



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for levering av WAN-nett med tilhørende nettverkskomponenter. Konkurranses grunnlaget var uklart med hensyn til anskaffelsesprosedyre, ved at det både henviste til åpen anbudskonkurranse og til konkurranse med forhandling. Konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandlinger. Dette var et brudd på kravet til forutberegnelighet.

Klagenemndas avgjørelse 21. februar 2005 i sak 2004/60

Klager: Élla kommunikasjon AS

Innklaget: Sørlandet Sykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Anskaffelsesprosedyre. Uklart konkurransegrunnlag. Avvikende opplysninger i kunngjøring og konkurransegrunnlag.

Bakgrunn:

- (1) Sørlandet sykehus HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. september 2003 en åpen anbudskonkurranse for levering av ”WAN-nett med tilhørende nettverkskomponenter”. Kontrakten ble angitt som en varekontrakt, beskrevet som ”en kombinasjon av kjøp, leie leasing og avbetalingskjøp”. Hovedobjektet var gitt CPV-koden 72 53 20 00 (WAN-tjenester, fjernnett), mens tilleggsobjektene hadde kodene 30 25 10 00 (EDB-kontrollsystem) og 30 23 60 00 (IT-utstyr). Anskaffelsen var beskrevet som ”høyhastighetsnett mellom Sørlandet sykehus sine avdelinger i begge agderfylkene”.
- (2) I konkurransegrunnlaget het det under punkt 1 at ”anskaffelsen utlyses som EØS anbud med forhandlinger”, mens det under punkt 3.14 ”Kontraktstype og kontraktstildeling” stod at:

”Anskaffelsesprosedyren er – åpen anbudskonkurranse. Kontraktstypen er utstyrskontrakt og serviceavtale. Det vil bli benyttet standard kjøpsavtale utarbeidet av Statskonsult.

Kunden forbeholder seg retten til å føre kontraktsforhandlinger med en eller flere tilbydere forut for en eventuell kontraktstildeling.

Endelig kontrakt vil bli utarbeidet etter eventuelle avklaringer/forhandlinger og valg av leverandør, med utgangspunkt i anbudsinnbydelsen, leverandørens tilbud og IT-avtalens bestemmelser.”

- (3) I konkurransegrunnlaget var anskaffelsen innledningsvis beskrevet slik:

”Nettverket mellom SSHF lokasjoner skal bygges over tid. Det betyr at vi ønsker å etablere kommunikasjon mellom noen av lokasjonene så fort det lar seg gjøre, for så å ha opsjon for etablering av kommunikasjon til andre enheter på et senere tidspunkt. Økning av hastighet i forhold til de krav IT-systemet stiller vil også være en opsjon.

Etablering av nettverk vil skje i flere faser hvor

1 det etableres et nettverk mellom alle sykehusene og felles kommunikasjon mot Internett. Dette betyr også en etablering av nye nettkomponenter og sikkerhetsløsning for hele foretaket.

2 det etableres et nettverk til DPS og andre enheter

3 båndbredde økes i forhold til de krav og tjenester som nettverket skal brukes til

Deler av første fase er budsjettert og skal anskaffes i 2003.

Anbudet er delt inn i to avtaler (kravspesifikasjoner):

1 Kravspesifikasjon WAN – beskrivelse av krav til høyhastighetsnettverk Bilag 1

2 Kravspesifikasjon nettkomponenter – beskrivelse av krav til nettkomponenter og sikkerhetsløsning Bilag 1

Tilbyder kan velge å besvare begge, eller kun en av forespørslene med bilag”

- (4) De ønskede opsjonene var nærmere opplistet. Innklagede skrev at ”foretaket kan pr dags dato av budsjettmessige årsaker og eventuelle strukturendringer ikke oppgi mengde av opsjoner som vil bli anskaffet”.

- (5) Det het i punkt 3.13 at innklagede forholdt seg retten til å anta hele eller deler av tilbudet, og at leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt. Tildelingskriteriene var, i uprioritert rekkefølge:

”

Funksjonalitet og brukervennlighet

Dokumentert kapasitet/leveringsdyktighet

Totalleverandør i henhold til kravspesifikasjonen

Pris

Referanser

Service, opplæring og oppfølging

Organisasjon, faglig kompetanse og dokumentert kvalitetssikring

Garantiansvar

Tilbyders økonomiske soliditet

Totalvurdering av leveransen”

- (6) Under punkt 3.6 het det følgende om alternative løsninger:

”Dersom anbyder ønsker å tilby alternative løsninger ut over kravspesifikasjonen kan dette gjøres som tillegg til anbudet. Alternative løsninger og utstyr beskrives i funksjon og virkemåte og prissettes og det merkes tydelig hvilke punkter i anbudet det erstatter.”

- (7) Tilbudsfrist var 4. november 2003. Syv leverandører innga tilbud på hele eller deler av forespørselen. Noen av leverandørene ga flere tilbud, herunder Ementor, som leverte ett tilbud i henhold til kravspesifikasjonen og ett alternativt tilbud.

- (8) Innklagede foretok avklaringer med alle tilbyderne for å gjøre endringer i tilbudene slik at de ble sammenlignbare. Som resultat ble klager og Ementor innkalt til forhandlingsmøter. Den 11. desember 2003 ble leverandørene meddelt at Ementor var tildelt kontrakt. Kontrakt er nå inngått.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (10) Innklagede hadde ikke anledning til å benytte konkurranse med forhandlinger. Innklagede begrunner valget av prosedyre med at det er stor usikkerhet knyttet til foretakets omstrukturering og budsjettsituasjon. Dette er forhold som innklagede måtte ha avklart internt i forkant av konkurransen. Mesteparten av usikkerheten ville ha vært fjernet dersom innklagede hadde ventet tre uker med å sende ut anbudsdokumentene. Videre er den tekniske leveransen ikke særlig komplisert. Anskaffelsen under ett, både WAN og nettverkskomponenter, bygger teknologisk på standard hyllevarer, og usikkerheten rundt anskaffelsen ligger derfor på et akseptabelt nivå. Det var dessuten ikke samsvar mellom kunngjøring og konkurransegrunnlag, ved at det ble kunngjort en åpen anbudskonkurranse, og konkurransegrunnlaget var uklart.
- (11) Innklagede skulle avvist tilbudet fra Ementor. Alternative løsninger kunne bare gis som et tillegg til ordinært tilbud, dvs et tilbud i henhold til kravspesifikasjonen.
- (12) Innklagede hadde ikke lov til å foreta en slik vesentlig endring i arbeidsomfanget som det ble gjort 1. desember 2003.
- (13) Videre var ikke tildelingskriteriene tilstrekkelig klare til å sikre forutberegnelighet for leverandørene ved at disse ikke angir hvordan anskaffelsen og opsjoner skal evalueres, med hensyn til vekting, fremtidig prising av opsjoner og i hvilket omfang innklagede antar at opsjonene vil bli benyttet. I konkurransegrunnlaget var det heller ikke oppgitt hvor mange år kontrakten var ment å vare.

- (14) Innklagede var forpliktet til å vurdere de innkomne tilbudene separat.
- (15) Klager ber klagenemnda uttale seg om vilkårene for å få erstattet negativ eller positiv kontraktsinteresse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (17) Anskaffelsen gjelder en tjenestekontrakt, der tjenestens art og tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd. Vilårene for å benytte konkurranse med forhandling er således oppfylt, jf forskriftens § 4-2 bokstav b). Leveransen på linjer og nettkomponenter som gjaldt på tidspunktet for anbudsinnbydelsen, var basert på en kontrakt (med klager) med varighet til 31. desember 2003. Det var derfor viktig for innklagede å planlegge anskaffelsen slik at ny kontrakt kunne inngås ved årsskiftet eller kort tid etter. Innklagede er et helseforetak, med sykehus og andre enheter spredd over et stort geografisk område. Dette gjør anskaffelse av WAN-nettverk med tilhørende nettverkskomponenter til en krevende prosess. Samtidig er spesialisthelsetjenester generelt i ferd med å gjennomgå store endringer, særlig hos innklagede. Klager kom aldri med noen innsigelser i forhold til prosedyren, og det er ingenting som tyder på at klager hadde oppfattet konkurranseformen som åpen anbudskonkurranse.
- (18) Innklagede bestrider at det ble gjort vesentlige endringer med hensyn til anskaffelsens omfang under forhandlingene.
- (19) Det var opplyst at kontraktsperioden var tre år med opsjon på ytterligere to år, ett år av gangen. Innklagede hadde i tillegg gitt signaler om når opsjonene ville bli benyttet.
- (20) Innklagede har vurdert det som fordelaktig med et tilbud som dekker hele forespørselen, dvs. at det er én leverandør. Dette er i tråd med tildelingskriteriet ”totalleverandør for den totale leveransen”. Innklagede stod igjen med to aktuelle tilbud som begge dekket hele forespørselen, nemlig ett fra klager og et alternativt tilbud fra Ementor. Det kan da ikke være i strid med regelverket å begrense den endelige vurderingen til hver av de to alternativene som samlede leveranser.

