av tilbud ble truffet, stod konkurransen bare mellom klager og HP. Innklagede har opplyst at det avgjørende for beslutningen var tilbudenes livssyklus-kostnader, og videre erkjent at klager ville hatt det laveste tilbudet om ikke de urettmessige påslagene ble gjort. Dersom påslagene blir tatt bort, står klager igjen med et kvalitetsmessig likeverdig tilbud som HP, men til en lavere pris. Kontrakten skulle, etter innklagedes egen argumentasjon, vært tildelt klager. Det er dermed årsakssammenheng mellom feilene og klagers tapte fortjeneste. Videre må feilene betegnes som vesentlige.

(28) Subsidiært har klager krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen, jf normen som er oppstilt i Rt 1997 s 574 (Firesafe). Klager hadde unnlatt å innlevere tilbud hvis man kunne forvente at anskaffelsen ville bli gjennomført med så grove brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

(29) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

(30) Ved tilbudsfristens utløp var innklagede i kontakt med leverandørene per telefon for å få fristen forlenget. Dette ble akseptert.

(31) Klagers tilbud skulle vært avvist på et tidlig tidspunkt på grunn av uklarheter og feil.

(32) Innklagede har nedlagt et stort arbeid når det gjelder å gjøre klagers tilbud sammenlignbart med tilbudet fra HP. Tilbudet viste seg å være fullt av faktafeil som har medført at klagers pris før oppklaringer har fremstått som lavere enn den i realiteten var. Innklagede har måttet legge til flere opsjoner for å tilfredsstille kravet til likebehandling i lovens § 5.

(33) Når det gjelder spørsmålet om påslag for kostnader til support/bistand, definerer innklagede support som to ulike typer. Det ene gir tilgang til et døgnåpent supportsenter (for eksempel CA Support Connect), det andre gir tilgang til personer som kjenner den installerte løsningen. Påslaget for support beror på at CA Support Connect ikke tilfredsstilte konkurransegrunnlagets krav. Rettighetene innklagede ville

få som følge av CA Support Connect var verken bindende for klager eller underleverandør. Det ville være et sannsynlig brudd på forhandlingsforbudet å akseptere CA Support Connect som et alternativ til tilbudets vedlikeholdsavtale.

- (34) Innklagede har ikke gitt klagers tilbud påslag for kvalifikasjoner eller risiko, men for manglende kvalitet på tilbudet.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og II.
- (36) Klagenemnda ser først på spørsmålet om oppdragsgiver har adgang til å be om forlenget vedståelsesfrist etter at den opprinnelige vedståelsesfristen er utløpt.
- (37) Det synes som om partene er uenige om innklagede muntlig har avtalt forlengelse av vedståelsesfristen med tilbyderne innen den opprinnelige fristen gikk ut. En eventuell utsettelse av vedståelsesfristen må uansett skje slik at lovens krav til etterprøvbarhet overholdes.
- (38) Vedståelsesfristen angir den tiden tilbudene er bindende, jf forskriftens § 7-5. Når denne utløper uten at oppdragsgiver har akseptert et av tilbudene, er leverandørene ikke lenger bundet av tilbudene som er levert. Etter 1. desember 2003 stod dermed innklagede uten bindende tilbud i konkurransen. Etter klagenemndas syn er en konkurranse avsluttet idet oppdragsgiver står tilbake uten bindende tilbud. Tildeling av kontrakt har dermed skjedd i strid med regelverket ettersom ny konkurranse ikke ble gjennomført.
- (39) Klagenemnda antar at vilkårene for å få erstattet den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt.
- (40) På denne bakgrunn ser klagenemnda ikke grunn til å gå inn på partenes øvrige anførsler.

Konklusjon:

Akershus Universitetssykehus HF har brutt kravet om forutberegnelighet og konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å gjennomføre tildeling av kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen.

For klagenemnda,

7. februar 2005

Inger Roll-Matthiesen