



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om programvare til storkjøkkenplanlegging. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud

Klagenemndas avgjørelse 18. september 2006 i sak 2005/156

Klager: Aivo Norge AS

Innklaget: St. Olavs Hospital HF

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Bakgrunn:

- (1) St. Olavs Hospital HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. desember 2004 en åpen anbudskonkurranse vedrørende programvare til storkjøkkenplanlegging. Frist for innlevering av tilbud var satt til 9. februar 2005.

- (2) I konkurransegrunnlaget fremgikk følgende innledningsvis under 1.4 rammebetingelser:

"1.4.1 Tilbudets innhold, utforming og avvisningsgrunner

Tilbudet skal inneholde alle de opplysninger som denne konkurransen stiller krav om. Sentralt Innkjøp forbeholder seg retten til å avvise tilbud som ikke baserer seg på de vedlagte avtaleformularer.

Sentralt Innkjøp forbeholder seg videre retten til å avvise:

- *ethvert tilbud på grunnlag av avvisningsgrunner som er nevnt i "Forskrift om offentlige anskaffelser, Del II § 8."*

- (3) Vedrørende bruks- og kvalitetskrav stod det blant annet følgende:

"2.1 Omfang

[...]

Det stilles store krav til integrasjon mot eksisterende systempark ved sykehuset. Den planlagte anskaffelsen skal bl.a. integreres mot PAS, GL Masterpiece og Unique E-handel."

- (4) Om pris i 3.2 i konkurransegrunnlaget fremgikk det:

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

"Tilbudsprisen regnes som fast, øvre pris i tilbudsperioden. [...] Vi ber om at prisen oppgis som stykkpris på den enkelte enhet, og ikke som totalsummer. Leverandøren skal oppgi hvorvidt det er knyttet spesielle betingelser til de oppgitte tilbudspriser.

Tilbyder skal i tillegg ta med evt. kostnader for utvikling, testing og ferdigstillelse av programmet."

- (5) I bilag 8 til konkurransegrunnlaget, Samlet pris og prisbestemmelser, het det blant annet:

"1.1 Kjøpesum

[...]

Prisskjema skal inkludere all nødvendig informasjon forespurt i grunnlaget.

[...]

*1.2.2. Timepris vedlikehold/reise/reisetid
Det henvises til vedlagt prisskjema...."*

- (6) I prisskjemaet var det oppgitt at:

"Prismatrisen skal inkludere alle kostnader for konkurransen. Kostnader som ikke er oppgitt, vil ikke bli akseptert.

Ref. pkt/vedlegg i konk.grlag	Beskrivelse	Listepris eks mva	Tilbudspris eks. mva	Tilbudspris inkl. mva	Evt. ref. til besvarelse
[...]					
Konk.grlag	Kostnader ved reise				

- (7) Konkurransegrunnlagets pkt. 4 omhandlet tildelingskriteriene:

"Tildeling av kontrakt vil skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, basert på kriteriene nedenfor. Punktene omfatter alle deler av konkurransegrunnlaget og vil ikke nødvendigvis være aktuelle for alt.

Følgende tildelingskriteria legges til grunn (ikke prioritert rekkefølge):

- *Produktet (ref. konkurransegrunnlag og kravspesifikasjon), herunder:*
 - *Programvarens funksjonalitet, levetid, kvalitet, driftssikkerhet og egenskaper mot Kjøkkenets produksjonssirkel.*
 - *Pris*
 - *Utstyrets livstidskostnader, herunder kjøpesum og driftskostnader*
- *Service, herunder:*
 - *faglig og teknisk bistand*
 - *servicetilgjengelighet*
 - *produktkompetanse*

- vedlikehold-/serviceavtaler
- opplæring
- oppmøtetid
- Leveringsbetingelser
 - leveringstid/implementeringstid
 - leveringsdyktighet
- Garanti/vilkår utover 12 mnd

[...]

Det er tilbyders ansvar å påse at det medsendes dokumentasjon som gjør oppdragsgiver i stand til å vurdere tilbudet."

- (8) Ved anbudsfriens utløp ble det mottatt tilbud fra Aivo Norge AS (heretter kalt klager) og fra Embla AS (heretter kalt Embla).
- (9) I bilag 6 til klagers tilbud av 9. februar 2005 fremgikk det at klager i gjennomføringsplanen beregnet 18 måneder til "Utveckling" av programvaren.
- (10) Tilbudets pkt. 3.2 omhandlet priser:

"Aivo aksepterer de prisbestemmelser som følger med anbudsutlysningen.

[...]

Aivos prisoppsett er i tråd med anbudsutlysning og følger vedlagt i bilag 8."

- (11) I tilbudets bilag 8 var klagers samlede pris og prisbestemmelser spesifisert. Tilbudspris for "Kostnader ved reise" var oppgitt med "Dagspris".
- (12) Innklagede besluttet å avvise klagers tilbud i henhold til forskriftens § 8-10 (1) bokstav d). I brev datert 19. april 2005 ble følgende begrunnelse gitt:

"Avvisningen skyldes at vi ikke kan se at det er mulig å sammenligne Deres tilbud med Deres konkurrent uten at dette går ut over forhandlingsforbudet, ref LOA m/forskrift § 9-1 d. Deres tilbud er bl.a. ikke gitt i tråd med konkurransens prisblad (vedlegg 1/bilag 8 Statens standard). Dette innebærer at kostnader ikke er beskrevet (eks. timeestimat ikke oppgitt/dagpris ikke oppgitt). Når tilbudet i tillegg oppfattes som et utviklingsprosjekt (leveringstid 18 mnd.), kan vi ikke sammenligne tilbudet med Deres konkurrent sitt tilbud."

- (13) Klager påklaget beslutningen om å avvise tilbudet i brev av 2. mai 2005. Innklagede avviste klagen i brev av 24. mai 2005, med hovedsakelig den samme begrunnelse som i brev av 19. april 2005. Kontrakt ble tildelt den andre tilbyderen, Embla AS, 30. mai 2005 (heretter kalt Embla).

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (15) Klager anfører at avvisningen av klagers tilbud er urettmessig.
- (16) Det er en saksbehandlingsfeil at avvisningen av klager skjedde nesten 2 ½ måned etter tilbudsfristens utløp, og det anføres at den sene avvisningen medfører at innklagede ikke har rettslig adgang til å avvise klagers tilbud. Rettsvirkningen er også at klager vil ha et erstatningskrav mot innklagede. En urettmessig avvisning må anses som en vesentlig feil som gir rett til erstatning for den positive kontraktsinteresse.
- (17) Videre er det ikke rettslig grunnlag for å avvise klagers tilbud. Det er for det første ikke grunnlag for å avvise klagers tilbud på grunn av uklarheter, ufullstendigheter eller lignende i henhold til anskaffelsesforskriftens § 8-10 (1) bokstav d). Tilbudet er i tråd med konkurransegrunnlaget selv om klager legger til grunn at kostnader knyttet til reise og opphold skal dekkes etter dagspris, mens innklagede legger til grunn at kostnadene skal være inkludert i oppgitte priser, eller at fast pris skulle vært gitt. I alle tilfelle er det snakk om uvesentlige kostnader sett i forhold til tilbudets totalpris.
- (18) På bakgrunn av at reisekostnadene i klagers tilbud er minimale, kunne forholdet vært avklart uten å komme i strid med forhandlingsforbudet i forskriftens § 9-1. Høyesteretts uttalelse i Rt. 2003 s.1531 kan ikke direkte legges til grunn i forhold til forskriftens § 8-10 (1) bokstav d). Dessuten vil det i denne saken ikke være tale om å endre pris på tilbudet, men å ta hensyn til et rimelig anslag over hva reisekostnadene vil utgjøre, for dermed å gjøre tilbudene sammenlignbare.
- (19) For det andre er det i strid med kravet til forutberegnelighet å avvise klagers tilbud med henvisning til at dette er et utviklingsprosjekt med leveringstid på 18 måneder. Konkurransegrunnlaget oppstiller ingen frist for når programmet skal være ferdig implementert.
- (20) Klager anfører videre at det er foretatt feil i vurderingen av klagers og valgte leverandørs tilbud. Klager hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Innklagedes vurdering av klagers tilbud er preget av en rekke unøyaktigheter og direkte feil. Dette gjelder blant annet referanser. Det bemerkes også at det er noen kravspesifikasjoner valgte leverandør ikke oppfyller, og at dette ikke er kommentert i vurderingen av tilbudene. Klager oppfyller derimot alle kravspesifikasjonene.
- (21) Klager anfører til slutt at innklagede har brutt kravet til likebehandling, jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1 (2). Det hevdes fra klagers side at avvisningen av klagers tilbud innebærer at valgte leverandør gjennom utviklingen av det såkalte Nutshell-prosjektet har hatt et konkurransefortrinn i strid med likebehandlingsprinsippet. Valgte leverandør har fått tilgang til særskilt informasjon om oppdragsgivers systempark og særlige behov på et tidligere tidspunkt og dermed hatt lengre tid til å forberede og utforme tilbudet, samt mulighet til kortere leveringstid. Det må anses som et brudd på likebehandlingsprinsippet at valgte leverandør kan benytte erfaringen fra Nutshell-prosjektet i en senere anbudsrunde, jf. Nucleus-dommen i Rt. 2001 s.1062. Videre vil det kunne innebære brudd på likhetsprinsippet at valgte leverandør gjennom prosjektet har fått statlig støtte til å kunne utvikle en programvare, og dermed får et konkurransefortrinn i forhold til potensielle

konkurrenter i en senere anbudskonkurranse, hvor det produktet som etterspørres, nettopp er en programvare tilsvarende det valgte leverandør har utviklet.

- (22) For å unngå forskjellsbehandling og for å unngå unøyaktighetene og direkte feil ved vurderingen av klagers programvare skulle klager ha fått anledning til å presentere/demonstrere programvaren.

Innklagedes anførsler:

- (23) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (24) Innklagede bestrider at klager urettmessig er blitt avvist.
- (25) Innklagede anfører at det ikke har skjedd en saksbehandlingsfeil ved at avvisning har skjedd for sent.
- (26) Innklagede har forståelse for at nesten 2 ½ måned kan synes som lang tid. Dette skyldes at innklagede måtte foreta en forsvarlig og grundig gjennomgang og vurdering av klagers tilbud, før avvisningsbeslutning kunne treffes. Det bemerkes at vedståelsesfristen var satt til seks måneder fra tilbudsfristens utløp, jf. konkurransegrunnlaget pkt. 1.4.3. Dette indikerer at tilbudsvurderingen ville kunne ta tid. Sett på denne bakgrunn kan ikke en periode på 2 måneder og 10 dager anses å være en uforsvarlig lang saksbehandlingstid fra innklagedes side.
- (27) Selv om saksbehandlingstiden skulle være for lang, kan klagers anførsel uansett ikke føre frem. Virkningen av en uforsvarlig lang saksbehandlingstid er ikke en avskjæring av oppdragsgivers avvisningsadgang. En slik forståelse ville innebære at oppdragsgiver i enkelte tilfeller ville kunne bli forpliktet til å inngå kontrakt med en tilbyder som skulle ha vært avvist etter regelverkets tvingende regler.
- (28) Videre hadde innklagede en plikt til å avvise klagers tilbud pga. feil, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende som kunne medføre tvil om bedømmelsen i forhold til det andre tilbudet, jf. forskriftens § 8-10 (1) bokstav d.
- (29) Det fremgår av konkurransegrunnlagets pkt. 3.2 at tilbudsprisen regnes som fast, øvre pris i tilbudsperioden. Det blir videre bedt om at pris oppgis som stykkpris på den enkelte enhet, og ikke som totalsummer. Det fremgår videre av konkurransegrunnlagets bilag 8 pkt. 1.1 at prisskjema "skal inkludere all nødvendig informasjon forespurt i grunnlaget". Når det gjelder bilag 8 pkt. 1.2.2 vedrørende blant annet reisekostnader, vises det til det prisskjema som tilbyderne skulle fylle ut. I dette skjemaet er det et eget punkt som heter "Kostnader ved reise".
- (30) Det anføres at en normalt forstandig leverandør vil tolke anbudsdokumentene dit hen at tilbyder må gi slik informasjon at oppdragsgiver skal kunne prissette reisekostnadene med rimelig grad av sikkerhet uten å måtte ta kontakt med tilbyder. Dette kunne vært gjort ved å angi timeestimat/dagspris. Klagers tilbud inneholdt ingen spesifisering av reisekostnadene for prosjektet, men har kun oppført "dagspris" i prisbladet, jf. tilbudets bilag 8. Det fremgår ikke av klagers tilbud hva denne dagsprisen er, og heller ikke noe tidsestimat. Det var med andre ord ikke mulig for innklagede å vurdere tilbudets pris på dette punkt, og uklarheten kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til det andre tilbudet.

- (31) Det bestrides at reisekostnadene er uvesentlige sett hen til tilbudets totalpris. Sett hen til prosjektets varighet og behovet for reiser mellom Norge og Sverige i hele utviklingsperioden på 18 måneder må det kunne antas at reisekostnadene i forbindelse med tilbudet ville bli betydelige.
- (32) Det bestrides videre at forholdet kunne vært avklart uten å komme i strid med forhandlingsforbudet, jf. forskriftens § 9-1. Forskriftens § 9-1 (2) bokstav a) må forstås slik at der uklarheten er omfattet av § 8-10 (1) bokstav d), har oppdragsgiver en plikt til å avvise. Det vises her til Rt. 2003 s. 1531 premiss 41 vedrørende bestemmelsen om avklaringsadgang i NS 3400 pkt 13.3. Høyesterett kom her til at bestemmelsen må forstås slik at endring av pris alltid vil være en endring av konkurranseforholdet mellom partene. Det samme må gjelde i forhold til den tilsvarende bestemmelsen i forskriftens § 9-1 (1); en avklaring vedrørende pris vil i realiteten innebære en endring av tilbudet i strid med § 9-1 (1).
- (33) Klagers anførsel om at det i denne saken ikke vil være tale om å endre pris på tilbudet, er uriktig. Det er ikke tvilsomt at totalprisen på tilbudet vil bli endret som følge av at reisekostnadene plusses på. I det opprinnelige tilbudet er det ikke gitt noen pris, det er kun angitt "dagspris". Det kan derfor ikke være tvil om at tilbudets prisgrunnlag er ufullstendig, og posten må behandles som om den ikke var priset. Dette innebærer med andre ord at tilbudet mangler prissetting på all reisevirksomhet i en periode på 18 måneder. Dette beløpet ville bli betydelig.
- (34) Under enhver omstendighet var innklagede forpliktet til å avvise tilbudet fra klager, da det foreligger vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen, ved at tilbudet ikke omhandlet en ferdigutviklet programvare, men kun var et tilbud om å videreutvikle et program som bare inneholdt noen av de funksjoner som ble etterspurt i spesifikasjonen, jf. klagers bilag 1. Det fremgår klart av spesifikasjonen at det er ferdigutviklet programvare som etterspørres. Videre manglet klagers vare på anbudstidspunktet vesentlige deler av de funksjoner som var beskrevet i konkurransegrunnlaget.
- (35) For det første viser den lange utviklingstid at klager ikke har et ferdig produkt å levere. For det andre er klagers spesifikasjon mangelfull på vesentlige punkter. For det tredje bemerkes det at klagers programvare ikke var integrert opp mot det allment tilgjengelige pasientsystemet innklagede bruker før inngivelse av tilbudet, slik normal forståelse av anbudsdokumentene tilsier. For det fjerde inneholder ikke klagers tilbud noen informasjon vedrørende integreringen opp i mot Unique og GL Masterpiece. Det ovenstående viser klart av klagers produkt på vesentlige punkter ikke var ferdigutviklet på områder som ikke knytter seg til den spesifikke integreringen mot innklagedes systempark.
- (36) Det foreligger altså et avvik fra konkurransegrunnlaget i strid med reglene i forskriftens § 8-6. Klagers tilbud fremstår på dette grunnlag, og sett hen til manglende opplysning om pris ved reisekostnader, som så uklart at det medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes opp mot det tilbud som ble valgt. Dette medfører en avvisningsplikt for innklagede, jf. forskriftens § 8-10 (1) bokstav c) og d).

- (37) Vedrørende klagers anmodning om å fremlegge dokumentasjon på at det er valgte leverandør som har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbud, viser innklagede til at valgte leverandørs tilbud var bedre enn klagers, blant annet når det gjaldt funksjonalitet, opplæring og tilkalling av bistand. I en vurdering av tilbudene ville klager åpenbart ikke blitt valgt.
- (38) Vedrørende klagers anførsel om brudd på likebehandlingsprinsippet bestrides det at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved at klagers tilbud er blitt avvist på grunn av at det er et utviklingsprosjekt.
- (39) Innklagede bestrider at valgte leverandør har hatt en konkurransefordel. Valgte leverandør hadde et ferdig produkt å tilby, og implementering opp mot innklagedes plattform vil da kunne skje mye raskere.
- (40) Dersom det skulle legges til grunn at valgte leverandør hadde en konkurransefordel på grunn av tidligere samarbeidsprosjekt, er ikke dette i seg selv i strid med regelverket, jf. blant annet KOFA sak 2003/320 og 2004/46. Det må imidlertid antas at oppdragsgiver i visse tilfeller kan ha en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordeler vedkommende leverandør måtte ha.
- (41) Klager anfører at det er et brudd på likebehandlingsprinsippet når innklagede avviser tilbudet fordi det anses som et utviklingsprosjekt. Det er med andre ord selve anskaffelsen (av ferdig utviklet programvare) som hevdes å være i strid med likebehandlingsprinsippet. Dette kan ikke føre frem. Innklagede bemerker at det ikke er bestridt av klager at kravspesifikasjonen er nøytralt utformet.
- (42) Nucleus-dommen omhandlet oppdragsgivers adgang til i tildelingsfasen å legge positiv vekt på leverandørens tidligere befatning med prosjektet. Det er imidlertid ikke tilfellet i denne sak. Innklagede kan vanskelig se at man på annen måte kunne ha utjevnet et eventuelt konkurransefortrinn. I den grad valgte leverandør skulle ha et visst konkurransefortrinn må det i denne saken anses som et saklig konkurransefortrinn, og således ikke i strid med regelverket. Innklagede hadde lagt opp konkurransen slik at klager hadde tilgang til – eller på enkelt vis kunne skaffet seg – informasjon som likestilte leverandørene så langt som mulig i konkurransen. Innklagede har derfor oppfylt likebehandlingsprinsippet i konkurransen.
- (43) Innklagede bemerker at klager synes å kreve at selskapet skal stilles helt likt med leverandører som allerede har utviklet et produkt som imøtekommer en innbyders krav til funksjoner. Dersom likebehandlingsprinsippet i loven skulle forstås slik, ville det innebære at det i enhver konkurranse som funksjonsbeskriver en forholdsvis nyutviklet løsning, ville være behov for å gi de øvrige tilbydere tid til å utvikle en tilsvarende løsning. Slik kan likebehandlingsprinsippet klart ikke forstås.
- (44) Klager vil uansett ikke ha noe krav på positiv kontraktsinteresse, selv om man skulle legge til grunn at vilkårene for å avvise klagers tilbud ikke var tilstede.

Klagenemndas vurdering:

- (45) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsens anslåtte verdi fremgår ikke av de fremlagte dokumenter. I konkurransegrunnlaget er det lagt

til grunn at anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, og det er ikke bestridt fra innklagede at regelverket for offentlige anskaffelser kommer til anvendelse. Klagenemnda legger derfor dette til grunn i sin vurdering.

Avvisning

- (46) Klagenemnda vil innledningsvis bemerke at retten til å avvise i henhold til "skal"-avvisningsgrunner ikke går tapt selv om oppdragsgiver ikke handler i samsvar med kravet i forskriftens § 8-13 (1) om at avvisning skal skje "snarest mulig".
- (47) Spørsmålet er først om klagers manglende spesifisering av reisekostnadene og uklare prisangivelse i tilbudet er en uklarhet som "kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene", jf. § 8-10 (1) bokstav d).
- (48) Det fremgår av anførselene at klager og innklagede er uenige om hvordan konkurransegrunnlaget, og dermed tilbudet, skal forstås med hensyn til angivelse av tilbudets pris. I klagenemndas avgjørelse i sak 2003/20 slo nemnda fast at uklarheten må referere seg til tilbudet, slik dette forstås på innleveringstidspunktet.
- (49) Klagenemnda legger til grunn at det fremgår av konkurransegrunnlaget og vedlagt prisskjema hvordan reisekostnader skal oppgis. Nemnda bemerker også at forskriftens § 8-10 (1) bokstav d) gir leverandøren risikoen for at tilbudet er avgitt på en slik måte at det er klart hvordan det skal bedømmes.
- (50) Klagenemnda kan på dette grunnlag ikke se at det er grunn til å underkjenne oppdragsgivers vurdering av klagers tilbud. Klagers angivelse av reisekostnader ved "Dagspris" er ikke egnet til å gi innklagede tilstrekkelig kunnskap om den endelige tilbudspris. Klagenemnda legger til grunn at reisekostnadene blir betydelige fordi klager i utviklingsperioden på 18 måneder må regne med en god del reisevirksomhet mellom Stockholm og Trondheim. Innklagedes avvisning på grunnlag av forskriftens § 8-10 (1) bokstav d) var derfor rettmessig.
- (51) Det fremgår av ordlyden i forskriftens § 9-1 (2) bokstav a) at oppdragsgiver ikke har adgang til å innhente nærmere opplysninger for å få klarlagt uklarheter dersom det foreligger avvisningsplikt etter § 8-10.
- (52) Klagenemnda behandler ikke klagers øvrige anførsler siden nemnda har konkludert med at klagers tilbud skulle ha vært avvist.

Konklusjon:

St. Olavs Hospital har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda
18.9.2006


Inger Marie Dons Jensen