



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om kjøp og vedlikehold av verktøy for virksomhets- og prosessmodellering. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen på grunn av måten klagers reviderte tilbud var levert inn på.

Klagenemndas avgjørelse 10. august 2009 i sak 2009/155

Klager: IDS Scheer Sverige AB

Innklaget: Helse Sør-Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Bjørg Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, god forretningsskikk.

Bakgrunn:

- (1) Helse Sør-Øst RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 16. februar 2009 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om kjøp og vedlikehold av verktøy for virksomhets- og prosessmodellering. Det var gitt en kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang i kunngjøringen punkt II.1.5):

"Prosjektet skal anskaffe et verktøy for virksomhets og prosessmodellering for å kunne modellere og visualisere prosesser, strategier, mål, organisasjon og roller på ulike lag i Helse Sør-Øst. Disse skal kunne kobles sammen og vedlikeholdes i en helhetlig struktur i en virksomhetsmodell.

Rammeavtalen skal omfatte alle helseforetak i Helse Sør-Øst i tillegg til 5 private sykehus, RHFet og sykehuspartner.

Formålet med anskaffelsen er å tilrettelegge for:

- Å sikre gjenbruk av modeller på tvers av fagområder og helseforetak ved å standardisere symboler og metodikk. Dette vil bidra til å skape en felles forståelse og bedre interaksjon mellom ulike fagområder.*
- Felles faglig utvikling på tvers av alle aktuelle fagområder gjennom et standardisert opplæringsprogram i e-læringsportalen som alle brukergrupper skal ha tilgang til.*
- Reduserte kostnader ved å gjennomføre en felles regional anskaffelsen.*
- Systematisk og dokumentert virksomhets- og systemutvikling der alle arbeids- og beslutningsprosessene kan legges til grunn.*

- *Kvalitetssystemer (avviks- og dokumentstyringssystem) og påfølgende sertifisering og akkreditering av virksomheter. For eksempel kartlegging og dokumentering av alle hovedprosesser.*

Overordnet funksjonalitet:

Den anskaffede løsningen skal ha funksjonalitet for blant annet å:

- *Støtte modellering av forretningsdelen av virksomheten inkl, mål, strategi, relasjoner mellom disse, roller etc. I tillegg må verktøyet kunne modellere informasjon, applikasjon og teknisk infrastruktur.*
- *Mulighet for å presentere arkitekturen i ulike nivåer/ "views" i prosessen tilpasset bruker.*
- *Tilby en standardisert bruk av felles symboler.*
- *Mulighet for å ta inn standard maler som er tilpasset ulike brukergrupper.*
- *Ha lav brukerterskel for enkle oppgaver.*
- *Gi god visuell presentasjon av forretningstjenester som organisasjonen tilbyr.*
- *God samhandlingsfunksjon (eksport/import av data).*
- *Mulighet for eksport av diagrammer til web-publiseringsstrukturer, samt XML-basert eksport av modeller.*
- *Åpent grensesnitt slik at løsningen kan kommunisere med ulike system.*

Anskaffelsen gjelder kjøp av varer og tjenester som:

- *Programvarelisenser*
- *Vedlikehold*
- *Innføring og opplæring"*

(2) *Anskaffelsesprosedyren var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 1.4:*

"Denne anskaffelsen følger prosedyren med konkurranse med forhandling i henhold til Lov om offentlige anskaffelser [...] med tilhørende forskrift [...] del I og III. Dette innebærer at oppdragsgiver har frihet til å forhandle om innleverte tilbud.

Evaluerings og forhandling vil tentativt foregå over flere faser, hvor oppdragsgiver vil benytte seg av adgangen til å redusere antall tilbud det skal forhandles om. Oppdragsgiver tar sikte på følgende faser i evaluerings- og forhandlingsperioden:

- *Fase 1: Kontroll av innleverte tilbud med påfølgende initiell evaluering av korrekt leverte tilbud.*
- *Fase 2: Demonstrasjon av tilbudt løsning (jf pkt 6.3). Overordnede og gjennomgående forhandlings- og avklaringspunkter. Re-evaluering. Første reduksjon av tilbud.*
- *Fase 3: Forhandlinger med inntil tre leverandører. Oppdatert tilbud med påfølgende re-evaluering og reduksjon av leverandører.*
- *Fase 4: Sluttforhandlinger med inntil to leverandører med påfølgende sluttevaluering og kontraktstildeling.*

Oppdragsgiver tar forbehold om mindre endringer av denne planen dersom resultatet av tilbudsevalueringer og forhandlinger skulle nødvendiggjøre dette.”

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 6.2 hadde innklagede gitt nærmere bestemmelser om klassifisering av krav og svarkoder ved utforming av tilbud:

De oppstilte krav til leverandørens ytelser er beskrevet og klassifisert etter følgende standard:

- *Nr. Generelle (G), Funksjonelle (F), Tekniske (T) og Forvaltnings- (V) krav er nummerert fortløpende.*
- *Krav. Dette er feltet der kravet beskrives tekstlig.*
- *Klassifisering O = Obligatoriske krav. Dersom krav med denne klassifisering ikke er innfridd vil tilbudet avvises.*
- *Klassifisering H = Høy viktighet. Meget viktig for utnyttelse av løsningen at kravet er innfridd.*
- *Klassifisering M = Middels viktighet. Viktig at kravet er innfridd.*
- *Klassifisering L = Lav viktighet. Ikke avgjørende for å kunne ta løsningen i bruk, men ønskelig.*
- *Tidsmessig klassifisering 1: Må være oppfylt ved installasjonsdag.*
- *Tidsmessig klassifisering 2: Må være oppfylt ved tidspunkt bestemt av leverandør.*
- *Kolonnen B, beskrivelse, angir at dersom kravet innfris, skal det gis en utdypende beskrivelse av hvordan innfrielse realiseres.*

Videre skal leverandøren i kravtabeller vedlagt hhv generell, funksjonell, teknisk og forvaltningsmessig kravspesifikasjon tabellarisk besvare alle krav. Leverandøren skal i kravtabellene angi:

- *Hvorvidt kravet er å anse som innfridd ”i dag”; dvs. som en del av den generiske løsning som tilbys.*
- *Alternativt på hvilket senere tidspunkt kravet vil kunne anses som innfridd.*
- *Hvorvidt innfrielse av kravet medfører tilleggsutvikling.*
- *Dersom kravet ikke vil innfris (”Tilbys ikke”).*
- *Bekreftelse på at utdypende beskrivelse av kravinnfrielsen er gitt.*
- *Evt. kommentarer.*

Kravtabellene skal i besvart stand inngå som tabellarisk besvarelse til hhv K Bilag 2A, 2B2 og 2C2 samt V bilag 2, 2A.”

- (4) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 7. mai 2009 klokken 10.00. Blant leverandørene som leverte tilbud i konkurransen var IDS Scheer Sverige AS (heretter kalt klager). Ved brev av 14. mai 2009 inviterte innklagede klager til forhandlingsmøte. Fra brevet hitsettes:

”Endring i agenda vedrørende demo/use case presentasjon 19. mai og innkalling til første forhandlingsmøte 10. juni

Helse Sør-Øst RHF ønsker å gjennomføre en grundig evaluering av innkomne tilbud før det tas beslutning om reduksjon av antall leverandører.

Det betyr at første møte vil fokusere på presentasjon av demo/use case og spørsmål knyttet til dette. Det vil ikke bli stilt spørsmål til tilbudsbesvarelsen i dette møtet som tidligere angitt.

Hver leverandør vil likevel få en muntlig tilbakemelding på svakheter i tilbudet, som vil bli diskutert på første forhandlingsmøte.

Nedenfor følger oppdatert agenda for møtet 19. mai:

[...]

Tidspunkt for første forhandlingsrunde:

Dato for første forhandlingsmøte er satt til 10.06.09.

Tidspunkt 09.00 – 11.00.

Sted: Karenslyst allé 20, Deloitte huset.

Dere vil i møtet få en mer detaljert tilbakemelding på tilbudet deres og innspill til revidering av tilbud til neste forhandlingsrunde.”

- (5) Forhandlingsmøtet ble avholdt 10. juni 2009 fra klokken 09.00 til klokken 10.30. Fra møtereferatet hitsettes:

<i>Område</i>	<i>Spørsmål fra Helse Sør-Øst</i>	<i>Svar leverandør</i>
<i>[...]</i>		
<i>Vedlikehold</i>	<i>Dere leverte 3 utgaver av tabell over leverandørsvar med omtrent likt innhold, vi forholdt oss til ”final”.</i>	
	<i>Noen obligatoriske krav er ikke besvart. Avvisning vurderes fortløpende. Det er viktig at dere besvarer disse kravene.</i>	
	<i>V2: Vist til Bilag 2 og 3: Står ikke hvilken programvare som skal omfattes av vedlikeholdsavtalen. Dette besvart.</i>	
	<i>Det refereres til en Applicant Management avtale. De skal innarbeides og ligge i vedlikeholdsavtalen, ikke kjøpsavtalen. Er det andre kontraktsforhold som legges til grunn betrakter vi dette som vesentlige kontraktsforbehold. Krever det endringer skal det fremkomme i K og V bilag 8. V27 og V28 – pris kursdatabase.</i>	<i>Leverandør kommer tilbake på dette.</i>
	<i>Dere viser til beskrivelser som er gjort i Kjøpsavtalen. Referansene bør stå i Vedlikeholdsavtalen – uavhengige avtaler.</i>	
	<i>Dere vil måtte forholde dere til flere HF, vi ber dere ta dette i betraktning.</i>	

<i>Generelle krav</i>	<i>Neste møte mer fokus på gjennomføringsplaner og lignende. Vi har bedt om fastpris på innføring. Vi vil bruke tid på å få avklart dette på neste møte slik at de kan prise det på neste møte. Vi tar alle spørsmål underveis i møte.</i>	
<i>Merkantilt</i>	<i>Pris: Må jobbe mer for å få fastpris på innføringsytelser.</i>	
	<i>Pris ligger omtrent som forventet, men dere må vurdere timeprisene deres, er ikke konkurransedyktige på timepriser. Vi sammenstiller alle priselementer inkl. konsulenttimer. Vi gjør en total kost med 6 års vedlikehold. For å få sammenlignet enhetspris på konsulenttimer gjør vi et anslag på hva vi antar vi vil benytte pr. kategori. Vi forholder oss ikke til overtid. Dere har mulighet for å gjøre endringer i alle prisene.</i>	<i>Ønsker å få våre anslag på ant. konsulenttimer vi antar å benytte.</i>
	<i>Det er ønskelig fra vår side å ha en best mulig pris fra hele regionen.</i>	<i>Har dere noen preferert prismodell</i>

[...]

4. Neste steg

Det ønskes revidert tilbud fra tilbyder. Fristen for dette settes til 15. juni klokken 09.00.

Som revidert tilbud er det tilstrekkelig med oversendelse av de dokumenter og vedlegg tilbyder endrer i forhold til opprinnelig tilbud. Sammen med opprinnelig tilbud vil disse utgjøre revidert tilbud fra leverandøren.

Ved levering av revidert tilbud bes leverandør merke tekst/områder som er endret med gult. I tillegg bes det om at leverandøren skriver endringslogg i forhold til hva som er endret i forhold til opprinnelig tilbud.

Revidert tilbud oversendes elektronisk til e-post [...]

Som angitt i konkurransegrunnlaget gjennomføres konkurransen med forhandling i flere faser for å redusere det antall tilbud det skal forhandles om. Ved utvelgelse for videre forhandlinger legges de kunngjorte tildelingskriterier til grunn. Prosjektet vil informere om eventuell videre deltakelse den 19.06.09. Eventuelle videre forhandlinger planlegges 22. og 23. juni.

Eventuelle åpne punkter innenfor de ulike områdene vil tas opp etter sommerferien med de leverandørene som går videre til sluttforhandlingene.”

- (6) 11. juni 2009 sendte innklagede en e-post til klager, der det ble gitt informasjon om prisingen av konsulentttjenester:

"Til informasjon vedr. prisberegning konsulenttimer

Som nevnt i første forhandlingsmøte så sammenstiller vi alle priselementer inkl. konsulenttimer slik at vi får en totalpris pr. leverandør.

For å få sammenlignet enhetspris på konsulenttimer opplyser vi herved at vi vil legge 1000 konsulenttimer til grunn for prisberegningen. Beregningen vil baseres på en gjennomsnittspris pr. konsulent (konsulent, senior konsulent, ekspert etc.)

Disse 1000 timene kommer i tillegg til timer inkl. i fastprisen på pilot og forprosjekt som dere har oppgitt."

- (7) 15. juni klokken 07.27 sendte klager følgende e-post til innklagede:

"Hei,

aktuelle dokumenter er lastet opp til <http://www.contract.net/guest/hso/> hvor de kan lastes ned enkeltvis eller som zip-filer for hhv. dokumenter og vedlegg. Logg inn med brukernavn "hso" og passord "tilbud".

Merk: Det kan tenkes at vi gjør endringer fram til kl. 09.00 i dag, så vennligst vent til etter dette med å laste ned.

Dersom det mot formodning skulle oppstå tekniske problemer med nedlasting av dokumentene, vennligst ta kontakt per telefon til undertegnede straks, så finner vi en annen løsning.

Merk: Vi har lastet opp to kataloger (med underkataloger) med vedlegg, der den ene katalogen kun inneholder vedlegg som er referert i revidert tilbud (og den andre vedlegg som var ment å komme med ifm. opprinnelig tilbud, men som da falt ut).

I tillegg til dette, ber vi om at følgende informasjon oversendes aktuelle personer hos Helse Sør-Øst, ref. spørsmål på møtet om link til videre informasjon (videopresentasjoner m.m.):

- Diverse åpent tilgjengelig materiale er for anledningen samlet under [...] inkl. et antall webcasts med videopresentasjoner under [...].*
- ARIS Expert Paper Library: [...]*

Vi imøteser gjerne også en tilbakemelding på at dokumentene er vellykket nedlastet – så tar vi en tur ut i solen;-)"

- (8) Innklagede avviste klagers tilbud i brev av 19. juni 2009. Fra brevet hitsettes:

"Basert på en vurdering av Deres tilbud i henhold til ovenstående ser Helse Sør-Øst RHF seg dessverre nødt til å måtte avvise Deres tilbud.

Avvisningen begrunnes i at det reviderte tilbudet ikke ansees som levert innen angitt frist. I samsvar med FOA § 20-13, del 1 bokstav a gir dette oppdragsgiver plikt til å avvise tilbudet. Helse Sør-Øst RHF ga i forhandlingsmøtet instruks om hvordan det reviderte tilbudet skulle leveres. Ved fristens utløp hadde Helse Sør-Øst RHF fått tilsendt en URL til et område der det skulle være mulig å laste ned dokumenter. Dette anser ikke Helse Sør-Øst RHF å være et juridisk bindende tilbud, og kan heller ikke av hensyn til prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarhet aksepteres.

Videre har Helse Sør-Øst RHF lagt det opprinnelige tilbudet til grunn for vurdering. I dette tilbudet er det tatt vesentlige forbehold mot de generelle avtalevilkårene ved at det i tilsvaret på krav til vedlikehold vises til en egen application management avtale som en forutsetning for oppfyllelse av flere krav. Det er iht FOA § 20-13, del 1 bokstav d ikke anledning til å ta slike vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Det er videre tvil om et obligatorisk minstekrav, krav V53, er oppfylt, da dette kravet er besvart med en svarkode S med henvisning til vedlagt policy. Manglende oppfyllelse av obligatoriske krav medfører i henhold til konkurransegrunnlagets del I, pkt. 6.2 avvisning. Dette i samsvar med FOA § 20-13, del 1, bokstav e. Besvarelsen på vedlikeholdskravene er videre samlet sett vurdert som så ufullstendig at det i samsvar med FOA § 20-13 ledd 2 bokstav b medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.”

- (9) Klager påklaget beslutningen om avvisning av klagers tilbud ved brev av 24. juni 2009. Klagen ble avslått i brev fra innklagede av 26. juni 2009.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 1. juli 2009. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen uten hjemmel. Klager leverte sitt reviderte tilbud i god tid før den fastsatte fristen, og innleveringsmetoden var i samsvar med innklagedes instruks for elektronisk levering. Forskriften § 16-3 stiller særlige krav til elektroniske systemer for overføring og mottak av tilbud og forespørsel om å delta i konkurranser. Ettersom e-post ikke tilfredsstiller kravene i bestemmelsen, var det grunn til å anta at innklagede ikke ville stille strenge krav til leveringsmåten. Opplysningene innklagede ga om leveringsmåte var derfor ikke spesifikke nok, og de ga grunnlag for misforståelser om de intensjoner innklagede i begrunnelsen for avvisningen påberoper seg å ha hatt. Det bemerkes også at § 16-3 retter seg mot førstegangs innlevering av tilbud. Når det gjelder levering av tilbud som er endret etter forhandlinger, følger det av forskriften § 20-11 (4) at endringer skal være skriftlige, men det stilles ingen formelle krav av den typen innklagede legger til grunn for sin avvisning av klagers tilbud.
- (12) Den metoden klager benyttet for å levere det reviderte tilbudet, var like god som den metoden de øvrige leverandørene benyttet. På grunn av erfaring med vanskeligheter ved levering av e-post med store vedlegg, sendte klager en e-post med en link til en nettadresse hvor dokumentene kunne lastes ned. Dokumentene var beskyttet med

brukernavn og passord, og de var tidsstemplet på en etterprøvbar måte. Denne metoden må anses som likeverdig med e-post med hensyn til konfidensialitet, integritet og sporbarhet.

- (13) E-posten der klager ble bedt om å levere revidert tilbud, var spesielt rettet mot klager. Det ble ikke nevnt at samme frist gjaldt for konkurrerende tilbydere. Det var, ut fra dette, grunn til å anta at tilbudene skulle utfylles i dialog med hver enkelt leverandør. Klager var også i kontakt med innklagede like etter at tilbudsfristen var løpt ut. Klager oppfattet da at det ble gitt muntlig aksept for leveringsmetoden klager hadde benyttet. Det ble avtalt at innklagede skulle kontakte klager, dersom innklagede opplevde tekniske problemer ved nedlasting av dokumentene. Nedlastingen tar omtrent to minutter. Dette presiseres fordi innklagede muntlig har angitt usikkerhet rundt den tekniske løsningen som en utløsende faktor for avvisningen. Klager kan ikke se at dette er relevant.

Subsidiære anførsler:

Instruert leveringsmåte

- (14) Innklagede ba om at det reviderte tilbudet skulle sendes på e-post. Vanlig e-post tilfredsstiller ikke kravene til elektronisk overføring og mottak som fremgår av forskriften § 16-3 (1) bokstav a.
- (15) Når tilbud skal leveres på e-post gir dette oppdragsgiver mulighet til å undersøke innholdet i tilbudt før tilbudsfristen løper ut. Dette er i strid med forskriften § 16-1 (4). Klager har ikke inntrykk av at innklagede hadde etablert rutiner som eliminerte denne muligheten. Kopi av e-posten med vedlagt tilbud skulle sendes til en saksbehandler hos innklagede. Vedkommende kunne når som helst ha brakt e-posten videre.
- (16) Klager presiserte i e-posten som inneholdt en link til tilbudet at klager forutsatte at dokumentene ikke ble lastet ned før fristen for å levere revidert tilbud var løpt ut. Innklagede har i ettertid nevnt denne presiseringen som en grunn til at innklagede ble usikker på leveringsmåten på en slik måte at det var utløsende for å vurdere avvisning.

Leveringsfrist

- (17) Etter forskriften § 19-4 (4) skal fristen for å levere revidert tilbud være minst seks dager. Innklagede inviterte klager til å gi revidert tilbud ved e-post av onsdag 10. juni 2009 klokken 11.19. Frist for å levere det reviderte tilbudet var mandag 15. juni 2009 klokken 09.00. Fristen var således mindre enn tre arbeidsdager. 11. juni 2009 klokken 14.10 mottok klager i tillegg en e-post med viktig informasjon om grunnlag for prisberegning. Den effektive fristen for levering av tilbud var etter dette redusert til cirka én arbeidsdag.

Invitasjon til å gi revidert tilbud

- (18) Regelverket krever at invitasjon til å inngi tilbud skal sendes skriftlig og samtidig til leverandørene, jf. forskriften § 19-4 (3). Det fremgikk ikke av e-posten hvor klager ble bedt om å inngi revidert tilbud, at samme de øvrige leverandørene skulle levere reviderte tilbud innen den samme fristen som var fastsatt for klager. E-posten var heller ikke sendt samtidig til de øvrige leverandørene. Innholdet var spesifikt rettet mot klager, og ble sendt klager rett etter forhandlingsmøtet mellom klager og innklagede. Innklagede var på dette tidspunkt ikke ferdig med å avholde forhandlingsmøter.

Likebehandling

- (19) Innklagede har, ved å vektlegge forhold vedrørende leveringsmåte som ikke fremgikk klart av instruksene for levering, foretatt en vilkårlig og ulik behandling av leverandørene.

God forretningsskikk

- (20) Innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk ved å benytte en mangelfull kravspesifikasjon. Innklagede har krevd fastpris for en betydelig del av tjenesteleveransen, uten at det er gitt tilstrekkelige spesifikasjoner som grunnlag for beregning av fastpris. Innklagede har selv innrømmet dette i forhandlingsmøte, der det ble nevnt behov for å arbeide videre med spesifikasjonene i videre forhandlingsrunder, jf. møtereferatet. De mangelfulle spesifikasjonene gir grunnlag for store variasjoner i fastpristilbud fra de ulike leverandørene, og er dermed i strid med kravet til god forretningsskikk.
- (21) Kravet til god forretningsskikk er også brutt ved at innklagede, etter innlevering av tilbudene, har informert om at innklagede ville legge til tusen ekstra arbeidstimer til de leverandørene hadde lagt til grunn i sine tilbud, ved evalueringen av tildelingskriteriet pris. For det første fordi innklagede har introdusert en så vesentlig faktor for tilbudsevalueringen svært sent i prosessen. Begrunnelsen er, med utgangspunkt i at kravspesifikasjonen ikke ga tilstrekkelig grunnlag for vurdering av pris, tvilsom. Videre egner beregningsmetoden seg for manipulering av ”gjennomsnittspris”. Innklagede ga også tilbyder ekstremt kort tid til å justere sine tilbudspriser, jf. anførsel om leveringsfrist. For klager, som er en del av en større, internasjonal organisasjon, hadde dermed i praksis ikke mulighet til å innhente en intern tillatelse til justering av timepriser. Evalueringsmetoden er også sterkt urimelig, fordi den ikke tar hensyn til andre forhold ved tilbudet. Et hovedpoeng i klagers tilbud, er at klagers løsning medfører at konsulentbehovet er minimalt i forhold til andre leverandørers. Klager kan dermed, i de fleste sammenhenger, få forståelse for at klagers tilbudspriser er høyere enn klagers konkurrenter. I dette tilfellet har innklagede, med et ”flatt” tillegg på tusen timer, drastisk endret konkurransesituasjonen og evalueringskriteriene.
- (22) Innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk ved utformingen av kravspesifikasjonen, ved å stille urimelige krav som dessuten legger opp til forskjellsbehandling av leverandørene. Innklagede har i kravspesifikasjonen stilt krav om at leverandørene skal forplikte seg til å minst supportere de to siste hovedversjoner av applikasjonen. Klager har tatt forbehold mot dette kravet. For det første fordi det er uklart hva som menes med hovedversjoner av applikasjonen. Videre er det ikke overkommelig for klager, som en stor, internasjonal leverandør av standard programvare av den typen som etterspørres, å etterkomme slike tilfeldige og løst formulerte krav fra enkelte oppdragsgivere som nevnes her. Det bemerkes at klager samtidig har vist til policy og historisk praksis der kravet absolutt kan sies å være oppfylt. Dersom dette ikke er godt nok for innklagede, er det sterkt urimelig. Innklagede har da lagt vekt på en svarkode i et excel-skjema, uten å nyansere på bakgrunn av oppgitt begrunnelse.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (23) Innklagede hadde plikt til å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Det følger av forskriften § 20-11 at når forhandlinger fører til endringer i de innleverte tilbudene, så skal endringene skje skriftlig. Det stilles imidlertid ingen krav til hvordan dette skal

gjøres, og det er da opp til oppdragsgiver å fastsette når og hvordan reviderte tilbud skal leveres.

- (24) I dette tilfellet ba innklagede om at de reviderte tilbudene skulle leveres på e-post. For klagers vedkommende, skulle tilbudet være innklagede i hende innen 15. juni 2009 klokken 09.00. Klager lastet sitt reviderte tilbud opp på en webkonto. Dette er ikke i henhold til innklagedes krav, noe klager erkjenner i klagen til klagenemnda. Dersom klager ønsket å levere sitt reviderte tilbud på en annen måte enn den foreskrevne, burde klager tatt dette opp med innklagede før utløpet av leveringsfristen.
- (25) Klager ba i sin e-post om at innklagede ikke lastet ned dokumentene før etter klokken ni. Det reviderte tilbudet kan da ikke være innklagede i hende innen dette tidspunktet.
- (26) Det ble videre bedt om at innklagede kontaktet klager dersom det skulle oppstå tekniske problemer. Klager skulle da finne en annen løsning. Det ville ikke vært mulig å oppdage eventuelle tekniske problemer før etter utløpet av fristen klokken ni, og det ville vært for sent å levere tilbudet på en annen måte.
- (27) Klager ba også om bekreftelse på vellykket nedlastning av dokumentene. Heller ikke en slik bekreftelse ville kunne gis før etter klokken ni, og den ville derfor ikke ha noen verdi for klager ut over at klager i ettertid kunne fått vite om tilbudet var levert innen fristen, uten at klager eventuelt kunne gjøre noe med dette.
- (28) Oversendelse av lenker til eksterne nettsteder er for øvrig ikke en gyldig måte å levere etterprøvbare skriftlige endringer i tilbudene.
- (29) Det bestrides at innklagede i telefonsamtale har akseptert klagers leveringsmåte. Det ble konstatert at dokumentene var opplastet til webkonto, og innklagede lastet dem ned. Det ble imidlertid ikke tatt stilling til om tilbudet var levert i henhold til innklagedes krav.
- (30) I en konkurranse med forhandling, hvor innlevering av revidert tilbud er avgjørende for om leverandøren får delta videre i neste fase, innebærer feilaktig innlevering av revidert tilbud en plikt til avvisning. Forskriften § 20-13 (1) bokstav a gjelder direkte for innlevering av opprinnelig tilbud, men må gis analogisk anvendelse på innlevering av reviderte tilbud. Uansett følger i slike tilfeller en plikt til avvisning av kravet til likebehandling. Det vises til EF-domstolens sak T-40/01 (Scan Office Design) og klagenemndas sak 2003/146.
- (31) Klagers opprinnelige tilbud inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen og er så ufullstendig at det oppstår tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes. Det foreligger dermed plikt til avvisning. Klager ble gjort oppmerksom på dette i forhandlingsmøte, og skulle foreta endringer i tilbudet for å unngå avvisning. Når klagers reviderte tilbud er rettmessig avvist, innebærer dette at klager ikke har noe tilbud som kan bli evaluert i de neste fasene.

Instruert leveringsmåte

- (32) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å be om at leverandørene skulle levere revidert tilbud på e-post. Tilbudene i konkurransen ble i utgangspunktet levert på papir. Forskriften § 16-3 er ikke relevant ved innlevering av reviderte tilbud i en konkurranse

med forhandling, med mindre oppdragsgiver har krevd innlevering i tråd med disse kravene.

Leveringsfrist

- (33) Fristen for å levere revidert tilbud var ikke for kort. Forskriften § 19-4 (4) gjelder fristen for å sende ut tilleggsinformasjon før fristen for innlevering av det første tilbudet. Bestemmelsen er i tilfeller der oppdragsgiver har innledet forhandlinger med leverandørene.
- (34) Heller ikke forskriften § 16-1 (4) er relevant ved innlevering av reviderte tilbud, og innklagede har heller ikke opplyst at denne regelen skal gjelde. I forhandlingsfasen kan oppdragsgiver og leverandør kommunisere fritt før, under og etter avgivelse av skriftlige reviderte tilbud. Formålet med å motta reviderte tilbud skriftlig, er del dels å sikre etterprøvbareheten av forhandlingen, og dels å sikre likebehandling ved at alle tilbyderne får like lang tid til å revidere sine tilbud. Det har dermed ingen hensikt at tilbudene skal leveres inn på en slik måte at oppdragsgiver ikke kan undersøke innholdet i tilbudene før etter utløpet av fristen for å levere inn revidert tilbud. Dersom oppdragsgiver er uredelig, og ønsker å gi en annen leverandør en fordel, kan oppdragsgiver uansett rapportere fra forhandlingene med tilbyderen, som så senere er blitt formalisert gjennom et revidert tilbud.

Invitasjon til å gi revidert tilbud

- (35) Innklagede har ikke brutt forskriften § 19-4 (3) ved å ikke sende ut invitasjon til å levere revidert tilbud til alle leverandørene samtidig. § 19-4 (3) gjelder invitasjon til å levere det første tilbudet, og er ikke relevant ved utsendelse av invitasjon til å levere inn revidert tilbud. I forhandlingsfasen kan ikke fristen for å levere revidert tilbud fastsettes slik at alle leverandørene skal levere samtidig. Den leverandøren det ble forhandlet med først, ville da fått lenger tid enn de øvrige til å revidere sitt tilbud. Alle tilbyderne fikk i dette tilfellet fem døgn fra starten av forhandlingsmøte med innklagede til å revidere sitt tilbud. Dette for å sikre likebehandling av leverandørene.

God forretningsskikk

- (36) Innklagede har ikke brutt kravet til god forretningsskikk ved å kreve fastpris på innføringstjenester uten å spesifisere ytelsen tilstrekkelig. Kravene til innføringsytelsene fremgår av konkurransegrunnlaget del III, bilag 1 A. Det er her beskrevet hva slags innføring innklagede ønsker, og gitt en mal leverandørene skal benytte for å beskrive hva som tilbys. Den nærmere utformingen av hvordan leverandøren vil gjennomføre innføringen, er overlatt til leverandørene. Konkurransen er i dette tilfellet gjennomført som en konkurranse med forhandling, jf. forskriften § 14-3 bokstav c. Det følger forutsetningsvis av denne bestemmelsen at det stilles andre krav til konkurransegrunnlaget ved en slik konkurranse, enn ved gjennomføringen av en åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Fordi innføringen kan gjennomføres på mange forskjellige måter, har innklagede, i stedet for å stille mange minstekrav til ytelsen, valgt å evaluere "kvalitet i innføringsytelser" ved tilbudsevalueringen. Tildelingskriteriet er vektet med femten prosent. Klager har klaget på konkurransen som om evalueringen av innføring og priser er ferdig gjennomført. Dette er ikke riktig. Som det fremgår av referat fra forhandlingsmøte med klager, ville innklagede ta opp innføringstjenestene og prising av disse på neste forhandlingsmøte. Dette er ikke lenger aktuelt, siden klagers tilbud er avvist fra konkurransen.

- (37) Kravet til god forretningsskikk er heller ikke brutt ved at innklagede har fastsatt at tilbudene vil bli evaluert ut fra fastpris for visse ytelser, og tusen konsulenttimer i tillegg, ved evalueringen av tildelingskriteriet pris. Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 7.4 at tildelingskriteriet *"samlede priser"* er vektet med tjue prosent. De samlede kostnader ved anskaffelsen består av både faste og variable priser. For å kunne sammenligne de variable prisene i de første seks år, må innklagede legge til grunn et forventet forbruk av variable tjenester. Selv om det etter innklagedes mening ikke ville være i strid med regelverket å legge til grunn et ulikt behov for konsulenttjenester for de forskjellige leverandører, basert på tilbudte løsninger, har innklagede i dette tilfellet valgt å legge til grunn et fast timeantall. Dette hører inn under oppdragsgivers skjønn, og er verken usaklig eller grovt urimelig. På grunn av usikkerhet rundt tjenestene som skulle leveres var det hensiktsmessig for innklagede å motta tilbudene fra leverandørene, og få en økt forståelse for forventet bruk av de variable tjenestene, før det ble fastsatt et bestemt timetall til bruk for evalueringen. Klager kan derfor ikke høres med at fastsettelsen skjedde sent. Leverandørene hadde også mulighet til å revidere tilbudene på bakgrunn av denne informasjonen. Innklagede kan ikke se at evalueringsmodellen egner seg for manipulering av gjennomsnittspris. Det er opplyst at innklagede vil evaluere timeprisene ut fra gjennomsnittet av oppgitte priser for de tre kategoriene med konsulenter. Alle leverandørene har tilsvarende muligheter til vurdere om fordelingen av bruken av de ulike kategoriene vil være korrekt. Det bemerkes også at når klager deltar i en konkurranse med forhandling, er det klagers ansvar at klagers representanter har tilstrekkelige fullmakter.
- (38) Innklagede har ikke brutt kravet til god forretningsskikk ved utformingen av kravspesifikasjonen. Når det gjelder kravet i kravspesifikasjonen om at leverandøren *"forplikter seg til å minst supportere de 2 siste hovedversjoner av applikasjonen"*, er formålet med denne å sikre support for anskaffelsen i hele produktets levetid, samt mulighet for styrt oppgradering. Dette er et viktig krav for oppdragsgiver, og ikke diskriminerende. Klagers besvarelse på dette punktet i kravspesifikasjonen, gir grunnlag for å avvise klagers tilbud etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Innklagede har klassifisert kravene til leverandørenes ytelser med forskjellige koder. Krav klassifisert med "O" er obligatoriske krav, og det fremgår av konkurransegrunnlaget at dersom disse ikke er oppfylt vil tilbudet bli avvist. Kravet om å supportere de to siste hovedversjoner av applikasjonen er merket med "O". Klager besvarte punktet med S, som betyr at *"[f]unksjonalitet vil bli utviklet innen leveransen"*. Dette ville vært tilstrekkelig for innklagede, og ikke medført avvisning av klagers tilbud. Klager aksepterer ikke kravet slik det fremgår av konkurransegrunnlaget, men viser til en egen policy, som ikke er bindende for klager overfor innklagede. Den inneholder heller ikke en garanti for at leverandøren tilbyr support for de to siste hovedversjoner av applikasjonen. Tilbudet innbærer dermed et vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen ved at klager ikke har forpliktet seg i henhold til kravspesifikasjonen, men kun vist til at policy og historisk praksis tilsier at de klager vil tilby support i tråd med kravet. For øvrig vises det til at klager ved formuleringen i klagen til klagenemnda om at klager har *"valgt å reservere oss mot en generell, slik formulering"*, har gitt klart uttrykk for at klager bevisst har levert et tilbud som avviker vesentlig fra kravspesifikasjonen.

Klagenemndas vurdering:

- (39) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli

1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III.

Avvisning av klagers tilbud

- (40) Spørsmålet er om innklagede rettmessig har avvist klagers tilbud etter at klager den 15. juni 2009 klokken 07.27 sendte en e-post til innklagede med en lenke til en nettside hvor dokumentene med det reviderte tilbudet var lastet opp. Det ble opplyst om brukernavn og passord som innklagede måtte benytte for å få tilgang til dokumentene. Innklagede hadde i forkant bedt om at "*Revidert tilbud oversendes elektronisk til e-post*" innen 15. juni 2009 klokken 09.00, jf. brev av 14. mai 2009.
- (41) Regelverket har ikke formkrav til hvordan de reviderte tilbudene i en konkurranse med forhandling skal innleveres, bortsett fra at endring av en leverandørs tilbud skal dokumenteres skriftlig, sml. forskriftens § 20-11 og at forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige reglene i forskriftens § 3-1. Dette i motsetning til det første tilbudet som inngis hvor forskriften angir klare krav til utforming og innlevering, se forskriftens § 20-2.
- (42) Oppdragsgiver har dermed stor frihet til å velge hvordan reviderte tilbud skal inngis, så fremt kravene i loven § 5 og forskriften § 3-1 overholdes.
- (43) Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav a har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud som "*ikke er levert innen den fastsatte tilbudsfristen*". Bestemmelsene i forskriften § 20-13 gjelder avvisning på grunn av forhold ved tilbudet, og må, så langt de passer, anses å gjelde gjennom hele konkurransen når denne gjennomføres i flere faser, ikke bare ved innlevering av et første tilbud. Det er videre på det rene at kravet til likebehandling kan medføre plikt til å avvise et tilbud, jf. for eksempel EF-domstolens sak T-40/01 (Scan Office Design) og klagenemndas saker 2003/167 premiss (25) og 2008/132 premiss (28).
- (44) Klagenemnda forstår det slik at innklagede med kravet om at det reviderte tilbudet skulle sendes elektronisk til e-post, mente at klager skulle sende det som vedlegg til e-post. Dette er imidlertid ikke presisert i brevet av 14. mai 2009 hvor fremgangsmåten for innlevering av det reviderte tilbudet fremgikk. Slik klagenemnda ser det, er det dessuten i realiteten liten forskjell på om dokumentene vedlegges e-posten direkte, eller i form av en lenke til en nettside hvor dokumentene er lastet opp. I begge tilfellene får innklagede tilgang til dokumentene via e-post. Det er heller ikke mer tidkrevende og komplisert for innklagede å få tilgang til dokumentene. Så vidt klagenemnda kan se, er sikkerheten ved bruk av klagers løsning heller ikke dårligere enn ved bruk av e-post med vedlegg. Dokumentene er beskyttet med brukernavn og passord. De er også merket med tidspunktet for opplasting til nettsiden. Klager kunne således ikke endre dokumentene etter tilbudsfristens utløp uten at dette ville vært synlig for innklagede. Klagenemnda kan ikke se at den måten klager innleverte tilbudet på var i strid med innklagedes anvisninger for dette, slik dette fremgikk av brevet av 14. mai 2009, eller at kravet til likebehandling vil være brutt ved å godta klagers tilbud som rettidig innlevert.
- (45) Innklagede har anført at det reviderte tilbudet uansett ikke er levert innen fristen. Det er for det første vist til at klager hadde bedt om at innklagede ikke lastet ned dokumentene før etter klokken 09.00, da klager kunne tenkes å ville gjøre endringer i tilbudet frem til dette tidspunktet. Det fremgår av forskriften § 20-5 (1) at tilbud kan tilbakekalles eller

endres inntil tilbudsfristens utløp. Tilsvarende regel må gjelde for levering av reviderte tilbud, og tilbudet må anses innlevert innen fristen.

- (46) Det er videre vist til at klager ba innklagede bekrefte at nedlastingen av dokumentene var vellykket, eventuelt kontakte klager dersom det oppsto tekniske problemer med nedlastingen, slik at det da kunne finnes en annen løsning for levering. Innklagede har pekt på at det ville være fånyttet å kontakte klager dersom innklagede ikke fikk lastet ned dokumentene, da fristen for å levere revidert tilbud ville være utløpt, og klager derfor ikke ville kunne levere tilbudet på nytt på en annen måte. Klagenemnda kan ikke se at disse merknadene har betydning for saken. Innklagede har ikke anført å ha hatt problemer med nedlastingen. Videre kan klagenemnda ikke se at det var større risiko for tekniske problemer ved klagers løsning enn ved å levere dokumentene som vedlegg til e-post.
- (47) Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen uten at det forelå hjemmel til dette.
- (48) På grunn av sakens resultat, finner klagenemnda ikke grunn til å vurdere klagers subsidiære anførsler vedrørende leveringen av det reviderte tilbudet.

God forretningsskikk

- (49) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 ved at det for den delen av oppdraget det skulle oppgis en fastpris på, er gitt mangelfulle spesifikasjoner som grunnlag for utarbeidelse av pris. Videre anføres det at kravet er brutt ved at innklagede, etter at tilbudsfristen løp ut, informerte om at ved evalueringen av tildelingskriteriet pris ville bli lagt til tusen arbeidstimer til de timene leverandørene hadde lagt til grunn for sine tilbud, og ved at innklagedes krav om at leverandørene minst skulle tilby support av de to siste hovedversjoner av applikasjonen var urimelig.
- (50) Anskaffelsen er i dette tilfellet gjennomført som en konkurranse med forhandling. Det fremgår av forskriften § 20-11 (4) at det da er *"adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner"*. Klagenemnda har i flere tidligere saker også lagt til grunn at oppdragsgiver under forhandlingene kan foreta endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, jf. for eksempel klagenemndas sak 2005/243 premiss (27).
- (51) Det fremgår av referat fra forhandlingsmøte 10. juni 2009 at innklagede i neste forhandlingsmøte ville gå nærmere inn forhold vedrørende fastpris på innføringstjenester. Gjennom forhandlingene vil klager da ha mulighet til å tilpasse sitt tilbud og sin tilbudspris de eventuelle endringer og presiseringer innklagede gjør i kravspesifikasjonen. Klagenemnda kan dermed ikke se at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk ved å benytte en mangelfull kravspesifikasjon. Klagenemnda kan heller ikke se at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk ved å legge tusen arbeidstimer til de timene tilbyderne hadde inkludert i sine tilbud ved evalueringen av tildelingskriteriet pris. Etter at klager var gitt denne informasjonen, kunne klager tilpasse prisingen av tilbudet til denne, for eksempel ved å benytte lave timepriser på konsulentoppdrag, og heller øke fastprisen noe, dersom klager anså dette som nødvendig.

- (52) Når det gjelder innklagedes krav om at tilbyderne minst skulle tilby support av de to siste hovedversjoner av applikasjonen, fremgår det av innklagedes anførsler at dette var basert på et behov for å sikre support for anskaffelsen i hele produktets levetid, samt mulighet for styrt oppgradering. Slik klagenemnda ser det, er dette en forsvarlig begrunnelse for det kravet som er stilt, og klagenemnda finner derfor at kravet om å minst tilby support av de to siste hovedversjonene av applikasjonen ikke var urimelig.

Konklusjon:

Helse Sør-Øst RHF har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 ved å avvise tilbudet fra IDS Scheer Sverige AB fra konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem eller er ikke behandlet.

For klagenemnda,
10. august 2009

Björg Ven