- (21) Ementor leverte to tilbud: ett tilbud som er helt ut i samsvar med anbudsforspørselens kravspesifikasjon, og et alternativt tilbud.
- (22) I det alternative tilbudet skulle WAN linjene termineres i boksene tilbudt av Ementor i nettverkskomponenttilbudet. Dette gjaldt kun lokasjonene SSHF Arendal og Kristiansand. I det alternative tilbudet kunne ikke WAN linjene og nettverkskomponentene skilles, siden en er helt avhengig av en terminering på hver lokasjon. Dette gir en mer fleksibel løsning for å kunne øke linjehastighet uten å måtte oppgradere til nye endepunkt pga. økt krav til hastighet. Det alternative tilbud er i samsvar med kravspesifikasjonen for WAN linjene i tilbudsforspørselen.
- (23) Under forhandlingene med Ementor ble det likevel valgt en teknisk løsning hvor linjene termineres i egne "linjebokser" som kommuniserer videre med nettverkskomponentene/ sikkerhetsløsningen. Den endelige anskaffelsen ble altså at det er to separate løsninger; én for linjer og én for nettverkskomponenter.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi del I og II i forskrift om offentlige anskaffelser.
- (25) Anskaffelsen ble kunngjort som en varekontrakt. Det fremgår imidlertid av CPV-kodene at anskaffelsens hovedobjekt er en tjeneste. Innklagede har dermed gjort en feil i kunngjøringen, men klagenemnda antar at feilen ikke har hatt betydning for klager.
- (26) Ettersom anskaffelsen var kunngjort som en åpen anbudskonkurranse, finner klagenemnda at dette alene avskar innklagede fra å gjennomføre anskaffelsen etter konkurranse med forhandlinger, uavhengig av hva som stod i det etterfølgende konkurransegrunnlaget. Ved å gjennomføre konkurranse med forhandlinger brøt innklagede blant annet kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Endring av konkurranseform må dessuten regnes som en vesentlig endring, jf forskriftens § 5-4. Denne bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare endringer i forhold til konkurransegrunnlaget, men hensynet bak bestemmelsen, blant annet beskyttelse av leverandører som velger å avstå fra deltakelse, gjør seg gjeldende i minst like stor grad i forhold til opplysninger gitt i kunngjøringen.

- (27) Klagenemnda vil videre peke på at konkurransegrunnlaget både anga at konkurranseformen var åpen anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling. Det var dermed skapt en uklarhet med hensyn til konkurranseform som er i strid med lovens krav til forutberegnelighet, jf § 5. Forholdet representerer dessuten et brudd på kravet til angivelse av anskaffelsesprosedyre, jf forskriftens § 5-1 (1) bokstav b) nr. 1.
- (28) Klagenemnda vil bemerke at valg av konkurranseform er et forhold som generelt kan påvirke tildelingen av kontrakt.
- (29) Ettersom innklagede på bakgrunn av kunngjøringen og uklarheten i konkurransegrunnlaget ikke hadde adgang til å gjennomføre en konkurranse med forhandlinger, trenger klagenemnda ikke å ta stilling til om innklagede hadde hjemmel i forskriftens § 4-2 bokstav b) til å benytte denne prosedyren, og heller ikke til om denne prosedyren kan anses for å ha vært akseptert av klager, slik innklagede hevder.
- (30) Klagenemnda behandler så spørsmålet om Ementors alternative tilbud skulle vært avvist. Konkurransegrunnlaget stilte som krav at alternative løsninger bare kunne tilbys som tillegg til et tilbud som oppfylte kravspesifikasjonen, og dette hadde Ementor gjort. Klagenemnda går ikke inn i spørsmålet om Ementors alternative løsning oppfylte kravene forskriftens § 8-6 (2), da klager ikke har anført noe i forhold til dette.
- (31) Klagenemnda går heller ikke nærmere inn på anførslene knyttet til evalueringen av tilbudene, da tilbudene slik de ble vurdert, var et resultat av forhandlinger som ikke skulle vært gjennomført.
- (32) Klager har bedt klagenemnda om å ta stilling til erstatningsspørsmålet. Det kan her ha betydning om klager kan anses for å ha akseptert den valgte anskaffelsesprosedyre. Dette er et mellom partene omtvistet bevisspørsmål som klagenemnda ikke finner å kunne ta stilling til.

Konklusjon:

Sørlandet Sykehus HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling etter å ha kunngjort anskaffelsen som en åpen anbudskonkurranse.

Sørlandet Sykehus HF har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 5-1 (1) bokstav b) nr. 1 ved at konkurransegrunnlaget anga både prosedyren konkurranse med forhandling og åpen anbudskonkurranse.

For klagenemnda,

21. februar 2005

Inger Roll-Matthiesen