



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en konkurranse med forhandling for anskaffelse av et system for datalekkasjebeskyttelse. Klager anførte at innklagede hadde brutt de generelle kravene i loven § 5 ved at konkurransegrunnlaget var uklart, og forskriften § 20-16 (1) ved å ikke gi tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 10. desember 2012 i sak 2011/129

Klager: Mnemonic AS

Innklaget: Helse Sør-Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Andreas Wahl

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag. Begrunnelse.

Bakgrunn:

- (1) Helse Sør-Øst RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. november 2010 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om kjøp og vedlikehold av løsninger og kompetanse for datalekkasjebeskyttelse. Anskaffelsens formål og omfang var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 1.2:

"1.2 Anskaffelsens formål og omfang

Det skal inngås regional rammeavtale med en hovedleverandør om løsning for datalekkasjebeskyttelse. Løsningen skal dekke regionens behov for en standardisert, fleksibel, sikker og brukervennlig løsning.

Løsningen etableres som en regional fellestjeneste i foretaksgruppen Helse Sør-Øst og driftes og forvaltes av Sykehuspartner som er Helse Sør-Øst sin IKT leverandør. Målgrupper for datalekkasjebeskyttelse:

- *Helseforetak*
- *Sykehuspartner*
- *Helse Sør-Øst RHF*

Formålet med tjenesten for datalekkasjebeskyttelse som foretaksgruppen Helse Sør-Øst skal etablere, er å oppdage og forhindre at helse- og personopplysninger overføres til, eller via mindre sikre områder/sikkerhetssoner men andre behov kan også være aktuelle.

Anvendelsesområdene for datalekkasjebeskyttelse omfatter.

- *Brukersentrisk (klientbasert). Programvare installert på brukerens klient (PC eller tynnklient) overvåker brukerens aktivitet, eksempelvis lagring av filer/informasjon til lokal disk, til flyttbare lagringsmedia (USB) eller til Web (for eksempel sosiale medier)*
- *Serverbasert. Programvare installert på server overvåker informasjonslagring og bevegelse, eksempelvis innhold på filkataloger*
- *Nettsentrisk (tjenestebasert). Dedikert enhet (appliance eller server med programvare for datalekkasjeskyttelse) overvåker informasjonsflyt i en tjeneste, eksempelvis e-post eller mellom sikkerhetssoner med ulikt sikkerhetsnivå*

Foretaksgruppen Helse Sør-Øst ser for seg at anvendelsesområdene kan implementeres uavhengig av hverandre og med ulik vekt/anvendelse fra ett helseforetak til et annet.

[...]

Formålet med anskaffelsen er å legge til rette for en fellesregional løsning for Data Loss Prevention. Helse Sør-Øst ser for seg en gradvis bredding av løsningen, der anvendelse vil kunne være ulik for de enkelte foretak. Det planlegges for øvrig at breddingstakt og anvendelse besluttet i løpet av 2011, samt at Oslo Universitetssykehus HF skal være første foretak som tar løsningen i bruk. [...]"

- (2) Tildelingskriteriene for konkurransen fremgikk i konkurransegrunnlaget punkt 6.4:

"6.4 Evaluering av tilbud

Rammeavtale vil tildeles den leverandør med det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på oppdragsgivers evaluering av tilbudene. Tilbudsevalueringen vil ta utgangspunkt i inngitt tilbud og hvordan dette utvikles gjennom forhandlingene, og vil bli supplert med inntrykk fra demonstrasjon/referansebesøk dersom dette har betydning for de enkelte tildelings-/underkriterier.

Tabell 9. Tildelingskriterier

Aggregerte tildelingskriterier	Vekt	Beskrivelse
<i>Tilbudt løsnings kvalitet og egnethet</i>	<i>33 %</i>	<i>Under dette kriteriet vil følgende underkriterier i samsvar med K Bilag 2 bli vurdert:</i> <i>Funksjonelle egenskaper (45 %)</i> • <i>Håndtering av ulike helseforetak (juridisk skille)</i> • <i>Brukersentrisk datalekkasjeskyttelse</i> • <i>Tjenestesentrisk datalekkasjeskyttelse</i> • <i>Identifikasjon av beskyttelsesverdig informasjon og oppdagelsesevne</i> • <i>Lagringssentrisk datalekkasjeskyttelse</i> • <i>Håndtering av hendelser</i> • <i>Oppfølging av hendelser</i> • <i>Håndtering av ulike brukerdomener</i>

		• <i>Tilgangskontroll og sikring av integritet i løsningen</i> <i>Det vil bli lagt mindre vekt på Lagringssentrisk datalekkasjebeskyttelse enn de øvrige underkriteriene</i> <i>Tekniske egenskaper (35 %)</i> • <i>Løsningsarkitektur (30 %)</i> • <i>Infrastruktur (30 %)</i> • <i>Integrasjon (20 %)</i> • <i>Sikkerhet (20 %)</i> <i>Vurdering av risiki og usikkerhet ved tilbudt løsning (20 %)</i>
<i>Samlede priser</i>	<i>28 %</i>	<i>Prisevalueringen vil ta utgangspunkt i sammenstilte priser for alle løsnings- og tjenestekomponenter inklusive opsjoner, og vil omfatte anskaffelse, innføring med påfølgende support og vedlikehold i 4 år.</i> <i>Eventuelle kostnader knyttet til leverandørens forutsetninger og krav vil bli skjønnsmessig beregnet og inntatt i vurderingen.</i>
<i>Kvalitet i prosjektgjennomføring</i>	<i>24 %</i>	<i>Følgende underkriterier vil vurderes iht angitt prioritet:</i> • <i>Prosjekt- og fremdriftsplan K og V Bilag 4 (15 %)</i> • <i>Organisering, ansvarsforhold og samhandling (14 %)</i> • <i>Tilbudt kompetanse (30 %)</i> • <i>Anvendt metode for prosjektgjennomføring og kvalitetssikring (17 %)</i> • <i>Dokumentasjon og opplæring (15 %)</i> • <i>Test og godkjenning (9 %)</i>
<i>Kvalitet i support- og vedlikehold</i>	<i>15 %</i>	<i>Følgende underkriterier vurderes, alle med lik prioritet:</i> • <i>Brukerstøtte og feilretting, organisering, omfang og kvalitet (33 %)</i> • <i>Tjenestenivå og standardiserte prisavslag (33 %)</i> • <i>Leverandørens programvarevedlikehold og videreutvikling av løsningen (17 %)</i> • <i>Dokumentasjon og opplæring (17 %)</i>

Oppdragsgiver vil vurdere omfang og konsekvens av eventuelle forbehold mot avtalevilkårene, samt eventuelle forutsetninger og krav fra leverandøren. Disse vil skjønnsmessig blir vurdert under kriteriet "pris" om forholdet antas å ha økonomisk verdi, eventuelt under de øvrige tildelingskriteriene hvis de antas å ha betydning for disse."

- (3) I vedlegg SSA-K Bilag 1 til konkurransegrunnlaget var det i punkt 6.6, "Samlet pris og prisbestemmelser", gitt nærmere bestemmelser om hvordan tilbudene skulle prises. I tillegg til å gi bestemmelser om hvilke prinsipper som tilbyderne skulle legge til grunn ved prisingen av sine tilbud, var det oppgitt flere konkrete scenarier som tilbyderne skulle gi pris på. Blant annet skulle det gis tilbud på to alternativer for pilot og innføring av løsningen, fastpris og timepris. For pilot var det i disse scenariene opplyst at det skulle gis pris basert på 5 000 brukere.
- (4) I spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget, datert 9. februar 2011 fremgikk blant annet følgende:

<i>"[...]"</i>	Spørsmål	Svar
	<i>Søker HSØ å få gjennomført et stk. pilotprosjekt på et stk. utvalgt HF eller legges det opp til å gjennomføre pilotprosjekt ved hvert enkelt HF som skal installere DLP?</i> <i>1. Det står beskrevet hvilke aktiviteter planen for piloten skal inneholde (kapittel 6.3.2) men det fremstår noe uklart hva piloten skal inneholde av leveranser og hva den skal verifisere. Kan dere utdype dette?</i> <i>2. Det står skrevet i G13: Leverandør bekrefter at det i K bilag 4 er gitt en fullstendig fremstilling av alle forhold knyttet til en plan for gjennomføring av pilotprosjekt for installasjon, innføring og bruk av løsningen og at denne planen er i henhold til standard avtaletekst.</i> <i>3. Skal dette tolkes slik at pilotprosjektet gjelder 1) installasjon. 2) innføring og 3) bruk av løsningen slik at piloten skal inneholde disse 3 elementene?</i> <i>Det står skrevet innledningsvis i både P13 og P14 at Leverandøren skal prissette selve arbeidet med pilot og innføring for tilbudt løsning. Videre, i siste avsnitt før oppstillingen av scenarioene står det</i>	<i>HSØ ser for seg at det kjøres pilot på et HF per anvendelsesområde og at det basert på dette etableres erfaring som legges til grunn for breeding/innføring til andre HF. Dette er reflektert i krav P13/P14 punkt A.1) og B.1) der et pilot HF er indikert.</i> <i>Hensikt med pilot er å verifisere at programvaren fungerer som spesifisert, avdekke eventuelle begrensninger, etablere produksjons/driftsrutiner, etablere ansvar, etablering rutiner for håndtering, etablere praksis for konfigurasjon og bruk, etablere rutiner for utrulling/breeding, verifisere at gevinst ved bruk av teknologien er som antatt, bygge kompetanse i Sykehuspartner og lignende. Det detaljerte innhold/leveranser/aktiviteter i en plan for pilot er ikke spesifisert ettersom det er antatt at leverandøren gjennom sin erfaring vet hva som skal til for å gjennomføre en vellykket pilot.</i> <i>Ett foretak velges ut og er pilot for en type anvendelse (eksempelvis e-post eller klient DLP). For dette foretaket vil man da gjennomføre design, installasjon, konfigurering, tuning,</i>

	at Leverandøren kan forutsette at pilot er avsluttet og at løsningen er satt i drift for helseforetaket som inngikk i pilot, før øvrig innføring påbegynnes og gjennomføres. 4. Det fremstår noe uklart om vi skal prissette 1) både pilot og innføring eller 2) kun en av delene, slik teksten fremstår i P13 og P14. Kan dere presisere? Kan dere også presisere hva dere legger i øvrig innføring i denne sammenhengen?	fingerprinting og en testperiode i produksjon (pilot). Gjennomføringen av pilot innebærer at løsningen er i bruk ved det gitte helseforetak i den perioden piloten varer. Når kunden (Hfet) er fornøyd og Sykehuspartner er fornøyd, vil dette idriftsettes. Da er pilot avsluttet for den gitte type anvendelse og bredding/innføring for øvrige HF kan igangsettes. Pilot inkluderer dermed aktivitetene frem til første helseforetak er satt i drift. Det skal som det fremgår prises bredding/innføring for 3 foretak. Disse kommer i tillegg til pilotforetaket for den gitte anvendelse. Det gjøres ikke nye piloter for den gitte type anvendelse i innføringsløpet/breddingsløpet. Leverandøren skal prissette pilotene (hhv P13/P14 punkt A.1 og punkt B.1) samt de spesifiserte innføringsløp (hhv P13/P14 punkt A.2-4 og B.2-4). Når Leverandøren prissetter P13/P14 punkt A.2-4 og B.2-4, kan man forutsette at relevante piloter er avsluttet og godkjent av Sykehuspartner/helseforetaket. Begrepet "øvrig innføring" refererer i denne sammenheng til punktene P13/P14 punkt A.2-4 og B.2-4."
--	---	---

- (5) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 15. februar 2011 klokken 10.00. Blant selskapene som leverte tilbud innen fristen var Mnemonic AS (heretter kalt klager) og Atea AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (6) 25. mars 2011 sendte innklagede følgende e-post til tilbyderne innklagede forhandlet med:

"Vi har mottatt to spørsmål som vurderes å være av betydning for samtlige gjenværende leverandører i forhandlingsprosessen.

- 1. Vedrørende prisscenarioene som er oppgitt og generelt sett angående prising så spør vi om HSØ kan oppgi følgende:*

- a. et sett med totale antall brukere av løsningen i avtaleperioden som det vil bli gjort avrop på.*

Svar: Helse Sør-Øst forstår i denne sammenhengen begrepet brukere som de endepunkter/e-postklienter som skal overvåkes og viser generelt til informasjon gitt i

konkurransegrunnlaget (se særlig Del 1 konkurransebestemmelser kap 1.2). Det er som kjent en rammeavtale som skal etableres og Helse Sør-Øst kan derfor ikke forplikte seg til et antall brukere det skal gjøres avrop på, selv om intensjoner og til en viss grad planer er indikert i konkurransebestemmelsene. Anskaffelsen av rammeavtalen gjennomføres fordi Helse Sør-Øst har et erkjent behov for DLP type produkter og relatert kompetanse. Prisscenarioene er utarbeidet på bakgrunn av reelle mulige innføringsscenarier. I etterkant av at rammeavtalen er etablert, vil det igangsettes et prosjekt for pilotering og innføring. Helse Sør-Øst vil da komme tilbake med videre informasjon vedrørende anvendelse og utbredelse av løsningen i form av konkrete avrop.

b. forventet implementeringstakt knyttet til det totale antallet brukere i avtaleperioden

Svar: Det henvises også her til konkurransebestemmelsenes pkt 1.2, nest siste avsnitt. Vi har pt ingen informasjon utover dette.

[...]"

(7) Innklagede informerte klager om valg av leverandør ved e-post 15. april 2011:

"Helse Sør-Øst RHF viser til Deres tilbud i anledning ovennevnte anskaffelse. Anskaffelsen er gjennomført iht Lov nr. 69 av 16. juli 1999 om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrift nr. 402 av 7.4.2006 (FOA) del I og III. Det ble inngitt fire tilbud i konkurransen.

Tilbudene har blitt vurdert i forhold til tildelingskriteriene slik de er oppstilt i konkurransegrunnlagets del I, pkt 6.4. Basert på resultatet av tildelingsevalueringen etter avsluttede forhandlinger er tilbudet fra Atea vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Helse Sør-Øst RHF har iht dette besluttet at Atea tildeles rammeavtale for datalekkasjebeskyttelse.

I det følgende gjøres rede for de relative forskjeller ift det vinnende tilbud som ble utslagsgivende for tildelingsbeslutningen.

For tildelingskriteriet tilbuds løsnings kvalitet og egnethet scorer Atea innen funksjonelle egenskaper bedre enn Mnemonic på områdene Håndtering av hendelser og Håndtering av ulike brukerdomener. Begrunnelsene for dette er at utvikling av "tid på døgnet" som triggerårsak ikke er tidfestet til versjon, og svakere støtte for felles administrasjon og forvaltning.

Mnemonic innen tekniske egenskaper vurdert som noe svakere enn Atea for underkriteriet Løsningsarkitektur basert på sin anbefaling av desentral løsning og beskrivelser som synes å være tuftet på dette. Videre er det gitt en svakere score ift Infrastruktur grunnet manglende støtte for Windows 2000.

Grunnet noe usikkerhet knyttet til funksjonalitet som er lovet i senere versjoner, behovet for scripting samt at løsningen vurderes å tilføre kompleksitet ift måten e-post håndteres på SIKT-plattformen, er Mnemonic gitt en svakere score enn Atea ift løsningsspesifikk risiko.

Ved vurdering av samlede priser er Ateas prisnivå gjennomgående lavere enn Mnemonic. Dette henføres konkret til lavere priser for lisenser og vedlikehold både ift prisscenariene og suitepriser, lavere timepriser samt lavere timeomfang i innføringsprosjektene.

Tilbudene er vurdert like gode ift tildelingskriteriet Kvalitet i prosjektgjennomføring. Det samme er tilfelle for tildelingskriteriet Kvalitet i support og vedlikeholdsytelser, med unntak av underkriteriet Tjenestenivå, hvor Atea har tilbudt høyere tilgjengelighet og høyere standardiserte prisavslag.

I tråd med Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 22-3 (1) gis tilbyderne frist til 28.4.2011 kl. 12:00 for å klage på avgjørelsen. Klageadgangen gjelder saksbehandling og rettsanvendelse, og klagen skal være saklig begrunnet."

- (8) Klager kontaktet innklagede ved brev 18. april 2011. I brevet hevdet klager at den begrunnelsen som var gitt for valg av leverandør ikke var tilstrekkelig, noe som etter klagers syn medførte at klagefristen heller ikke var begynt å løpe. Det ble bedt om at innklagede ga en ny begrunnelse, som oppfylte forskriftens krav, og en ny klagefrist. Samtidig ba klager om at innklagede skulle gi en nærmere begrunnelse for valg av leverandør, og det ble angitt en rekke tema som klager ønsket at innklagede skulle gi informasjon om i den nærmere begrunnelsen. Klager ba også om innsyn i valgte leverandørs tilbud.
- (9) Innklagede besvarte henvendelsen ved e-post 19. april 2011. I e-posten ble klager informert om at innklagede hadde påbegynt behandlingen av klagers innsynsbegjæring, og at innklagede mente det var gitt tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.
- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 27. april 2011. I brev 9. mai 2011 opplyste innklagede at kontraktssignering ikke ville avventes til klagenemnda hadde behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig klart utformet. Det vises til at innklagede i konkurransegrunnlaget har overlatt til tilbyderne selv å sette opp en prisstruktur med prispåbærende poster. Det er da sannsynlig at tilbyderne har forstått konkurransegrunnlaget på forskjellige måter, og at tilbudene innklagede mottar er lite sammenlignbare. For eksempel er klagers pristilbud på 73 sider, med svært mange prispåbærende poster og variasjoner, mens valgte leverandørs priser beskrevet over 5 sider. Når tilbudene har en stor mengde prispåbærende poster, uten at innklagede i konkurransegrunnlaget har opplyst hvilke forutsetninger som ville legges til grunn ved evalueringen, har innklagede i realiteten et ubetinget fritt skjønn ved valg av leverandør, i strid med regelverket. Foreliggende sak gjelder økonomiske størrelser. Det må da kreves mer presisjon og grundighet ved beskrivelsen av hvordan tildelingskriteriene vil bli evaluert, jf. klagenemndas sak 2004/116. Scenariene i konkurransegrunnlagets vedlegg SSA-K Bilag 1 punkt 6.6 er alternative, og hvordan disse vektet ved evalueringen kan ha avgjørende betydning for valg av tilbud. Innklagede burde derfor ha nedfelt tydeligere i konkurransegrunnlaget hvordan de ulike scenariene ville bli vektet.

- (12) Innklagede har i konkurransegrunnlaget også bedt om priser på scenarier for pilot og innføring av løsningen som ikke gjenspeiler reelle forhold, og det er et misforhold mellom opplysningene som er gitt om disse scenariene i konkurransegrunnlaget og de opplysningene innklagede har gitt i forhandlingene med klager. Det er i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 opplyst at Oslo Universitetssykehus HF (OUS), som har 25 000 brukere, skulle være første pilot ved innføring av løsningen. Prisscenariene for pilot og innføring i konkurransegrunnlaget dekker ikke dette antallet brukere, da de gjelder henholdsvis 5 000, 10 000 og 20 000 brukere. Scenariene innklagede har bedt om priser på, gjelder derfor ikke tjenesten som skal leveres. På forespørsel fra innklagede har klager i forhandlingsprosessen beskrevet pilotprosjekter basert på at OUS skulle være første pilot, slik som angitt i konkurransegrunnlaget. Den pris klager har gitt dekker altså 25 000 brukere.
- (13) Innklagede har brutt forskriften § 20-16 (1) ved å ikke gi klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør. For å kunne vurdere om valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig, er det nødvendig å vite hvilke premisser som er lagt til grunn ved sammenligningen av tilbudene, jf. klagenemndas saker 2010/120 og 2009/254. Evalueringen av tildelingskriteriet "*Samlede priser*" er intetsigende, fordi det kun er opplyst at valgte leverandørs priser er gjennomgående lavere enn klagers, noe som rommer et stort spenn. I tillegg har innklagede fremhevet noen aspekter ved prisene, men uten å kommentere alle de øvrige prisene i klagers 73 sider lange pristilbud.
- (14) Ettersom begrunnelsen er utilstrekkelig fordi tildelingsevalueringen ikke oppfyller kravene i loven § 5, kan det neppe gis noen begrunnelse som oppfyller regelverkets krav. Denne årsaken til at begrunnelsen er mangelfull, er imidlertid ikke til hinder for at det foreligger et selvstendig brudd på regelverket. Innklagede kan ikke høres med at den nærmere begrunnelsen oppfyller kravet i forskriften § 20-16 (1). Ettersom det ikke er gitt ny klagefrist, og den nærmere begrunnelsen ble gitt etter at klagefristen løp ut, er denne begrunnelsen ikke relevant ved vurderingen av om kravene til uoppfordret begrunnelse er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede har ikke brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Forutsetningene for prisingen av tilbudene fremgår uttrykkelig av konkurransegrunnlaget, og det er aldri gitt opplysninger som avviker fra dette. For å sikre hensynet til konkurranse og hindre avvísninger på grunn av avvik i leverandørenes tilbud, var leverandørene gitt stor frihet ved beskrivelsen av sine prismodeller. Innklagede ba om en robust og fleksibel prisstruktur, som viste hvilke prismessige konsekvenser ulik utnyttelse av rammeavtalen ville få for oppdragsgiver. Videre har innklagede i priskravene P1-P15 i bedt om enhetspriser for tilbudt løsning og etterfølgende support og vedlikehold av denne, timepriser for prosjektaktiviteter og konkrete krav om gjennomføring av pilot- og innføringsprosjekter av ulike omfang. Dette må anses som tilstrekkelig og forutberegnelig for både leverandørenes beskrivelser av sine priser, og innklagedes sammenstilling og evaluering av disse.
- (16) Det er ikke riktig at innklagede i konkurransegrunnlaget har opplyst at OUS skal være "*første pilot*". I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det opplyst at OUS skulle være det første foretaket som tok løsningen i bruk. Det var ikke tatt stilling til hvorvidt dette skulle bli et pilotprosjekt. Klagers oppfatning av antall brukere ved OUS har ikke vært et tema i konkurransegrunnlaget eller ved forhandlingene, og innklagede har aldri

opplyst at det skal gjennomføres et pilotprosjekt på OUS med 25 000 brukere, jf. innklagedes svar på spørsmål fra klager i e-post 25. mars 2011, hvor det fremgår at innklagede ikke kunne forplikte seg til et antall brukere det skulle gjøres avrop på, og at prisscenariene i konkurransegrunnlaget var utarbeidet på bakgrunn av reelle mulige innføringsscenarier. Dersom klager har basert seg på at det er 25 000 brukere ved OUS ved prisingen av piloteringen er dette selskapets egen risiko.

- (17) Innklagede har gitt klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør. Ettersom innklagede i brev 3. mai 2011 ga klager en utfyllende nærmere begrunnelse, og klager 4. mai 2011 meddelte at selskapet nå var gitt tilstrekkelig begrunnelse, kan innklagede ikke se at det er grunnlag for klagers anførsel. Uansett oppfylte begrunnelsen som ble gitt i meddelelsesbrevet kravene i forskriften § 20-16 (1). Innklagede redegjorde her for de relative forskjellene mellom klagers og valgte leverandørs tilbud som ble utslagsgivende for beslutningen om tildeling av kontrakt. Det ble gitt konkrete beskrivelser av samtlige forhold hvor sluttevalueringen hadde avdekket forskjeller mellom tilbudene, herunder forskjeller knyttet til tilbudt løsnings kvalitet og egnethet, samlede priser og kvalitet i support og vedlikeholdsyntelser. I tillegg ble det opplyst at klagers og valgte leverandørs tilbud ble vurdert som like gode på kriteriet *"Kvalitet i prosjektgjennomføring"*.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kjøp og vedlikehold av løsninger og kompetanse for datalekkasjebeskyttelse som er en tjenesteanskaffelse i kategori 7 med CPV-kode 48730000. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst. I konkurransegrunnlaget punkt 1.6 fremgår det imidlertid at anskaffelsen følger 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. Klagenemnda legger dette til grunn.

Uklart konkurransegrunnlag

- (19) Klager har anført at innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 ved at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig klart utformet.
- (20) Det følger av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 at konkurransegrunnlaget må være utformet på en klar og utvetydig måte, jf. klagenemndas sak 2011/249 premiss (32) med videre henvisninger. På bakgrunn av tidligere praksis, herunder EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction), konkluderte nemnda i sakens premiss (36) med at dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget *"må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres"* og at det må *"inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud"*.
- (21) Klager har for det første begrunnet sin anførsel med at innklagede har overlatt til tilbyderne selv å sette opp en prisstruktur med prisbærende poster, noe som etter klagers mening medfører at det er sannsynlig at innklagede får inn tilbud med vesentlig forskjellig struktur og inndeling, og som derfor ikke er sammenlignbare. Det er vist til at klagers pristilbud er på 73 sider, mens valgte leverandørs pristilbud er på 5 sider.

- (22) Klagenemnda har tidligere konkludert med at det er i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 dersom konkurransegrunnlaget legger opp til at leverandørene kan levere tilbud som ikke er sammenlignbare, jf. klagenemndas saker 2004/236 premiss (58) og 2011/36 premiss (38).
- (23) Klagenemndas sak 2011/36 gjaldt en konkurranse for inngåelse av kontrakt om trefelling og trepleie på en kirkegård. Leverandørene skulle gi tilbud ved å fylle ut et tilbudsskjema, hvor det blant annet skulle opplyses om timepriser for mannskap og maskiner. Det var opp til tilbyderne selv å beskrive hvilke mannskaper og maskiner som ble tilbudt og velge om prisene for maskiner skulle oppgis med eller uten fører. Klager i saken anførte at det var avgjørende for leverandørene å vite om en maskin skulle tilbys med eller uten pris for fører og at det var oppdragsgivers ansvar å utforme konkurransegrunnlaget på en slik måte at tilbudene oppdragsgiver mottok var sammenlignbare. Oppdragsgiver på sin side begrunnet utformingen av skjemaet med at det ikke var mulig å beregne omfanget av arbeidet på en slik måte at det kunne etterspørres en totalpris på oppdraget, og at oppdragsgiver ønsket at konkurransen skulle være åpen for alle tilbydere uavhengig av hvilken maskinpark selskapene hadde. Klagenemnda uttalte at *"[s]elv om den friheten tilbyderne er gitt ved prisingen av oppdraget medfører at evalueringen av prisen blir mer utfordrende, noe som også erkjennes av innklagede, er det ikke dokumentert at det ikke er mulig å gjennomføre en skjønnsmessig evaluering av prisene i samsvar med regelverket"*. Klagers anførsel førte på denne bakgrunn ikke frem.
- (24) I foreliggende sak var det i konkurransegrunnlaget punkt 6.4 opplyst at innklagede ved evalueringen av tilbudene ville legge vekt på tildelingskriteriet *"Samlede priser"*. Evalueringen ville ta utgangspunkt i *"sammenstilte priser for alle løsnings- og tjenestekomponenter inklusive opsjoner"* og *"omfatte anskaffelse, innføring med påfølgende support og vedlikehold i 4 år"*. Når det gjaldt hvordan tilbudene skulle prises hadde innklagede i vedlegg SSA-K bilag 1 til konkurransegrunnlaget, punkt 6.6, tatt inn en rekke forutsetninger for prisingen av tilbudene, herunder konkrete scenarier som tilbyderne skulle prise. Innklagede erkjenner at tilbyderne er gitt stor frihet ved utformingen av sine pristilbud, men mener at de forutsetningene som er opplyst i priskravene P1-P15 ga tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne kunne prise sine tilbud og at det var forutberegnelig hvordan innklagede ville evaluere prisene. I likhet med i klagenemndas sak 2011/36 kan nemnda ikke se at klager har dokumentert at den friheten tilbyderne er gitt ved utformingen av sine priser medfører at det ikke er mulig å gjennomføre en skjønnsmessig evaluering av prisene i samsvar med regelverket, og klagers anførsel fører ikke frem.
- (25) Klager har videre begrunnet sin anførsel med at scenariene i vedlegg SSA-K Bilag 1 punkt 6.6 P12-P14 er alternative, og at innklagede burde ha nedfelt tydeligere i konkurransegrunnlaget hvordan prisen for de ulike scenariene ville bli vektet ved evalueringen, da dette kan ha avgjørende betydning ved valg av leverandør.
- (26) Av forskriften § 22-2 (2) fremgår det at alle kriterier som blir lagt til grunn ved valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, og at oppdragsgiver skal angi den relative vekten av hvert kriterium. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at innklagede ved evalueringen ville legge vekt på *"Samlede priser"*, og at dette tildelingskriteriet ville bli vektet med 28 %. Det var ikke angitt underkriterier til dette tildelingskriteriet. Scenariene i vedlegg SSA-K Bilag 1 punkt 6.6 var altså kun en del av de etterspurte prisene som skulle inngå i en

helhetsvurdering under "*Samlede priser*", og ikke underkriterier til dette tildelingskriteriet. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede hadde plikt til å oppgi hvordan prisen for de ulike scenariene i vedlegg SSA-K Bilag 1 punkt 6.6 ville bli vektet ved evalueringen, og klagers anførsel fører ikke frem.

- (27) Klager har til slutt begrunnet sin anførsel om at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig klart utformet med at scenariene for pilot og innføring av løsningen som er bedt priset, ikke dekker det reelle antall brukere piloten gjelder. Dette fordi OUS, som etter klagers oppfatning, skulle være pilot, har 25 000 brukere, mens det kun var bedt om pris på pilot for 5 000 brukere.
- (28) Klager og innklagede er uenige om hvorvidt innklagede i konkurransegrunnlaget har opplyst at OUS skal være første pilot ved innføring av det etterspurte systemet.
- (29) I konkurransegrunnlaget og innklagedes svar på spørsmål om dette, er det gitt en rekke forskjellige opplysninger om pilot ved innføring av etterspurt system. Noen av disse opplysningene kan isolert sett tyde på at OUS skulle være pilot ved innføring av systemet. For eksempel er det i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 opplyst at innklagede planla at OUS skulle være det første sykehuset som tok systemet i bruk. Videre er det i svar på spørsmål til konkurransegrunnlaget, datert 9. februar 2011, opplyst at "*[p]ilot inkluderer dermed aktivitetene frem til første helseforetak er satt i drift*". På den annen side er det i samme dokument opplyst at innklagede vil kjøre "*pilot på et HF per anvendelsesområde*", og det er i e-post til tilbydere 25. mars 2011 opplyst at innklagede ikke kan forplikte seg til et antall brukere ved innføring av løsningene, og at prisscenariene er utarbeidet på bakgrunn av reelle mulige innføringsscenarier. Alt i alt kan klagenemnda ikke se at det fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagede har endelig bestemt at OUS skulle være pilot ved innføring av systemet.
- (30) Klagenemnda kan for øvrig ikke se at det har avgjørende betydning om OUS skulle være pilot, fordi det uansett ikke noe sted fremgår at alle brukere ved OUS ville være omfattet av piloten. Klagenemnda kan da ikke se at klager har dokumentert at det antall brukere som er skissert for pilotene i konkurransegrunnlaget (5000), ikke er dekkende for det reelle antall brukere ved gjennomføring av pilot. Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

Begrunnelse

- (31) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 20-16 (1) ved å ikke gi klager tilstrekkelig begrunnelse for valg av leverandør.
- (32) Etter forskriften § 20-16 (1), slik denne lød før endring 1. juli 2012, skal oppdragsgivers begrunnelse for valg av tilbud "*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*".
- (33) I Eidsivating lagmannsretts kjennelse i sak LE-2005-183161 uttalte retten om begrunnelse blant annet at "*[d]et er bare en begrunnelse som gir anbyderen en mulighet til å vurdere om det er grunnlag for å klage eller grunnlag for å begjære tildelingsbeslutningen 'satt til side', som tilfredsstiller det som må anses som lovens krav til begrunnelse*". Klagenemnda har i sin praksis sluttet seg til dette, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/215 premiss (39) og 2012/219 premiss (22). Når det gjelder det nærmere innholdet i begrunnelsen, har klagenemnda i flere saker lagt til grunn at

oppdragsgiver må gi en redegjørelse for sine vurderinger ved poengsettingen for at en begrunnelse skal oppfylle kravene i forskriften § 20-16 (1), jf. for eksempel klagenemndas sak 2010/192 premiss (77) med videre henvisninger.

- (34) I begrunnelsen for sin anførsel har klager særlig vist til at innklagede ikke har gitt tilstrekkelig informasjon om evalueringen av tildelingskriteriet "*Samlede priser*". For å kunne vurdere om valg av tilbud har vært forsvarlig, er det nødvendig å ha kjennskap til hvilke premisser som er lagt til grunn for sammenligningen av tilbudene. Opplysningene om at valgte leverandørs priser er "*lavere*" enn klagers, er intetsigende, og innklagede kunne ikke fremheve noen aspekter ved prisene uten å kommentere de øvrige prisene i klagers 73 sider lange pristilbud.
- (35) Som det fremgår over, er tilbyderne i foreliggende konkurranse gitt stor frihet ved utformingen av sine pristilbud. Dette innebærer at oppdragsgiver ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Samlede priser*" ikke kan sammenligne tilbudene pris for pris, men må foreta en mer skjønnsmessig vurdering av de samlede tilbudte prisene. Innklagede kan da heller ikke kommentere hver enkelt pris ved begrunnelsen for valg av tilbud. Innklagede har i begrunnelsen opplyst at valgte leverandørs priser var gjennomgående lavere enn klagers. Det er særlig vist til lavere priser for lisenser og vedlikehold, lavere timepriser og lavere timeantall i innføringsprosjektene. Klagenemnda anser dette som tilstrekkelig.
- (36) For øvrig fremgår det i meddelelsesbrevet at innklagede har gjort "*rede for de relative forskjeller ift det vinnende tilbud som ble utslagsgivende for tildelingsbeslutningen.*" Dette må forstås slik at innklagede har gitt kommentarer der innklagede fant at tilbydernes tilbud måtte bedømmes forskjellig. Dette er for tildelingskriteriet "*Tilbudt løsnings kvalitet og egnethet*", gjort ved at innklagede har angitt hvilke forhold i klagers tilbud som gjorde at dette ble ansett som dårligere enn valgte leverandørs tilbud. På de to siste tildelingskriteriene, har innklagede uttalt at tilbudene ble vurdert som like gode bortsett fra på underkriteriet "*Tjenestenivå*", hvor det ble uttalt at valgte leverandør hadde tilbudt høyere tilgjengelighet og høyere standardiserte prisavslag. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagedes begrunnelse for valg av tilbud i e-post 15. april 2011 oppfyller kravene i forskriften 20-16 (1). Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Helse Sør-Øst RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 10. desember 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger