



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Tildelingsevaluering.
Avlysning/totalforkastelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler for anskaffelse av medisinsk forbruksmateriell, medisinskteknisk utstyr og laboratorieteknisk utstyr. Klagenemnda kom til at priskriteriet, og miljøkriteriets underkriterium om forpakkingsstørrelser, var lovlig. Innklagede hadde brutt likebehandlingsprinsippet ved evalueringen av miljøkriteriets underkriterium om forpakkingsstørrelser.

Klagenemndas avgjørelse 8. august 2024 i sak 2024/888

Klager: Helseservice Engros AS

Innklaget: Innkjøpssirkelen v/22 kommuner i Nord-Norge

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Innkjøpssirkelen v/22 kommuner i Nord-Norge (heretter *innklagede*) kunngjorde 7. mars 2024 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler for anskaffelse av medisinsk forbruksmateriell, medisinskteknisk utstyr og laboratorieteknisk utstyr. Anskaffelsen omfattet tre delkontrakter, med en samlet estimert verdi på 90,8 millioner kroner over tre år. Tilbudsfrist var 15. mars 2024.
- (2) Denne saken gjelder delkontrakt I, Medisinsk forbruksmateriell. Den estimerte totalverdien av delkontrakt I var 76,8 millioner kroner over tre år.
- (3) Tildelingskriteriene for delkontrakt I var «*Pris*» 50 prosent, «*Miljø*» 30 prosent og «*Produktevaluering*» 20 prosent. For priskriteriet var det angitt at «*Utfylt produktliste og "prispåslag øvrig sortiment" vil samlet utgjøre evalueringen av tildelingskriteriet pris*».
- (4) Innledningsvis i kravspesifikasjonen punkt 1.0 var det angitt:

«*Evalueringskrav:*

Krav som er angitt som "evalueringskrav" er krav som legges til grunn for tilbudsevalueringen av de aktuelle tildelingskriteriene i konkurransen. Det vises i denne sammenhengen til aktuelle tildelingskriterier.»

- (5) Miljøkriteriet skulle evalueres basert på leverandørenes besvarelse av kravspesifikasjonens punkt 2.0:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

«Følgende besvarelser fra leverandøren vil være gjenstand for evaluering av kriteriet "Miljø":

1. Hvor stor andel av produktene som tilbys i avtalen er miljømerket (for eksempel Svanemerket eller annet tredjepartsmiljømerke)? Besvarelsen skal dokumenteres av leverandøren. Hvor stor andel av miljømerkede produkter som tilbys vil spille positivt inn på evalueringen.

2. Kommunene har et veldig stort forbruk av enkelte produkter i avtalen. Derfor ønsker de også å få muligheten til å bestille varer i pakker med stort eller variert kvantumsinnhold, slik at mengden emballasje og antallet forsendelser kan optimaliseres. Leverandøren skal oppgi hvilke forpakkingsstørrelser som kan tilbys av disse varene:

1. Skiftesett med 5 gas non-woven tuffere, pinsett, skål og duk

2. Engangshansker nitril

3. Engangshansker vinyl

4. Kateter liten (kvinne)

5. Kateter liten (mann)

6. Sprøyte prefylt NaCl 0,9% 10 ml (sterilt innhold, ikke steril forpakning)

Det vil spille positivt inn på evalueringen dersom leverandøren kan tilby mange ulike samt store forpakkingsstørrelser, ettersom dette kan redusere frakt og optimalisere bestillinger for kommunene.

3. Hvordan sørger leverandøren for en mest mulig miljøvennlig frakt?

Miljøvennlig frakt vil telle positivt inn på evalueringen.»

(6) I kravspesifikasjonen var det gitt følgende informasjon om prisingen:

«4.0 Prispåslag for øvrig sortiment (Informasjon)

For at oppdragsgiver skal være sikker på å få gunstige betingelser også på varene utenfor varekurven, bes leverandøren om å oppgi et prispåslag på øvrig sortiment. Med "øvrig sortiment" menes produkter som naturlig hører inn under de produktkategoriene som følger av produktlisten, men som ikke konkret er nevnt i listen.

Varegruppen vil få en estimert (men like fullt ikke-bindende) verdi på øvrig sortiments innkjøpspris. Denne verdien, samt prispåslaget, vil legges til produktlisten/varekurven når oppdragsgiver evaluerer tilbudene.

Eksempel:

- Øvrig sortiment kjøpes for totalt 4 000 000 kroner, målt ut fra leverandørens netto innkjøpspris

- Prispåslaget til leverandøren er 5%.

• Ny varelinje i produktlisten blir da: $4\,000\,000 + 5\% \text{ påslag} = 4\,200\,000$

Det totale beløpet øvrig sortiment som skal gis påslag på er på 4 000 000 kroner.

4.1 Prispåslag øvrig sortiment (evalueringskrav) (Svar er påkrevd)

Leverandøren skal angi prispåslag i prosent.

Utgangspunktet er en netto innkjøpssum på 4 000 000 kroner.»

(7) I konkurransen ble det stilt spørsmål om miljøkriteriet:

«Spørsmål: Vi viser til underpunkt 1 på tildelingskriteriet Miljø. Her oppfatter vi at det kun er offisielt anerkjente miljømerker som Svanen eller tilsvarende merkeordninger som vil gi poeng i konkurransen. Dette slik at tilbyders egenutviklede miljømerker, eller etiske merkeordninger, eller monokriteriebaserte merkeordninger som FSC eller lignende, ikke gis poeng. Vi ber Oppdragsgiver bekrefte dette.

Svar: Det er tredjepartsmiljømerker som vil bli vurdert, leverandør skal dokumentere dette i besvarelsen.

Spørsmål: I konkurransen vil Oppdragsgiver vektlegge miljøvennlig frakt som et eget underkriterie, under tildelingskriteriet Miljø:

(...)

Vi ber på bakgrunn av dette om at krav til dokumentasjon for spesielt dette underkriteriet vurderes nærmere av oppdragsgiver, slik at eventuelle klager og tvister etter tildeling unngås.

Svar: Viser til kravspesifikasjonens punkt 2.0 «Miljø». Underpunkt 3 «Hvordan sørger leverandøren for mest mulig miljøvennlig frakt».

Her skal leverandørene framlegge en transportplan som viser hvilke transportmidler som benyttes for å levere varer til oppdragsgiverne. Ved bruk av lastebil/trailer/varebil skal det dokumenteres hvilke type kjøretøy dette er (nullutslipp, hybrid eller fossil) og for tyngre kjøretøy euroklasse evt. nullutslipps dokumenteres.

Her vil det være snakk om transport fra leverandørens varelager til sluttbruker. Ut fra dette vil oppdragsgiver evaluere miljøvennlig frakt på denne avtalen.

Spørsmål: I henhold til evaluering av miljøkravet 2.0, finnes tre underkriterier: miljømerker, forpakkingsstørrelse og miljøvennlig frakt. Kan Oppdragsgiver klargjøre om hver av disse underkriteriene vil ha lik vekt i vurderingsprosessen? Dersom vektingen varierer, ber vi om at Oppdragsgiver spesifiserer den relative vektingen av hvert underkriterium, slik at vi kan forstå og prioritere i henhold til Oppdragsgivers preferanser.

Svar: Underkriteriene vektes 1/3 hver.»

(8) Det ble også stilt spørsmål om prisevalueringen:

«Spørsmål: Det står ikke i konkurransegrunnlaget at det er prisskjema som skal evalueres, det står kun for prispåslaget for øvrig sortiment. Hvordan vil Oppdragsgiver evaluere tildelingskriteriet pris? Er det totalprisen som skal evalueres og hvordan skal dette evalueres i forhold til påslaget?

Svar: Utfylt produktliste og prispåslag øvrig sortiment vil samlet utgjøre evalueringen av tildelingskriteriet pris.

Øvrig sortiment blir evaluert slik forklart i kravspesifikasjonens krav 3.0/4.0 «Prispåslag øvrig sortiment.» Det er altså prising av den totale produktlisten som utgjør handlekurven som evalueres i tillegg legges øvrig sortiment til som en egen linje til i produktlisten (legges til av Oppdragsgiver i evalueringen).»

- (9) Innklagede mottok tre tilbud på delkontrakt I, fra Helseservice Engros AS (heretter klager), OneMed AS og Maske AS.
- (10) I tildelingsmeddelelse av 30. april 2024, opplyste innklagede at delkontrakt I var tildelt Maske AS (heretter valgte leverandør).
- (11) Valgte leverandør hadde fått en samlet poenguttelling på de tre tildelingskriteriene på 9,876 vektete poeng. OneMed AS hadde fått 9,268 vektete poeng, og klager 9,024 vektete poeng.
- (12) På tildelingskriteriet «Miljø» hadde valgte leverandør fått full uttelling på 3 vektete poeng. OneMed AS hadde fått 2,95 vektete poeng på miljøkriteriet, mens klager hadde fått 2,75 poeng. Evalueringen under miljøkriteriet var begrunnet slik:

«OneMed AS har flest miljømerkede produkter, mens Maske AS og Helseservice Engros AS er trukket noe da de har færre miljømerkede produkter.

Maske AS har flest forpakkingsmuligheter og kan i større grad enn de andre to leverandørene tilpasse leveringen etter kundens ønsker. OneMed AS og Helseservice Engros AS trekkes noe da de har færre alternative forpakkingsmuligheter i sine leveringer.

OneMed AS og Maske AS scorer best på miljøvennlig frakt. De benytter tog, elbil og Euro 6. Begge leverandørene benytter tog til Fauske/Bodø og Narvik. Helseservice Engros AS oppgir at de benytter båt (Nor Lines, Hurtigruten og Havila), elbil og kjøretøy med euroklasse 5 og 6. Helseservice Engros AS trekkes noe da de vurderes å ha noe mindre miljøvennlig frakt enn de andre leverandørene.»

- (13) Klagen ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. juni 2024.
- (14) Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet klagen.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. august 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har benyttet en ulovlig evalueringsmetode for priskriteriet til øvrig sortiment under tildelingskriteriet «Pris». Dette innebærer at priskriteriet er ulovlig. Prismodellen har ført til at relevante forskjeller mellom tilbudene ikke gjenspeiles.

- (17) Priskriteriet er også ulovlig fordi kjernesortimentet ikke er omfattet av evalueringskravet. Prisskjemaet for kjernesortimentet oppfyller ikke kravet til dokumentasjon av kriteriet, i strid med forskriften § 18-1 (9) og prinsippet om etterprøvbarhet i loven § 4. Prisskjemaet er utformet slik at det ikke er mulig å dokumentere prisene til de konkrete produktene.
- (18) Underkriteriene til tildelingskriteriet «*Miljø*» er så uklart utformet at de gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, i strid med forskriften § 18-1 (5). Der er uklart hvordan kriteriene skal evalueres.
- (19) Det er ikke opplyst om det kan settes opp varer som ikke er miljømerket, men ut fra sitt innhold likevel oppfyller kravene. Innklagede har ikke besvart spørsmålet fra en av leverandørene om dette forholdet. Dette utgjør et brudd på forskriften § 15-3 (2) bokstav b, der det fremkommer at det er tillatt med «*annen dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt*».
- (20) Underkriteriet om forpakkingsstørrelser for seks spesifikke produkter er så skjønnsmessig utformet at innklagede har hatt en ubegrenset valgfrihet. Det er ikke gitt en forklaring eller utformet noe støttedokument som sikrer lik utfylling av leverandørene. Det er heller ikke lagt opp noen kontrollmekanisme som sikrer sammenheng mellom produktene i prisskjemaet og leverandørenes opplysninger om forpakkingsstørrelser.
- (21) Valgte leverandør har gitt tilbud på svært mange alternativer innenfor de seks produktene, der det innenfor hvert alternativ også er blitt satt opp henholdsvis pakke/kartong/pall. De to andre leverandørene har derimot fylt ut ett svar med de aktuelle forpakkingsløsningene innenfor hvert produkt. Evalueringskravet har skapt uklarhet rundt hvilken informasjon leverandørene skulle gi for å svare ut kravet. Det er ikke mulig å overprøve oppdragsgivers evaluering på dette punktet.
- (22) Det er ikke oppstilt et lovlig dokumentasjonskrav for underkriteriet miljøvennlig frakt, i strid med § 18-1 (9). Et krav om transportplan er ikke tilstrekkelig for å dokumentere at kravet er oppfylt. Det er grunn til å tro at opplysningene valgte leverandør har gitt om euroklasse 6 er ukorrekte.
- (23) De ovennevnte forholdene medfører at evalueringen av tilbudene er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Dette har videre ført til at valgte leverandør gjennom oppdragsgivers evaluering har fått uttelling for udokumenterte beskrivelser om miljøvennlig frakt, og for at de har operert med mange alternative forpakkingsstørrelser innenfor hvert enkelt produkt. Valgte leverandør har videre fått uttelling på pris, til tross for at prisskjemaet er utformet på en måte som gjør at prisene ikke kan anses å være dokumentert.
- (24) Feilene er av en slik karakter at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Priskriteriet er ikke ulovlig. Det er lovlig å evaluere basert på påslagsprosent på øvrig sortiment i dette tilfellet.
- (26) Innklagedes prisskjema for kjernesortimentet gir tilstrekkelig informasjon til at innklagede kunne kontrollere de fremlagte opplysningenes troverdighet. I prisskjemaet var det en egen kolonne for varenummer som skulle fylles ut, og denne kolonnen er også fylt ut av samtlige leverandører. Innklagede kan ikke se at forskriften § 18-1 (9) eller

loven § 4 kan tolkes slik at det måtte åpnes for å gi ytterligere informasjon om produktene enn at de er identifisert med leverandørens varenummer. Regelverket stiller ikke noe krav til at det skal oppstilles et evalueringskrav for pris til kjernesortimentet. Det fremkommer direkte av tildelingskriteriet og prisskjemaet at prisevalueringen ville bestå av to elementer, nemlig utfylt produktliste og prispåslag på øvrig sortiment.

- (27) Innklagede er uenig i at det er oppstilt et mangelfullt dokumentasjonskrav til miljøvennlig frakt. Underkriteriet om frakt var formulert som et spørsmål. Leverandørene skulle dermed svare på hvordan de ville sørge for en mest mulig miljøvennlig frakt. Det ble også stilt spørsmål om dette tildelingskriteriet underveis i konkurransen. Basert på dette var det klart at det skulle leveres en transportplan. Transportplanen vil angi type kjøretøy og tilbudt plan for transport, som vil være bindende for leverandøren i kontraktperioden.
- (28) Klagers påstand om at valgte leverandør har gitt uriktige opplysninger om euroklasse 6 tilbakevises. Valgte leverandør har identifisert tilbudte kjøretøy med kjennetegn. Samtlige biler som er angitt med euroklasse 6, er registrert med denne euroklassen ifølge de offisielle opplysningene på Statens vegvesens nettsider.
- (29) Innklagede er ikke enig i at miljøkriteriet er ulovlig. Forskriften § 15-3 (2) bokstav b om muligheten til å inngi annen dokumentasjon gjelder for alle konkurranser hvor det etterspørres miljømerker, uavhengig av om dette er vist til i konkurransegrunnlaget eller ikke. Dersom en leverandør hadde vedlagt dokumentasjon for at et produkt oppfyller merkekravene uten å inneha merket, ville innklagede vært forpliktet til å hensynta denne informasjonen og vurdere om den var tilstrekkelig til at produktet skulle få uttelling. Det var imidlertid ingen av leverandørene som ga slik dokumentasjon. Det bemerkes også at miljømerker er noe som er svært vanlig å ha i denne type anskaffelser, noe som tilsier at leverandørene for de fleste produktene vil ha hatt tid til å delta i aktuelle merkeordninger.
- (30) Innklagede er ikke enig i at underkriteriet om forpakkingsstørrelser er utformet på en slik måte at det gir innklagede en ubegrenset valgfrihet. Det fremgår direkte av beskrivelsen at det å tilby mange ulike, samt store forpakkingsstørrelser vil telle positivt i evalueringen.
- (31) Innklagede har ikke brutt anskaffelsesregelverket, og det foreligger dermed heller ikke avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder medisinsk forbruksmateriell, medisinskteknisk utstyr og laboratorieteknisk utstyr, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens samlede estimerte verdi er 90,8 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Priskriteriet – produktliste/varekurv

- (33) Klager anfører at priskriteriet er ulovlig, fordi produktlisten/varekurven ikke er omfattet av evalueringskravet til pris angitt i kravspesifikasjonen.
- (34) Tildelingskriteriene må utformes på en klar og utvetydig måte. Dette klarhetskravet innebærer at tildelingskriteriene skal gi en normalt påpasselig leverandør tilstrekkelig

informasjon om hvilke egenskaper som er relevante ved bedømmelsen av kriteriet, jf. de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4.

- (35) I kravspesifikasjonen var det beskrevet hvordan prispåslag på øvrig sortiment ville inngå i evalueringen. Kravspesifikasjonen inneholdt ikke informasjon om prisingen av produktlisten/varekurven. Det fremgikk imidlertid klart av konkurransegrunnlaget at evalueringen under priskriteriet ville basere seg både på utfylt produktliste og prispåslag på øvrig sortiment. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (36) Klager fremholder videre at prisskjemaet ikke er utformet slik at det er mulig å dokumentere prisene til de konkrete produktene, og at dette er i strid med forskriften § 18-1 (9) og prinsippet om etterprøvbarhet i loven § 4.
- (37) I prisskjemaet var det en egen kolonne for varenummer som skulle fylles ut av leverandørene. Denne kolonnen er ifølge innklagede fylt ut av samtlige leverandører, inkludert klager. Produktenes varenummer innebærer en identifikasjon av hvilket produkt leverandørene hadde priset under hver varelinje. Nemnda bemerker i alle tilfeller at når oppdragsgiver har kravsatt et produkt som skal prises, så er leverandøren forpliktet til å levere dette produktet slik kravsatt av oppdragsgiver. Klagers anførsel fører ikke frem.

Priskriteriet - Prispåslag på øvrig sortiment

- (38) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har benyttet en ulovlig evalueringsmetode for priskriteriet til øvrig sortiment.
- (39) Det følger av forskriften § 18-1 (1) at oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Det nærmere valget av evalueringsmetode kan bare i begrenset grad overprøves rettslig, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sakene 2020/933 avsnitt 79 og 2020/678 avsnitt 23. Terskelen for å tilsidesette en evalueringsmetode som uegnet i de tilfellene hvor oppdragsgiver har gjort fremgangsmåten kjent i anskaffelsesdokumentene er høy.
- (40) Spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er ikke om metoden er optimal, men om den er lovlig. Dette avhenger av om metoden gir lovlige utslag i den aktuelle konkurransen. Et sentralt spørsmål ved vurderingen av om en metode for å poengsette prisforskjeller er lovlig, er om tildelte poeng gjenspeiler relevante forskjeller mellom tilbudene, jf. blant annet lagmannsrettens avgjørelse i LB-2017-100799.
- (41) Klagenemnda har tidligere tatt stilling til lovligheten av priskriterier knyttet til påslagsprosenter og rabattsatser, se blant annet sakene 2023/1105, 2023/899 og 2020/935 med videre henvisninger. Sakene viser at lovligheten beror på en konkret vurdering. Det kan innvendes at en påslagsprosent uten tilknytning til referansepunkt ikke nødvendigvis er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet; hva oppdragsgiver faktisk vil betale avhenger av hvilke priser den aktuelle påslagsprosenten tar utgangspunkt i. At det foreligger en slik risiko er imidlertid ikke tilstrekkelig for å konstatere at innklagede har anvendt et ulovlig priskriterium, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/935 avsnitt 32.
- (42) Evalueringen av pris ville primært baseres på leverandørenes prising av en produktliste/varekurv med oppgitte mengder. For evalueringen av påslagsprosent på

øvrige sortiment var det oppgitt en netto innkjøpssum på 4 millioner kroner for evalueringsformål, slik at påslagsprosenten kunne inngå i evalueringen av handlekurven på lik linje med de produktene som var oppgitt i produktlisten/varekurven. Den aktuelle delkontrakten hadde en estimert totalverdi på 25,6 millioner kroner årlig. Det var altså lagt til grunn at det var varelinjene i produktlisten som ville utgjøre den største delen av innkjøpsvolumet på avtalen.

- (43) Innklagede har forklart at det ved en rammeavtale av denne typen, ikke vil være mulig å angi uttømmende hvilket medisinsk forbruksmateriell det vil være behov for i den kommende treårsperioden. Samtidig var det ønskelig at det var konkurranse også på øvrige sortiment, og innklagede anså det derfor som et godt alternativ å la leverandørene konkurrere på påslagsprosent. Innkjøpsprisene til leverandørene vil også variere over tid, slik at en påslagsprosent med tilknytning til innkjøpsprisen på tilbudstidspunktet, ikke nødvendigvis vil gi et nøyaktig bilde av hvem som har den laveste prisen.
- (44) I en situasjon hvor det er usikkert hva som vil bli etterspurt av øvrige sortiment, og hva innkjøpsprisene til enhver tid vil være, anser klagenemnda underkriteriet om påslagsprosent som hensiktsmessig for å skape konkurranse rundt eventuelt kjøp av leverandørenes øvrige sortiment.
- (45) Klager har anført at det var en feil at handlekurven på oppgitt produkter og øvrige sortiment ikke var vektet mot hverandre. Ved at konkurransegrunnlaget anga at totalprisen for handlekurven ville bli lagt sammen med prisen for øvrige sortiment inkludert påslag, ville man oppnå en mest mulig korrekt vektning av de to delprisene. Dette er bedre egnet til å evaluere prisen enn om man på forhånd skulle angi en vektning for de to elementene i prisevalueringen. At øvrige sortiment synes å ha fått en litt større vekt i prisevalueringen enn det oppdragsgiver på forhånd vurderte at øvrige sortiment vil utgjøre i andel av verdien av kjøp, innebærer ikke at evalueringsmodellen ikke er egnet til å utpeke det beste tilbudet.
- (46) Klagenemnda har etter en konkret vurdering kommet til at å evaluere pris på øvrige sortiment ved hjelp av påslagsprosent ikke er et ulovlig underkriterium i denne konkurransen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Miljøkriteriet – Forpakkingsstørrelser

- (47) Klagenemnda skal ta stilling til om miljøkriteriets underkriterium om forpakkingsstørrelser er så skjønnspreget at det gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, jf. forskriften § 18-1 (5). Klarhetskravet innebærer som nevnt at tildelingskriteriene skal gi en normalt påpasselig leverandør tilstrekkelig informasjon om hvilke egenskaper som er relevante ved bedømmelsen av kriteriet.
- (48) Klager mener at underkriteriet gir en ubegrenset valgfrihet, fordi underkriteriet ikke hadde noen form for støttedokument for å sikre at leverandørene fylte ut tilbudene på samme måte.
- (49) Det fulle kravet slik inntatt i kravspesifikasjonen var:

“2. Kommunene har et veldig stort forbruk av enkelte produkter i avtalen. Derfor ønsker de også å få muligheten til å bestille varer i pakker med stort eller variert

kvantumsinnhold, slik at mengden emballasje og antallet forsendelser kan optimaliseres. Leverandøren skal oppgi hvilke forpakkingsstørrelser som kan tilbys av disse varene:

(...)

Det vil spille positivt inn på evalueringen dersom leverandøren kan tilby mange ulike samt store forpakkingsstørrelser, ettersom dette kan redusere frakt og optimalisere bestillinger for kommunene.”

- (50) I beskrivelsen av det aktuelle underkriteriet var det vist til at kommunene hadde et stort forbruk av enkelte produkter i avtalen. Det var derfor et ønske om å bestille varer «i pakker med stort eller variert kvantumsinnhold, slik at mengden emballasje og antallet forsendelser kan optimaliseres». Underkriteriet var nærmere operasjonalisert ved at leverandørene skulle oppgi hvilke «forpakkingsstørrelser» som kunne tilbys for seks spesifiserte produkter. Det var dermed tydelig hvilke opplysninger leverandørene skulle oppgi, og dermed hvilke egenskaper ved tilbudene som ville vektlegges ved evalueringen av underkriteriet. Underkriteriet var dermed ikke så skjønnspreget at det ga innklagede en ubegrenset valgfrihet.
- (51) Klager har også anført at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen under tildelingskriteriet miljø ved at valgte leverandør har fått uttelling for ikke bare å oppgi størrelse på forpakninger, men også ved å presisere at det kan leveres i pakke, kartong eller pall. Når det gjelder tilbudsevalueringen kan klagenemnda prøve om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 42-44.
- (52) Leverandørene skulle som nevnt dokumentere oppfyllelse av underkriteriet ved å oppgi hvilke «forpakkingsstørrelser» som kunne tilbys for seks spesifiserte varer. Det var altså forpakkingsstørrelsene leverandørene kunne tilby som skulle være gjenstand for evaluering.
- (53) I evalueringen har valgte leverandør fått uttelling for å ha «flest forpakkingsmuligheter og kan i større grad enn de andre to leverandørene tilpasse leveringen etter kundens ønsker». De to øvrige leverandørene ble trukket noe for å ha færre alternative «forpakkingsmuligheter» i sine leveringer.
- (54) Slik evalueringskravet var utformet kan ikke nemnda se at det ikke var forutberegnelig for tilbyderne å få uttelling for å beskrive at man kunne sende varer i størrelser ikke bare begrenset ut fra pakningsstørrelse, men også pakke, kartong eller pall.
- (55) I klagers tilbudsbrev fremgikk imidlertid følgende:
- «Helseservice Engros(HS) kjøper vi inn produkter i store partier- det er miljøvennlig og prisgunstig å hente inn en kontainer med f.eks. hansker som kan leveres direkte til vårt lager. Ordre som kommer inn til lager hos HS vil bli pakket og sendt til kunde etter avtalt intervall. Varene blir sendt på pall, kartong eller eske - alt etter størrelsen på ordren.»*
- (56) Ettersom klager har tilbudt forsendelser på pall, kartong eller eske, skulle også klager fått uttelling for dette. Innklagedes tilbudsevalueringen på underkriteriet forpakkingsstørrelser er dermed i strid med likebehandlingsprinsippet. Det var 0,852

vektede poeng som skilte klager og valgte leverandør i totalvurderingen av alle tildelingskriteriene. Når det gjaldt miljøkriteriet, skilte det 0,25 vektete poeng mellom klager og valgte leverandør. Poengforskjellen mellom tilbudene på miljøkriteriet viser at feilen ikke har påvirket utfallet av konkurransen.

Miljøkriteriet – Miljøvennlig frakt

- (57) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at det er oppstilt et ulovlig dokumentasjonskrav til underkriteriet miljøvennlig frakt, i strid med forskriften § 18-1 (9).
- (58) Det følger av forskriften § 18-1 (9) at oppdragsgiveren skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium. Videre følger det av anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 4 andre punktum, at dokumentasjonen skal gjøre det mulig å kontrollere leverandørenes opplysninger på en effektiv måte for å kunne vurdere hvor godt leverandørene oppfyller tildelingskriteriene. Høyesterett har lagt til grunn at et tildelingskriterium som ikke inneholder et dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta en effektiv kontroll av tilbudene, er i strid med EØS-retten, se HR-2019-1801-A.
- (59) Underkriteriet miljøvennlig frakt var formulert som et spørsmål om hvordan leverandørene sørger for mest mulig miljøvennlig frakt. Innklagede presiserte i svar på spørsmål til konkurransegrunnlaget, at leverandørene skulle fremlegge en transportplan. Klager mener at et krav om transportplan ikke er tilstrekkelig for å dokumentere at kravet er oppfylt.
- (60) Transportplanen skulle vise hvilke transportmidler som ville benyttes for å levere varer til oppdragsgiverne. Dersom leverandørene brukte lastebil, trailer eller varebil, skulle det dokumenteres hvilken type kjøretøy dette var (nullutslipp, hybrid eller fossil). For tyngre kjøretøy skulle det dokumenteres kjøretøyets euroklasse, eventuelt nullutslipp. Valgte leverandør har i tråd med dette inngitt en liste over kjøretøy med registreringsnummer som ville bli benyttet med angivelse av om de var utslippsfrie eller euro-standard. Dette omfattet elektriske varebiler og tyngre euro 6 kjøretøy. Etter presiseringen gjennom spørsmål og svar var det oppstilt et dokumentasjonskrav som muliggjorde en effektiv kontroll av tilbudene. Klager mener at det er grunn til å tro at opplysningene valgte leverandør har gitt om euroklasse 6 er ukorrekte. Klagenemnda forstår det slik at klager mener at innklagede dermed har lagt feil faktum til grunn ved evalueringen, i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (61) Klager har ikke vist til konkrete holdepunkter for at valgte leverandørs opplysninger om kjøretøyenes euroklasse er feil. Innklagede har forklart at valgte leverandør har identifisert tilbudte kjøretøy med kjennetegn i tilbudet, og at samtlige biler angitt med euroklasse 6 er registrert med denne euroklassen på Statens vegvesens nettsider. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Miljøkriteriet - Miljømerkede produkter

- (62) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har oppstilt et ulovlig underkriterium til tildelingskriteriet «Miljø» om hvor stor andel av de tilbudte produktene som var miljømerket.

(63) Tildelingskriteriene kan omfatte miljømessige egenskaper ved ytelsen, jf. forskriften § 18-1 (3). Det er videre lovlig å kreve en bestemt merkeordning som dokumentasjon for at varene har miljømessige egenskaper som angitt tildelingskriteriene, jf. forskriften § 15-3 (1). Det følger imidlertid av forskriften § 15-3 (2) bokstav b, at oppdragsgiver som krever en bestemt merkeordning, også skal *«godta annen dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt, dersom leverandøren ikke har mulighet til å delta i merkeordningen eller en tilsvarende merkeordning innen fristen og dette ikke skyldes leverandøren selv»*.

(64) Hvorvidt underkriteriet om miljømerkede produkter er lovlig, beror på hvordan underkriteriet skal forstås. Ved tolkingen av konkurransegrunnlaget er utgangspunktet hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør oppfatter kravene, se eksempelvis HR-2019-830-A avsnitt 36.

(65) Tildelingskriteriet *«Miljø»* var vektet 30 prosent, og var delt inn i tre underkriterier. Et av underkriteriene gjaldt miljømerking:

«Hvor stor andel av produktene som tilbys i avtalen er miljømerket (for eksempel Svanemerket eller annet tredjepartsmiljømerke)? Besvarelsen skal dokumenteres av leverandøren. Hvor stor andel av miljømerkede produkter som tilbys vil spille positivt inn på evalueringen.»

(66) Klager har anført at det utgjør et brudd på § 15-3 (2) at det ikke er spesifisert i konkurransegrunnlaget at oppdragsgiver også ville godta annen dokumentasjon. Oppdragsgiver har anført at dette ikke har noen betydning, da § 15-3 (2) gjelder uavhengig av om oppdragsgiver har uttrykkelig inntatt denne muligheten i konkurransegrunnlaget. Nemnda er enig i at leverandørens rett etter forskriften, som gjennomfører direktivet, til å påberope seg alternativ dokumentasjon gjelder uavhengig av om det er nevnt i konkurransegrunnlaget.

(67) Spørsmålet i saken er om det utgjør en feil å ikke eksplisitt innta teksten fra § 15-3 (2) i konkurransegrunnlaget.

(68) Klager har vist til at man ble ytterligere villedet av spørsmål og svar;

«Spørsmål: Vi viser til underpunkt 1 på tildelingskriteriet Miljø. Her oppfatter vi at det kun er offisielt anerkjente miljømerker som Svanen eller tilsvarende merkeordninger som vil gi poeng i konkurransen. Dette slik at tilbyders egenutviklede miljømerker, eller etiske merkeordninger, eller monokriteriebaserte merkeordninger som FSC eller lignende, ikke gis poeng. Vi ber Oppdragsgiver bekrefte dette.

Svar: Det er tredjepartsmiljømerker som vil bli vurdert, leverandør skal dokumentere dette i besvarelsen.»

(69) Klagemennda forstår spørsmålet som å gjelde om det ville bli gitt uttelling for oppfyllelsen av andre miljømerker på et lavere nivå og for etiske merkeordninger. Det er vanlig at leverandører får full uttelling for Svanen eller tilsvarende merkeordninger og lavere uttelling for mindre krevende merkeordninger. Oppdragsgiver svarte at det kun ville være Svanen eller tilsvarende som ville gi uttelling. Nemnda kan ikke se at spørsmålet hverken gjaldt eller svarte noe om alternativ dokumentasjon for oppfyllelse av de kravene som følger av Svanen eller tilsvarende merkeordninger.

- (70) Muligheten til å støtte seg på annen dokumentasjon følger som gjennomgått ovenfor klart av forskriften. Den aktuelle bestemmelsen i forskriften gjennomfører en klar direktivbestemmelse, slik at den er tilsvarende klar for utenlandske leverandører. Dersom oppdragsgiver hadde avvist et tilbud som oppfylte forskriftens krav til alternativ dokumentasjon, ville spørsmålet vært om avvisningen var lovlig. Det er imidlertid ikke gjort i denne anskaffelsen. Det er ikke mulig for oppdragsgiver å spesifisere seg bort fra denne rettigheten en leverandør har. Det var i alle tilfeller ikke gjort i denne anskaffelsen, det var bare ikke eksplisitt nevnt i konkurransegrunnlaget.
- (71) Da en eventuelt manglende uttrykkelig inntagelse av § 15-3 (2) i konkurransegrunnlaget ikke har hatt noen betydning for konkurransen, er det ikke nødvendig for klagenemnda å ta endelig stilling til å om det er en plikt til å alltid innta denne formuleringen i konkurransegrunnlaget.
- (72) Innklagedes brudd på anskaffelsesregelverket kan ikke ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor ikke tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Innkjøpssirkelen v/22 kommuner i Nord-Norge har brutt prinsippet om likebehandling ved evalueringen av miljøkriteriets underkriterium om forpakkingsstørrelser.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur