



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede la til grunn vedlikeholds- og serviceavtale i åtte-ti år ved prissammenligningen, på tross av at klager på bakgrunn av konkurransegrunnlaget kunne forvente at innklagede ville legge tre års avtale til grunn. Dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse 19.04. 2004 i sak 2003/223

Klager: Wilnor Healthcare AB

Innklaget: Sørlandet Sykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Bjørg Ven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Beregning av pris. Forutberegnelighet. Tildelingskriterier.

Bakgrunn:

(1) Aust-Agder sykehus (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 21. mai 2002 konkurranse med forhandling for kjøp av IT-løsning for klinisk-kjemiske laboratorier på sykehusene i Vestfold, Aust-Agder og Vest-Agder. Konkurransen ble kunngjort etter en forutgående mislykket anbudskonkurranse.

(2) Under punkt 1.5 "Omfang" i konkurransegrunnlaget het det:

"(...)

Leveransen omfatter:

Programvare

Installasjon

Konvertering

Konsulenthjelp

Opplæring for innføring av nytt IT-system

Antatt levetid for systemet og utviklingsplaner

Vedlikeholdsavtale med eventuelle utviklingsområder inkludert

Verdien av leveransen for alle fire foretakene er anslått til å være om lag 13 mill. NOK eks mva, inkludert opsjoner og vedlikeholdsavtale for 3 tre år. (...)"

Videre het det under punkt 1.7 "Avtalens varighet":

"Kjøpsavtalen vil gjelde første gangs innføring som angitt i punkt 1.5. Vedlikeholdsavtalen inngås for ett år av gangen med mulighet for forlengelse i henhold til Statens standardkontrakt for vedlikehold."

- (3) Standardkontrakten var vedlagt. I punkt 4.4 het det:

"Kunden har rett til å inngå avtale om vedlikehold og service med Leverandøren, eller med tredjepart som etter nærmere avtale kan utføre dette på leverandørens vegne. En slik avtale bør inngås samtidig med denne avtalen.

Hvis vedlikeholds- og serviceavtalen ikke inngås som angitt over, har Leverandøren plikt til i fem år fra utløpet av godkjenningssperioden (se punkt 3.1) å inngå slik avtale når Kunden ønsker det.

Kunden har rett til å kreve fornyelse av eventuell inngått avtale om vedlikehold og service, slik at den løper i alt fem år fra utløpet av godkjenningssperioden.

I denne perioden er Leverandøren forpliktet til å opprettholde tilgang på nødvendig kompetanse m.v. levert etter denne avtalen. Avtale skal inngås på grunnlag av statens standardavtaler. "

- (4) Kontrakten skulle tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I konkurransegrunnlaget var følgende tildelingskriterier satt opp:

"Produkt og tjenester:

Design, database og applikasjon, funksjonelle og tekniske løsninger, kommunikasjonsløsninger, dokumentasjon, forventet levetid, funksjonsmessige egenskaper, kvalitet, markedsutbredelse, sikkerhet/autorisasjon, sikkerhet under drift, teknologi, tilpasningsevne, åpenhet mot eksisterende systemer hos oppdragsgiver, konvertering, garantibetingelser.

Pris:

Priser på produkt og tjenester i henhold til kjøpsavtalen inkludert opsjoner, priser på produkt og tjenester i henhold til vedlikeholdsavtalen inkludert opsjoner, opplæringskostnader, videreutvikling/livssyklus kostnader. Øvrige kostnader relatert til å innføre og ta produkt/-ene og tjenestene i bruk. Rabatterte priser på at flere enn ett helseforetak velger samme leverandør.

Fremdriftsplan for gjennomføring og levering:

Plan og organisering for prosjektgjennomføring, leveringsdyktighet i forhold til tidsplanen.

Service:

Vedlikehold av systemet, responstid, opplæringsprogram, grad av videreutvikling i vedlikeholdsavtalen.

Logistikk:

Leveringsbetingelser, leveringssikkerhet, leveringstid, teknisk bistand/montasje.

Miljø:

Produktets levetid og reparerbarhet.

Tilbudets totale innhold:

Tilbudets grad av totalløsning i henhold til konkurransegrunnlaget og det enkelte foretaks behov.

Tilbudets utforming.

Forbehold:

Kostnadmessige og funksjonelle konsekvenser for oppdragsgiver av forbehold."

Kriteriene var ikke prioritert.

- (5) Ni leverandører innga tilbud. Seks ble kalt inn til forhandlinger, blant dem Wilnor Healthcare AB (heretter kalt "klager"). Bare to konkurrenter, klager og Steria AS, var med i sluttforhandlingene.
- (6) Innklagede hadde nedsatt et forhandlingsutvalg som gjennomførte forhandlingene og utarbeidet en innstilling til valg av leverandør. Klager ble innstilt som leverandør. Utvalget skrev:

"Begge fremstår som konkurransedyktige systemer, tilpasset behovene som VAV-gruppen har på LIS. Begge systemene har godt utviklede funksjonaliteter, en solid teknisk plattform og et brukervennlig grensesnitt. Wilnor har den fremste kompetansen og referansene på utvikling av en konkurransedyktig ROS tjeneste, både mellom sykehus og mot primærhelsetjenesten og en teknologi som sannsynligvis gir mindre ressurskrevende drift. Dette har vært svært avgjørende i vurderingen av de to ledende tilbyderne.

VAV arbeidsgruppen har stor tiltro til at systemet SafirLIS er den beste løsningen. Det innstilles derfor til valg av Wilnor Healthcare AB som leverandør av nytt LIS til Sørlandet sykehus HF og Sykehuset i Vestfold."

- (7) Om leverandørenes pris skrev forhandlingsutvalget:

"Etter at begge tilbydere er gitt anledning til å gi inn sitt siste tilbud, er prisdifferansen mellom dem marginal, sett ut fra basis system og tre års vedlikehold."

- (8) Forhandlingsutvalgets innstilling ble imidlertid ikke tatt til følge av styringsgruppen. Styringsgruppen bygget sin beslutning på forhandlingsutvalgets innstilling, men la til grunn en vedlikeholds- og serviceavtale på åtte-ti år. Denne prisberegningen slo ut i Sterias favør, og prisforskjellen gjorde at Sterias tilbud ble foretrukket.
- (9) I brev av 13. juni 2003 ble de seks leverandørene meddelt at det var innklagedes intensjon å inngå kontrakt med Steria AS. Innklagede skrev at konkurransen hadde vært svært jevn mellom klager og Steria. I brevet het det blant annet:

"Produktmessig rangeres de to løsninger svært likt. Begge tilbydere vurderes å ha god evne til å gjennomføre prosjektet etter VAV gruppens krav til fremdriftsplan.

Prismessig sett er det forskjeller mellom de to beste tilbudene, målt ut fra de kostnadene som på dette tidspunkt er mulig å estimere. De langsiktige kostnadene er inkludert i de kostnadmessige vurderingene. Forventet levetid på systemet antas å være om lag 8 år."

- (10) På forespørsel ble klager gitt utdypet redegjørelse for evalueringen i brev av 26. juni 2003. Innklagede skrev:

"Tilbudene er vurdert relativt til hverandre. VAV-gruppen har vektlagt følgende: Produkt, herunder systemets modenhet, funksjonalitet, teknisk løsning og kommunikasjonsløsninger.

Pris, herunder basis system med nødvendig programvare, installasjonskostnader, vedlikeholdskostnader, opsjoner og øvrige kostnader forbundet med å innføre systemet.

Prosjektgjennomføring, herunder organisering, planlegging og framdriftsplan, samt VAV-gruppens bruk av interne personalressurser.

Etter sluttforhandlingene var det små forskjeller på tilbudsprisene mellom de to tilbyderne, målt ut fra de kostnadene som på dette tidspunkt er mulig å estimere. Begge framsto som konkurransedyktige systemer, tilpasset behovene som VAV-gruppen hadde på LIS. Begge systemene har godt utviklede funksjonaliteter, en solid teknisk plattform og et brukervennlig grensesnitt. Videre ble begge tilbydere vurdert å ha god evne til å gjennomføre prosjektet i henhold til VAV-gruppens krav til framdriftsplan.

Det var marginale prisforskjeller mellom de to beste tilbudene, målt ut fra de kostnadene som på dette tidspunkt var mulig å estimere. På relativt kort sikt (3 år) var Wilnors løsning rimeligst. Etter ca 5 år ville Sterias løsning være den rimeligste."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (12) Innklagede har uriktig lagt til grunn at klagers tilbud var lavest i pris. Innklagedes prisberegning er basert på et åtte-ti års tidsperspektiv. I henhold til tolkningspraksis gjelder en maksimumsgrense på fire-fem år med hensyn til varighet på konkurranseutsatte kontrakter.
- (13) Uansett følger det av kravet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet at det i tilfelle må fremgå av konkurransegrunnlaget dersom man vil legge til grunn et så langsiktig perspektiv. Konkurransegrunnlaget legger opp til at pristilbudene skal vurderes i et tre års perspektiv, ettersom leverandørene ble bedt om å tilby en pris basert på en tre års vedlikeholdsavtale. Dette ble gjort ved at leverandørene fylte ut innklagedes prismatrise, der pris for årlig avtale om vedlikehold/service i tre år skulle oppgis. I konkurransegrunnlagets punkt 1.5 "Omfang" er også verdien av leveransen beregnet ut fra en vedlikeholdsavtale på tre år. Under forklaringen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget er det presisert som "priser på produkt og tjenester i henhold til vedlikeholdsavtalen".

- (14) Verdien av vedlikeholds- og serviceavtalen må uansett neddiskonteres til nåverdi ved beregning av pris, jf klagenemndas uttalelse i sak 2004/16. Når innklagede har ganget opp leverandørenes priser for ett års vedlikehold og service med det antall år det forventes å kunne benytte seg av avtalen, har dette gitt større utslag i klagers disfavør.
- (15) Innklagede har i tillegg utvist mangelfull skjønnsutøvelse. Den opprinnelige begrunnelsen for valg av leverandør viser at innklagede bare la vekt på et fåtall av de oppgitte tildelingskriteriene. Uansett har innklagede brutt kravet til etterprøvbarehet, da det ikke er gjort tilstrekkelig rede for evalueringen av kriteriene.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (17) Innklagede hadde adgang til å basere prisberegningen på et åtte-ti års perspektiv. Grunnlaget for prisberegningen må finnes gjennom en tolkning av det samlede anbudsgrunnlaget.
- (18) I prekvalifiseringsgrunnlaget pkt 2.3 "Avtalens varighet" fremgår det at "*Kjøpsavtalen vil gjelde første gangs innføring som angitt i punkt 2.1. Vedlikeholdsavtalen har en estimert varighet på 3 år med mulighet for forlengelse ett år av gangen.*" I tilbudsinstruksen pkt. 1.7 heter det at "*Vedlikeholdsavtalen inngås for ett år av gangen med mulighet for forlengelse i henhold til Statens standardkontrakt for vedlikehold*". Når leverandørene skulle fylle ut priser på vedlikehold for henholdsvis ett, to og tre år, har hensikten vært å få priser for de tre første årene, ikke å begrense avtalens varighet til tre år, jf muligheten for forlengelse.
- (19) Det er ikke bestridt at laboratorieinformasjonssystemet har en levetid på åtte-ti år. Det er vanlig praksis for slike leveranser at serviceavtalens varighet er like lang som levetiden. Dette skyldes at hvert produkt er spesialtilpasset, og at det derfor bare er leverandøren som kan vedlikeholde produktet.
- (20) Henvisningen til en tre års vedlikeholdsavtale er gjort for å ha et grunnlag for å kunne sammenligne årlige vedlikeholdspriser uten noen former for rabatter i en implementeringsfase eller i første driftsår. Vedlikeholdspriser for de første år er normalt rabatterte som følge av garantier og leveringsspesifikke forhold. Det er først i år tre at det er mulig å regne ut de reelle årlige vedlikeholdskostnader. Disse vil gjelde for de påfølgende år i avtalens varighet. Innklagede har gjort seg forhåpninger om å kunne holde leverandøren til denne prisen fremover, justert for årlig prisstigning.
- (21) Av Kjøpsavtalen pkt 4.4 fremgår at "*Kunden har rett til å kreve fornyelse av eventuell inngått avtale om vedlikehold og service, slik at den løper i alt fem år fra utløpet av godkenningsperioden*".
- (22) Av Vedlikeholdsavtalen pkt 11 annet ledd om avtalens varighet følger at "*Avtalen fornyes automatisk for ett år om gangen, men med gjensidig rett for partene til å si opp med tre måneders skriftlig varsel før utløpet av hver periode*".
- (23) Det er dermed ikke klart angitt hvor lang kontraktperiode som skal legges til grunn. I konkurransegrunnlaget er angitt perioder på både tre år og fem år, og med fornyelse for ett år av gangen.

(24) Av lov om offentlige anskaffelser fremgår av § 1 at lovens formål om mest mulig effektiv ressursbruk sikres blant annet ved beslutninger basert på forretningsmessighet, og av § 5 at oppdragsgivere skal "ta hensyn til livssyklus-kostnader". Av tilbudsinstruksen pkt 1.5 og 2.17 fremgår at det vil bli lagt vekt på antatt levetid for systemet.

(25) I *Veileder til forskrift om offentlige anskaffelser* pkt. 11.1 om *Tildeling av kontrakt* og beskrivelsen av §§ 10-2 og 17-2 fremgår at:

"Hovedhensynet bør være mest mulig kostnadseffektive anskaffelser for oppdragsgiver, ikke bare på kort, men også på lengre sikt. Ved å definere kostnadseffektive anskaffelser snevert, for eksempel ved kun å vurdere pris/ytelse ved hver enkelt kontrakt, vil man ikke få mulighet til å vurdere de potensielle leverandørers evne til å utenfor eksempel service, kvalitet og teknisk bistand, elementer som kan bety mye for de samlede levetidskostnader."

(26) Dette hensynet støtter opp under de konkrete opplysninger som er gitt i konkurransegrunnlaget om at oppdragsgiver ville legge vekt på kostnadene på lengre sikt.

(27) På denne bakgrunn har det formodningen mot seg at innklagede har ment å begrense tidsperspektivet for beregningen av kostnadene til bare tre år. Tvert imot er det klare holdepunkter for at innklagede har ment, i overensstemmelse med lovens krav og det valgte tildelingskriterium, å basere kostnadsberegningen på en avtaleperiode tilsvarende forventet levetid på åtte-ti år for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

(28) Når det gjelder vurderingen av tildelingskriteriene, er det riktig at bare noe få tildelingskriterier ble oppgitt som begrunnelse. Faktum er likevel at grunnlaget for styringsgruppens endelige beslutning berodde på en samlet vurdering av alle de oppgitte kriteriene. Ettersom produktene ble vurdert som tilnærmelsesvis likeverdige, var det imidlertid prisen som ble avgjørende.

Klagenemndas vurdering:

(29) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er beregnet til omtrent 13 millioner kroner og følger etter sin verdi del II i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-2.

Beregningen av pris

(30) Sakens hovedspørsmål er hvor mange års service- og vedlikeholdsavtale innklagede var berettiget å legge til grunn for prisberegningen.

(31) Innklagede har lagt til grunn en forventet levetid på laboratoriesystemene på åtte til ti år. Dette er ikke bestridt av klager.

(32) Leveransen omfatter også vedlikehold/service. Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, skal service- og vedlikeholdsavtalen inngås for ett år av gangen. Dersom ikke annet avtales, har innklagede rett til å forlenge avtalen i alt fem år etter utløpet av godkjenningsperioden.

- (33) Forlengelse av avtalen er dermed en opsjon innklagede kan velge å benytte seg av. Spørsmålet er om leverandørene hadde grunn forvente at et bestemt antall års service- og vedlikeholdsavtale ville bli lagt til grunn ved evalueringen av prisen. Dette har betydning for leverandørenes utforming av tilbudene.
- (34) Både prekvalifiseringsgrunnlaget og det totale prisanslaget tok utgangspunkt i tre års vedlikehold/service. At leverandørene skulle fylle ut pris for vedlikehold/service per år de tre første årene, støtter dette, selv om innklagede altså hadde rett til å få avtalen fornyet i ytterligere to år. Klagenemnda legger derfor til grunn at konkurransegrunnlaget må forstås slik at det ved vurdering av prisene ville bli lagt til grunn en varighet på tre år for avtale om vedlikehold/service. Innklagede handlet således i strid med konkurransegrunnlaget og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å ta i betraktning pris for vedlikehold/service ut over tre år.
- (35) Klagenemnda trenger dermed ikke ta stilling til klagers subsidiære anførsel om at innklagede, ved ikke å neddiskontere til nåverdi, har lagt feil faktum til grunn ved prisberegningen av en fremtidig service/vedlikeholdsavtale.

Evaluering av tildelingskriteriene

- (36) Forhandlingsutvalget som har utarbeidet prosjektrapporten har uttrykkelig vektlagt pris, produkt og prosjektgjennomføring. Det fremgår i tillegg at innklagede har vurdert eventuelle forbehold. Spørsmålet er om innklagede evaluerte tildelingskriteriene "service", "logistikk", "miljø", "tilbudets totale innhold" og "tilbudets utforming".
- (37) Tildelingskriteriene "miljø", "service" og "logistikk": Kriteriene er brukt i strid med en normal språklig forståelse av dem. Konkurransegrunnlaget inneholder imidlertid presiseringer som gjør at klagenemnda under tvil har kommet til at de er anvendt i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget og anskaffelsesreglene. Når innklagede har vurdert produktenes levetid og kvalitet, finner klagenemnda at dette dekker tildelingskriteriet "miljø", slik det er presisert i konkurransegrunnlaget. Videre ser klagenemnda at innklagede har vurdert videreutvikling og serviceinnstilling, og at kriteriet "service" dermed er vurdert. Endelig finner klagenemnda at innklagede har vurdert referanser på punktlighet, og at "logistikk" dermed er vurdert.
- (38) Kriteriene "tilbudets utforming" og "tilbudets totale innhold": Det rettslige utgangspunkt er at oppdragsgiver har et visst skjønn med hensyn til hvilke kriterier som skal legges til grunn for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda finner at kriteriet "tilbudets utforming" mangler den nødvendige tilknytning til kontraktens gjenstand og heller ikke relaterer seg til leveransens innhold, jf klagenemndas uttalelse i sak 2003/59. Videre finner klagenemnda at kriteriet "tilbudets totale innhold" er ulovlig, da det er så uklart at det gir innklagede et ubetinget fritt skjønn ved evalueringen av tilbudene, jf EF-domstolens dom i sak C-513/99 (Concordia) premiss 61 med videre henvisninger og klagenemndas avgjørelse i sak 2003/3. Klager har imidlertid ikke anført at kriteriene er ulovlige, og klagenemnda er uansett i tvil om kriteriene har hatt betydning for utfallet, da evalueringsdokumentene tyder på at de ikke er blitt vektlagt i evalueringen.

Konklusjon:

Sørlandet Sykehus HF har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5, da det ved beregningen av pris ble lagt til grunn en service- og vedlikeholdsavtale på 8-10 år, til tross for at konkurransegrunnlaget ga leverandørene grunn til å forvente at prisen de første tre år ville bli lagt til grunn for prissammenligningen.

For klagenemnda,

19. april 2004

Andreas Wahl

