



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Krav til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Beskrivelse av ytelsen, krav til lik informasjon og krav til skjønnsutøvelsen

I en konkurranse om levering av individuelt produserte ortopediske fottøy ba oppdragsgiver om tilbud med en felles pris på tre ulike typer. Vanskelighetsgraden, og dermed produksjonskostnadene, varierte mellom de tre ulike typene. Opplysninger om den forventede forholdsmessige fordelingen mellom de tre typene fottøy kunne ha betydning for leverandørenes beregning av tilbudspriser. Oppdragsgiver hadde denne informasjonen tilgjengelig. Ved ikke å opplyse om denne informasjonen i konkurransegrunnlaget hadde oppdragsgiver brutt kravene til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse 11. desember 2003 i sak 2003/143

Klager: Wollenbergs Ortopediske AS

Innklaget: Rikstrygdeverket

Klagenemndas

medlemmer: Morten Goller, Jens Bugge, Siri Teigum

Bakgrunn:

Sakens bakgrunn:

(1) Rikstrygdeverket (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 25.10.2002 en åpen anbudskonkurranse for tildeling av rammeavtale for individuelt produsert ortopedisk fottøy. Konkurransen ble kunngjort etter forskrift fastsatt ved kgl. res. 15 juni 2001 om offentlige anskaffelser del II.

(2) I konkurransegrunnlaget skrev oppdragsgiver følgende:

"Oppdragsgiver (Rikstrygdeverket) ønsker tilbud på individuelt produsert ortopedisk fottøy med tilleggsarbeider, som spesifisert i Produktspesifikasjon (Vedlegg nr. 2) for levering til de ortopediske verksteder som Rikstrygdeverket til enhver tid har avtaler med."

(3) I vedlegg nr. 2 til konkurransegrunnlaget står det bl a:

"Produsenten skal produsere på bestilling fra det ortopediske verkstedet:

- Fottøy av alle vanskelighetsgrader (inkl. A, B og C-produksjon)*
- Fottøy innenfor sitt dokumenterte modellspekter til dokumentert kvalitet"*

- (4) Videre skrev oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget:

"Oppdragsgiver vil inngå avtale i form av en rammeavtale med bestilling fra verkstedene i kontraktsperioden. Oppdragsgiver kan ikke angi det aktuelle behov og binder seg derfor ikke til noe nærmere spesifisert kvantum. Det vil være verkstedenes bestillinger til enhver tid som er avgjørende for uttakene i kontraktsperioden.

Tilbyder skal oppgi sin produksjonskapasitet for leveranser i henhold til dette anbudet. Tilbyder forplikter seg til å levere det antall par fottøy som tilsvarer dette kvantum.

Dersom det inngås rammeavtale med flere tilbydere, vil verkstedene kunne velge å foreta bestilling mellom de tilbydere Rikstrygdeverket har inngått rammeavtale med. Bestemmende for valget skal hovedsakelig være pris, men brukernes ønske skal også tillegges vekt.

Uten forbindtlighet kan oppgis at det i 2001 ble levert ca.5500 par individuelt produsert ortopedisk fottøy til verkstedene, finansiert av trygden.

"Tilbyder skal gi fastpristilbud i norske kroner (NOK) på

5940	Sko pr. par
5943	Støvler pr. par
5946	Støvletter pr. par
5980-97 Tilleggsarbeider"	

- (5) Produksjon av den enkelte sko kan variere i vanskelighetsgrad (inkluderer A, B, og C produksjon). Det er en forutsetning at tilbyder oppgir en pris i kategorien 5940, 5943 og 5946 uansett vanskelighetsgrad.

9. Kriterier som vil bli lagt til grunn ved Rikstrygdeverkets tildeling av rammeavtal(er):

9.1. Tilfredsstillelse av kravene i henhold til punkt 3.

9.2. Det for oppdragsgiver mest økonomisk fordelaktige tilbud vurdert ut fra følgende, jfr . Anbudsutlysning.

9.2.1. Pris.

9.2.2. Leveringstid. Leveringstiden skal oppgis i tilbudet. Ved vurdering av tilbudet er det positivt at man opererer med kort leveringstid.

9.2.3. Kvalitet. Det legges vekt på fottøyets kvalitet, herunder utførelsesmetode og materialevalg.

9.3. Modeller og design □ estetisk og funksjonell verdi.

10. Sammenligningskriterier:

Tilbudene vil bli sammenlignet basert på kriterier nevnt under pkt 9 ovenfor. Oppdragsgiver vil tillegge pris størst vekt i sammenligningen, men vil også tillegge kvalitet, modell og design, leveringstid og bestillingsrutiner stor vekt. "

- (6) Innklagede mottok i alt 9 tilbud, herunder tilbud fra Wollenberg Ortopediske AS (heretter kalt "klager"). Den 27.01.03 mottok klager brev fra innklagede hvor det ble opplyst at selskapets tilbud var "avvist på grunn av for høy pris".

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Innklagede har ikke beskrevet varen som skal anskaffes på en lovmessig måte i konkurransegrunnlaget. Innklagede skulle hatt en beskrivelse eller spesifikasjon av betegnelsen A-, B- og C- sko, jf forskriften §§ 5-2 (1) og 1-4 litra p samt § 5-2 (3).
- (8) Innklagede skulle ikke bedt om kun ett pristilbud for sko, støvler og støvletter i konkurransegrunnlaget, når det ikke var gitt opplysninger om hvordan forholdstallet/sammensetningen av A-, B- og C- sko skulle være innenfor den enkelte skotype. Klager anfører at A-, B- og C- sko er vesentlig forskjellige mht. produksjonsmåte, vanskelighetsgrad, målgruppe og ikke minst pris, og at konkurransegrunnlaget alternativt skulle bedt om pristilbud på de ulike skotypene innenfor hver av kategoriene A-, B- og C.
- (9) Ved tildeling av kontrakt la innklagede utelukkende vekt på pris. Kvalitet ble ikke vurdert til tross for at det i konkurransegrunnlaget var listet som et av tildelingskriteriene. Som følge av at det ikke er sendt inn prøveprodukter har ikke innklagede kunnet vurdere modeller og design samt estetisk og funksjonell verdi slik tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget tilsa.
- (10) Det ble foretatt feil i prisvurderingen, ettersom pristilbudene på sko, støvler og støvletter ble vurdert løsrevet fra tilbudet på tilleggsutstyr.
- (11) Det var i strid med lov om konkurranse i ervervsvirksomhet §§ 3-1 og 3-2 at tre av vinnerne av anbudskonkurransen, som opptrådte som selvstendige rettssubjekter i anbudsprosessen, innleverte et felles tilbud med en overkapasitet på 40% i forhold til behovet, da de kan ha samarbeidet om tilbudet.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede bestrider at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt.
- (13) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede ønsket en fast, samlet pris på A-, B- og C- sko for hver produktgruppe (henholdsvis sko, støvler og støvletter). Det er opp til hver enkelt tilbyder å vurdere hvordan de skal finne sin gjennomsnittspris. Statistikken viser at de senere års produksjon av A- og B- sko har vært ubetydelig, hvilket tilsier at et

realistisk gjennomsnitt regnes ut med hovedvekt på C- sko. Innklagede hevder bransjen kjenner statistikken fra tidligere år mht volum og type produkter, og at dette er et forhold som verken er diskriminerende eller favoriserende.

- (14) Leverandørene forplikter seg til å levere de sko som innklagede bestiller, uavhengig av om dette er A-, B- eller C- sko. For øvrig er det opp til innklagede å vurdere hvilken form det er hensiktsmessig å innhente tilbud i, så lenge lovens krav er oppfylt.
- (15) Typebetegnelsen A-, B- og C- sko har vært benyttet i en årrekke innen det ortopediske miljøet i Norge. Det er et lite miljø der de fleste ansatte har lang erfaring og bred kompetanse innen området, innklagede må derfor kunne legge til grunn betegnelsene på ortopedisk fottøy og at det er kjent blant de aktuelle aktørene hva betegnelsene innebærer.
- (16) Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er valgt, basert på en faglig totalvurdering av innsendte tilbud med utgangspunkt i tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget pkt 3.1. Det vises til interne notater av 20 og 24 januar 2003 for vurdering utført i samarbeid med fagpersoner med lang erfaring innen området ortopedi.
- (17) I forbindelse med forrige anbudsperiode ble det krevd inn skoprøver i alle kategorier. Det har vært opp til verkstedene å kontrollere kvaliteten. Verkstedene har ikke rapportert om noen klager på disse. Kravet til kvalitet er at skoene må tilfredsstille et minstekrav. Ut over minstekravet er det vanskelig å rangere tilbudene, og det er heller ikke saklig sett nødvendig ettersom normen for minstekrav er satt for å tilfredsstille brukernes behov. Alle firmaene som leverte inn tilbud i den aktuelle anbudskonkurransen anses for å levere tilfredsstillende kvalitet. Tilbudene ble derfor i det store og hele vurdert ut fra de kostnadene tilbudene vil medføre for folketrygden.
- (18) Det er korrekt at klager hadde lavere pris på tilleggsutstyr, men prisen må vurderes i en totalsammenheng. Den valgte leverandør var billigere på sko, som volummessig utgjør en sterkt dominerende del av leveransen, samt på støvler og støvletter. Totalt var den valgte løsningen best på pris.
- (19) Det er åpent for en gruppe av leverandører å innlevere felles tilbud, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 5-7, 1 ledd. Det kreves at gruppens deltagere som kontraktspart står helt og fullt solidarisk for gjennomføringen av kontrakten, slik at hver og en i gruppen har ansvar for den felles kontraktsoppfylling. Innklagede har inngått avtale med de enkelte fottøyprodusentene hvis tilbud var lavere i pris enn klagers.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Beskrivelsen av ytelsen

- (21) Oppdragsgiver skal sikre at leverandørene likebehandles, jf lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1). Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget skal beskrive ytelsen som skal anskaffes på en entydig og dekkende måte.

- (22) Klager har i den foreliggende sak anført at betegnelsene "A-, B- og C- sko", som ble benyttet i konkurransegrunnlaget, skulle vært nærmere beskrevet eller definert. Så langt klagenemnda kan se, har imidlertid ikke ytelsen som skal anskaffes vært beskrevet med nevnte betegnelser. