



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede kunngjorde en intensjonskunngjøring om tildeling av kontrakt for kjøp av elektronisk låsesystem med integrasjon mot innklagedes eksisterende system for journalføring, medisinaladministrasjon og arbeidslister. Innklagede hadde ikke dokumentert at unntak fra kunngjøringsplikten var anvendelig. Klagenemnda konstaterte derfor at innklagede hadde brutt forskriften § 9-1 ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 2-1 (2) bokstav a, uten at bestemmelsen gav hjemmel for dette.

Klagenemndas avgjørelse 24. januar 2017 i sak 2016/145

Klager: Stanley Security AS

Innklaget: Mandal kommune

**Klagenemndas
medlemmer:** Arve Rosvold Alver, Karin Fløistad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Mandal kommune (heretter innklagede) kunngjorde 21. september 2016 en intensjonskunngjøring om tildeling av kontrakt til Tieto Norway AS (heretter valgte leverandør eller Tieto) for kjøp av elektronisk låsesystem med integrasjon mot innklagedes eksisterende system for journalføring, medisinaladministrasjon og arbeidslister (heretter kalt Geric). Anskaffelsens verdi var estimert til kroner 1 600 000.
- (2) I kunngjøringens bilag D4 oppgav innklagede årsaken til at anskaffelsen var gjennomført i medhold av forskriften § 2-1 (2) bokstav a:

"Etter undersøkelser i markedet, dialog med andre kommuner (Sola, Oslo og Trondheim) og leverandør av programvare, er det på nåværende tidspunkt ikke andre leverandører som kan levere denne anskaffelsen opp mot kommunens fagsystemer. Dersom man skulle gjort anskaffelsen uten integrasjon mot Geric vil det bli mer tid-/ressurskrevende, og kostnadsnivået vil øke for helse og omsorg. Kommunen ønsker systemet på plass i løpet av kort tid, da det er inneværende år det er budsjettmidler, og det er viktig for kvaliteten på tilbudet til brukerne."
- (3) Stanley Security AS (heretter klager) brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. september 2016. Innklagede bekreftet i brev av 7. oktober 2016 å utsette kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse. Klagenemnda prioriterer derfor saken.
- (4) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. januar 2017.

Anførsler:***Klager har i det vesentlige anført:***

- (5) Det vil være en ulovlig direkte anskaffelse dersom innklagede inngår kontrakt med valgte leverandør. Unntaket fra kunngjøringsplikten av tekniske grunner tolkes snevert. Det må kunne påvises at de tekniske vanskene ved å benytte andre leverandører enn valgte leverandør ikke lar seg overvinne på annen måte enn ved å benytte valgte leverandør, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2014/31.
- (6) Det er kun delvis riktig at det bare er valgte leverandør som kan levere et system som kan integreres mot det eksisterende systemet. Klager kan levere elektroniske låser som kan integreres med eksisterende system. Dette fordrer imidlertid at klager får tilgang til de koder/ det språk som muliggjør kommunikasjon mellom systemene.
- (7) Under enhver omstendighet er ikke tids- og kostnadseffektiviseringen som oppnås ved bruk av valgte leverandørs løsning godt nok dokumentert. Kun ved en anbudskonkurranse ville man ha et reelt grunnlag for å vurdere hva som er mest tids- og kostnadseffektivt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (8) Det bestrides at det vil være en ulovlig direkte anskaffelse å inngå kontrakt med valgte leverandør. Det elektroniske låsesystemet skal integreres mot det eksisterende systemet, Gerica. Det vil medføre urimelig høye kostnader å bytte ut Gerica. Etter grundige undersøkelser har innklagede kommet frem til at det på nåværende tidspunkt ikke er andre leverandører som kan levere den nødvendige integrasjonen mot Gerica. Innklagede har vært i kontakt med ulike kommuner som bekrefter dette, og klager erkjenner også ikke å kunne levere integrasjonen.
- (9) Valgte leverandør har inngått et samarbeid med Phoniro, som produserer de fysiske dørlåsene, for utvikling av låsåpneren. Disse har arbeidet sammen for å finne en sikker og funksjonell løsning. Sikkerhet og utviklingskostnader har ført til at det ikke foreligger noen løsning som fungerer mot alle låsåpnere.
- (10) Alternativet til å anskaffe løsningen fra valgte leverandør vil være å anskaffe elektroniske låser som ikke har integrasjonen til Gerica. Innklagede har beregnet merkostnadene ved dette. De økonomiske fordelene ved integrasjon er tidsbesparelse, at man slipper to systemer med tilhørende opplæringskostnader, at det ikke er behov for egen ansatt som administrerer nøkkelchiper og at det ikke er behov for egne databaser og servere. Andre fordeler ved å bruke et system som kan integreres med det eksisterende er dessuten at alt vil styres fra mobiltelefonen, uten nøkkelchip eller lignende, at bruk av låsene vil logges i eksisterende system, og at nøkler kan overføres til en annen ansatt gjennom systemet. Dette forenkler hverdagen til de ansatte og øker effektivitet og trygghet for brukerne.

Klagenemndas vurdering:

- (11) Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kjøp av elektroniske dørlåser som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi overstiger den nasjonale terskelverdien på kroner 500 000, men overstiger ikke EØS-terskelverdien i forskriften § 2-2 (1). I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen i utgangspunktet forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II.

- (12) Oppdragsgiver har i utgangspunktet plikt til å kunngjøre anskaffelser med en anslått verdi på over 500 000 kroner eksklusiv merverdiavgift, jf. forskriften § 9-1, jf. § 2-1 (2) jf. § 2-2 (1). Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 1 600 000. Anskaffelsen skulle dermed som utgangspunkt vært kunngjort i henhold til forskriften § 9-1.
- (13) For anskaffelser som er omfattet av forskriften del II, er unntak fra kunngjøringsplikten uttømmende regulert i forskriften § 2-1 (2). Etter denne bestemmelsen bokstav a gjelder kun forskriften del I der *"anskaffelsen [bare kan] foretas hos én leverandør i markedet for eksempel av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett mv."*
- (14) Generelt gjelder at unntaksbestemmelsene skal tolkes strengt, og det er innklagede som må godtgjøre at vilkårene for unntaket er oppfylt, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2016/123 i premiss (15), 2016/39 i henholdsvis premiss (18) og (24), sak 2011/15 i premiss (41) og sak 2009/170 i premiss (53) med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens sak C-337/05 premissene (57) og (58). Kravet om at innklagede må godtgjøre at vilkårene for unntak er oppfylt innebærer at det må bevises at *"ikke noen annen tilbyder vil kunne oppfylle kravene"*, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2011/280 premiss (44).
- (15) Unntaket fra forskriften del II/del III *"av tekniske [...] årsaker"* omfatter eksempelvis omsetningsbegrensninger, produksjonsbegrensninger eller at det er en teknisk avhengighet mellom tidligere prosjekter hos oppdragsgiver og det som skal utføres, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2014/31 i premiss (23). Klagenemnda nevner her at vilkåret kan være oppfylt der *"det kun er én leverandør som har produkter som er kompatible med produkter oppdragsgiver allerede har, sml. også forskriften § 17-3 (10)"*.
- (16) Av ordlyden i § 2-1 (2) bokstav a følger det at det ikke er tilstrekkelig at én leverandør kan levere tjenesten eller produktet mer effektivt enn andre, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2016/123 premiss (16) og 2014/3 premiss (33) med videre henvisninger. Som fremholdt av daværende Fornyings- og administrasjonsdepartementet i *"Veileder til reglene om offentlige anskaffelser"*, på side 94, er teknisk ekspertise i stadig utvikling, hvilket innebærer at det skal *"svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke kan eller ikke vil kunne bli i stand til å levere den aktuelle ytelsen."*
- (17) Anskaffelsen gjelder utvikling og installasjon av elektroniske låser som skal monteres i hjemmene til pasienter i hjemmesykepleien, slik at døren kan åpnes elektronisk ved hjelp av pleiernes mobiltelefon. I dag er nøklene montert på husveggen, noe som ifølge innklagede kan utgjøre en sikkerhetsrisiko. Innklagede benytter videre i dag et system for arbeidslister, pasientjournal og medisinaladministrasjon kalt Gerica, med en modul kalt Lifecare Mobil Pleie (LMP). LMP er tilgjengelig på de ansattes Windows smarttelefoner. Det er valgte leverandør som i dag leverer Gerica og LMP for arbeidslister og journalføring. Det den påklagede anskaffelsen gjelder i sin helhet er et elektronisk låsesystem med integrasjon mot Gerica, herunder låsåpnere som monteres på døren, utvidelse av en modul til systemet Gerica og årlige lisenser til drift av administrasjonsverktøy. Låsesystemet skal fungere slik at mobiltelefonen brukes som nøkkel, alt vil styres fra LMP som de ansatte har på sin telefon, bruk av låsene vil logges i Gerica og (elektroniske) nøkler kan overføres fra en ansatt til en annen via LMP.
- (18) Innklagede hevder at valgte leverandør er den eneste leverandøren som kan levere slike elektroniske dørlåser med integrasjon mot Gerica, og har derfor kunngjort sin intensjon om å inngå kontrakt med valgte leverandør.

- (19) Basert på fordelene ved en integrasjon med Gerica, har nemnda ingen innsigelser mot selve valget om å anskaffe et låsesystem som er kompatibelt med Gerica. Heller ikke klager har egentlig anført at det ikke vil være lovlig å etterspørre en slik integrasjon. Det er derfor ikke riktig slik innklagede hevder, at det eneste alternativet til å kjøpe det elektroniske låsesystemet direkte fra Tieto, er å kjøpe et produkt uten integrasjon mot Gerica. Et alternativ vil for eksempel kunne være å kunngjøre anskaffelsen med den integrasjonen som er etterspurt, eller å oppstille et tildelingskriterium for graden av integrasjon.
- (20) Spørsmålet er altså om Tieto er den eneste leverandøren som kan levere et låsesystem kompatibelt med Gerica. Klager anfører at klager kan levere den etterspurte integrasjonen ved hjelp av et API som klager kan utvikle dersom klager får tilgang til kodene/språket som brukes i LMP. API-et vil muliggjøre kommunikasjon mellom Gerica/LMP og låsesystemet. API står for Application Programming Interface, som på norsk betyr applikasjonsgrensesnitt. Det betegner et grensesnitt i en programvare som gjør at bestemte deler av programvaren kan kjøres fra en annen programvare.
- (21) Innklagede har kommentert dette, og fremholder at valgte leverandør samarbeider med Phoniro om å utvikle et låsesystem. Med bakgrunn i sikkerhetshensyn og utviklingskostnader er det for tiden ikke noen løsning som fungerer mot alle låsåpnere. Innklagede har imidlertid ikke bestridt klagers påpekning om at klager vil kunne levere et låsesystem med den etterspurte integrasjonen dersom klager får tilgang til kodene som brukes i LMP. Innklagede har heller ikke hevdet at tilgang til den informasjonen som er nødvendig for å utvikle en kompatibel løsning vil krenke valgte leverandørs eller andres immaterielle rettigheter. Innklagede har ikke sannsynliggjort at andre leverandører enn Tieto ikke ville være i stand til å utvikle den integrasjonen som er etterspurt. Unntaket i forskriften § 2-1 (2) bokstav a er derfor ikke anvendelig. Innklagede har dermed brutt forskriften § 9-1 ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 2-1 (2) bokstav a, selv om bestemmelsen ikke gav hjemmel for dette. Det vil da utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse dersom innklagede inngår kontrakt med valgte leverandør uten forutgående konkurranse.

Konklusjon:

Mandal kommune har brutt forskriften § 9-1 ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriften § 2-1 (2) bokstav a, uten at bestemmelsen gav hjemmel for dette.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk