



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemndas avgjørelse 10. juli 2003 i sak 2003/105

Klager: Siemens AS
Postboks 1
0613 Oslo

Innklaget: Helse Øst RHF
Postboks 4353
2308 Hamar

Prosessfullmektig: Simonsen og Føyen Advokatfirma
v/ advokat Birgitte Araldsen
Postboks 6641 St. Olavs Plass
0129 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Morten Goller

Saken gjelder: Plikt til å opplyse om prioriteringen av tildelingskriteriene, plikt til å fremlegge utarbeidet evalueringsmodell, plikt til å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudsfristens utløp, omfanget av forhandlingsplikten, endring av tildelingskriteriene, forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene.

Bakgrunn:

Helse Øst RHF (heretter kalt "innklagede") avlyste 8.10.2002 en anbudskonkurranse for anskaffelse av en felles applikasjon for elektronisk pasientadministrasjon og pasientjournal. Begrunnelsen var at det ikke lot seg gjøre å fastsette tilstrekkelig nøyaktige spesifikasjoner. Det ble i brev til leverandørene som deltok i konkurransen fremhevet at helseforetakene har ulike utgangspunkt med hensyn til integrasjonsbehov og tiltrettelegging, noe som gjorde det vanskelig å spesifisere en entydig kravspesifikasjon.

Den 9. og 15.11.2002 ble anskaffelsen kunngjort på nytt i DOFFIN, denne gang som en konkurranse med forhandling. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, og at tilbudsfristen var 10.2.2003. Tildelingskriteriene var oppgitt å være:

*"Økonomi
- PAS/EPJ-kjerne*

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

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

- *Opsjoner*
- *Kontraktuelle forbehold*
- *Forbedringspotensial*

Kvalitet

- *Funksjonalitet iht. funksjonell kravspesifikasjon*
- *Teknologi iht. teknisk kravspesifikasjon*
- *Bruksscenarier*

Leverandør

- *Finansiell styrke*
- *Eierstruktur*
- *Produktstrategi*
- *Firmastrategi*
- *Kompetanse*
- *Innflytelse på produktutvikling*
- *Kundereferanser*
- *Support, service og teknisk bistand*

Risiko

- *Gjennomføringsevne*
- *Manglende forankring av valg*
- *Uferdig løsning*
- *Integrasjon*
- *Kostnadsoverskridelser*

Det ble holdt en tilbyderkonferanse den 21.1.2003. I forkant av denne, og under resten av tilbudsfristens løp mottok innklagede en rekke spørsmål fra interesserte leverandører. Flere av spørsmålene relaterte seg til forholdet mellom tildelingskriterier og kvalifikasjonskrav, og det ble hevdet fra leverandørenes side at innklagede ikke hadde adgang til å oppstille "Leverandør" som et tildelingskriterium. Som en følge av dette valgte innklagede å stryke "Leverandør" med tilhørende delkriterier. Innklagede hevder at dette ble meddelt leverandørene den 31.1.2003. I tillegg ble samtlige spørsmål besvart, og samlet tilsendt leverandørene den 4.2.2003, seks dager før tilbudsfristen utløp.

For utarbeidelsen av kravspesifikasjonen og evaluering av tilbudene opprettet innklagede en prosjektgruppe bestående av leger, sykepleiere, kontorpersonell, IT fagfolk og sykehusledere fra forskjellige helseforetak. Prosjektgruppen utarbeidet en evalueringsmodell parallelt med utarbeidelsen av tildelingskriteriene. Evalueringsmodellen ble justert i samsvar med justeringen av tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut. Innklagede opplyser at evalueringsmodellen ble ferdigstilt før tilbudsfristens utløp. Evalueringsmodellen ble endelig godkjent av prosjektets styringsgruppe den 20. 2.2003, det vil si ti dager etter tilbudsfristen utløp.

Siemens AS (heretter kalt "klager") leverte tilbud, og ble invitert til forhandlingsmøte den 19.2.2003. Etter møtet sendte innklagede klager en rekke spørsmål vedrørende klagers tilbud. Her ble klager blant annet bedt om å fremme et nytt pristilbud, samt å presisere enkelte forretningsmessige og tekniske detaljer. Spørsmålene ble besvart den 20. og 21.2.2003. Klager ble deretter innkalt til et nytt møte, der klager skulle presentere bruksscenarier til to fiktive sykdomshistorier. Møtet ble avholdt den 25.2.2003. Klager fikk tilsendt nye spørsmål i

etterkant av dette møtet, som ble besvart den 28.2.2003. Klager ble deretter innkalt til et nytt forhandlingsmøte den 4.3.2003.

Den 18.3.2003 sendte klager innklagede et nytt pristilbud, der prisen var senket til henholdsvis 56 og 52 millioner kroner ekskl. mva for desentralisert og sentralisert løsning. Imidlertid opplyste innklagede i brev av 24.3.2003 om at det *"på bakgrunn av den tilbudte funksjonalitet og de tilbudte priser ikke er aktuelt å foreta ytterligere forhandlinger med Siemens på det nåværende tidspunkt"*.

Klager påklaget denne beslutningen til innklagede i brev av 1.4.2003. Innklagede avviste klagen i brev av 4.4.2003, der det også ble fremhevet at forhandlingene ikke var avsluttet, og at det på et senere tidspunkt kunne bli aktuelt å gjenoppta forhandlingene med klager.

Prosjektgruppen la frem sin innstilling på valg av leverandør for prosjektets styringsgruppe den 28.3.2003. Prosjektgruppen innstilte på at kontrakten skulle tildeles Dips ASA. Innstillingen inneholdt også en oversikt over den relative vekten tildelingskriteriene var tildelt. Det fremgikk at tildelingskriteriet økonomi utgjorde 23% av samlet vekt, tildelingskriteriet kvalitet utgjorde 65%, og tildelingskriteriet risiko utgjorde 12%.

Tildelingskriteriet kvalitet – underkriteriet "funksjonalitet"

Kravspesifikasjonen omfattet 833 krav til tilbudenes funksjonalitet. Leverandørene ble bedt om å besvare om det enkelte krav var oppfylt i dagens applikasjon, ville bli utviklet i løpet av 2003, 2004, 2005, eller om det kunne utvikles til egen pris. Leverandørene kunne også svare at man ikke kunne etterkomme kravet. Oppfyllelse av krav frem i tid ble tillagt gradvis mindre vekt enn krav som allerede var oppfylt. Det fremgikk av innstilling at Dips ASA oppfylte 622 krav, firmaet TietoEnator oppfylte 528 og klager 510. Krav som ble ansett som spesielt viktige var betegnet som "skal-poeng". Her skåret Dips 310 poeng, TietoEnator 273 poeng og klager 283 poeng.

Tildelingskriteriet risiko - underkriteriet "uferdig løsning"

Tildelingskriteriet risiko besto av følgende hovedelementer: gjennomføringsevne, manglende forankring av valg blant sykehus som er potensielle kunder under rammeavtalen, uferdig løsning og risiko for kostnadsoverskridelser. Det ble lagt størst vekt på gjennomføringsevne, mens de øvrige elementene ble tillagt relativt lik vekt.

I innstillingen ble det opplyst at: *"DIPS har en noe høyere skår enn Tieto Enator, og disse leverandørene har en langt høyere skår enn Siemens...En vesentlig årsak til at vi vurderer Siemens' risikoprofil som høy, er at Siemens innen aktuelle frister ikke har nødvendig funksjonalitet ift de i konkurransegrunnlaget spesifiserte krav (fortrinnsvis innen psykiatri) og fordi den komplette tilbudte løsning ikke er i drift ved noe sykehus per i dag"*. På delkriteriet uferdig løsning fikk Siemens 0 poeng, TietoEnator 70 poeng og Dips 90 poeng.

Vurderingen under "uferdig løsning" var nærmere beskrevet:

"Med kriteriet Risiko/"uferdig løsning" menes den risikoen som knytter seg til at ikke tilstrekkelig funksjonalitet foreligger ved avrop og senere implementering ved det enkelte helseforetak.

Vår overordnede vurdering er at Siemens' løsning ikke er tilfredsstillende ift vurdering av dette risikokriteriet (se nedenfor). Konkurrentenes løsninger og risikoprofil mht "uferdig løsning" anses som akseptable. Ved denne vurderingen er det blant annet lagt vekt på

leverandørens gjennomgang av bruksscenarier samt leverandørens angivelse av når funksjonalitet vil foreligge og dermed kunne utgjøre en del av tilbudt løsning.

Bakgrunnen for Siemens' score er at det gjennom vurdering av tilbud og Siemens presentasjoner er fremkommet at Siemens ikke vil kunne levere nødvendig funksjonalitet innen akseptable frister under rammeavtalen. Dette gjelder fortrinnsvis funksjonalitet som skal brukes innen psykiatrien.

Dips' løsningsforslag er mht dette risikokriteriet vurdert som noe bedre enn Tieto Enator sitt og begge. Dette skyldes blant annet at Dips kan vise til at nødvendig og ønsket funksjonalitet i størst grad allerede er implementert ved relevant helseforetak".

Innstillingen ble enstemmig vedtatt av styringsgruppen, og prosjektgruppen fikk i oppdrag å sluttforhandle kontrakten med den valgte leverandøren. Klager ble informert om innklagedes valg av tilbud i brev av 15.5.2003, og den 23.5.2003 ble det gitt en nærmere begrunnelse for valg av tilbud. Det fremgikk her at det valgte tilbudet ble vurdert som best innenfor alle tildelingskriteriene. Det valgte tilbudet skilte seg klart fra de øvrige ved vurderingen av kvalitet og økonomi, mens tilbudene var mer jevne når det gjaldt risiko. Begrunnelsen inneholdt videre en sammenligning av hvordan tilbudene hadde blitt vurdert for alle delkriteriene som var angitt i konkurransegrunnlaget. De delkriteriene som opprinnelig var oppført under tildelingskriteriet "Leverandør" var delvis utelatt. Delkriteriet "opsjoner" var slått sammen med delkriteriet "PAS/EPJ-kjerne". Delkriteriet "integrasjon" var slått sammen med "teknologi".

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager. Forhandlingsmøtene bar preg av rene presentasjonsmøter, og klager fikk ingen tilbakemelding på hvilke forhold i tilbudet som burde ha blitt forbedret. De spørsmål klager fikk i forbindelse med forhandlingsmøtene, besto i all hovedsak av avklaringer i tilbudet. Konsekvensen av dette var at klager ble fratatt muligheten til å forbedre sitt tilbud for de delkriteriene hvor tilbudene ble vurdert som jevn gode.

Innklagede har i vesentlig grad endret sine vurderingsvilkår, uten at dette har blitt meddelt klager. Følgende delkriterier, som var spesifisert i konkurransegrunnlaget, var ikke vektlagt i innklagedes innstilling til valg av tilbud: "opsjoner", "finansiell styrke", "eierstruktur", "produktstrategi", "firmastrategi", "kompetanse", "kundereferanser" og "integrasjon".

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å gjøre deltakerne i konkurransen kjent med den evalueringsmodell som ble utarbeidet før tilbudsfristen var utløpt. Det var videre i strid med regelverket ikke å endelig godkjenne denne evalueringsmodellen før tilbudsfristen løp ut.

Innklagedes vurderingen av klagers tilbud for delkriteriet "uferdig løsning" er direkte feilaktig. Av de 832 etterspurte kravene er 510 på plass ved gjennomføringen av bruksscenariene, og de fleste øvrige ville være på plass i 2004.

Det kan ikke medføre riktighet at klagers tilbud er vesentlig mye dyrere enn konkurrentenes. Klager viser her til innstillingen utarbeidet av prosjektgruppen, hvor det fremgår at det er relativt beskjedne prisforskjeller mellom leverandørene.

Innklagedes anførsler:

Det ble ført reelle forhandlinger om forskjellige sider ved tilbudet, herunder forretningsmessige vilkår, priser og tekniske forhold med klager. Innklagede viser her til de spørsmål klager fikk tilsendt og besvarte skriftlig etter de to første forhandlingsmøtene.

Innklagede foretok en lovlig endring av tildelingskriteriene før tilbudsfristen løp ut. Endringen ble foretatt for å skille kvalifiseringskravene fra tildelingskriteriene, slik at "Leverandør" med tilhørende delkriterier ble strøket. Dette gjaldt delkriteriene "finansiell styrke", "eierstruktur", "produktstrategi", "firmastrategi", "kompetanse" og "kundereferanser". Endringen ble meddelt deltakerne i tide.

Når det gjaldt delkriteriet "opsjoner", ble dette vurdert sammen med delkriteriet "PAS/EPJ-kjerne". Grunnen var at tilbudene varierte med hensyn til hva som ble tilbudt som opsjoner, og hva som ble tilbudt som PAS/EPJ-kjerne. Delkriteriet integrasjon ble evaluert av teknisk arbeidsgruppe sammen med deres evaluering av "Teknologi iht. funksjonell kravspesifikasjon", som var et delkriterium under "Kvalitet". Dette kriteriet ble ikke nærmere omtalt i innstillingen fordi alle tilbudene var jevn gode på dette punktet.

Klagers tilbud ble vurdert som det svakeste innenfor samtlige av de tre tildelingskriteriene økonomi, kvalitet og risiko. Spesielt med hensyn til funksjonalitet ble klagers tilbud vurdert som svakt i forhold til de øvrige tilbudene. Dette forholdet, i kombinasjon med at klagers tilbudspris lå langt over konkurrentenes, var hovedgrunnene til at klagers tilbud ikke ble valgt. Videre scoret klagers tilbud dårligere enn konkurrentenes på tildelingskriteriet "Uferdig løsning" og "Kostnadsoverskridelser". Innklagede avviser at vurderingen av tildelingskriteriet "uferdig løsning" var feilaktig.

Innklagede erkjenner at prioriteringen av tildelingskriteriene burde vært meddelt potensielle leverandører. Dette har imidlertid ikke hatt betydning for leverandørene, ettersom det, på bakgrunn av utformingen av konkurransegrunnlaget, må ha fremstått som klart hvordan prioriteringen var. Unnlåtelsen innebærer således ikke et brudd på kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5. Innklagede hadde ikke plikt til å tilkjenne hele evalueringsmodellen for klager før tilbudsfristens utløp.

Det var ikke i strid med regelverket at den endelige godkjenningen av evalueringsmodellen først forelå ti dager etter tilbudsfristens utløp. Det er på det rene at evalueringsmodellen ikke ble endret for å tilpasses innkomne tilbud etter at modellen var ferdig utarbeidet den 4.2.2003.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Det er på det rene at anskaffelsen etter sin verdi følger reglene i forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser del II.

Plikt til å opplyse om tildelingskriteriene

Innklagede har ikke i konkurransegrunnlaget gitt opplysninger om den prioritering som ved kunngjøringen var foretatt av tildelingskriteriene. Klagenemnda er imidlertid enig med innklagede i at leverandørene må anses å ha fått tilstrekkelig opplysning om prioriteringen gjennom konkurransegrunnlaget og den fokus som der er lagt på funksjonalitet og kvalitet.

Plikt til fremlegge evalueringsmodellen

Oppdragsgiver skal, der det forut for kunngjøringen er fastsatt regler for vektingen av kvalifikasjonskriteriene, opplyse leverandørene om disse reglene, jf. EF-domstolens dom C-470/99 (Universale-Bau), premiss 99:

"Det følger heraf, at en fortolkning, hvorefter den ordregivende myndighed i tilfælde, hvor den i forbindelse med et begrænset udbud forud for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen har fastsat reglerne for afvejning af de udvælgelseskriterier, den påtænker at benytte, er forpligtet til på forhånd at oplyse ansøgerne om disse regler, er den eneste fortolkning, som er i overensstemmelse med formålet med direktiv 93/37, således som det er præciseret i denne doms præmis 89-92, eftersom den er den eneste, der kan sikre en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed og dermed, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne i forbindelse med de udbudsprocedurer, for hvilke direktivet finder anvendelse, overholdes."

Klagenemnda har i sin praksis tidligere lagt til grunn at denne plikten også må gjelde for tildelingskriteriene, jf. sak 2003/3 og 2003/38. I foreliggende sak er det på det rene at evalueringsmodellen ikke var endelig fastsatt før kunngjøringen av anskaffelsen. Allerede av den grunn finner klagenemnda at innklagede ikke pliktet å fremlegge evalueringsmodellen for deltakerne i konkurransen før tilbudsfristen løp ut.

Plikt til å ferdigstille evalueringsmodellen før tilbudene mottas og åpnes

Utgangspunktet er at dersom innklagede ikke har angitt noen bestemt vekting av tildelingskriteriene på forhånd, vil dette samtidig sette rammer for oppdragsgivers skjønn ved evalueringen av tilbudene. En helt uventet vektlegging av enkelte kriterier kan således fremstå som usaklig eller vilkårlig. Kriteriene kan heller ikke gis en bestemt vekt i den hensikt å favorisere en bestemt leverandør.

Innenfor denne rammen må oppdragsgiver kunne utarbeide en evalueringsmodell også etter at tilbudene er mottatt og åpnet. Klagenemnda kan dermed ikke se at innklagede var avskåret fra å utarbeide en evalueringsmodell, selv om denne ble endelig godkjent først etter tilbudene var mottatt og åpnet.

Plikten til å forhandle

Oppdragsgiver skal forhandle med alle leverandører som har levert inn gyldig tilbud, forutsatt at de har reell mulighet for å få tildelt kontrakten, jf. forskriftens § 9-3(3) annet punktum. Forhandlingene skal gjennomføres på en måte som fremmer en åpen og reell konkurranse og likebehandler leverandørene, jf. forskriftens § 3-1.

Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det er grunnlag for å statuere en plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres. I den foreliggende sak ble klager invitert til å inngi nye pristilbud, noe klager også gjorde. Det fremgår videre at pris var et kriterium hvor klager skåret lavere enn konkurrentene.

Endring av tildelingskriteriene

Innen tilbudsfristens utløp har oppdragsgiver rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 5-4(1). Det ble i e-post til leverandørene, herunder til klager 4.2.2003, opplyst at: *"Når det gjelder underkriteriene til hovedkriteriet "Leverandør", "Innflytelse på*

produktutvikling og *Support, service og vedlikehold*, flyttes disse til hovedkriteriet *"Kvalitet"*. Hovedkriteriet *"Leverandør"* med gjenværende underkriterier strykes". Klagenemnda kan etter dette ikke se at det her foreligger brudd på regelverket.

Klagenemnda kan ikke se at innklagede har begått noen feil ved å vurdere kriteriet *"opsjoner"* sammen med delkriteriet *"PAS/EPJ-kjerne"*. Klagenemnda legger videre til grunn innklagedes forklaring om at kriteriet integrasjon ble evaluert, og at dette ikke ble omtalt i innstillingen fordi alle tilbudene var jevn gode på dette punktet. Klagenemnda kan således ikke se at det foreligger brudd på regelverket.

Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriet "Uferdig løsning"

Innklagede har i innstillingen opplyst at kriteriet refererer seg til risikoen for at ikke tilstrekkelig funksjonalitet foreligger ved avrop og senere implementering ved det enkelte helseforetak. Det er således også lagt vekt på når funksjonalitet vil foreligge, og dermed kunne utgjøre en del av tilbudt løsning. Det fremgår av innstillingen at det etter en gjennomgang av klagers tilbud og klagers presentasjoner er lagt til grunn at klager ikke vil kunne levere nødvendig funksjonalitet innen akseptable frister.

Klager har vist til at av 832 etterspurte krav var 510 allerede på plass på tidspunktet for evalueringen av tilbudene, og de fleste øvrige ville være på plass i 2004. Det fremgår imidlertid av innstillingen at den valgte leverandøren innfridde 622 krav og TietoEnator 528 krav på samme tidspunkt.

Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagedes vurdering har blitt truffet på et uriktig faktisk grunnlag eller er vilkårlig, usaklig eller kvalifisert urimelig.

Forsvarlig vurdering av tildelingskriteriet "Pris"

Klager har vist til at det ikke kan være riktig at klages tilbud er *"vesentlig mye dyrere"* enn konkurrentenes, og har vist til innstillingen hvor det er benyttet uttrykket *"beskjedne prisforskjeller"*.

Klagenemnda viser her til evalueringsskjemaet innarbeidet i innstillingen, hvor klager er blitt tildelt ca. 35 poeng, TietoEnator ca. 60 poeng og Dips ca. 70 poeng på dette kriteriet. Klagenemnda kan da ikke se at klagers anførsel knyttet til innklagedes uttrykksmåte kan få noen rettslig betydning.

Konklusjon:

Innklagede har ikke i konkurransegrunnlaget gitt opplysninger om den prioritering som ved kunngjøringen var foretatt av tildelingskriteriene. Klagenemnda finner imidlertid at regelverket om offentlige anskaffelser med dette ikke kan anses brutt, i det leverandørene må anses på annen måte å ha vært tilstrekkelig opplyst om prioriteringen. Heller ikke før øvrig har innklagede brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved gjennomføringen av anskaffelsen av en felles applikasjon for elektronisk pasientadministrasjon og pasientjournal.

For klagenemnda,



Svein Dahl,

11.7.2003