



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av pasientterminaler og innhold på disse. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 14-1 (1), jf. (3), ved å kunngjøre en konkurranse med forhandling uten at det var hjemmel for dette i forskriftens § 14-3. Kravet til god forretningsskikk i forskriftens § 20-11 (5) og lovens § 5 var brutt ved at innklagede lot være å påpeke at klager måtte beskrive hvordan den internetbaserte betalingsløsningen oppfylte minstekravene skissert i notatet med spørsmål til leverandørene, jf. konkurransegrunnlaget Bilag 1 "Kravspesifikasjon" punkt 3.3, krav 1.40. Videre var det i strid med kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5 at innklagede ikke hadde påvist hvorfor valgte leverandør fikk like høy score som klager på underpunktet 1.40 under tildelingskriteriet "Funksjonalitet", og at innklagede ikke hadde påvist hvorfor klager ble trukket i poeng på en rekke underkriterier i tildelingsevalueringen. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. mars 2009 i sak 2008/59

Klager: Solution Partner AS

Innklaget: Helse Vest IKT AS

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Konkurranse med forhandlinger. Gjennomføring av forhandlinger. Tildelingsevaluering. Klagefrist.

Bakgrunn:

- (1) Helse Vest IKT AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. desember 2007 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av pasientterminaler og innhold på disse.
- (2) Fra udatert anskaffelsesprotokoll hitsettes fra punkt 4 om valg av anskaffelsesprosedyre:

"Pasientterminalløsningen er en kombinert hardware og software anskaffelse, hvor det så langt det er mulig i anskaffelsesprosessen ikke skal ligge fremtidige begrensninger i forhold til integrasjon mot f.eks. pasientsignal og pasientjournalssystem. Med bakgrunn i dette oppfattes anskaffelsen å være av en slik art at det er meget vanskelig å gi en samlet prisfastsettelse på forhånd.

Det er også innhentet erfaringer og synspunkt fra andre helseforetak som har gjennomført tilsvarende anskaffelse, bl.a. Ullevål universitetssykehus og Sykehuset i Vestfold, og disse understreker at en av utfordringene i anbudsprosessen var å få sammenlignbare løsninger og tilbud.

Med bakgrunn i ovennevnte vurderes Forskrift om offentlige anskaffelser § 14-4 pkt. 1 b å komme til anvendelse, og Konkurransen med forhandling er derfor valgt som anskaffelsesmetode (totrinns prosedyre)."

- (3) Fra kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3 "Beskrivelse av avtalen" hitsettes:

"Statens standard avtaler for IT-anskaffelser (versjoner av 15.12.2006), med oppdragsgivers justeringer, legges til grunn for avtaleinngåelsen:

- *Kjøpsavtalen (avtale om kjøp, disposisjonsrett og andre ytelser)*
- *Vedlikeholdsavtalen (avtale om vedlikehold og service av utstyr og programmer)*
- *Programvareutviklingsavtalen (avtale om utvikling av programvare) – hvis aktuelt"*

- (4) Fra kvalifikasjonsgrunnlaget hitsettes så fra punkt 6 "Kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav":

"6.4 Tekniske og faglige krav

[...]

6.4.2 Erfaring fra tilsvarende oppdrag

Det kreves erfaring fra tilsvarende oppdrag. Som dokumentasjon skal det legges fram:

- *Informasjon om relevante referanseinstallasjoner for pasientterminalløsning som er i daglig bruk ved norske sykehus og institusjoner. Oppgi kontaktperson og telefonnummer til referansene.*
- *Angivelse av viktige og tilsvarende referanser de siste årene, inkludert deres verdi, tidspunkt og mottaker. "*

- (5) Innen fristen for prekvalifisering 14. januar 2008, mottok innklagede søknad fra fem leverandører. Blant disse var Solution Partner AS (heretter kalt klager) og Hospital IT AS..

- (6) Fra klagers kvalifikasjonssøknad hitsettes fra vedlegg 6.4.2.1 "Referanser tilsvarende oppdrag":

"Nedenfor finnes referanser på tilsvarende oppdrag Solution Partners har, sammen med øvrig ønsket informasjon

<i>Kunde</i>	<i>Prosjekt</i>	<i>Total-prosjekt</i>	<i>Referanse</i>	<i>Tidsrom</i>	<i>Telefon</i>	<i>Mail</i>
<i>Sykehuset i Telemark HF</i>	<i>Pasientterminaler, inkl. TV, film og telefoni (45 terminaler)+ rebestilling i 2007</i>	<i>Ca. 5.000.000</i>	<i>[...]</i>	<i>2004</i>	<i>[...]</i>	<i>[...]</i>
<i>Sykehuset i Vestfold HF</i>	<i>Pasientterminaler og komplett IP-løsning (176 terminaler)</i>	<i>Ca. 12.000.000 (Basis-prosjektet)</i>	<i>[...]</i>	<i>2007/2008</i>	<i>[...]</i>	<i>[...]</i>

--	--	--	--	--	--	--

Nærmere beskrivelse:

<i>Sykehuset i Telemark HF</i>	
<i>Kostnader</i>	<i>Ca. NOK 5.000.000,-</i>
<i>Tid</i>	<i>100 % måloppnåelse</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>100 % måloppnåelse</i>
<i>Innhold</i>	<i>100 % måloppnåelse</i>
<i>Omfang</i>	<i>100 % måloppnåelse</i>

<i>Sykehuset i Vestfold HF</i>	
<i>Kostnader</i>	<i>Ca. NOK 12.000.000,-</i>
<i>Tid</i>	<i>Ikke ferdigstilt (Januar 2008)</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>Ikke ferdigstilt (Januar 2008)</i>
<i>Innhold</i>	<i>100 % etter mål</i>
<i>Omfang</i>	<i>100 % etter mål</i>

- (7) Etter å ha vurdert prekvalifiseringssøknadene ble både klager og Hospital IT AS prekvalifisert. De kvalifiserte tilbyderne ble så tilsendt konkurransegrunnlaget. I grunnlagets punkt 3 fremgikk følgende tildelingskriterier:

"Tildelingskriteriene og vekting av disse, fremgår av tabellen under. Oppdragsgiver vil benytte en evalueringsmodell for evaluering av tilbudene.

Aggregerte tildelingskriteria	Vekt	Detaljerte tildelingskriteria - uprioritert rekkefølge
<i>Funksjonelle krav</i>	<i>15 %</i>	<i>Funksjonelle krav ihht. Kravspesifikasjon i K Bilag 1</i> <i>Produktdemonstrasjon</i> <i>Opsjoner på utvikling av funksjonalitet</i>
<i>Fysiske krav</i>	<i>10 %</i>	<i>Fysiske krav ihht. Kravspesifikasjon i K Bilag 1</i> <i>Produktspesifikasjon</i>
<i>Tekniske krav</i>	<i>10 %</i>	<i>Tekniske krav ihht. Kravspesifikasjon i K Bilag 1</i>
<i>Vedlikehold/drift</i>	<i>10 %</i>	<i>Krav til vedlikehold/drift ihht. Kravspesifikasjon i V Bilag 1</i>
<i>Merkantile krav</i>	<i>30 %</i>	<i>Pris/kostnader</i> <i>Implementeringskostnad (maskinvare, programvare mm.)</i> <i>Driftskostnad (vedlikehold og drift)</i> <i>Kontraktsrisiko</i> <i>Forutsetninger, forbehold, ansvarsbegrensninger mv.</i>
<i>Innføringsevne</i>	<i>25 %</i>	<i>Krav til implementering svart på i K Bilag 3 (del om ytelser)</i>

		• <i>Krav ferdigstillelse svart på i K Bilag 4 Prosjekt- og fremdriftsplan</i> • <i>Referanser oppgitt i kvalifikasjonssøknad</i>
--	--	--

- (8) I konkurransegrunnlaget K bilag 1 "Kravspesifikasjon" var det angitt en rekke funksjonelle, fysiske og tekniske krav. Følgende hitsettes fra punkt 3 om funksjonelle krav:

"Med pasientterminal mener HBE en flat pc-skjerm montert over eller ved hver pasientseng, hvor man via en berøringsfølsom skjerm får tilgang til og kan veksle mellom ulike tjenester som å se tv, høre på radio, surfe på internett, få informasjon fra sykehuset eller telefonere.

Følgende tjenester forventes å skulle ivaretas via pasientterminalen. Tjenestene forventes å kunne settes sammen i forhold til HBE's ønsker og behov:

- *Telefon*
- *TV*
- *Radio*
- *Internett*
- *Instant messaging*
- *Intern pasientweb*
- *Video on Demand*
- *Spill (opsjon)*
- *Lydbøker (opsjon)*
- *Musikk (opsjon)*
- *Utvidet brukerprofiler (opsjon)*
- *Lysstyring (opsjon)*
- *Betalingsløsning (opsjon)*

[...]

3.3 "Opsjon på betalingsløsning":

"Leverandøren bes beskrive en betalingsløsning for innholdet av tjenestene, både de som er spesifisert som obligatoriske, de som er definert som opsjoner, og eventuelle nye tjenester. Betalingsløsningen skal innebære at pasientene betaler for hele, eller eventuelt deler av, innholdet som leveres. På den måten kan det kanskje åpnes for flere tjenester og flere muligheter.

Det skal kunne være mulighet for kortbasert løsning (for brukere av betalingstjenestene).

Nr.	Krav	Spesifikasjon
<i>[...]</i>		
1.10	Skal	Begrensning <i>Det skal være mulig å begrense bruken av telefoni, for eksempel at man bare kan ringe til fasttelefoni i Norge. Slike begrensninger bør kunne</i>

		<i>styres på individ- og/eller gruppenivå, f.eks. at pasienter på en post får tilgang til å ringe hvem som helst mens andre pasienter kun får ringe til fasttelefoner i Norge.</i>
1.11	Skal	TV-kanaler <i>Løsningen skal inkludere som minimum følgende TV-kanaler:</i> • NRK 1 • NRK 2 • Andre gratis NRK-kanaler • TV 2 • TV Norge
1.12	Bør	Ytterligere TV-kanaler <i>Løsningen bør kunne inkludere flere TV-kanaler om ønskelig, f.eks. lokal-TV. Leverandøren bes informere om flere TV-kanaler er inkludert.</i>
[...]		
1.14	Skal	Rettigheter <i>Alle forhold knyttet til eventuelle lisenser og rettigheter skal håndteres av leverandøren, frem til Helse Vest eventuelt overtar rettighetene (jfr. pkt. 2.15).</i>
1.15	Info	Overdragelse av rettigheter <i>Beskriv hvordan eventuell overdragelse av rettigheter vil foregå, f.eks. som resultat av at Helse Vest RHF inngår felles avtale med RiksTV.</i>
[...]		
1.19	Bør	Tekst TV <i>Løsningen bør inkludere tilgang til tekst TV.</i>
[...]		
1.21	Bør	Ytterligere radio kanaler <i>Løsningen bør kunne inkludere flere radiokanaler om ønskelig, f.eks. lokalradio. Leverandøren bes informere om flere radiokanaler er inkludert.</i>
[...]		
1.25	Skal	Instant Messaging <i>Løsningen skal inkludere som minimum følgende instant messaging tjenester (chat):</i> • MSN Messenger • Yahoo Messenger
[...]		
1.40	Skal	Betalingsløsning (opsjon) <i>Løsningen skal ha inkludert mekanismer for å ivareta pasientbetaling av tjenester, selv om HBE ikke har besluttet om og i hvilken grad det eventuelt vil bli tatt i bruk (det antas uansett at enkelte tjenester vil være gratis). Beskriv betalingsløsning og hvilke muligheter som ligger i denne."</i>

(9) Fra konkurransegrunnlaget K bilag 7 "Samlet pris og prisbestemmelser" hitsettes:

"3. Priser

Alle matriser skal fylles ut med totalpriser og inneholde alle kostnader knyttet til pasientterminalløsningen. Detaljert fremstilling og beregning kan eventuelt legges ved

som vedlegg til dette bilaget i form av excel-regneark. For Opsjoner må både utvikling og implementering være inkludert i avgitt pris.

3.1 Implementering

Investerings- og anskaffelseskostnader	Beløp eks mva	Kommentarer
Implementeringspris Pris for implementering av 44 terminaler iht. Kravspesifikasjon – ferdig levert, inkl. HW/SW		
Implementeringsprosjekt Pris for implementeringsprosjekt (44 terminaler) – Ressursbruk iht. skissert prosjektorg.		
Utviklingspris Kostnadsramme for å oppfylle krav besvart med "Betinget"		
Opsjoner Utvidet video "on demand" (pkt. 1.31) Spill (pkt. 1.34) Lydbøker (pkt. 1.35) Musikk (pkt. 1.36) Utvidede brukerprofiler (pkt. 1.37) Lysstyring (pkt. 1.38) Betalingsløsning (pkt. 1.39)		
Sum implementering.		

3.2 Utvidelser

Investerings- og anskaffelseskostnader	Beløp eks mva.	Kommentarer
Implementering Pris for utvidelse av antall terminaler – pr. terminal Levert. Eventuelle volumrabatter skal oppgis."		

- (10) Innen tilbudsfristens utløp 11. februar 2008 mottok innklagede tre tilbud, herunder fra klager og Hospital IT AS.
- (11) I klagers tilbudsbrief av 11. februar 2008 var det krysset av for følgende avvik/forbehold i tilbudet:

"Ref.nr. i Tilbudet	Beskrivelse av avvik/forbehold	Årsak til avvik/forbehold	Konsekvenser for ytelse, pris, risiko, fremdrift m.v.
K Bilag 7	Valutakurs endringer	Maskinvaren i tilbudet anskaffes i Euro (£)	Avvik på +/-3% medfører

			justering”
--	--	--	------------

Kun konkrete avvik/forbehold som fremkommer i dette tilbudsbrev blir godkjent av oppdragsgiver. Avvik/forbehold som fremkommer andre steder enn i dette tilbudsbrevet binder ikke oppdragsgiver.”

- (12) Fra klagers tilbud hitsettes videre utfyllingen av konkurransegrunnlaget K bilag 2A2 ”Pasient-løsning for Helse Bergen”:

Nr.	Krav	Spesifikasjon	Svar	Kommentarer, utfyllende informasjon
[...]				
1.10	Skal	Begrensning Det skal være mulig å begrense bruken av telefoni, for eksempel at man bare kan ringe til fasttelefoni i Norge. Slike begrensninger bør kunne styres på individ- og/eller gruppenivå, f.eks. at pasienter på en post får tilgang til å ringe hvem som helst mens andre pasienter kun får ringe til fasttelefoner i Norge.	Ja	Begrensningene styres av sykehusets egne sentralbord, så er det mulig å legge en slik begrensning i HBEs telefonsentral, vil denne også være tilgjengelig i løsningen. Dette sparer sykehuset for mye administrasjon, ved å måtte vedlikeholde 2 systemer (ett for pasientterminaler, og ett for eget sentralbord)
1.11	Skal	TV-kanaler Løsningen skal inkludere som minimum følgende TV-kanaler: • NRK 1 • NRK 2 • Andre gratis NRK-kanaler • TV 2 • TV Norge	Ja	Rettighetsforholdet er en sak mellom distributør av TV-signal og sykehuset. Disse distributørene forlanger en direkte kontrakt mellom dem og dere (HBE) som mottaker av tjenesten. Vi kjenner prosessen, og kan selvfølgelig bistå i denne.
1.12	Bør	Ytterligere TV-kanaler Løsningen bør kunne inkludere flere TV-kanaler om ønskelig, f.eks. lokal-TV. Leverandøren bes informere om flere TV-kanaler er inkludert.	Ja	Det er i utgangspunktet ingen begrensning på antall kanaler, annet enn at man må ha mer teknisk infrastruktur, som for eksempel én digital tuner pr. kanal. IP-TV serveren som tilbys vil kunne håndtere 20-30 kanaler, uten særlig problem. Nødvendig maskinvare for å få dette til er priset under opsjoner.
[...]				
1.14	Skal	Rettigheter Alle forhold knyttet til eventuelle lisenser og rettigheter skal håndteres av leverandøren, frem til Helse	Ja	Alle egne lisenser, samt programvarelisenser (inkl. Microsoft), kan håndteres av oss inntil overlevering. Rettigheter til film og TV har

		Vest eventuelt overtar rettighetene (jfr. pkt. 2.15).		vi ikke lov til å tegne på vegne av tredjepart, men er en direkte avtale mellom rettighetsinnehaver og sykehuset. Dette gjelder også for internetsamband.
1.15	Info	Overdragelse av rettigheter Beskriv hvordan eventuell overdragelse av rettigheter vil foregå, f.eks. som resultat av at Helse Vest RHF inngår felles avtale med RiksTV.	Ja	Ref. foregående punkt
[...]				
1.19	Bør	Tekst TV Løsningen bør inkludere tilgang til tekst TV.	Ja	Da må man velge analogt TV-signal. IP-TV sender ikke tekst-TV signal. Alternativt kan man hente Tekst-TV via link til internett.
[...]				
1.21	Bør	Ytterligere radio kanaler Løsningen bør kunne inkludere flere radiokanaler om ønskelig, f.eks. lokalradio. Leverandøren bes informere om flere radiokanaler er inkludert.	Ja	Tilleggskanaler krever ytterligere maskinvare, dvs. egen tuner og eventuell konverterer til digitalt signal. Det er imidlertid ingen begrensninger i antall radiostasjoner man kan tilgjengeliggjøre. Nødvendig utstyr for dette er priset separat, under opsjoner.
[...]				
1.25	Skal	Instant Messaging Løsningen skal inkludere som minimum følgende instant messaging tjenester (chat): • MSN Messenger • Yahoo Messenger	Ja	
[...]				
1.40	Skal	Betalingsløsning (opsjon) Løsningen skal ha inkludert mekanismer for å ivareta pasientbetaling av tjenester, selv om HBE ikke har besluttet om og i hvilken grad det eventuelt vil bli tatt i bruk (det antas uansett at enkelte tjenester vil være gratis). Beskriv betalingsløsning og hvilke muligheter som ligger i denne."	Ja	Vi har en komplett integrert betalingsløsning, som ivaretar tariff, m.m., der man kan prissette den enkelte tjeneste ned på laveste nivå. Håndterer alle betalingsmidler, som mynt, sedler, bankkort, kredittkort, via mobiltelefon, via internett, o.e.a. Se generell beskrivelse av løsningen. Denne løsningen er bl.a. levert til Telemark og Vestfold. Løsningen er priset under opsjon. Se for øvrig

				<i>komplett beskrivelse under K Bilag 2B – Punkt 1.39.”</i>
--	--	--	--	---

- (13) Innklagede utarbeidet så et udatert skriv med diverse presiseringer og spørsmål som ble oversendt til leverandørene for besvarelse:

”Solution Partner

1) Helse Bergen har besluttet at enkelte av tjenestene som tilbys gjennom pasientterminalen skal være betalbare, hvilket bl.a. betyr at opsjonen om betalingsløsning (kravpkt. 1,40) utløses allerede fra signering av kontrakt. Prinsippet for betaling er at de tjenester som medfører en merkostnad ved bruk (eksempelvis tellerskritt ifm. telefoning) skal betales av pasienten, mens alle faste kostnader for terminal, infrastruktur o.l. ikke skal inngå i betalingsløsningen. Skisser hvilke tjenester, eventuelt deler av hvilke tjenester, som utløser slik merkostnad ved bruk, samt hvordan betaling av dette kan løses. Vennligst også gi tilbakemelding på om implementering av betalingsløsning allerede fra oppstart vil ha konsekvenser for implementeringsprosjekt, eventuelt hvilke.

2) Helse Bergen har besluttet at i første omgang skal leverandøren forestå all drift og vedlikehold av pasientterminalløsningen, jfr. V Bilag 1 – Kravspesifikasjon vedlikehold. Vi ber derfor om at man i den generelle presentasjonen inkluderer en beskrivelse av hvordan daglig drift og vedlikehold er tenkt gjennomført, organisering, ressurser, krav til Helse Bergen og/eller Helse Vest IKT m.v. Følgende eksempler/problemsituasjoner ønskes beskrevet:

- En terminal virker ikke; hvordan håndteres dette?*
- Ingen terminaler får tilgang til internett, hvordan håndteres dette?*
- Betaling via bankkort virker ikke; hvordan håndteres dette?*

3) Vi kan ikke se at K Bilag 3 inneholder fyllestgjørende beskrivelse av prosjektledelse og prosjektorganisering iht. kravene i K Bilag 1 – Kravspesifikasjon kapittel 1.

4) Under løsningsbeskrivelse av kravpkt. 1.41 fremgår det at standardleveranse normalt ikke inneholder antennesentral og TV-system for visning av video, og vi ønsker for ordens skyld en bekreftelse på at dette er inkludert i oppgitt pris.

5) Hvilket nødvendig periferiutstyr (f.eks. hodetelefoner) er inkludert i oppgitt pris, eventuelt hvor mange?

6) Hvilke deler av løsningen, periferiutstyr o.l. kan vi forvente må skiftes ut ila. avtalens løpetid (4 år), og hvor ofte må vi anta at slikt utstyr må skiftes? Denne vurderingen må gjerne være basert på erfaringer fra andre leveranser. Vennligst oppgi stykkpris på slikt utstyr.

7) Beskriv hvor mange kurs for hver gruppe iht. kravpkt. 4.3 som er inkludert i oppgitt pris, eventuelt pris og varighet pr. kurs om dette ikke er inkludert.

8) Redegjør for hvordan en fremtidig integrering mot EPJ-systemet i Helse Vest kan løses.”

(14) I e-post fra innklagede av 19. februar 2008 ble det presisert følgende:

”Ønsket tilleggsopplysning fra alle tilbydere:

Med bakgrunn i innkomne tilbud har det vist seg vanskelig å gjøre korrekte sammenligninger på pris for utvidelse av løsningen. Med bakgrunn i dette ber vi dere, med bakgrunn i den prisstruktur for utvidelse dere har valgt, beregne totale priser for utvidelse med 1.000 terminaler (500 i Bergen og 500 i Stavanger), både pris for investering/anskaffelse og driftspris pr. måned.”

(15) Innklagede avholdt forhandlingsmøte med klager 5. mars 2008, og fra referatet hitsettes:

”5) Merkantile krav

[...]

Solution Partner vil revurdere tilbudte priser.”

(16) Klager innga revidert tilbud på 44 terminaler 6. mars 2008, og fra tilbudet hitsettes:

”Husk at Solution Partner AS også kan levere ordinær internettbetaling innenfor avtalen.”

(17) I e-post av 11. mars 2008 ble klager kalt inn til nytt forhandlingsmøte. Fra e-posten hitsettes:

”Før dette siste møtet ønsker vi å gjøre følgende presiseringer som dere må forberede et svar på senest i møtet:

1) Helse Bergen ønsker en løsning hvor all infrastruktur (med unntak av lokal kabling) for å levere de forespurte tjenester er inkludert. I den grad Internett-abonnement, telefonabonnement, antenneløsning for TV, nødvendig innhold o.l. ikke er inkludert, skal dette presiseres og priser for dette angis.

2) I den grad det er behov for reservedelslager skal leverandøren basert på erfaringer fra andre leveranser angi hva dette bør bestå av og prise dette.

3) Med den forutsetning at det skal gjøres en stor anskaffelse på 500 terminaler i Bergen og 500 terminaler i Stavanger som bestilles samtidig, må det oppgis et korrekt kostnadsbilde for en slik utrulling.”

(18) Klager innga revidert tilbud på 1000 terminaler 12. mars 2008, og fra tilbudet hitsettes:

”Vi viser til tilbakemelding på tilsendte anbudsbesvarelse, og ønske om vurdering av pris, basert på et grunnlag på 1.000 terminaler, i stedet for forespurte 44.

Nedenfor følger et oppsett lik tidligere tilsendte prismatrise, men denne gang basert på et antall av 1.000 terminaler, fordelt på 2 fysiske lokasjoner (Bergen og Stavanger).”

(19) Det ble avholdt forhandlingsmøte med klager 13. mars 2008, og fra referatet hitsettes:

"Det ble gitt tilbakemelding på hvor SP fremdeles hadde et forbedringspotensial, hvor de vesentlige tema var pris og usikkerhet rundt faktisk innhold i løsningen. Med hensyn til pris presiserte oppdragsgiver at SP stod veldig langt fra sine konkurrenter mht. pris på utvidelse, men at de heller ikke hadde laveste pris på levering av de 44 terminalene. Det ble også presisert at de ikke hadde laveste pris på de 44 terminalene om prisen på betalingsløsningen ble trukket ut. Det ble på lik linje med det første forhandlingsmøtet kommunisert at fortsatt var slik at det var primært på pris og sekundært på implementering "slaget sto".

[...]

Det ble både i forkant av dette møtet og i møtet presisert at evt. skriftlig informasjon levert til møtet, avklaringer i møtet og evt. revidert tilbud/presiseringer mottatt innen fristen over, ville være det oppdragsgiver tok sin endelige beslutning på grunnlag av. Alle måtte nå altså komme med sitt absolutt beste tilbud på alle områder.

Solution Partner oversendte på møtedagen et svar på de presiseringer som svar oversendt fra oss på forhånd, og møtet ble innledet med at de gikk gjennom dette. I dette notatet var det lagt stor vekt på prisen for 1000 terminaler, samt det å prøve å klargjøre hva løsningen dekket og ikke dekket. I denne presentasjon ble det fremhevet at oppdragsgiver gjorde lurt i å beholde den tilbudte "komplekse" betalingsløsning, da dette frem i tid ville bety at vesentlig kostnad og risiko var tatt når en evt. skulle integrere denne løsningen opp mot software i "sikker sone".

(20) Fra anskaffelsesprotokollen hitsettes fra punkt 11.1 om tildelingsevalueringen:

"Oppsummert viser evalueringsskjema etter siste møte følgende:

- Hospital IT 6.317 poeng (97 % av total oppnåelig poengsum)*
- Imatis: 5.327 poeng (82 % av total oppnåelig poengsum)*
- Solution Partner 5.309 poeng (82 % av total oppnåelig poengsum)*

Solution Partner hadde fra start tilbudt en betalingsløsning som var bedre funksjonelt enn fra de to øvrige, men da også langt mer kostbar. De hadde underveis i prosessen informert muntlig om at de kunne levere en internetbasert løsning som var kostnadsfri. De tilbød aldri denne skriftlig, ei heller dokumenterte hvorvidt den dekket våre krav til betalingsløsning i kravspesifikasjonen. Etter siste forhandlingsmøte tilbød dog Hospital IT å ta hele den økonomiske risiko ved betaling inn i sin driftspris, noe som ble ansett som en enda bedre løsning enn den Solution Partner hadde tilbudt. Vi valgte derfor å beholde Solution Partner sin komplekse betalingsløsning i sammenligningen, men besluttet sideløpende å gjøre en sensitivitetsanalyse på evalueringen fra Solution Partner, hvor vi valgte å anta at den enklere betalingsløsningen dekket våre krav, slik at vi kunne verifisere om det fikk konsekvenser for beslutningen om Solution Partner ble evaluert ut fra sin enklere og rimeligere betalingsløsning.

Evalueringsskjema ble med bakgrunn i dette justert:

- Hospital IT 6.317 poeng (97 % av total oppnåelig poengsum)*
- Imatis 5.327 poeng (82 % av total oppnåelig poengsum)*

- *Solution Partner* 5.538 poeng (85 % av total oppnåelig poengsum)

Med bakgrunn i dette ble det innstilt på Hospital IT som leverandør (se under)."

- (21) I brev av 19. mars 2008, som først ble sendt til klager 28. mars 2008, ble klager meddelt at Hospital IT AS (heretter kalt valgte leverandør) var tildelt kontrakten. Klagefrist var satt til 11. april 2008. Fra brevet hitsettes:

"Innen Funksjonelle, Fysiske og Tekniske krav var det små men ikke utslagsgivende forskjeller på leverandørene. Skillet mellom leverandørene fremkom i hovedsak på Merkantile krav, hvor Hospital IT, etter siste reviderte tilbud fra leverandørene, ble evaluert signifikant bedre enn de to øvrige leverandører. Dette gjaldt spesielt på pris, hvor Hospital IT hadde laveste pris på 44 terminaler til pilotprosjekt, men også laveste pris ved evt. utnyttelse av fremtidig opsjon på utvidelse (case 1000 terminaler). Videre ble Hospital IT etter siste innlevering av reviderte tilbud også evaluert bedre enn de to øvrige tilbyderne innen Driftsmessige krav, og noe bedre innen innføringsevne. Når Driftsmessige krav, Merkantile krav og Innføringsevne til sammen sto for 65 % av den totale evalueringen gav dette høyest poengsum til Hospital IT i evalueringen. Samlet vurderes derfor Hospital IT å gi oppdragsgiver den økonomisk mest fordelaktige løsning."

- (22) I e-post av 1. april 2008 ba klager om en nærmere begrunnelse for tildelingsbeslutningen.

- (23) Innklagede opplyste følgende i e-post av 2. april 2008:

"På det siste forhandlingsmøtet med dere ble det helt korrekt gitt signaler på at det var på pris "slaget sto", og at dere var spesielt høy mht. pris på utvidelse (1000 terminaler). Men det ble i samme møtet også kommunisert at dere heller ikke var billigst på de 44 terminalene eller på implementeringsfrist."

Vår innstilling kan helt korrekt leses slik at Hospital IT ble best på merkantile bestemmelser, driftsmessige krav og innføringsevne etter siste forhandlingsrunde. Denne formuleringen har da vært misvisende. Til deres informasjon rettet ikke Hospital IT på sine priser etter dette møtet."

Solution Partner har, selv etter den rettelse dere foretok etter siste møte, fremdeles den høyeste prisen ved utvidelse."

Vi finner det ikke korrekt i forhold til taushetsplikt mht. tilbud å gi ut vårt detaljerte evalueringsskjema. Dette også ut fra at evalueringsmodellen har en kompleks oppbygging som lett kan forvirre mer enn forklare, hvis der ikke følger en meget god beskrivelse med. Hvis dere ønsker en detaljert tilbakemelding i forhold til evalueringen ønsker vi heller å invitere dere inn til et avklarende møte."

- (24) Klager ba på nytt om en nærmere begrunnelse for tildelingsbeslutningen i e-post av 3. april 2008:

- (25) Innklagede opplyste følgende i e-post av 7. april 2008:

"Vår evalueringsmodell ble bygget opp i parallell med utarbeidelsen av kravspesifikasjon, og selve modellen har ikke vært endret etter at tilbudene ble mottatt. Den er basert på at alle kravene som fremkommer i kravspesifikasjonen er inkludert, hvor oppfyllelse av det enkelte krav gis en score fra 0 (dersom kravet ikke er oppfylt) til 4 (dersom kravet er fullt ut oppfylt). Hvert kravpunkt er i tillegg vektet, hvor f.eks Bør krav har en lavere vekt enn Skal krav. Til slutt er alle kravpunktene gruppert iht. oppstillingen i kravspesifikasjonen og totalsummen vektet iht. tildelingskriteriene. Dette er en ren matematisk vekting hvor det ikke tas hensyn til andre forhold.

Dette betyr bl.a. at Innføringsevne kun er vurdert ut fra kravene som fremkommer i kravspesifikasjonen, og at i den grad en leverandør må utvikle funksjonalitet for å levere løsningen iht. kravspesifikasjonen, inkl. opsjoner, er dette vurdert under det enkelte kravpunkt gjennom en lavere score her.

Basert på evaluering etter siste forhandlingsrunde og tilbudene mottatt etter dette, kan det relative forholdet mellom Solution Partner og Hospital IT oppsummeres slik:

	Max poeng	Hospital IT	Solution Partner
Funksjonelle krav (vektet)	996	94,8 %	94,0 %
Fysiske krav (vektet)	648	98,9 %	100,0 %
Teknisk krav (vektet)	653	100,0 %	100,0 %
Driftsmessige krav (vektet)	639	100,0 %	91,2 %
Merkantile krav (vektet)	1 939	93,9 %	66,2 %
Innføringsevne (vektet)	1 620	100,0 %	74,4 %
Total poengsum (vektet)	9 495	97,2 %	81,7 %

Vi understreker for ordens skyld at det er kun kravene som fremkommer i kravspesifikasjonen som er inkludert i evalueringsmodellen, og at den relativt høye vekten for Merkantile krav og Innføringsevne, ref. kravspesifikasjonen, gjør at utslagene her blir store. Lavere score innen Merkantile krav, kommer med bakgrunn i høyere pris enn Hospital IT både på 44 terminaler (deres totalpris på kr. 2.145.840,- mot Hospital IT sin totalpris på kr. 1.676.400,-), og på prisen på casen "1000 terminaler" (deres totalpris på kr. 27.817.000,- mot Hospital It sin totalpris på kr. 19.700.000,-). Evalueringskriteriet "Opsjon på utvidelse" vurdert gjennom caset "1000 terminaler" har en vekt på 10 % av de totale Merkantile krav.

Gjenstående differanse mellom dere og Hospital IT på Innføringsevne ligger i hovedsak i at deres referanser er dårligere.

Som det fremgikk av e-post av 19. februar viste deg seg at det var vanskelig med bakgrunn i de mottatte tilbud å gjøre korrekte sammenligninger på pris for utvidelse av løsningen. Med den bakgrunn ba vi alle leverandørene, med bakgrunn i den prisstruktur for utvidelse de hadde valgt, å oppgi en pris på 1.000 terminaler (500 i Bergen og 500 i Stavanger). Forespørselen gjelder altså 44 terminaler med opsjon for utvidelse, og det har i hele prosessen vært understreket at det er svært lite sannsynlig at det kommer en samtidig og felles bestilling av 500 terminaler i Bergen og 500 i Stavanger. Evaluering av alle kravpunktene er derfor basert på 44 terminaler. Av dette følger også at pris for betalingsløsning er tillagt totalpris for 44 terminaler.

Hvis dere ønsker en ennå mer detaljert tilbakemelding står selvfølgelig tilbudet om et avklaringsmøte ved lag.”

(26) Klager besvarte dette i e-post av 7. april 2008:

”Basert på tilbakemeldingen er vi nå nærmere en forståelse av hvordan evalueringen av tilbudene er foretatt. Den relative fremstillingen i tabellen er dog formen på tilbakemelding vi også ba om å få knyttet til underkriteriene. Helse Bergen kan ikke holde den informasjonen tilbake, og vi ber om at tilsvarende utvidet tabell med relativ score også for underkriteriene oversendes.

Deres svar knyttet til betalingsløsningen bekymrer oss, da vi frykter at Solution Partner feilaktig er blitt priset for en løsning som øvrige tilbydere ikke har tilbudt. Solution Partner har både skriftlig og muntlig fremført at en langt rimeligere betalingsløsning (internettløsning) alternativt kunne tilbys – og da uten kostnad. Vi ønsker å sikre at Solution Partner har blitt sammenlignet med de øvrige tilbyderne på samme grunnlag.

Solution Partner takker ja til tilbudet om et debriefmøte, og foreslår at det avholdes som et telefonmøte i etterkant av oversendt dokumentasjon.”

(27) I e-post fra innklagede av 9. april 2008 var det vedlagt en evalueringsmatrise for underkriterier. Fra e-posten hitsettes:

”Når det gjelder deres bekymring i forhold til hvordan vi behandlet deres betalingsløsning inn i evalueringen, er denne ubegrunnet.

Vel vitende om at dere muntlig har tilbudt en langt enklere betalingsløsning kostnadsfritt, har vi i evalueringen valgt å opprettholde den skriftlig tilbudte betalingsløsningen i evalueringen. Dette fordi det funksjonelt er en langt bedre betalingsløsning. Vi har altså gitt dere full score på betalingsløsning under funksjon, og en lav score pris på betalingsløsningen. Som jeg lovet dere, har vi hele tiden vært bevisst på at vi skulle trekke ut denne betalingsløsningen av evalueringen, og evaluere dere på den enklere betalingsløsningen, hvis vi så at det var dette som gjorde at dere ble liggende på vippepunktet opp mot å vinne. Dere ville da fått full score på pris på betalingsløsningen, men noe lavere score enn i dag på funksjon for betalingsløsning.

Situasjonen ble ikke den. De ovennevnte endringer i evalueringen hadde ikke forrykket konklusjonen. Derfor har vi valgt å beholde evalueringsskjemaet slik.”

(28) Fra evalueringsmatrisen som var vedlagt e-posten av 9. april 2008 hitsettes:

”Kap. 1 – Funksjonelle krav

Nr.	Krav	Type	Hospital IT	Solution Partner
[...]				
1.10	Begrensning	Skal	100 %	50 %
[...]				
1.12	Ytterligere TV-kanaler	Bør	50 %	50 %
[...]				
1.14	Rettigheter	Skal	100 %	50 %

1.15	Overdragelse av rettigheter	Info	100 %	50 %
[...]				
1.19	Tekst-TV	Bør	75 %	50 %
[...]				
1.21	Ytterligere radiokanaler	Bør	75 %	50 %
[...]				
1.25	Instant Messaging	Skal	100 %	0 %
[...]				
1.40	Betalingsløsning	Skal	100 %	100 %”

[...]

Merkantile krav

Nr.	Krav	Type	Hospital IT	Solution Partner
	Pris/kostnader			
	Implementeringspris		100 %	50 %
	Implementeringsprosjekt		100 %	75 %
	Betalingsløsning (opsjon)		100 %	25 %
	Pris andre opsjoner		75 %	100 %
	Driftspris		75 %	75 %
	Utvidelse (1.000 term.)		100 %	50 %
	Kontraktsrisiko			
	Forbehold, begrensninger mv.		100 %	75 %

Innføringsevne

Nr.	Krav	Type	Hospital IT	Solution Partner
	K Bilag 3			
	Prosjektorganisasjon	Skal	100 %	100 %
	Prosjektledelse + profil	Skal	100 %	75 %
	Organisering av impl. prosj.	Skal	100 %	100 %
	Krav til HBE's engasjement	Skal	100 %	75 %
	Testplan	Skal	100 %	50 %
	Generelt		100 %	75 %
	K Bilag 4			
	Detaljert tidsplan	Skal	100 %	100 %
	Generelt		100 %	100 %
	Referanser:			
	Oppgitt i kvalifikasjonssøkn.	Skal	100 %	25 %”

(29) Fra klagers e-post av 10. april 2008 hitsettes følgende:

”Det hadde selvfølgelig vært best å få klagefristen utsatt til neste uke, men det kan jo ikke vi bestemme, bortsett fra at vi har krav på å få rimelig tid til å vurdere deres informasjon.”

(30) Innklagede opplyste i e-post av 10. april 2008 at klagefristen ikke ville bli utsatt.

- (31) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 11. april 2008.
- (32) I brev av 17. april 2008 meddelte innklagede at tildelingsbeslutningen ble opprettholdt.
- (33) Saken ble brakt inn for klagenemnda i e-post av 17. september 2008. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 18. april 2008.
- (34) I e-post av 16. mars 2009 ba klagenemndas sekretariat innklagede om å fremlegge all dokumentasjon fra tildelingsevalueringen som gjaldt klager og valgte leverandør.
- (35) I e-post fra innklagede av 23. mars 2009 var det vedlagt "fullstendige vurderingsskjemaer" av 25. mars 2008 for klager og valgte leverandør. Av skjemaene fremgikk det at klagers tilbud totalt hadde fått 5 388 poeng, mens valgte leverandørs tilbud hadde fått 6 317 poeng. Fra vurderingen av klagers tilbud hitsettes følgende:

"Kap. 1 – Funksjonelle krav"		Tilbyder: Solution Partner AS				Referanse til forespørsel	
Nr.	Krav	Type	Karakter (0-4)	Vekttall (1-6)	Poengsum	Side	Kapittel
[...]							
1.10	Begrensning	Skal	2	6	12	6	K Bil. 1, kap. 3
[...]							
1.12	Ytterligere TV-kanaler	Bør	2	2	4	7	K Bil. 1, kap. 3
[...]							
1.14	Rettigheter	Skal	2	4	8	7	K Bil. 1, kap. 3
1.15	Overdragelse av rettigheter	Info	2	1	2	7	K Bil. 1, kap. 3
[...]							
1.19	Tekst-TV	Bør	2	2	4	7	K Bil. 1, kap. 3
[...]							
1.21	Ytterligere radiokanaler	Bør	2	2	4	7	K Bil. 1, kap. 3
[...]							
1.25	Instant Messaging	Skal	4	4	16	7	K Bil. 1, kap. 3
[...]							
1.40	Betalingsløsning	Skal	4	5	20	8	K Bil. 1, kap. 3"

[...]

Merkantile krav		Tilbyder: Solution Partner AS				Referanse til forespørsel	
Nr.	Krav	Type	Karakter	Vekttall	Poeng-	Side	Kapittel

			(0-4)	(1-6)	sum		
	[...]						
	Kontraktsrisiko						
	Forbehold, begrensninger mv.		3	6	18		Vurdering

[...]

Prosjektorg.- og implementering		Tilbyder: Solution Partner AS				Referanse til forespørsel	
Nr.	Krav	Type	Karakter (0-4)	Vekttall (1-6)	Poengsum	Side	Kapittel
	K Bilag 3:						
	Prosjekt-organisasjon	Skal	4	5	20	4	K. Bil. 1, kap. 1
	Prosjektledelse + profil	Skal	3	6	18	4	K. Bil. 1, kap. 1
	Organisering av impl.prosj.	Skal	4	6	24	4	K. Bil. 1, kap. 1
	Krav til HBE's engasjement	Skal	3	6	18	4	K. Bil. 1, kap. 1
	Testplan	Skal	2	5	10	4	K. Bil. 1, kap. 1
	Generelt inntrykk		3	3	9	4	K. Bil. 1, kap. 1
	K Bilag 4						
	Detaljert tidsplan	Skal	4	5	20	4	K. Bil. 1, kap. 1
	Generelt inntrykk	Skal	3	3	9	4	K. Bil. 1, kap. 1
	Referanser						
	Oppgitt i kvalifikasjons søkn.		1	6	6	10	Vurdering"

- (36) I vurderingsskjemaet for valgte leverandørs tilbud fremgikk det at valgte leverandør hadde fått karakteren 4 på kravspesifikasjonen punkt 3.3, krav 1.40, om betalingsløsning.

- (37) I e-posten av 23. mars 2009 var det videre vedlagt et vurderingsskjema av 26. mars 2008 som viste klagers poengsum for det tilfelle at en alternativ betalingsløsning ble lagt til grunn. Av skjemaet fremgikk det at klager fikk karakteren 3 på det funksjonelle kravet 1.40 om betalingsløsning, og at tilbudet totalt ville fått 5 538 poeng.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Prosedyreformen konkurranse med forhandling

- (38) Innklagede hadde ikke hjemmel i forskriftens § 14-3 (1) bokstav b for å benytte prosedyreformen konkurranse med forhandlinger. Ved flere anledninger har EF-domstolen understreket at de tilsvarende bestemmelsene i EU-direktivene er uttømmende unntaksregler som må fortolkes restriktivt. Dette fremgår også av ordlyden "særlige tilfeller" i § 14-3 (1) bokstav b. Videre vises det til FAD Veileder om innholdet i § 14-3 (1) bokstav b. Bakgrunnen for at konkurranse med forhandling kun unntaksvis kan benyttes, er at oppdragsgivers rom for å utøve skjønn i stor grad utvides. Dette medfører at risikoen for forskjellsbehandling av deltakerne øker og at gjennomsiktigheten i konkurransen reduseres.
- (39) I den foreliggende sak var anskaffelsen ikke særlig kompleks. Det var ikke tale om et typisk utviklingsprosjekt, men kjøp av ferdige terminaler og enkel infrastruktur med tilhørende tjenester. Basert på forhandlingene som har vært gjennomført kan klager ikke se at det forelå et reelt behov for å benytte denne anskaffelsesprosedyren. Dette synliggjøres også ved at valg av kontrakt er SSA Kjøpsavtalen. Forhandlingene har vært fokusert på pris, og i marginal grad vært rettet mot de tekniske og funksjonelle sidene av tilbudet. Det kan synes som innklagede har benyttet forhandlet prosedyre for å lære mer om egne behov, noe som ikke faller inn under unntaket i § 14-3 (1) bokstav b. Oppdragsgiver kan gjøre undersøkelser om egne behov før det velges konkurranseform, samt benytte rådgivere som kjenner markedet. Selv om innklagede foretok presiseringer om anskaffelsens innhold, var disse ikke av en art som det ikke var mulig å foreta på forhånd, og heller ikke viktige i forhold til hensynene bak at unntaksbestemmelsen kun kan benyttes i særlige tilfeller. Innklagedes synes å innrømme at det i ettertid ikke bød på særlige problemer å sammenligne tilbudene, men hevder at det er virkeligheten på tidspunktet for valg av prosedyre som må legges til grunn. Klager er enig i dette, men kan ikke se at virkelighetsbildet var særlig ulikt før og etter valg av prosedyre. Det er tre leverandører i markedet, og det kan neppe være så vanskelig å få oversikt over disse løsningenes muligheter til å dekke oppdragsgivers behov, hvis man foretar en grundig behovsanalyse i forkant av kunngjøringen slik offentlige aktører skal gjøre.

Gjennomføringen av forhandlingene

- (40) Innklagede har ikke forhandlet med klager i en slik grad klager måtte kunne forvente, og det foreligger derfor brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det stilles spørsmål ved hvorfor innklagede ikke har påpekt de punktene hvor klager har svart ja på kravene i kravspesifikasjonen, men likevel blitt trukket i evalueringen. I det siste forhandlingsmøtet stilte klager et direkte spørsmål om hvilke områder i tilbudet som kunne forbedres, og innklagede svarte da at det kun var nødvendig å komme tilbake med en samlet pris på opsjonen 1000 terminaler. De øvrige forhold i tilbudet var det ingen grunn til å endre. Klagers pris var langt høyere enn valgte leverandørs, på tross av at

klager på siste forhandlingsmøte fikk tilbakemelding om at siste prisjustering var nok for å komme i en posisjon der pris ikke lenger var et avgjørende kriterium.

- (41) I utgangspunktet tilbød klager en betalingsløsning hvor pasienter benyttet kort som ble kjøpt i kortautomater. Betalingsløsningen var kvalitativt i en annen klasse enn hva andre tilbydere kunne tilby i markedet, og dermed også betydelig dyrere. Klager fremmet derfor også et parallelt tilbud på en annen betalingsløsning, som tilsvarte den løsning de øvrige tilbydere hadde tilbudt, og dette kostnadsfritt som en del av totalprisen. Tanken var å gi innklagede valgmuligheten, og samtidig ikke ødelegge klagers muligheter for å levere en prisdyktig leveranse. Tilbudet ble fremmet muntlig i forhandlingsmøtet samt gjennom e-post av 6. mars 2008. På grunnlag av det som fremkommer av innklagedes e-post av 23. mars 2009 forstår klager det slik at innklagede ikke bestrider at klager både skriftlig og muntlig har bekreftet at en slik løsning kan leveres uten ekstra kostnad, men at løsningen etter innklagedes syn ikke kan anses tilbudt hvis den ikke er presentert i henhold til formreglene. Klager var gjennom forhandlingene svært opptatt av at man ikke skulle bli "straffet" for å kunne tilby en langt bedre betalingsløsning enn øvrige deltakere. Det ble derfor uttrykkelig presisert skriftlig og muntlig at den internettbaserte betalingsløsningen parallelt kunne leveres kostnadsfritt hvis innklagede ikke ønsket den opprinnelig tilbudte betalingsløsning. I etterkant av det siste forhandlingsmøtet ønsket klager også en bekreftelse på om det var behov for ytterligere presiseringer eller forbedringer av tilbudet. Innklagedes svar på dette var nei, med unntak av prisen på opsjon på 1000 terminaler. Det ble ikke gitt noen indikasjoner på at det var av interesse å få presentert den internettbaserte løsningen på en mer utfyllende måte. Når innklagede i ettertid hevder at løsningen ikke er tilbudt i henhold til formkravene, viser dette at innklagede ikke er seg bevisst sin rolle som offentlig oppdragsgiver ved forhandlet prosedyre.

Klagefrist

- (42) Klagefristen på 13 dager var urimelig kort sett i sammenheng med innklagedes trenerende holdning fra det tidspunkt klager etterspurte nærmere begrunnelse og dokumentasjon. En rimelighetsbetraktning av klagefristens lengde må ses i lys av hvor lang tid tilbyderen har til reelt å vurdere tildelingen etter at dokumentasjon for beslutningen er overlevert. Klager måtte etterspørre dokumentasjon om valgte leverandørs tilbud i tre e-poster før dette endelig ble utlevert én dag før klagefristens utløp. Innklagede nektet å gi klager utvidet klagefrist for å kunne vurdere begrunnelsen. I stedet for å avklare om det var begått feil, inngikk innklagede kontrakt med valgte leverandør omgående. Innklagede tilbød riktig nok avklaringsmøte, men hadde ikke anledning til å avholde telefonmøte før etter at klagefristen var gått ut. Regelverket må tolkes slik at klagefristen er urimelig kort dersom man ikke så snart som mulig utleverer etterspurt dokumentasjon. Noe annet ville medføre at deltakerne i konkurransen tvinges til å begjære midlertidig forføyning.

Tildelingsevalueringen

- (43) Det foreligger flere åpenbare feil i tildelingsevalueringen, og disse vil gjennomgå i det følgende. Det registreres at innklagede ikke ønsker å gå inn i enkeltforholdene klager påpeker, noe klager finner underlig. For klager ville det være av interesse å få forklart nærmere hvordan det logisk sett kan henge sammen at karaktergivningen har slått ut slik klager har pekt på. Innklagede har heller valgt å redegjøre for en overordnet modell, noe klager vanskelig kan kommentere.

1. Begrensning av brukernes telefoneringsmuligheter

- (44) Løsningsbeskrivelsen punkt 1.10 omhandler muligheter for å begrense brukernes telefoneringsmuligheter i pasientterminalens telefonsystem. Klager har svart ja til dette kravet, og i kommentarfeltet beskrives det at begrensningen kan oppnås gjennom eget sentralbord dersom dette er ønskelig. Tidligere har klager spurt om det var innklagedes eget sentralbord som skulle benyttes, eller klagers "stand alone" løsning, men innklagede kunne på det daværende tidspunkt ikke svare på dette.
- (45) Klagers telefonløsning er svært fleksibel og kan selvfølgelig ha de samme avgrensninger (eks. på telefonnummer, etc.) utenfor sentralbordet, og således gi full oppfyllelse av kravet. Det foreligger dermed to løsningsalternativer; enten i innklagedes eksisterende telefonsentral eller i klagers tilbudte løsning. Kravet er fullt og helt oppfylt gjennom klagers tilbudte løsning, og det er uforståelig at klager har fått trekk på dette punkt.

2. Utvidelse av tv- og radiokanaler

- (46) Løsningsbeskrivelsen punkt 1.12 og 1.21 omhandler utvidelse av tv- og radiokanaler, og klager har svart ja på dette kravet. Det er ingen funksjonell begrensning i forhold til utvidelse av TV og radiokanaler i den tilbudte løsning. Kravet er således helt og fullt oppfylt, og det er uforståelig at klager har fått trekk på dette punkt.

3. Rettigheter og overdragelse av rettigheter

- (47) Løsningsbeskrivelsen punkt 1.14 og 1.15 omhandler rettigheter og overdragelse av rettigheter, og klager har svart ja på dette kravet. Klager vil håndtere lisensene, men det er innklagede som må inngå lisensavtalene med rettighetshaverne, og således undertegne disse avtalene. Dette, samt at all dokumentbehandling håndteres av klager, er presisert i forhandlingsrundene. Også dette kravet er helt og fullt oppfylt gjennom tilbudt løsning, og det er således uforståelig at det gis trekk for dette.

4. Tekst-tv

- (48) Løsningsbeskrivelsen punkt 1.19 omhandler mulighet for tekst-tv i pasientterminalen, og klagers svar til kravet er nei. Ved tidspunktet for tilbudsfristen fantes det ingen løsning i markedet for å levere tekst-tv på digitale tv-sendinger. Det ble likevel i kommentarfeltet klart gitt uttrykk for at tekst-tv kunne tilbys via internett. Det fremstår som urimelig at klager blir trukket mer i funksjonalitet enn andre for en funksjon som ikke teknisk finnes. Tekst-tv tilbys gjennom klagers tilbud.

5. "Instant messaging"

- (49) Løsningsbeskrivelsen punkt 1.25 omhandler "Instant messaging", og klagers svar på kravet er ja. Klager har ikke gitt ytterligere kommentarer eller forbehold, men har likevel fått null poeng på dette punkt. Dette fremstår som uforståelig for klager da kravet fullt og helt er oppfylt gjennom tilbudet.

6. Betalingsløsning

- (50) Løsningsbeskrivelsen punkt 1.40 omhandler betalingsløsning for brukere av terminalen, og klager har svart ja på dette kravet. Innklagedes evaluering av betalingsløsningen var svært avgjørende for rangeringen av tilbyderne under tildelingskriteriet "*Merkantile krav*". I utgangspunktet tilbød klager en betalingsløsning hvor pasienter benyttet kort som ble kjøpt i kortautomater. Betalingsløsningen var kvalitativt i en annen klasse enn hva andre tilbydere kunne tilby i markedet, og dermed også betydelig dyrere. Klager

fremmet derfor også et parallelt tilbud på en annen betalingsløsning, som tilsvarte den løsning de øvrige tilbydere hadde tilbudt, og dette kostnadsfritt som en del av totalprisen. Tanken var å gi innklagede valgmuligheten, og samtidig ikke ødelegge klagers muligheter for å levere en prisdyktig leveranse. Tilbudet ble fremmet muntlig i forhandlingsmøtet samt gjennom e-post av 6. mars 2008. I e-posten fremgikk det at klager også kunne levere ordinær internettbetaling "*innenfor avtalen*". Ordlyden "*innenfor avtalen*" må forstås som en del av fastprisen. Partene imellom har det aldri vært tvil om at internettløsningen ville bli tilbudt kostnadsfritt dersom innklagede ikke ønsket den dyrere betalingsløsningen. I et slikt tilfelle ville prisen for den dyrere betalingsløsningen tas ut av totalprisen. Denne forståelsen kommer klart frem blant annet av e-post fra innklagede av 9. april 2008.

- (51) Av evalueringsdokumentasjonen fremkommer det at innklagede har lagt til grunn den dyreste betalingsløsningen og sammenlignet denne med de øvrige tilbyderes løsninger. Dette må etter klagers syn anses som forskjellsbehandling av tilbyderne. Innklagede var forpliktet til å sammenligne tilbyderne på likt grunnlag – noe innklagede hadde full anledning til i dette tilfellet da det forelå to parallelle løsninger. Etter klagers syn hadde innklagede ikke frihet til å, basert på hvordan klager løpende lå an i evalueringen, velge hvilken løsning som skulle legges til grunn for evalueringen. Innklagede hadde plikt til å søke å sammenligne løsningene på likt grunnlag, og samtidig vurdere innenfor rammene av konkurransegrunnlaget om klager burde gis høyere score for å tilby flere parallelle løsninger.
- (52) Konsekvensen av å kun evaluere klager med den dyrere betalingsløsningen gir store utslag på tildelingskriteriet "*Merkantile krav*". Det medfører en økning i prisen på 44 terminaler, på opsjonen på 1000 terminaler og på implementering. Dersom man ser på den relative score på ovennevnte prislelementer, så fremstår det klart at klager rammes hardt av den urettmessige evalueringen ved å legge til grunn den dyrere betalingsløsningen. Dette utgjør forskjellen på om klager vinner eller ikke.
- (53) Klager har fått karakteren 3 for den internettbaserte betalingsløsningen, mens valgte leverandør har fått karakteren 4. Klagers tilbudte løsning er imidlertid identisk med de øvrige tilbydernes løsning, og det er vanskelig å forstå hva innklagede legger til grunn for karaktergivningen. Det nemnda må vurdere, er hvordan valgte leverandør kan ha fått karakteren 4 på sin tilbudte internettbaserte betalingsløsning, når klager for sin langt mer avanserte betalingsløsning får tilsvarende karakter. Urettmessigheten ligger i at valgte leverandør har fått full score på det funksjonelle, og at klager har blitt hardt rammet på pris. Dette er ulogisk og uriktig.

7. Forbehold og begrensninger

- (54) Videre har klager fått trekk på punktet om forbehold og begrensninger uten å ha tatt forbehold i tilbudet. Det er også bekreftet fra innklagede at klager ikke skulle fått trekk på dette punkt. Når det gjelder TV-rettigheter, så var det ikke mulig for klager å inngå disse avtalene. Det er kun rettighetshaveren, dvs. innklagede, som av juridiske årsaker kan inngå disse avtalene. Klager ville sørge for at innklagede fikk rettighetene, men selve undertegningen av lisensavtalene måtte innklagede gjøre selv. Dette ble redegjort for både i klagers tilbud og muntlig i forhandlinger, og det vises til klagers tilbud der svar til kravspesifikasjonen punkt 1.11 var utfyllt. Dersom innklagede har funnet det negativt at distributørene forlanger at kontrakt inngås direkte, er dette ikke noe klager kan trekkes for. Det gjelder naturligvis for alle andre leverandører av pasientterminaler

som har mulighet til å vise tv-signaler, herunder valgte leverandør. Innklagede indikerer også at klager er blitt trukket for andre "*uttrykkelige forbehold*". Hvis så er tilfelle, er det etter klagers syn merkelig at disse ikke er pekt på under forhandlingene.

8. Oppdragsgivers engasjement

- (55) Det er også urimelig at klager er blitt trukket på punktet om innklagedes engasjement. Klager har ikke satt krav om innklagedes engasjement. Det er urealistisk at innklagede skal investere i en slik stor løsning uten å delta på noe nivå, og klager har her lagt seg på et minimumsnivå.

9. Prosjektledelse - kompetanseprofil

- (56) Når det gjelder punktet om prosjektledelse – kompetanseprofil, ble det etter forespørsel fra klager i forhandlingsmøte, gitt bekreftelse fra innklagede på at det var trygghet for innføring i klagers tilbud, og at det var unødvendig å oversende CVer. Når det ikke ble etterspurt dokumentasjon som gjorde at innklagede reelt kunne vurdere prosjektledelsen, kan klager ikke se at det var grunnlag for trekk på dette punkt.

10. Referanser

- (57) Innklagede har bekreftet at referansen på Sykehuset i Telemark (SIT) ikke er kontaktet, mens referansen på Sykehuset i Vestfold (SIV) er kontaktet. Begrunnelsen for at innklagede ikke kontaktet referansen på SIT var at dette var et analogt prosjekt. Imidlertid var det tale om et analogt/digitalt system. I forhold til hva som skulle implementeres i den aktuelle konkurranse, var funksjonalitet i prosjektet på SIT nærmere å sammenligne enn det komplette prosjekt på SIV. Prosjektet på SIV er etter hvert blitt mer likt et utviklingsprosjekt i kompleksitet, og er i omfang et prosjekt langt utover det som skal gjennomføres hos innklagede. Det blir således feil å legge vekt på referanser fra SIV, da referansen ikke er relevant i forhold til det som skal vurderes, nemlig innføringsevnen. Klager mener også at innklagede er forpliktet til å kontakte referanser og reelt vurdere tilbakemeldingene fra disse når innklagede gjennom konkurransegrunnlaget viser at dette er noe som vil bli vektlagt, og som innklagede faktisk har vektlagt.

Innklagedes anførsler:

Prosedyreformen konkurranse med forhandling

- (58) Innklagede hadde hjemmel i forskriftens § 14-3 (1) bokstav b til å benytte prosedyreformen konkurranse med forhandling. En pasientterminal er en kombinert terminal for telefoni, TV, radio, data m.v. som plasseres på den enkelte seng på sykehuset. Det har vært en betydelig teknologisk utvikling på denne typen tjenester og det finnes flere leverandører som tilbyr ulike løsninger. Innklagede kunne nok i noen grad beskrive hvilke løsninger som var ønskelige, men det var under planleggingen svært vanskelig å se hva som var mulig. Det var derfor behov for å gå i forhandlinger med leverandørene for å få klarhet i hva de kunne levere for å møte oppdragsgivers behov. Denne oppfatningen fikk innklagede bekreftet ved å innhente erfaringer fra andre helseforetak som nylig hadde gjennomført liknende anskaffelser, bl.a. Ullevål universitetssykehus og Sykehuset i Vestfold. De understreket at det hadde krevd arbeid å få frem sammenliknbare tilbud. Etter en vurdering av de tekniske utfordringer innklagede stod overfor, konkluderte man med at dette var en kontrakt der det var riktig å benytte konkurranse med forhandling. Det vises også til kopi av spørsmål til leverandører, som viser at det var hensiktsmessig for innklagede å presisere

anskaffelsens innhold under anskaffelsesprosedyren. I ettertid kan det stilles spørsmål ved om terminalene som ble tilbudt av de tre leverandørene var så likeverdige teknisk sett at det var nødvendig med en konkurranse med forhandling. Avgjørelsen om å benytte konkurranse med forhandling måtte imidlertid tas i forkant av anskaffelsen, og avgjørende må være at det på dette tidspunkt var grunnlag for å benytte konkurranse med forhandling.

Klagefrist

- (59) Innklagede kan ikke se at klagers anførsel om at det skulle vært gitt mer tid til å utarbeide klagen er relevant, ettersom klagen ble innlevert og behandlet.
- (60) Uansett vil en klagefrist på 13 dagers måtte anses tilstrekkelig etter forskriftens § 22-3. Hovedregelen er at fristen løper fra det tidspunkt klageren har mottatt en begrunnelse som oppfyller forskriftens krav til innhold. Etter innklagedes syn fikk klager en begrunnelse som oppfylte vilkåret i forskriftens § 20-16 (1) allerede ved brevet som ble oversendt 28. mars 2008. Dette inneholdt en grei oppsummering av tildelingskriteriene og understreket de avgjørende sammenliknende faktorene. Det ble særlig presisert at de merkantile krav, og særlig pris, var avgjørende. Prisforskjellen mellom klager og valgte leverandør var så betydelig at dette alene begrunnet at klager ikke vant frem i konkurransen.
- (61) Begrunnelsen ble utdypet i korrespondanse på e-post som fant sted mens klager arbeidet med klagen. Selv om nemnda skulle finne at tilstrekkelig begrunnelse først ble gitt på et senere tidspunkt enn 28. mars 2008, må det vektlegges at innklagede i klageperioden var villig til å svare på spørsmålene fra klager og ga opplysninger utover det man hadde plikt til. Samtidig var det klart at klager hele tiden kunne arbeide med klagen.
- (62) I e-post av 10. april 2008 ba klager om forlenget klagefrist. På dette tidspunkt hadde klager mottatt den informasjon som innklagede på dette tidspunkt ville gi om evalueringen – betydelig mer enn det innklagede hadde plikt til å gi. Det fulgte også av e-posten at klager forholdt seg til fristen. Behovet for utsatt frist var begrunnet ut fra ønsket om å gjennomgå nye opplysninger – for øvrig opplysninger innklagede fant at det ikke var ønskelig å gi. Det ble derfor ikke gitt utsatt frist.

Tildelingsevalueringen

- (63) Tildelingskriteriene var delt opp i ulike grupper som skulle vektles forskjellig, jf. konkurransegrunnlaget s. 10. De ulike kravene var igjen spesifisert gjennom de ulike kravspesifikasjoner. Gjennom de ulike kravspesifikasjonene ble det presisert hvilke enkeltkriterier som ville spille med i vurderingen. Hvert enkelt kriterium ble bedømt på en skala fra 1-4, der fire normalt ble gitt for full oppfyllelse av de krav som ble satt av innklagede. Det enkelte kriterium ble så målt internt innenfor den relevante gruppen av kriterier. Dette skjedde ved at poengsummen for enkeltkriteriene ble multiplisert med et tall mellom 1-6, som ga uttrykk for hvor viktig det enkelte kriterium var for vurderingen innenfor gruppen. Prosessen ble avsluttet med at hver tilbyder oppnådde en sum for hver av de seks tildelingskriteriene. For å få til en helhetsvurdering, måtte summen for hvert av enkeltkriteriene multipliseres med en faktor som ga uttrykk for den prosentvise betydning av enkeltkriteriet, jf. konkurransegrunnlaget s. 10. For at denne vurderingen skulle bli riktig, måtte man både ta hensyn til prosentandelen ved vektingen og den maksimale poengsum som kunne oppnås for hvert enkelt kriterium.

- (64) Ved den endelige vurderingen kunne man etter denne matrisen få maksimalt 6495 poeng. Valgte leverandør fikk 6317 poeng, dvs. 97 % av det oppnåelige. Klager fikk 5309 poeng, dvs. 82 % av det oppnåelige. Det var således en betydelig forskjell.
- (65) Etter innklagedes syn er det ikke nødvendig å gå inn i alle detaljspørsmålene der klager er misfornøyd med evalueringen. Valgte leverandør manglet 178 poeng på å oppnå full score i konkurransen, og klager ville dermed tapt om det var saklig grunn til å redusere poengsummen med flere poeng enn dette.
- (66) Innklagede har ikke stadfestet overfor klager at klager ikke ville få trekk på underpunktet "*Forbehold, begrensninger m.v.*". Trekket ble for øvrig ikke gitt på grunn av uttrykkelige forbehold i klagers tilbud. Poenget var at klagers tilbud hadde begrensninger som valgte leverandør ikke hadde – blant annet forutsatte klager at innklagede skulle inngå egne avtaler med TV-selskapene. Dette var et negativt forhold som innklagede fant best kunne komme til uttrykk ved et trekk i poengsummen for dette underpunktet.
- (67) Et viktig punkt ved evalueringen var prisen. Klager hadde en pris som lå betydelig høyere enn valgte leverandørs. Det var to elementer som ble priset. Det ene var pris på 44 terminaler som var det innklagede i første omgang ville kjøpe. Det andre var pris på en tenkt leveranse på 1000 enheter. Begge disse prisene ble – som oppgitt i konkurransegrunnlaget – evaluert som et merkantilt krav.
- (68) Klagers pris på 44 enheter lå 28 % over valgte leverandørs pris. Ved evalueringen fikk klager to, mens valgte leverandør fikk fire poeng. De to poengene som klageren ble trukket i forhold til maksimal score utgjorde i alt en poengsum på 157. De to poengene må først multipliseres med seks for å finne frem til vektingen innad blant de merkantile krav. Dette gir 12 poeng. Deretter må poengsummen multipliseres med 13,1 som i innklagedes regnemetode er et matematisk uttrykk for at merkantile krav teller 30 %. En slik poengreduksjon var uansett begrunnet med en prisforskjell av den størrelse som forelå mellom klager og valgte leverandør.
- (69) Klagers pris på 1000 enheter lå 37 % over valgte leverandørs pris. Også dette ga en karakter på to av fire oppnåelige poeng. Vektingen innad blant de merkantile krav var her noe lavere enn prisen på 44 enheter og tallet to ble derfor multiplisert med fire. Dette gav åtte poeng, og ved å multiplisere dette med 13,1 fikk man poengsummen 105. Også denne relative poengreduksjonen er for øvrig velbegrunnet med en så betydelig prisforskjell.
- (70) Klager hadde i sitt tilbud gitt en betalingsløsning som var meget avansert og som åpnet for en rekke alternative løsninger for organiseringen av pasientenes betaling. Dette var en løsning som fikk full score på funksjonalitet, men som også var svært dyr og fikk lavere score på dette parameteret. Klager hevdet både i møter og per e-post at det kunne tilbys en langt enklere betalingsløsning basert på at pasientene betalte over internett ved hjelp av kredittkort. Denne betalingsløsningen ble nevnt, men aldri tilbudt. Dette innebærer blant annet at klager aldri presenterte denne løsningen slik at det var mulig å vurdere om løsningen ville oppfylle de minstekrav til betalingsløsningen som ble skissert i notatet med spørsmål til leverandørene. Etter innklagedes syn ble denne løsningen ikke presentert på en slik måte at den skulle med i noen vurdering. På grunn av den vekt klager la på spørsmålet om betalingsløsning, valgte innklagede likevel å

foreta en vurdering basert på at klager hadde presentert løsningen og at denne oppfylte minstekravene som var skissert i notatet med spørsmål til leverandørene. Vurderingen viste at dette ikke hadde hatt noen effekt på resultatet.

- (71) Vurderingsskjemaet av 26. mars 2008 er et skjema der den enklere betalingsløsning på nettet er vurdert. Denne evalueringen viser at innklagede valgte å oppfatte situasjonen slik at klager tilbød en internettbasert løsning. Klager ga imidlertid ikke tilstrekkelig informasjon til å vurdere om løsningen fullt ut oppfylte det krav til betalingsløsning som var skissert i notatet med spørsmål til leverandørene. Dette medførte at klager fikk karakteren 3 for løsningen. Av konkurransemessige hensyn kan innklagede ikke gå inn på hvordan innklagede valgte å oppfylle dette kravet, men konstaterer at det ikke er riktig når klager hevder at valgte leverandør tilbød en internettbasert betalingsløsning, og at valgte leverandør derfor har fått for høy score på dette punkt.
- (72) Et annet vesentlig punkt var referanser. Klager fikk lav score på dette punkt fordi den eneste relevante referansen innklagede hadde oppfattet forelå, hadde betydelige kritiske merknader til leveransen som var mottatt og klagers gjennomføring av oppdraget.
- (73) Klager påpeker at innklagede også burde ha kontaktet en referanse som etter klagers syn var relevant fordi det dreide seg om en leveranse av et kombinert analogt/digitalt system. Innklagede kontaktet ikke denne leveransen fordi den ikke ble oppfattet som relevant ut fra de opplysninger klager selv ga. De opplysninger klager nå kommer med om denne leveransen, kunne innklagede umulig ta hensyn til på det tidspunkt det ble vurdert om referansen skulle kontaktes. Uansett var det åpenbart saklig å gi klager ett av fire oppnåelige poeng i en situasjon der referansen kom med betydelige kritiske merknader. Referanser er åpenbart svært relevant ved denne typen leveranser, noe som er uttrykkelig nevnt på s. 10 i konkurransegrunnlaget.
- (74) Referanser er satt opp som et underkriterium innenfor hovedkriteriet innføringsevne. Internt blant underkriteriene er dette et viktig kriterium som derfor multipliseres med seks i den interne evalueringen. Dette gir i utgangspunktet et poengtap på 18 som igjen skal multipliseres med faktoren ni som uttrykk for at hovedkriteriet etter konkurransegrunnlaget teller 25 %. Poengtapet for referanser blir etter dette 162, og innklagede kan ikke se at dette er en urimelig poengreduksjon for et så vesentlig forhold.
- (75) Det er etter dette redegjort for en poengreduksjon på totalt 445 poeng. Selv om klager hadde fått full score på alle andre kriterier, viser dette at maksimal poengsum ville blitt 6050 poeng. Dette er betydelig mindre enn de 6317 poeng som ble oppnådd av valgte leverandør. Forskjellen er så stor at det er klart at klager ikke ville vunnet frem. Innklagede ser derfor ingen grunn til å kommentere flere av enkeltkriteriene som er trukket frem av klager.
- (76) For øvrig er de reelle forskjellene mellom klagers og valgte leverandørs tilbud så betydelige at resultatet uansett evalueringsmetode ville blitt den samme.

Klagenemndas vurdering:

- (77) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter

sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det var adgang til å benytte konkurranse med forhandling

- (78) Det er på det rene at innklagede har benyttet prosedyren konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, og således gjort unntak fra hovedregelen om at det skal benyttes anbudskonkurranse, jf. forskriftens § 14-1 (1).
- (79) Spørsmålet for klagenemnda blir da om innklagede hadde hjemmel i forskriftens § 14-3 (1) bokstav b for å benytte denne prosedyren. Av bestemmelsen følger det at konkurranse med forhandling kan benyttes *"i særlige tilfeller hvor vare-, tjeneste- eller bygge og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd"*.
- (80) Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling er oppfylt, jf. klagenemndas sak 2003/184.
- (81) Ordlyden *"i særlige tilfeller"* og *"ikke tillater"* tilsier at det skal mye til for at unntaksbestemmelsen i § 14-3 (1) bokstav b kommer til anvendelse. Dette har også støtte i FAD Veileder s. 91:

"Det er ikkje tilstrekkeleg at oppdragsgivaren subjektivt finn det vanskeleg å fastsetje ein pris. Det følgjer av ordlyden i føresegna at det berre er i unntakstilfelle føresegna kan brukast. Det typiske bruksområdet blir særleg komplekse anskaffingar."

- (82) Også i teorien er det antatt at unntaksbestemmelsen i § 14-3 (1) bokstav b er snever. I *"The Law of Public and Utilities Procurement"*, 2. utgave, 2005, s. 567, har Sue Arrowsmith uttalt følgende om den tilsvarende bestemmelse i Direktiv 2004/18 art 30 (1) bokstav b:

"As with the possibility of setting a specification, whether overall pricing is "possible" is a question of degree. However, the overall pricing ground (unlike the specification ground) only applies in "exceptional" cases."

- (83) I klagenemndas sak 2008/140 var det spørsmål om en anskaffelse av kopi- og utskriftstjenester ble omfattet av unntaket i § 14-3 (1) bokstav b. Klagenemnda la til grunn at det sentrale spørsmålet var om det kunne etableres en prismekanisme. I konkurransegrunnlaget var det oppgitt at tilbyderne skulle oppgi en *"klikkpris"* per trykk. Prisen skulle inkludere alle kostnader unntatt papir, og var de eneste kostnadene innklagede skulle ha. Klagenemnda kunne ikke se at innklagede hadde dokumentert at det forelå så mange risikomomenter i relasjon til prisfastsettelsen at konkurranse med forhandling var nødvendig, og la til grunn at vilkåret i § 14-3 (1) bokstav b ikke var oppfylt, jf. premiss (45). Videre ble det lagt til grunn at selv om anskaffelsen var omfattende og komplisert, kunne konkurransegrunnlaget ikke endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forskriftens § 17-2. De eventuelle forhandlingene kunne således ikke omhandle de kunngjorte funksjonskrav, jf. premiss (46).
- (84) I den foreliggende sak var det tale om anskaffelse av løsning for pasientterminal, og spørsmålet for nemnda er således om det kunne etableres en prismekanisme.

- (85) Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at pasientterminalløsningen var en kombinert hardware- og softwareanskaffelse, hvor det så langt det var mulig i anskaffelsesprosessen ikke skulle ligge fremtidige begrensninger i forhold til integrasjon mot f.eks. pasientsignal og pasientjournalssystem. På denne bakgrunn ble anskaffelsen oppfattet å være av en slik art at det var meget vanskelig å gi en samlet prisfastsettelse på forhånd. Det fremkom også at innklagede hadde innhentet erfaringer og synspunkt fra andre helseforetak som hadde gjennomført tilsvarende anskaffelser, og disse hadde understreket at en av utfordringene i anbudsprosessen var å få sammenlignbare løsninger og tilbud. Innklagede har videre i prosesskrift av 17. oktober 2008 anført at det har vært en betydelig teknologisk utvikling på denne typen tjenester, og at det fantes flere leverandører som tilbød ulike løsninger. Etter innklagede syn kunne det nok i noen grad beskrives hvilke løsninger som var ønskelige, men det var vanskelig å se hva som var mulig. Disse forholdene kan tale for at anskaffelsen var av en slik art at det ikke kunne etableres en prismekanisme på forhånd.
- (86) På den annen side var det i konkurransegrunnlaget K bilag 1 "*Kravspesifikasjon*" oppgitt en rekke funksjonelle, fysiske og tekniske krav til terminalløsningen. Videre var det i punkt 3 "*Priser*" i konkurransegrunnlaget K bilag 7 "*Samlet pris og prisbestemmelser*" angitt at alle matriser skulle fylles ut med totalpriser og inneholde alle kostnader knyttet til pasientterminalløsningen. I punkt 3.1 var det bedt om pris på investerings- og anskaffelseskostnader. Dette var delt inn i "*Implementeringspris*", hvor pris for implementering av 44 terminaler iht. kravspesifikasjon – ferdig levert, inkl. HW/SW skulle oppgis. Neste punkt var "*Implementeringsprosjekt*", hvor pris for implementeringsprosjekt (44 terminaler) – ressursbruk iht. skissert prosjektorganisasjon skulle oppgis. Videre skulle det oppgis "*Utviklingspris*", dvs. en kostnadsramme for å oppfylle krav besvart med "*Betinget*". Til sist skulle det oppgis pris på "*Opsjoner*", som var delt inn i underpunktene "*Spill*", "*Lydbøker*", "*Musikk*", "*Utvidede brukerprofiler*", "*Lysstyring*", og "*Betalingsløsning*". I punkt 3.2 var det bedt om pris på utvidelse av antall terminaler, og det var angitt at prisen skulle oppgis per levert terminal. Senere ble det presisert at det skulle gis pris på en tenkt utvidelse på 1000 enheter, jf. e-post av 19. februar 2008.
- (87) Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, var det således spesifisert både hvilke krav terminalene skulle oppfylle, og hvordan terminalene skulle prissettes. Etter nemndas syn måtte tilbyderne på grunnlag av dette sies å ha gode muligheter for å beregne en samlet pris på løsningen for pasientterminal uten å måtte forhandle med innklagede. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagede har godtgjort at anskaffelsen etter sin art eller tilknyttede risiko ikke tillot en samlet prisfastsettelse på forhånd. Innklagede hadde således ikke hjemmel i forskriftens § 14-3 (1) bokstav b til å benytte konkurranse med forhandling, og det foreligger dermed et brudd på forskriftens § 14-1 (1), jf (3).

Gjennomføringen av forhandlingene

- (88) Klager har anført at innklagede ikke har forhandlet med selskapet i en slik grad det kunne forventes, og at det derfor foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (89) Klager mener for det første at innklagede burde ha påpekt at det var behov for å få presentert den internettbaserte betalingsløsningen på en mer utfyllende måte. Slik klagenemnda forstår innklagedes anførsler, ble det lagt til grunn at løsningen ikke var

tilbudt. Dette fordi den etter innklagedes syn ikke var presentert på en slik måte som gjorde det mulig å vurdere om løsningen oppfylte minstekravene som var skissert i notatet med spørsmål til leverandørene. Under forutsetning av at minstekravene var oppfylt, valgte innklagede likevel å vurdere om den alternative betalingsløsningen ville medføre noen endring av resultatet av konkurransen. Når dette ikke var tilfelle, valgte innklagede å se bort fra den internettbaserte betalingsløsningen. Klagenemnda legger dette til grunn i det følgende.

- (90) Etter klagenemndas oppfatning må det anses sannsynliggjort at klager tilbød en alternativ internettbasert betalingsløsning, som i tillegg var kostnadsfri, jf. klagers reviderte tilbud av 6. mars 2008. Spørsmålet er derfor om innklagede hadde plikt til å påpeke at løsningen måtte presenteres ytterligere for at innklagede skulle kunne vurdere om den oppfylte minstekravene skissert i notatet med spørsmål til leverandørene. I notatet fremgår det blant annet at leverandørene skulle skissere hvilke tjenester, eventuelt deltjenester, som medførte en merkostnad ved bruk, samt hvordan betaling av dette skulle løses, jf. kravspesifikasjonen punkt 3.3 krav 1.40.
- (91) I utgangspunktet er det tilbyder som har ansvar for å gi korrekte opplysninger i tilbudet. Oppdragsgiver kan eventuelt sørge for avklaring ved tvil om hvordan et punkt skal forstås. I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det imidlertid ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas sak 2003/105 og Veileder FAD s 182. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas sak 2005/218 premiss (33), eller det er av betydning i disfavør av tilbyder når denne ligger svært likt med en annen tilbyder, og forholdet dermed kan bli utslagsgivende, jf. klagenemndas sak 2008/123 premiss (47).
- (92) I referatet fra forhandlingsmøtet den 13. mars 2008 fremgår det at klager stod langt fra sine konkurrenter når det gjaldt pris på utvidelse, og at klager heller ikke hadde laveste pris på levering av de 44 terminalene. Dette ville også være tilfelle dersom prisen på betalingsløsningen ble trukket ut. Videre fremgår det av referatet at det ble kommunisert at det var primært på pris og sekundært på implementering at "*slaget stod*". I e-post av 7. april 2008 fremgår det at poengforskjellen mellom klager og valgte leverandør i hovedsak skyldes evalueringen av tildelingskriteriene "*Merkantile krav*" og "*Innføringssevne*". På tildelingskriteriet "*Funksjonelle krav*" skilte det kun 0,8 % mellom klager og valgte leverandør.
- (93) Dette viser at prisforskjellen mellom klager og valgte leverandør var ett av to forhold som fikk avgjørende betydning for tildelingsevalueringen. Ettersom pris på betalingsløsning var et sentralt element i prisvurderingen, finner nemnda derfor at innklagede burde ha påpekt at den kostnadsfrie betalingsløsningen ikke ble ansett for å være beskrevet i en slik grad at det kunne vurderes om løsningen oppfylte minstekravene beskrevet i notatet med spørsmål til tilbyderne. Unnlattelsen av å påpeke dette forholdet er i strid med kravet til god forretningskikk i forskriftens § 20-11 (5) og lovens § 5.
- (94) Klager har videre vist til at innklagede ikke har påpekt de punktene hvor klager har svart ja på kravene i kravspesifikasjonen, men likevel er blitt trukket i evalueringen.

Klagenemnda forstår dette slik at klager her viser til konkurransegrunnlaget bilag 1 "*Kravspesifikasjon*", punkt 3.3, krav 1.10, 1.12, 1.14, 1.15, 1.19 og 1.25, og legger dette til grunn i det følgende. Disse kravene ble evaluert under tildelingskriteriet "*Funksjonelle krav*", og kunne således neppe tenkes å bli utslagsgivende i disfavør av klager, jf. e-post av 7. april 2008. Nemnda kan derfor ikke se at innklagede hadde plikt til å påpeke disse forhold under forhandlingene.

- (95) Til sist er det vist til at klagers pris var langt høyere enn valgte leverandørs pris, på tross av at klager på siste forhandlingsmøte fikk tilbakemelding om at en siste prisjustering var nok for å komme i en posisjon der pris ikke lenger var et avgjørende kriterium. Nemnda kan ikke se at innklagede skulle ha plikt til å påpeke tilbudets svakheter med hensyn til pris i større grad enn det som ble gjort.

Tildelingsevalueringen

- (96) Klager har anført at innklagede har begått en rekke feil ved tildelingsevalueringen. Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om evalueringen er basert på korrekt faktum og ellers er saklig og forsvarlig.

Tildelingskriteriet "Funksjonelle krav"

- (97) Klager har anført at det for en rekke av kravene i kravspesifikasjonen punkt 3.3 "*Opsjon på betalingsløsning*" er uforståelig at klager ble gitt poengtrekk. Det vises til at klager har svart ja på kravene, og til at tilbudet etter klagers syn helt og fullt oppfyller kravspesifikasjonene. Dette gjelder krav 1.10 om at det skulle være mulig å begrense bruken av telefoni, krav 1.12 og 1.21 om utvidelse av tv- og radiokanaler, krav 1.14 og 1.15 om rettigheter og overdragelse av rettigheter og krav 1.25 om "*Instant messaging*".
- (98) Fra klagenemndas sak 2005/35 premiss (43) hitsettes følgende om kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5:

"Det er for klagenemnda fremlagt en poengmatrise, men ingen forklaring på poenggivningen. I medhold av lovens krav til etterprøvnbarhet, jf § 5, må det kreves at oppdragsgiver kan dokumentere evalueringen. Innklagede har brutt kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5 ettersom det ikke kan påvises hvordan og hvorfor innklagede kom frem til de karakterene som ble gitt."

- (99) I e-post av 23. mars 2009 fikk klagenemnda oversendt ytterligere dokumentasjon fra evalueringen av klagers tilbud. Det vedlagte vurderingsskjemaet av 25. mars 2008 viste at det for det enkelte krav ble gitt karakter fra 0-4, som deretter ble ganget opp med et vektall fra 1-6 for å finne poengsummen. Av skjemaet fremgår det at klager fikk karakteren 2 på kravene 1.10, 1.12, 1.14, 1.15 og 1.21. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har påvist hvorfor disse karakterene ble gitt, og det foreligger dermed brudd på kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5. For øvrig vil nemnda bemerke at vurderingsskjemaet viser at klager fikk full uttelling (karakteren 4) på krav 1.25 "*Instant messaging*", mens det i evalueringsmatrisen vedlagt e-post av 9. april 2008 fremgår at klager har fått 0 % uttelling på dette punkt.

- (100) Når det gjelder krav 1.19 om mulighet for tekst-tv i pasientterminalen, anfører klager at det ved tidspunktet for tilbudsfristen ikke fantes noen løsning i markedet for å levere

tekst-tv på digitale tv-sendinger. Det ble likevel i kommentarfeltet klart gitt uttrykk for at tekst-tv kunne tilbys via analogt tv-signal eller via internett, og tekst-tv ble dermed i realiteten tilbudt. Etter klagers syn var det urimelig at klager ble trukket mer i funksjonalitet enn andre for en funksjon som ikke teknisk fantes. I vurderingsskjemaet vedlagt e-post av 23. mars 2009 fremgår det at klager fikk karakteren 2 på dette punkt. Heller ikke på dette punkt kan nemnda se at innklagede har påvist hvorfor denne karakteren ble gitt, og det foreligger således brudd på kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5.

(101) I kravspesifikasjonen punkt 3.3 "*Opsjon på betalingsløsning*" var det i krav 1.40 angitt at tilbyderne skulle tilby en betalingsløsning (opsjon). Klager har anført at innklagede hadde plikt til å vurdere begge de to tilbudte betalingsløsningene. På bakgrunn av det resultat nemnda har kommet til under premiss (93), finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til denne anførselen.

(102) Klager har videre anført at det er uforståelig at valgte leverandør fikk lik score som klager på "*funksjonalitet*" for betalingsløsningen. Av vurderingsskjemaene av 25. mars 2008 fremgår det at både klager og valgte leverandør fikk karakteren 4 på punkt 1.40 om betalingsløsning. Innklagede har i e-post av 25. mars 2009 forklart at det av konkurransemessige hensyn ikke kan redegjøres for hvordan valgte leverandør oppfylte dette kravet, men at det ikke er riktig at valgte leverandør har tilbudt en internettbasert løsning. Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har påvist hvorfor valgte leverandør fikk like høy score som klager på dette punkt, og det foreligger dermed et brudd på kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5.

Tildelingskriteriet "Merkantile krav"

(103) Klager har anført at innklagede gav trekk for forbehold, selv om klager ikke hadde tatt forbehold i tilbudet. Ifølge klager har innklagede bekreftet at klager ikke skulle hatt trekk på dette punkt. Dette er bestridt av innklagede i e-post av 23. mars 2009. Av vurderingsskjemaet vedlagt innklagedes e-post av 23. mars 2009 fremgår det at klager har fått karakteren 3 på underpunktet "*Forbehold, begrensninger mv.*" under tildelingskriteriet "*Merkantile krav*". Innklagede har i e-post av 25. mars 2009 forklart at klager fikk trekk på dette punkt fordi tilbudet hadde begrensninger som valgte leverandør ikke hadde – blant annet forutsatte klager at innklagede selv skulle inngå egne avtaler med TV-selskapene. Klager har anført at heller ikke valgte leverandør kunne inngå slike avtaler, da det av juridiske årsaker er rettighetsinnehaveren som må inngå disse. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har sannsynliggjort at valgte leverandør kunne inngå slike avtaler på vegne av innklagede, og det foreligger således brudd på kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5.

Tildelingskriteriet "Innføringsevne"

(104) Etter klagers syn skulle det ikke vært gitt trekk for krav til innklagedes engasjement. Dette fordi klager har lagt seg på et minimumsnivå, og det er urealistisk at innklagede ikke skal delta på noe nivå. Videre anføres det at klager ikke skulle blitt trukket for prosjektledelse og kompetanseprofil. Etter forespørsel fra klager i forhandlingsmøte, ble det av innklagede gitt bekreftelse på at det var trygghet for innføring i klagers tilbud, og at det var unødvendig å oversende CV-er. Når det ikke ble etterspurt dokumentasjon som gjorde at innklagede reelt kunne vurdere prosjektledelsen, kan klager ikke se at det var grunnlag for trekk på dette punkt.

- (105) Av vurderingsskjemaet vedlagt e-post av 23. mars 2009 fremgår det at klager har fått karakteren 3 på underpunktene "*Prosjektledelse + profil*" og "*Krav til HBE's engasjement*". Innklagede har ikke påvist hvorfor klager fikk trekk på disse underpunktene, og det foreligger dermed brudd på kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5.

Innhenting av referanser

- (106) Klager har anført at innklagede burde ha tatt kontakt med den oppgitte referansen hos Sykehuset i Telemark (SIT). Videre er det anført at innklagede ikke skulle ha vektlagt referansen fra Sykehuset i Vestfold (SIV), da referansen etter klagers syn ikke var relevant for det som skulle vurderes, nemlig innføringsevnen.
- (107) I konkurransegrunnlaget punkt 3 var "*Referanser oppgitt i kvalifikasjonssøknad*" angitt som et underkriterium under tildelingskriteriet "*Innføringsevne*". Det er på det rene at klager oppga to referanser fra tilsvarende oppdrag i kvalifikasjonssøknaden, og at dette var Sykehuset i Telemark HF og Sykehuset i Vestfold HF, jf. tilbudets vedlegg 6.4.2.1.
- (108) Det første spørsmålet for nemnda er om innklagede skulle ha kontaktet Sykehuset i Telemark (SIT).
- (109) Det kan ikke oppstilles en generell regel om at alle oppgitte referanser i en konkurranse skal kontaktes, jf. klagenemndas sak 2007/106 premiss (48), med videre henvisninger til klagenemndas praksis. I den foreliggende sak har innklagede forklart at prosjektet ved Sykehuset i Telemark ikke ble ansett relevant ut fra de opplysninger klager selv ga. Det er vist til at det ikke fremgikk av klagers søknad at det var tale om en leveranse av et kombinert analogt/digitalt system. Klagenemnda har ikke holdepunkter for at denne vurderingen var uforsvarlig. Unnlatelsen av å kontakte Sykehuset i Telemark var således ikke i strid med anskaffelsesregelverket.
- (110) Klager har videre anført at det var feil å legge vekt på referanser fra Sykehuset i Vestfold, da prosjektet etter hvert var blitt mer likt et utviklingsprosjekt i kompleksitet. Det er på det rene at klager har oppgitt Sykehuset i Vestfold som en referanse fra tilsvarende oppdrag, og klager måtte dermed være forberedt på at innklagede ville vektlegge opplysninger som denne referansen gav. Klager kan derfor ikke høres med denne anførselen.

Klagefrist

- (111) Klager har anført at klagefristen på 13 dager var urimelig kort. Det er vist til at innklagede ikke utleverte etterspurt dokumentasjon så snart som mulig, men i stedet etter klagers syn viste en trenerende holdning.
- (112) Av forskriftens § 22-3 (1) følger det at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skal meddeles til deltakerne "*i rimelig tid*" før kontrakt inngås. Videre følger det at den skriftlige meddelelsen om hvem som skal tildeles kontrakt, skal inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 20-16 (1). I forskriftens § 20-16 (1) fremgår det at:

"Oppdragsgivers begrunnelse om kontraktstildeling skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier".

- (113) Formålet bak bestemmelsen i § 20-16 (1) er å gi leverandørene grunnlag for å vurdere om tildelingsbeslutningen skal imøtegås, enten ved at oppdragsgiver blir bedt om å endre avgjørelsen (typisk ved klage på tildelingsbeslutningen til oppdragsgiver) eller ved at det blir begjært midlertidig forføyning for domstolene, jf. FAD Veileder s. 201.
- (114) Av klagenemndas sak 2008/172 (premiss 29) følger det at klagefristen først begynner å løpe når leverandøren har fått en begrunnelse som tilfredsstillende kravet i § 20-16 (1).
- (115) I den foreliggende sak er det ikke bestridt at tildelingsmeddelelsen av 19. mars 2008 oppfylte kravene til begrunnelse i forskriftens § 20-16 (1), og nemnda legger dette til grunn i det følgende. Det er på det rene at klager fikk tildelingsmeddelelsen oversendt på e-post 28. mars 2008, og klagefristen begynte således å løpe fra dette tidspunktet. Klagefristen var satt til 11. april 2008, og etter nemndas syn må en frist på 14 dager i dette tilfellet anses for å tilfredsstillende kravet til "*rimelig tid*" i § 20-16 (1).

Konklusjon:

Helse Vest IKT AS har brutt forskriftens § 14-1 (1), jf. (3), ved å kunngjøre en konkurranse med forhandling uten at det var hjemmel for dette i forskriftens § 14-3.

Helse Vest IKT AS har brutt kravet til god forretningsskikk i forskriftens § 20-11 (5) og lovens § 5 ved å la være å påpeke at klager måtte beskrive hvordan den internetbaserte betalingsløsningen oppfylte minstekravene skissert i notatet med spørsmål til leverandørene jf. konkurransegrunnlaget Bilag 1 "*Kravspesifikasjon*" punkt 3.3, krav 1.40.

Helse Vest IKT AS har brutt kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5 ved at det ikke er påvist hvorfor valgte leverandør fikk like høy score som klager på underpunktet 1.40 under tildelingskriteriet "*Funksjonalitet*", og ved at det ikke er påvist hvorfor klager fikk poengtrekk på en rekke av underpunktene under tildelingskriteriene. Dette gjelder på underpunktene 1.10, 1.12, 1.14, 1.15, 1.19 og 1.21 under tildelingskriteriet "*Funksjonalitet*", på underpunktet "*Forbehold, begrensninger mv.*" under tildelingskriteriet "*Merkantile krav*", og på underpunktene "*Prosjektledelse + profil*" og "*Krav til HBE's engasjement*" under tildelingskriteriet "*Innføringsevne*".

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
30. mars 2009



Jakob Wahl