



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Oppdragsgiver har gjennomført en stor IT-anskaffelse. Klagenemnda kom til at kontrakten med opsjoner hadde en varighet og et omfang som var i strid med kravet til konkurranse i lovens § 5. Ut fra kravet til gjennomsiktighet forelå dessuten en plikt til å prioritere tildelingskriteriene på forhånd. I evalueringen pliktet videre oppdragsgiver å skille mellom faktiske og potensielle kostnader, samt å neddiskontere fremtidige kostnader til nåverdi.

Klagenemndas avgjørelse 13.2.2004 i sak 2004/16

Klager: Ementor Norge AS

Innklaget: Helsebygg Midt-Norge

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger

Saken gjelder: Lov om offentlige anskaffelser § 5 □ krav til konkurranse, forutberegnelighet, likhetsprinsippet og krav til gjennomsiktighet. Forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 - plikt til å prioritere tildelingskriteriene. Evaluering av pris. Evaluering av opsjoner. Tolkning av tildelingskriterier.

Bakgrunn:

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

1 Helsebygg Midt-Norge (heretter kalt «innklagede») kunngjorde 8. juli 2003 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av IKT-infrastruktur til Nytt Universitetssykehus i Trondheim « St. Olavs Hospital.

2 I kunngjøringen fremgikk det at anskaffelsen: «I første omgang gjelder leveranser for sykehusutbyggingens fase 1 som samlet omfatter ca 90.000 m²». Varigheten av kontrakten ble angitt med startdato 1.1.2004 og sluttdato 1.9.2006. Videre fremgikk det:

«Opsjon for drift i potensielt 8 år. Opsjon for tilsvarende leveranser til Byggefase 2 (resten av det nye universitetssykehuset, planlagt bygd i årene 2006-2012) Opsjon for tilsvarende leveranser til resten av Helse Midt Norge (kan i omfang utgjøre tilsvarende mengder som for St. Olavs Hospital).»

3 Basis for valg av tilbud ble oppgitt i konkurransegrunnlaget som følger:

«

Oppdragsgiver vil tildele kontrakten til den entreprenøren som etter en samlet vurdering har levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

I vurderingen vil følgende kriterier bli lagt til grunn:

- Totalkostnader for oppdragsgiver, herunder

- tilbudssum korrigert for åpenbare feil (jf pkt 7.3 ovenfor)*
- tilbudte timepriser og påslagsprosjenter som ikke inngår i tilbudssummen, kfr bilag B 1*
- øvrige opsjonspriser, kfr bilag B1*

- drifts- og vedlikeholdskostnader:

- drifts- og vedlikeholdsavtale*

- *øvrige drifts- og vedlikeholdskostnader som følger av kvaliteten på den tilbudte løsning*

- *forbehold (som vil bli prissatt av oppdragsgiver etter beste skjønn, forutsatt at forbeholdene ikke er av en slik karakter at tilbudet skal avvises, jf tilbudsreglene)*

- *eventuelle alternative tilbud (jf pkt 5.2 og 5.4 ovenfor), samt priser på eventuelle alternative utførelser beskrevet i mengdebeskrivelsen*

- *tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag (jf tilbudsskjemaets kap IV); herunder*
 - *tilbyders plan for gjennomføring av oppdraget i henhold til konkurransegrunnlagets krav*
 - *den tilbudte prosjektorganisasjonens erfaringer fra tilsvarende prosjekt*
 - *den tilbudte prosjektorganisasjonens kompetanse/referanser, samt kapasitet til å takle endringer i egen organisasjon under gjennomføringen av kontraktsarbeidet*□

4 Det ble avholdt konferanse for potensielle leverandører den 19.8.2003, og i etterkant av konferansen ble det gitt flere avklaringer i forhold til konkurransegrunnlaget. Samtidig ble det opplyst at tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget var angitt i ikke-prioritert rekkefølge.

5 Innklagede mottok tre tilbud, herunder fra Ementor Norge AS (heretter kalt □klager□). Evaluerte tilbudssummer beløp seg etter anbudsprotokollen til:

Telenor Norge AS 494 377 615

Ementor Norge AS 543 051 174

Siemens AS 743 109 418

Klager hadde dermed laveste tilbud, fulgt av Telenor som var kr. 59 mill. dyrere.

6 Klager ble vurdert å ha tatt flest forbehold, og disse ble beregnet til kr. 13 mill. Telenors forbehold ble beregnet til kr. 2 mill. Videre ble det foretatt en teknisk evaluering, der tilbudsummene ble korrigert for opplæring vedrørende delleranser, som skulle vært behandlet som opsjon.

7 Anskaffelsesprotokollen datert 8.1.2004 inneholder et sammendrag av innklagedes evalueringsutvalgs interne vurdering og innstilling. Her fremgår:

□ EVALUERING: Tilbudene er vurdert i forhold til tildelingskriterier angitt i konkurransebestemmelsene.

Når det gjelder tilbudssummer var tilbudet fra Ementor klart lavest, fulgt av Telenor (ca 59 MNOK høyere) og Siemens (ca 168 MNOK høyere). Det er avdekket en åpenbar feil ved tilbudet fra Siemens som medfører en reduksjon på 12,2 MNOK. Det er ikke avdekket åpenbare feil ved de øvrige to tilbudssommene.

En samlet oversikt over de kontraktuelle forbeholdene er oppsummert i evalueringsrapportens vedlegg 2. Ementor har flest forbehold. De beregnede påslagene er Ementor (13 MNOK), Telenor (2 MNOK). Siemens hadde ingen kontraktuelle forbehold.

Kontraktuelle opsjoner, jf evalueringsrapportens kap 8.1, har vært vurdert av kontraktsenheten. Her inngår vurderinger av timepriser, påslagsprosjenter og tilbudte modeller for lønns- og prisstigning og valutaregulering. Tilbudene er her vurdert likeverdige.

Teknisk evaluering har vært gjennomført av utbyggingsjef og Helsebyggs tekniske ressurser samt sluttkunde og fagrådgivere, jf evalueringsrapportens kap 5. Alle tilbyderne hadde noe tekniske forbehold med leveranser som avvek fra beskrevne krav. Manglende oppfyllelse av tekniske krav er kostnadsvurdert etter beste evne. Det som her har skilt entreprenørene er primært en korreksjon når det gjelder opplæring. Dette skyldes at Telenor og Ementor i prissammendraget har medtatt opplæring av delleranser som skal behandles som opsjoner.

Tilbudenes drifts- og vedlikeholdsavtale er hensyntatt i prisoppstillingen i kap 8.2.3 med 75% av verdien for 1+3+3+1 år. Telenor har her tilbudt drifts- og

vedlikeholdsytelser til en klart lavere pris enn Ementor (ca 52 MNOK høyere) og Siemens (ca 135 MNOK høyere).

Alternative tilbud er gitt av samtlige tilbydere på enkelte tekniske løsninger. Alternativene har ikke fått betydning for evalueringen, jf evalueringsrapportens kap 5.

Tekniske opsjonspriser gitt i tilbudet er vurdert. Priser på opsjoner er medtatt i prissammenstillingen i den grad det er vurdert å være at sannsynlig at opsjonen vil bli utløst.

Tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag vil være avgjørende for oppfyllelse av en kontrakt av slikt omfang og kompleksitet. Telenor er her vurdert bedre enn Siemens og vesentlig bedre enn Ementor når det gjelder plan for gjennomføring av oppdraget og tilbudt prosjektorganisasjon, jf evalueringsrapportens kap 6.5. Ementor er her tillagt et tillegg som følge av dette tildelingskriteriet vurdert til 23 MNOK.

Konsekvenser av tildelingskriteriene er vist samlet i evalueringsrapportens kap 8.2.1-8.2.3. Evaluerte tilbudssummer inkl. opsjoner samt 75% drift- og vedlikehold av 8 år blir dermed som følger:

☐ Telenor Norge AS	kr. 494 377 615,
☐ Ementor Norge AS	kr. 543 051 174,
☐ Siemens AS	kr. 743 109 418,

INNSTILLING: Ovenstående evaluering gir følgende rangering av tilbyderne (jf. vedlegg 1)

1. Telenor Norge AS
2. Ementor Norge AS
3. Siemens AS

Etter en samlet vurdering av de innkomne tilbud innstiller evaluerings- gruppen på at det inngås kontrakt med Telenor Norge AS□.

8 I brev datert 13.1. ble de tre tilbyderne tilskrevet om innstillingen, med begrunnelse. Det heter her:

□ □

3 leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristens utløp, jf. vedlagte referat fra tilbudsåpning.

Alle tilbyderne er funnet kvalifiserte i henhold til konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav.

Etter en samlet vurdering har evalueringsgruppen konkludert med at Telenor Norge AS totalt sett har levert det for oppdragsgiver økonomisk mest fordelaktige tilbud på pakken 720-5002 Infrastruktur IKT.

Vi vil nedenfor kort redegjøre for de forhold som har hatt betydning for evalueringen. Kostnadskonsekvenser som følge av vurderingene fremgår av vedlegg 1.

Når det gjelder tilbudssummer var tilbudet fra Ementor lavest, fulgt av Telenor (ca 59 MNOK høyere) og Siemens (ca 168 MNOK høyere). Det er avdekket en åpenbar feil ved tilbudet fra Siemens som medfører en reduksjon på 12,2 MNOK. Det er ikke avdekket åpenbare feil ved de øvrige to tilbudssommene.

Kostnadskonsekvenser ved de kontraktuelle forbeholdene er vurdert. Ementor har flest forbehold. De beregnede kostnadskonsekvensene er for Ementor 13 MNOK og Telenor 2 MNOK. Siemens hadde ingen kontraktuelle forbehold.

Det er kun mindre forskjeller på tilbudene når det gjelder tekniske avvik og forbehold. Alle tilbudene hadde her enkelte avvik fra de beskrevne krav, kostnadskonsekvenser fremgår av tabell i vedlegg 1. Negative tall fremkommer som følge av at det er ført til sum ytelser som skal behandles som opsjoner, spesielt gjelder dette deler av kap B33 opplæring.

Tilbudt opsjon på drifts- og vedlikeholdsavtale er henyntatt med 75% samlet av verdien for 1+3+3+1 år. Prosentsatsen er satt på bakgrunn av at det anses som meget sannsynlig at denne opsjonen vil bli utløst. Telenor har her tilbudt drifts- og vedlikeholdsyntelser til en klart lavere pris enn Ementor (ca 52 MNOK høyere) og Siemens (ca 135 MNOK høyere).

Alternative tilbud er gitt av samtlige tilbydere på enkelte tekniske løsninger. Alternativene har ikke fått betydning for evalueringen.

Tekniske opsjonspriser gitt i tilbudet er vurdert. Priser på opsjoner er medtatt i prissammenstillingen i den grad det er vurdert å være sannsynlig at opsjonen vil bli utløst.

Tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag vil være av vesentlig betydning for oppfyllelse av en kontrakt av slikt omfang og slik karakter og kompleksitet som denne og dette kriteriet er derfor tillagt betydelig vekt ved evalueringen. Telenor er her vurdert bedre enn Siemens og vesentlig bedre enn Ementor og der det ved evalueringen bl.a. er lagt vekt på tilbydernes plan for gjennomføring av oppdraget og tilbudt prosjektorganisasjon, herunder organisasjonenes kapasitet til å takle endringer og tilbydernes prosjektstyringssystemer. Ementor er gitt et tillegg som følge av dette tildelingskriteriet vurdert til 23 MNOK (10% av oppinnelig tilbudssum). □

I brevet av 13.1.2004 ble det så konkludert med at:

□ Etter en samlet vurdering har evalueringsgruppen konkludert med at Telenor Norge AS totalt sett har levert det for oppdragsgiver økonomisk mest fordelaktige tilbud på pakken 720-5002 Infrastruktur IKT □.

9 Som svar på henvendelse fra klager datert 16.1.2004 ga innklagede i brev datert 21.1.2004 en utdypende begrunnelse for sin beslutning.

Klager har i det vesentlige anført:

10 Ved vurderingen av tilbudene har innklagede gjort klare og vesentlige metodiske feil. Feilene er av en slik karakter at de alene kan være utslagsgivende for valget av leverandør, og innklagede må gjennomføre en ny evaluering. Innklagede har også gjort andre feil ved evalueringen som, uavhengig av de metodiske feil, påvirker vurderingen av klagers tilbud negativt.

Metodiske feil i evalueringen

11 Når innklagede ikke har spesifisert nærmere hvordan evalueringen skal gjennomføres, må evalueringen, med basis i anskaffelsesreglenes krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, skje i overensstemmelse med forsvarlig økonomisk metode og teori.

Innklagedes evaluering av tilbudene er i strid med alminnelig akseptert økonomisk metode og teori, og den gjennomførte evaluering er derfor i strid med kravene i anskaffelsesloven § 5.

12 Ved innklagedes evaluering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, er problemstillingen avgrenset til bedriftsøkonomiske kostnader, jf de definerte tildelingskriterier. "Økonomisk" må tolkes som "kostnadsmessig", og det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er tilbudet med laveste samlede kostnader. Det er forskjell på kostnader som man forplikter seg til å dekke, og kostnader som man senere selv velger å utløse (graden av kostnadsforpliktelse). Uavhengig av graden av kostnadsforpliktelse er det dessuten forskjell på kostnader i dag og kostnader i fremtiden (kostnadenes tidsfordeling). Det er også forskjell på kostnader med fiksert pris og beregnede kostnader (kalkulatoriske kostnader) og på variable og faste kostnader (kostnadenes variabilitet).

13 Det vil være en forenkling og ofte medføre grove beslutningsfeil dersom alle de nevnte kostnadskategoriene bare legges sammen i en prissammenstilling. Basert på tilgjengelig brev fra Helsebygg Midt-Norge datert 13.1.2004 synes det klart at innklagede har gjort en slik feil.

14 Ved en sammenligning ville innklagede ved kontraktsinngåelsen forplikte seg til et kjøp på 230 millioner kroner fra klager, 290 millioner kroner fra Telenor og 399 millioner kroner fra Siemens. Dette er den reelle forpliktelse ved kontraktsinngåelse. Det er benyttet gal metode og dermed uriktig skjønn når prissammenligningen er gjort ved å summere kostnader på tvers av graden av kostnadsforpliktelse.

15 Fremtidige kostnader er heller ikke neddiskontert til det tidspunkt de første kostnadene påløper. Ifølge rundskriv R-14/99 fra Finansdepartementet skal det ved investeringsanalyser benyttes en diskonteringsrente på enten 4, 6 eller 8 % avhengig av prosjektets risiko.

16 I den aktuelle konkurranse vil beregning av nåverdi med en diskonteringsrente på 6% bedre klagers stilling med NOK 16,4 millioner i forhold til Telenors.

17 Nåverdi skal beregnes både for leveransen og driftstjenestene. Dette er gjort i de beregninger som ble fremlagt i klagen.

18 Reduksjonsfaktoren på 0,75 kompenserer ikke for manglende beregning av nåverdien. Reduksjonsfaktoren knytter seg til om man overhodet vil benytte opsjonen, og har ikke noe med nåverdiberegningen å gjøre.

19 Feil metode gir vesentlige utslag for det relative forhold mellom tilbudene.

Evaluering av kriteriet gjennomføringsevne

20 Innklagede har kalkulert risikoen i gjennomføringsevne ved å anslå en prosentsats av tilbudspris. Tilbudsprisen er imidlertid fast, og den kostnaden som knytter seg til risiko i gjennomføringsevne påløper da hos innklagede. Innklagede har ikke beregnet egne kostnader forbundet med risiko ved leverandørenes gjennomføringsevne. Når kontrakten er en fastpriskontrakt, handler innklagede således i strid med anskaffelsesloven § 5 når Ementor gis et tillegg i tilbudsprisen pga manglende gjennomføringsevne.

Andre feil

Rett til reforhandling av opsjoner

21 Innklagedes vilkår om rett til reforhandling av drifts- og vedlikeholdsoptjonene kan ikke gjøres gjeldende.

22 Bruk av reforhandlingsretten vil i forhold til anskaffelsesreglene innebære en ny avtale for så vidt gjelder drift og vedlikehold. Da verdien av en slik ny avtale åpenbart vil overstige terskelverdiene i anskaffelsesforskriften § 2-2, må en eventuell "reforhandling" gjennomføres under iakttakelse av reglene i anskaffelsesforskriften del II.

Bruk av alle opsjonene ville være ulovlig omgåelse av anskaffelsesreglene

23 Av fremdriftsplanen for prosjektet fremgår at samlet varighet for drifts- og vedlikeholdstjenestene kan være helt frem til 2013.

24 Varigheten av avtaler må etter anskaffelsesreglene ikke overstige hva som er forretningsmessig og innkjøpsfaglig forsvarlig. Kommisjonen har uttrykt at man normalt ikke bør inngå avtaler utover 3 - 5 år. Innklagede kan ved evalueringen ikke legge til grunn at mer enn første opsjonsperiode på 3 år vil bli benyttet.

25 Innklagede kan ikke høres med at den lange opsjonsperioden er begrunnet i et ønske om å gi et incitament for leverandørene til å levere driftsoptimale løsninger.

Priser for drift og vedlikehold kan ikke reforhandles

26 Dersom innklagede ikke kan benytte reforhandlingsretten uten å gjennomføre en ny konkurranse, vil dette redusere sannsynligheten for at opsjonsperiodene vil bli benyttet.

Innklagede må gjennomføre en ny evaluering med utgangspunkt i at retten til reforhandling av priser mv for drifts- og vedlikeholdstjenester ikke kan benyttes.

27 Om innklagedes metode skulle legges til grunn, må en slik vurdering under ellers like vilkår føre til at opsjonene samlet vektet med mindre enn 75%.

Det er betydelig usikkerhet ved drifts- og vedlikeholdsavtalens omfang

28 Flere andre faktiske omstendigheter trekker også i retning av at det er lav sannsynlighet for at opsjonene på drift og vedlikehold vil bli benyttet.

29 Innklagede har derfor vektlagt opsjonene på drift og vedlikehold for sterkt. Dette innebærer et brudd på anskaffelsesloven § 5.

Konkurransegrunnlaget angir maksimal varighet på drifts- og vedlikeholdsavtalen på 7 år

30 Uavhengig av hva klagenemnda måtte komme til mht anførsle om bruk av opsjonene, gjøres det gjeldende at innklagede har handlet i strid med konkurransegrunnlaget når det er lagt til grunn at opsjonene gjelder for inntil 8 år og ikke 7 år, som er det korrekte.

31 I dokumentet Infrastruktur for IKT - Bilag B34 - drift, er opsjonene angitt til 3+3+1 år flere steder i teksten. Også i tilbudsokumentet er varigheten angitt til maksimalt 7 år. Bare i overskriften til avsnittet som omhandler opsjonen i dokumentet Infrastruktur for IKT - Bilag B34 - drift, er det angitt 3+3+1+1, dvs 8 år.

32 Konkurransegrunnlaget må på denne bakgrunn forstås slik at drifts- og vedlikeholdsavtalen maksimalt kan få en varighet på 7 år. Ved evalueringen kan innklagede uansett ikke legge til grunn en varighet på mer enn dette. Det vises i denne forbindelse til at både klager og Telenor i dokument B1 - Prissammendrag har angitt 7 år.

Vurdering av forskjell mht kvalitet er vilkårlig og urimelig

33 I sitt brev av 21.1.2004 hevder innklagede at Telenor har tilbudt høyere kapasitet og funksjonalitet på flere områder. Innklagede har i denne sammenheng gjort et sjablongmessig påslag på Ementors tilbud på 5%.

34 Ementor har inngitt tilbud i henhold til spesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Dersom innklagede skal ta hensyn til høyere kvalitet tilbudt fra Telenor, må innklagede foreta en konkret vurdering av den merverdi dette innebærer. Det er i strid med kravet til gjennomsiktighet og forutberegnelighet når innklagede gjør et sjablongmessig påslag på den samlede kontraktssum.

35 Det minste man her må kreve er at innklagede ved vektlegging av forskjeller i kvalitet relaterer dette til de enkelte poster der innklagede mener det er kvalitetsmessige forskjeller. Når dette ikke er gjort, er det umulig å etterprøve innklagedes vurderinger, og innklagede har handlet i strid med de grunnleggende krav i anskaffelsesloven § 5.

36 I tillegg bestrides påstanden om at Telenor har tilbudt et mer omfattende opplæringsprogram. Konkurransegrunnlaget forespør forskjellige typer kurs og ber i denne

forbindelse om enhetspriser basert på kurs med 10 deltakere. Omfanget er det opp til innklagede å avgjøre ved avrop på de forskjellige kursene. Heller ikke her er det mulig å forstå hva forskjellen mellom klager og Telenor består i, og vurderingen må underkjennes.

37 Innklagede uttaler i brev av 21.01.04 at: *□ Telenor og Siemens har tilbudt et kraftigere verktøy (MIIS) for katalogtjenester enn Ementor (BizTalk). Verktøyet er i følge fagrådgiver bedre forberedt for fremtidig implementering av grensesnitt."*

38 Klager bestrider dette. Klager har både tilbudt en løsning for katalogtjenester basert på BizTalk og en løsning basert på MIIS. Prisforskjellen mellom alternativene er 3.000 kroner. Innklagede kan således maksimalt legge på NOK 3.000 i denne sammenheng, og dette forhold fremstår som helt irrelevant for å begrunne det store pristillegget.

39 Påslagene som er gjort, er uansett vesentlig for høye. Det vises til innklagedes egen evalueringsrapport kap 5 side 6 der innklagede selv skriver: *□ Telenor og Ementor har i hovedsak likeverdige tekniske løsninger □*. Denne vurdering bekreftes av evalueringsrapporten generelt der innklagedes faglige rådgivere noen steder anfører at klagers løsning er best, andre steder at Telenors løsning er best.

Det var ikke adgang til å legge på 23 mill. kr. på klagers tilbud pga dårligere gjennomføringsevne

40 Kontrakten er en fastpriskontrakt. Det er derfor feil når innklagede legger på klagers tilbud NOK 23 millioner.

41 Innklagede har for øvrig forskjellsbehandlet tilbyderne. Det vises i denne forbindelse til at Siemens også ble vurdert å være svakere enn Telenor uten at dette resulterte i et pristillegg.

42 Etter anskaffelsesforskriften § 8-2 skal innklagede først vurdere kvalifikasjonene til leverandørene for deretter å vurdere tilbudene i henhold til tildelingskriteriene. Etter prekvalifiseringen kan det som utgangspunkt ikke legges vekt på egenskaper ved leverandørene ved valg av tilbud. Innklagede har opptrådt i strid med § 8-2 når gjennomføringsevne bringes inn i vurderingen på nytt ved evaluering av tilbudene.

43 Flere forhold som innklagede mener er svakheter, kunne vært avklart om innklagede hadde innhentet utdypende opplysninger. På bakgrunn av at klager var 25% billigere enn øvrige tilbydere på den eneste del av anskaffelsen der innklagede påtar seg en forpliktelse, burde innklagede ha gjort dette.

44 Dersom det skal være noen realitet i kravet til forutsigbarhet og gjennomsiktighet, må det stilles krav om at innklagedes skjønn knyttes opp mot identifiserte risiki og kostnader for innklagede.

Innklagede har gjort feil ved justering for tekniske opsjoner

45 Opsjon for B13 Rammeavtale IKT utstyr er inkludert i tilbudsevalueringen til tross for at dette ikke følger av konkurransegrunnlaget.

46 I tillegg har innklagede kalkulert B13 ut fra uttak i 8 år, mens opsjonen bare har en varighet på 3 år .

47 Basert på innklagedes egne tall innebærer dette at innklagede har lagt til NOK 8 eller 5 millioner for mye på klagers tilbud.

Ensidig utvelgelse av opsjoner

48 Konkurransen omfattet en rekke opsjoner. Innklagede har valgt å legge ensidig vekt på enkelte opsjoner der klager kommer dårligere ut enn Telenor. Dersom innklagede skal legge vekt på opsjonen for drift og vedlikehold, må man også legge vekt på opsjonen for byggetrinn 2, der klager står vesentlig sterkere enn Telenor. Når dette ikke er gjort, foreligger et brudd på prinsippet om forutberegnelighet etter anskaffelsesloven § 5.

Oppsummering

49 I tillegg til å ta stilling til de enkelte anførsler, ber klager om at klagenemnda primært avgir en uttalelse om at innklagede har gjort så mange og omfattende feil at kontrakt skulle vært tildelt klager.

50 Det er stor risiko for at feilene samlet sett har påvirket beslutningen om å tildele kontrakten til Telenor og ikke til klager. Vi ber derfor klagenemnda subsidiært avgi uttalelse om at innklagede må gjennomføre en ny evaluering der feil rettes og riktig metode benyttes.

Innklagede har i det vesentlige anført:

51 Innklagede avviser at det er begått feil. Klagen er basert på uriktig forståelse av begrepet □økonomisk mest fordelaktige□ og en uriktig oppfatning om at oppdragsgivers skjønn ved evalueringen av tilbudene er underlagt særlige metoder.

52 Den rettslige rammen for skjønnet ligger nedfelt i de alminnelige forvaltningsrettslige reglene. Det sentrale vil være om skjønnet har vært utøvd på en forsvarlig måte. En vesentlig del av de anførsler klager gjør gjeldende, kan ikke hensyntas. Som det fremgår nedenfor, har innklagede uansett gjennomført en meget omfattende, grundig og korrekt evalueringsprosess.

53 Klager kan heller ikke nå fram med sine øvrige anførsler mot tildelingen. Bortsett fra et marginalt forhold, kan det ikke ses at klager har påvist feil i faktumgrunnlaget for skjønnet. Klagen er basert på innklagedes begrunnelse inntatt i brev av 13.01.04 og den utvidede begrunnelsen av 21.01.04. På grunn av sakens omfang er det bare en begrenset del av evalueringen som kommer til uttrykk i begrunnelsene.

54 Det har vært overordnet for innklagedes evaluering å komme fram til det tilbudet som for innklagede ville være det økonomisk mest fordelaktige. Det er ikke tatt utenforliggende hensyn fra innklagedes side.

55 Innklagede har fulgt retningslinjene i anskaffelseslovens § 5 og de konkrete reglene gitt i forskriften med tilhørende praksis.

Metodiske feil i evalueringen

56 Innklagede er uenig i at evalueringen må skje i overensstemmelse med "forsvarlig økonomisk metode og teori". Det er riktig at evalueringen (skjønnet) skal være "forsvarlig", men det er ikke grunnlag for å knytte dette til "økonomisk metode og teori", særlig ikke når klagers forståelse knytter seg til "bedriftsøkonomiske kostnader".

57 Klager anfører at det skal legges til grunn en nåverdiberegning ved evalueringen og at det i så fall skal legges til grunn en rentefot på 6%. Anførselen synes å knytte seg til drifts- og vedlikeholdsavtalen, som eventuelt først vil starte å løpe fra 2006.

58 Innklagede vurderte under evalueringen å nytte slik beregning ved vurderingen av drifts- og vedlikeholdsavtalen, men besluttet å unnlate dette. Bakgrunnen var at slik beregning ville skape mye usikkerhet og komplikasjoner.

59 Kompliserende elementer ved en nåverdiberegning er usikkerhet knyttet til valg av rentefot, hensynet til forutberegnelighet når intet var sagt i konkurransegrunnlaget om bruk av nåverdiberegning, spørsmål om man ikke burde gjennomføre nåverdiberegning av alle utbetalinger som skal skje over tid, og spørsmål om nåverdiberegnings forhold til øvrige kriterier, for eksempel "gjennomføringsevne"

60 Tatt i betraktning den generelle reduksjonsfaktor på 0,75 og den usikkerhet som uansett vil foreligge ved en slik evaluering, fant man at det var fullt ut forsvarlig å unnlate å foreta nåverdiberegning av drifts- og vedlikeholdskontrakten.

61 Klager anfører også at det foreligger en retningslinje for evalueringen der en skal skille mellom "den reelle forpliktelse" og øvrige forpliktelser. Den metode som er benyttet ved evalueringen, der en har gitt vurderingene under de enkelte tildelingskriterier en økonomisk verdi, er vanlig å nytte ved tilbudsevalueringer. Nettopp fordi kriteriene er relatert til økonomiske verdier (direkte eller indirekte) er det hensiktsmessig å knytte en økonomisk størrelse til kriteriet, som gjør det sammenlignbart med priskriteriet.

62 Innklagede har etter beste evne skjønnet over verdien av opsjonene. Disse har vært priset av tilbyderne, slik at dette elementet har vært fast. Skjønnet har derfor dreid seg om sannsynligheten for at opsjonene ville bli utøvd, idet man fant det riktig å redusere opsjonsprisen med en faktor knyttet til slik sannsynlighet.

63 Den metode som er nyttet, baserer seg på helheten i tilbudene. Det er tilbudene som er gjenstand for evaluering, og som tilbyderne må innestå for i sin helhet.

Andre feil ved innklagedes evaluering

64 Klager anfører at reforhandling av prisen for drift og vedlikehold må skje "under iakttakelse av reglene i anskaffelsesforskriften del I og II". Dette er innklagede enig i. Bakgrunnen for reforhandlingsbestemmelsen er først og fremst muligheten for en prisjustering på bakgrunn av eventuelle avtalte endringer i leveranseomfang frem til overtagelse og i driftsperioden. I hvilken utstrekning det er adgang til dette, må vurderes i henhold til de rammer anskaffelsesregelverket gir.

65 Dette punktet har uansett ikke hatt innvirkning på evalueringen.

66 Klager argumenterer for at innklagede har lagt for stor vekt på drifts- og vedlikeholdsopsjonene. Dette knytter seg til den faktiske skjønnsutøvelsen. Generelt henvises til Evalueringsrapportens pkt. 7.1, der begrunnelsen for fastsettingen av 75% sannsynlighet framgår. Det ligger her til grunn en bred vurdering som er gjort ut fra innklagedes beste forståelse av situasjonen pr. i dag og de forventninger man kan utlede av dette.

67 Klager anfører at det skulle vært lagt til grunn 7 års varighet på drifts- og vedlikeholdsopsjonen i stedet for 8. Det er riktig at drifts- og vedlikeholdsopsjonens samlede varighet enkelte steder i konkurransegrunnlaget er angitt til 7 år. På den annen side er 8 år nevnt i utlysningen pkt. 11.2.2 og i overskriften i pkt. B34.0.2 (klagens bilag 17).

68 Det er innenfor regelverket adgang til å hensynta inntil 8 års opsjonsperiode i dette tilfelle. Det foreligger gode og saklige grunner for en forholdsvis lang opsjonsperiode. Det samlede utbyggingsprosjekt er meget omfattende og delt i to byggefaser. Det er vesentlig at driftsopsjonene fanger inn denne helheten. Konkret har man vært opptatt av at første opsjonsperiode (3 år) dekker garantiperioden og fungerer som en "syretest" på leveransen. Annen opsjonsperiode (3 år) vil fylle mellomperioden mellom Byggefase 1 og Byggefase 2. De to siste årene (1 + 1 år) er tenkt som "buffer" i tilfelle det blir forsinkelser på Byggefase 2. Det er i evalueringen hensyntatt en redusert sannsynlighet for utnyttelsen av opsjonene utover i tid.

69 Klager har under enhver omstendighet ikke reist spørsmål om dette under tilbudsprosessen og må åpenbart ha vært innforstått med at det var tale om 8 år.

70 Vurderingen av drifts- og vedlikeholdsavtalen inngår som en del av tildelingskriteriet "drifts og vedlikeholdskostnader". Opsjonen vil være et incitament for leverandørene til å levere driftsoptimale løsninger. Tilbudene på drifts- og vedlikeholdsavtale vil gjenspeile levetidskostnadene ved den tilbudte løsning i hovedtilbudet. Vurderingen av drifts- og vedlikeholdsavtalen vil derfor uansett være relevant uavhengig av om opsjonen utløses, og dermed også uavhengig av hvilket firma som drifter anleggene.

71 Et sjablongmessig påslag, begrunnet slik det framkommer, må klart ligge innenfor den ramme anskaffelsesloven tillater. Det vises for øvrig til den særlige eksemplifisering som er foretatt for "datanettet", som viser en forskjell i investeringskostnader på ca. NOK 10 mill. Dette elementet sannsynliggjør alene et påslag på tilnærmet 5%.

72 Det er riktig, som anført, at klager har tilbudt løsning både basert på MIIS og BizTalk. Dette elementet var uansett av marginal betydning i vurderingen.

73 Tilbydernes gjennomføringsevne er meget viktig for innklagede, bl.a. fordi forsinkelser kan få betydelige konsekvenser. Det er riktig at kontrakten er en fastpriskontrakt, og at klager derfor har risikoen for konsekvenser på egen hånd. Innklagedes vurdering knytter seg imidlertid til de konsekvensene som vil kunne oppstå på innklagedes hånd, hvilket selvsagt er høyst relevant.

74 Det er ikke skjedd noen forskjellsbehandling mellom tilbyderne. Evalueringen tilsa at Siemens ble ansett å ha en gjennomføringsevne som lå mellom Telenor og Ementor. Man fant imidlertid, på bakgrunn av den store prisforskjellen som forelå, ikke behov for å tallfeste konsekvensene for Siemens.

75 Det er riktig at det er en viss likhet mellom tildelingskriteriet knyttet til gjennomføringsevne og kvalifikasjonskrav. Men det er også en viktig forskjell. Under kvalifiseringen har vurderingen vært rettet mot tilbyder. Evalueringsprosessen har derimot vært rettet mot tilbudet, med andre ord tilbyders evne til å gjennomføre den aktuelle oppgaven. En vesentlig del av leveransen er en personlig innsatsforpliktelse. Det er da alminnelig akseptert at man kan nytte tildelingskriterier i nær familie med kvalifikasjonskrav.

76 B 13 Rammeavtale IKT er ingen opsjon, men en rammeavtale som gjør det mulig å gjøre innkjøp av nødvendig IKT-utstyr i perioden mellom Byggefase 1 og Byggefase 2.

Leveransen er en viktig del av helheten, og verdien av tilbudet måtte derfor åpenbart medtas i evalueringen.

77 Det er riktig at det stedvis er inntatt i konkurransegrunnlaget en henvisning til opsjon for leveranse til Byggefase 2, men prisposter er ikke medtatt. Det er så stor usikkerhet knyttet til leveransen, både innhold og omfang, at det ville vært tilnærmet umulig å foreta en forsvarlig sammenligning mellom tilbyderne.

78 Det er dessuten stor usikkerhet knyttet til hvorvidt slik opsjon overhodet vil bli utnyttet. Innklagede har derfor funnet at denne opsjonen ikke ville kunne påvirke prissammenstillingen mellom tilbyderne, jf. evalueringsrapporten pkt. 8.2.2.

79 Ovenstående gjennomgang viser at innklagede har gjennomført en forsvarlig evaluering innenfor de rammer anskaffelsesregelverket gir. Det er påvist et par marginale feil, som klart ikke er av slik karakter at de vil kunne ha betydning for resultatet.

Klagenemndas vurdering

80 Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen ligger i omfang over EØS terskelverdier. Saken skal behandles etter lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser Del II, jf § 2-1 (2), sammenholdt med § 2-2.

-

Saksbehandling, spørsmål om avvisning, kompetanse

81 Saken er omfattende. Det gjelder et meget langsiktig leverandørvalg som kan binde opp innklagedes kontraktsforhold over en årrekke. Den handler ikke bare om nåtidsleveranser, men om anslag og vurderinger innrettet på forhold mange år frem i tid. Saken er teknisk spesialisert, og partene er uenige om de økonomiske metoder som er brukt ved evalueringen.

82 Klagenemnda har vært i tvil om saken egner seg for den behandlingsmåte som klageforskriften fastsetter, der det ikke er forutsatt umiddelbar bevisførsel ved avhør av parter og vitner. Klagenemnda viser til avvisningshjemmelen i klageforskriftens § 9 som bl a gir mulighet for avvisning når klagen er uhensiktsmessig for behandling. Klagenemndas betenkeligheter forsterkes ved at saken har vært lagt opp som en hastesak.

83 Klagenemnda har likevel valgt å behandle klagen, men må da ta de forbehold som sakens natur tilsier etter det som er nevnt ovenfor. Klagenemnda har valgt å rette oppmerksomheten mot de sider ved anskaffelsen som egner seg til belysning av generelle og prinsipielle spørsmål. Enkelte spørsmål reist av klageren har nemnda valgt ikke å avgjøre med henvisning til at de ikke egner seg for nemndas behandlingsmåte.

84 Klagenemndas kompetanse består i å vurdere om innklagedes saksbehandling, vurderinger og beslutninger har vært i overensstemmelse med lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Problemstillingene i denne saken gjelder særlig de generelle prinsipper nedfelt i lovens § 5 om bl a likebehandling av anbydere, konkurransekravet for all offentlig anskaffelsesvirksomhet, krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Klagenemnda foretar ikke en overprøving av innklagedes innkjøpsfaglige vurderinger. Grensen mellom området for rettslig prøvning og utøvelse av innkjøpsfaglig skjønn er imidlertid ikke skarp, noe denne saken viser.

85 Dokumentasjonen er omfattende og det er lagt mye arbeid i å underbygge beslutninger og veivalg både ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, i evalueringsfasen og ved tildelingen til klagerens konkurrent. Innklagedes særlig behov og ønsker er søkt kvantifisert og synliggjort på en ryddig måte. Klagenemnda har inntrykk av at innklagede har god innsikt i regelverket og at anskaffelsen er søkt gjennomført med det klare og bevisste siktemål at reglene skal overholdes lojalt og fullstendig. Slik sett viser saken at en rettslig vurdering må avgrenses overfor innkjøpsfaglige vurderinger som klagenemnda i sin rettslige tilnærming ikke skal etterprøve.

86 Klagenemnda skal etter klageforskriften FOR 2002-11-15 nr 1288 § 12 annet ledd bare uttale om det er begått brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Klagenemnda skal ikke uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd. Dog kan klagenemnda uttale seg om det i tilfelle foreligger grunnlag for erstatningsansvar.

87 Spørsmålet om eventuelle påviste feil medfører at anbudsprosessen må stanses, justeres eller reverseres ligger således utenfor nemndas kompetanse.

Bruk av alle opsjonene ville være ulovlig omgåelse av anskaffelsesreglene

88 Saken avviker fra vanlige vare- og tjenestekjøp innen offentlig sektor. Tidshorisonten for den samlede anskaffelse med opsjoner og scenarier for rammeavtaler og endringsavtaler kan strekke seg over en periode på inntil 8 år, og det lagt opp til at innklagedes samlede behov på IT-området skal ivaretas av en enkelt leverandør over flere faser og kommende byggetrinn for St Olavs Hospital. De samlede beløp for maksimal utnyttelse av kontrakter, opsjoner og mulige ramme- og endringsavtaler nærmer seg et estimat på en milliard kroner.

89 Med slike ambisjoner, og med de virkninger et slikt leverandørvalg har i markedet, må det stilles strenge krav til etterlevelse av anskaffelsesreglene, siden de beslutninger som gjøres i et slikt tilfelle, i realiteten langt på vei vil etablere et leverandørmonopol og virke til å ekskludere konkurranse over et betydelig tidsrom.

90 Saken reiser ulike prinsipielle spørsmål. For det første oppstår spørsmålet om et så langsiktig, ekskluderende leverandørvalg overhodet er forenlig med regelen om at det skal være konkurranse om alle offentlige anskaffelser. For det annet er det spørsmål om hvilken innvirkning så lange tidshorisonter med innslag av estimater og anslag vil ha på de krav leverandørene kan stille til tildelingskriteriene. For det tredje må bruk av økonomiske teorier, beregningsmodeller og metoder enten ha preg av å være omforent og uomstridt, eller i det minste være beskrevet på en slik måte at tilbyderne ved sine tilbudsregninger kan legge inn de mest dekkende parametere i forhold til de vurderinger anskaffelsesmyndigheten i evalueringen akter å benytte seg av. Det kan etter likhetsprinsippet også forventes at individuelle uklarheter vedrørende slike forhold avdekkes ved anbudskontrollen, og at den adgang regelverket gir til å foreta avklaringer med tilbyderne brukes aktivt for å sikre at det opereres med kommensurable kriterier når tilbudene skal evalueres.

91 Lov om offentlige anskaffelser § 5 andre ledd forutsetter at ☐ En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse ☐. Dette innebærer at svært langvarige eller omfattende anskaffelser kan være lovstridig.

92 I veileder til forskriften skriver Nærings- og handelsdepartementet om rammeavtaler at:

☐ Rammeavtaler som inngås for svært lange perioder, vil kunne bli ansett for å være i strid med regelverket da et grunnleggende prinsipp er konkurranse om leveranser til det offentlige. Lange kontraktsperioder vil avskjære muligheten for andre leverandører til å oppnå leveranser for lange perioder av gangen, og vil kunne virke uheldig på konkurransesituasjonen på sikt. Det samme gjelder for svært omfattende rammeavtaler, som vil kunne avskjære små og mellomstore bedrifter fra å delta i leveransene og føre til at antallet potensielle leverandører reduseres. Lange kontraktsperioder må derfor kunne begrunnes svært godt. Som en hovedregel bør rammeavtaler ikke ha lenger varighet enn 3-4 år. ☐

93 Lignende synspunkter er lagt til grunn av Kommisjonen i ☐ Draft Policy Guidelines on Framework Agreements Under Directive 90/531/EEC (Utilities)☐, datert 18.12.1992, der det fremgår at:

☐ 15. Framework agreements must not hinder, limit or distort competition. In this context, it will be recalled that the EEC Treaty contains, in its Article 85, the following provision:

☐ The following shall be prohibited as incompatible with the common market: alle agreements between undertakings, ☐ which may affect trade between Member States and which may affect trade between Member States and which have their object or effect the prevention within the common market ☐ . Any agreements ☐ prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.☐

☐

16. It can only be decided whether competition has been hindered, limited or distorted on a case by case basis. Evaluation should take account in particular of the duration of a framework agreement, the quantities involved, its possible effects on trade between Member States, the number of products or works involved and the shade of the contracting entity's procurement covered. Framework agreements for a period substantially longer than the normal life of the equipment in question merit particular attention.☐

94 Klagenemnda ser det slik at fordeler ved å ha én valgt leverandør over så mange år må balanseres mot de markedsmessige konsekvenser det vil ha at konkurrerende leverandører i samme tidsrom ikke slipper til med sine produkter og løsninger.

95 I den foreliggende sak vil anskaffelsen med kombinasjonen av kontrakt og opsjoner over et tidsrom på inntil 8 år i realiteten virke så begrensende på konkurransen at klagenemnda mener at dette vil være i strid med i lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd.

Usikkerhet ved drifts- og vedlikeholdsavtalenes omfang ☐ vektlegging av opsjoner

96 Det vil være vanskelig å foreta anskaffelsesrettslig betryggende evalueringer av hendelser som ligger mange år frem i tiden, særlig i det som vedrører opsjoner uten binding for innklagede, muligheten for nødvendige endringsavtaler osv. Selv om innklagede har utarbeidet og praktisert kostnadsestimer og parametre for en nåtidsvurdering av slike forhold, mener klagenemnda at den forutberegnelighet som leverandørene i markedet etter lovens § 5 tredje ledd må kunne basere seg på ved innlevering av sine tilbud i for stor grad svekkes.

97 Så lange tidshorisonter med innslag av estimer og anslag betyr at tilbyderne må kunne stille høye krav til de forhåndskunngjorte tildelingskriterier som skal benyttes. Dette gjelder særlig med hensyn til opplysninger om evalueringen som vil bli foretatt og den relative vektning av relevante forhold og estimer. Klagenemnda har den oppfatning at det synspunkt som er anført av klager, at det i IT-markedet gir liten mening å prissette utstyrsleveranser så langt frem i tiden, er tungtveiende i denne vurderingen. Dessuten må det ventes en vesentlig produktutvikling i den aktuelle perioden.

98 Det var i konkurransegrunnlaget angitt fem grupper tildelingskriterier: Totalkostnader, drifts- og vedlikeholdskostnader, forbehold, eventuelle alternative tilbud samt tilbyders evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag.

99 Forbehold og alternative tilbud reiser ingen særlige problemer. Slike er enten kostnadsberegnet forskriftsmessig eller satt ut av betraktning som uaktuelle. Problemet knytter seg til vektning mellom tilbudssummen og de skjønnsmessige estimer over opsjoner og anslag over fremtidige drifts- og vedlikeholdskostnader.

100 Klagenemnda mener at slike, skulle det vise seg, nokså avgjørende vurderinger burde nedfelt seg både ved tydeliggjøring i konkurransegrunnlaget, og at markedet og dermed også klager, burde vært orientert på tidspunktet for utlysning om hvordan den aktuelle vektning mellom underkriteriene var tenkt gjort.

101 De fem kriterier som er nevnt som tildelingskriterier er alle innrettet på prismessige forhold. Skjønnsutøvelsen knyttes med dette nokså klart til økonomiske størrelser. Det fremgår både av evalueringsrapporten, anbudsprotokollen og av innklagedes meddelelse til leverandørene at det er anvendt prosentuelle parametre ut fra estimer over skjønnsmessige sannsynlighetsbetraktninger. Momentet er ifølge innklagede hensyntatt med 75% av verdien for 1+3+3+1 år. På dette punkt alene fremkommer det i følge anbudsprotokollen en differanse i Telenors favør på 52 mill, altså ikke langt fra den beløpsdifferanse på 59 mill som i sluttvurderingen ledet til at Telenor ble stilt foran Ementor.

102 Det følger av forskriften § 10-2 (2) at tildelingskriterier □om mulig□ skal angis i

prioritert rekkefølge. Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at bestemmelsen ikke skal gis en streng fortolkning. Dette utelukker imidlertid ikke at det ut fra kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 i spesielle tilfeller må utledes en plikt til å prioritere tildelingskriteriene på forhånd. F eks dersom oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for en vekting, vil det kunne være en plikt til å angi kriteriene i prioritert rekkefølge.

103 I den foreliggende sak har det vært tale om en meget stor anskaffelse, der det i hovedsak er benyttet økonomiske kriterier for valg av tilbud. Innklagedes innvending om at □det økonomisk mest fordelaktige tilbud□ kan omfatte vanskelig målbare elementer er i og for seg riktig, men ser ikke ut til å være spesielt treffende i dette tilfelle.

104 Det er videre tale om en vareanskaffelse av teknisk utstyr, med omfattende bruk av opsjoner og muligheter for tilleggsavtaler. Som følge av sin varighet og sitt omfang vil anskaffelsen kunne påvirke det aktuelle leverandørmarkedet på en uheldig måte.

105 Klagenemnda kan ikke se at det i en slik situasjon ville medført

uforholdsmessige kostnader eller ekstraarbeid for innklagede å utarbeide en prioritering av kriteriene på forhånd.

106 Når innklagede forbeholder seg så vidtgående rammer for sitt endelig skjønn som i dette tilfellet, har dette klare likhetpunkter med den type helhetsvurderinger som EF-domstolen har tatt uttrykkelig avstand fra i senere års praksis, særlig ved uttalelser i C-513/99 (Concordia) ved premiss 61:

"Further, it also appears from the case-law that an award criterion having the effect of conferring on the contracting authority an unrestricted freedom of choice as regards the award of the contract to a tenderer would be incompatible with Article 36(1)(a) of Directive 92/50 (see, to that effect, Beenijes, paragraph 26, and SIAC Construction, paragraph 37)."

107 Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede ved å utlyse en konkurranse med tildelingskriterier som ikke i nødvendig grad sikrer forutberegnelighet for aktuelle leverandører, har brutt lov om offentlige anskaffelse § 5 tredje ledd.

Plikt til avklaring med tilbydere □ forskriftens §9-1 (2)

108 Forskriftens § 9-1 (1) forbyr forhandlinger, men gir adgang til avklaring når dette viser seg nødvendig for å få klarlagt uklarheter i tilbudene. Likhetsprinsippet kan tilsi at det i bestemte situasjoner også kan innebære en plikt til å foreta avklaringer for å gjøre tilbudene sammenlignbare. Avklaringer knyttet til de skjønnsmessige estimater over opsjoner og fremtidige hendelser i kontraktens lange tidsakse, kunne trolig bidratt til et bedre sammenligningsgrunnlag i den foreliggende sak. Klagenemnda har ikke tilstrekkelig grunnlag til å komme nærmere inn på dette spørsmålet, men peker likevel på at det i konkurransegrunnlaget (pkt 2.1. og pkt 7.4.) var varslet at kontraktsdokumentene ville bli supplert og korrigert i påfølgende avklaringer og at man om nødvendig ville innkalle til slike avklarende møter med en eller flere av de mest aktuelle kandidater.

Metodiske feil i evalueringen

109 Tildelingen av kontrakt skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen, jf forskriftens § 10-2 (1). I dette tilfelle var det kunngjort at kontrakten ville bli tildelt den av leverandørene som etter en samlet vurdering hadde levert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, med de utfyllende underkriteriet fra konkurransegrunnlagets pkt 7.4. som er sitert ovenfor.

110 Det kan ikke uten videre legges til grunn at uttrykket □det økonomisk mest fordelaktige tilbud□ er synonymt med □det tilbudet som gir laveste samlede kostnader□. Det kan således benyttes kriterier som kvalitet, tekniske verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv., jf forskriftens § 10-2 (2).

111 Innenfor rammen av de kriterier som er angitt i konkurransegrunnlaget skal oppdragsgiver utøve et skjønn, og har ved denne skønnsutøvelsen en viss frihet. Evalueringen skal imidlertid være basert på korrekt faktum, og være saklig og forsvarlig. Videre må evalueringen baseres seg på samtlige av de angitte tildelingskriteriene, mens andre forhold ikke kan tas i betraktning. Oppdragsgiver kan således ikke gå utenfor de tildelingskriterier som er angitt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget, selv om

økonomisk metode og teori skulle tilsi at andre kriterier kunne være mer hensiktsmessige.

112 Evalueringen må videre være innenfor de rammer som er satt i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd, herunder særlig kravene til likebehandling, forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Ved bruk av □de endelige omkostninger□ som tildelingskriterium, skal oppdragsgiver således anvende kriteriet på en objektiv og ensartet måte overfor alle leverandørene, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC construction).

113 Innklagede oppga i konkurransegrunnlaget ikke noen bestemt metode for evalueringen, verken med hensyn til vekting av opsjoner eller lignende. De angitte tildelingskriteriene var imidlertid i det vesentlige knyttet til prismessige forhold, og skjønnsutøvelsen således knyttet nokså klart til økonomiske størrelser.

114 Klagenemnda er da av den oppfatning at innklagedes evaluering ikke må avvike fra forsvarlig økonomisk metode og teori, uten at det er redegjort for mulige avvik fra dette i konkurransegrunnlaget. Noe annet ville være uventet og derfor komme i konflikt med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 tredje ledd.

115 Klagenemnda er på denne bakgrunn enig med klager i at det for sammenligningsformål må gjøres et skille mellom ubetingede forpliktelser og opsjonsrettigheter ved kostnadsvurderingene og sammenligningene av tilbudene. Det vil da være nødvendig, men ikke tilstrekkelig, å vektlegge sannsynligheten for at opsjoner vil bli benyttet.

116 Klagenemnda har ingen innvendinger mot at opsjonen på drifts- og vedlikeholdsavtalen i evalueringen ble verdsatt til 75 % ut fra sannsynligheten for at den ville bli benyttet. Dette ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

117 Klagenemnda mener imidlertid at det ikke kan være tilstrekkelig å foreta en sontring ut fra en sannsynlighetsvurdering av at forpliktelsen inntreffer. Klagenemnda mener videre at det kan foreligge en plikt til neddiskontering av tilbudene til nåverdi for å unngå objektivt uriktige resultater. I den foreliggende sak er det tale om lange perioder frem i tid. Dette gjør at usikkerheten omkring forpliktelsene øker. Innklagede har etter klagenemndas mening ikke kunnet angi tilstrekkelig begrunnelse for at neddiskontering ble unnlatt.

118 Klagenemnda har etter dette kommet til at ved ikke å skille tilstrekkelig mellom faktiske og potensielle kostnader, samt ved ikke å ha neddiskontert fremtidige kostnader til nåverdi, har Helsebygg Midt-Norge brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd.

Vektlegging av kvalitetsforskjeller

119 Slik klagenemnda leser evalueringsdokumentene, har det vært foretatt en kvalitativ sammenlignende vurdering av de tilbudte løsninger på område drift og vedlikehold (strukturert kabling, pålogging og autentisering, datanett, katalogtjeneste, opplæring). Det gjelder kvalitetsvurderinger som ligger innenfor det andre delkriterium i konkurransegrunnlaget ("øvrige drifts- og vedlikeholdskostnader som følge av kvaliteten på den tilbudte løsning").

120 Klagenemnda anser med dette at det er godtgjort både at det er relevante kvalitetsforskjeller mellom det valgte tilbudet og klagers tilbud, og at forskjellen i henhold til tildelingskriteriene skal vektlegges i evalueringen.

121 Når det gjelder det sjablongmessige påslaget på 5 %, finner ikke klagenemnda at dette fremstår som uforsvarlig i den foreliggende sak. Det vises til den relativt grundige og konkrete evalueringen av kvalitetsforskjellene, og at forskjellene må verdsettes. Selv om forskjellene i hovedsak er tekniske, vil det også her måtte utøves et skjønn fra innklagedes side. Klagenemnda finner således heller ikke her grunnlag for å underkjenne innklagedes skjønnsutøvelse.

Evne til å gjennomføre det beskrevne oppdrag

122 Kvalifikasjonskravene for prosjektet ble beskrevet i konkurransegrunnlagets Kap 3 ("Krav til entreprenøren"), og alle de tre leverandørene som leverte inn tilbud ble funnet kvalifiserte.

123 Spørsmålet om bruk av leverandørens kvalifikasjoner som tildelingskriterium har vært vurdert av klagenemnda i flere tidligere saker. Spørsmålet er også vurdert av EF-domstolen i blant annet C-315/01 (GAT), der det ble lagt til grunn at teknisk kapasitet som tildelingskriterium kunne godtas basert på dokumenterte tidligere leveranser, og i C-324/93 (Evans Medical), der ☐ leveringssikkerhet ☐ ble akseptert som tildelingskriterium.

124 Det forhold at klagers kvalifikasjoner ble vurdert som tilstrekkelig til å gjennomføre kontrakten, kan derfor ikke i seg selv medføre at oppdragsgiver er avskåret fra å legge vekt på dokumentert gjennomføringsevne ved valg av tilbud.

125 Oppdragsgiver står imidlertid ikke fritt til å benytte forhold hos leverandøren som tildelingskriterium. Det kreves således blant annet at tildelingskriteriet skal ha en økonomisk verdi for oppdragsgiver, og være tilknyttet kontraktens gjenstand.

126 Med dette som utgangspunkt er klagenemnda enig i at når gjennomføringsevne er oppstilt som et tildelingskriterium, innebærer dette at oppdragsgivers evaluering er begrenset til egne kostnader som påløper dersom kontrakten ikke oppfylles korrekt.

127 Så langt klagenemnda kan se, har innklagede i sin evaluering lagt dette til grunn. I anbudsevalueringen av 23.12.2003 fremgår det således at *□For Ementor er dette en betydelig risiko og vil sannsynligvis medføre at HBMN må styrke sin organisasjon for oppfølging og få mange krav om endring av ulike årsaker□*. Dette indikerer at innklagede har hatt potensielle økte egne kostnader for øye, og ikke endret kontraktspris som følge av mengdejusteringer.

128 Videre fremgår det at *□I forhold til den økonomiske sammenstillingen er det anslått at identifiserte svakheter og risiko forbundet med Ementors tilbud utgjør 10 % av tilbudssummen□*. Klagenemnda forstår dette slik at egne kostnader er skjønnsmessig tallfestet, og funnet å tilsvare 10 % av klagers tilbudssum. Å øke klagers tilbudssum med 10 % har med andre ord for så vidt vært en adekvat metode for å gjøre kriteriene sammenlignbare.

129 Klagenemnda mener etter dette at klagers anførsler vedrørende manglende gjennomføringsevne ikke kan føre frem.

Rett til reforhandling

130 I EF-domstolens avgjørelse i sak C-337/98 (Matra), premiss 46, berørte man spørsmålet om hvor langt det vil være adgang til å reforhandle en inngått avtale, før dette anses som inngåelse av en ny avtale.

131 Reforhandlinger som har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den først inngåtte avtale, må i utgangspunktet godtas. Dette må stilles på linje med f eks utøvelse av endrings- og tilleggsarbeider ("Change order") i entreprise- og tilvirkningsforhold. Dette stiller seg EØS-rettslig og i forhold til direktivene annerledes når det er tale om å reforhandle "essential terms of the contract".

132 At det er teknologiske og prismessige forskjeller mellom den reforhandlede avtalen og den opprinnelige avtalen vil således ikke i alle tilfeller være tilstrekkelig til at det må regnes

som inngåelse av en ny avtale i strid med regelverket. Endringer som følge av den teknologiske utviklingen på punkter som er av marginal betydning, og endringer som følge av inflasjon eller prisjusteringsbestemmelser i kontrakten, må etter omstendighetene aksepteres.

133 Klagenemnda har ut fra det fremlagte materiale således ikke rettslige innvendinger mot at det er forutsatt reforhandlinger av den inngåtte avtalen.

Utvelgelse av hvilke opsjoner som skal tas med i evalueringen

134 Det var i konkurransegrunnlaget opplyst at det ville bli lagt vekt på opsjonene som fremgikk i Bilag1. I evalueringen ble dette fraveket, ved at bare opsjoner innklagede vurderte som sannsynlig ville bli vektlagt. Dette har medført at flertallet av opsjonene i Bilag 1 ikke har blitt vektlagt.

135 I uttrykt dom fra Eidsivating lagmannsrett av 7.12.2001 er det lagt til grunn at det kan legges vekt på de opsjoner som man på evalueringstidspunktet regnet med ville bli brukt. Overføringsverdien av denne avgjørelsen til et så omfattende og langsiktig kontraktsforhold som i den foreliggende sak, er imidlertid etter klagenemndas mening beskjeden. Klagenemnda kan heller ikke se at lagmannsretten har vurdert om en slik innskrenkende fortolkning av tildelingskriterienes ordlyd er i samsvar med kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lovens § 5 tredje ledd.

136 Klagenemnda ønsker imidlertid ikke, ut fra den begrensning som ligger i nemndbehandlingsform, å ta stilling til om utvelgelsen av opsjoner i evalueringen har vært i samsvar med regelverket. Klagenemnda har under enhver omstendighet utilstrekkelig grunnlag for å overprøve om innklagedes oppfatning av hvilke opsjoner som det var sannsynlig ville bli benyttet, og som dermed skulle legges til grunn i evalueringen, var usaklig eller uforsvarlig.

Rammeavtale B13 IKT

137 Med hensyn til rammeavtale B13 IKT er klagenemnda av den oppfatning at denne ikke naturlig faller inn under noen av de i konkurransegrunnlaget angitte tildelingskriterier, og heller ikke i det underlagsmateriale som konkurransegrunnlaget henviser til. Rammeavtalen var heller ikke med i bilag B 1, som det var vist til under tildelingskriteriene. Det var således ikke adgang til å vektlegge denne i evalueringen.

Konklusjon

Klagenemnda finner at Helsebygg Midt-Norge:

- ved å utlyse en konkurranse om kontrakt og opsjoner med varighet og omfang som begrenser konkurransen i en tidsperiode på potensielt 8 år, har brutt kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd.
- ved å utlyse en konkurranse med tildelingskriterier som ikke i nødvendig grad sikrer forutberegnelighet for aktuelle leverandører, har brutt lov om offentlige anskaffelse § 5 tredje ledd.
- ved ikke å skille tilstrekkelig mellom faktiske og potensielle kostnader, samt ved ikke å ha neddiskontert fremtidige kostnader til nåverdi, har Helsebygg Midt-Norge brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd.
- ved å angi tildelingskriteriene i uprioritert rekkefølge, i realiteten har betinget seg et så vidt skjønn ved valg av tilbud at det i dette tilfelle strider mot kravet til gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 tredje ledd.
- ved å ha lagt vekt på B 13 Rammeavtale IKT i evalueringen av tilbudene, uten at dette fremgikk tilstrekkelig klart av tildelingskriteriene, har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (2).

For øvrig og på andre punkter anført av klageren finner Klagenemnda enten at klagen ikke fører frem, eller at nemndas skriftlige saksbehandling tilsier at vedkommende klagepunktet avvises fra behandling med hjemmel i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser FOR 2002-11-15 nr 1288 § 9.

For klagenemnda, 13. februar 2004

Kai Krüger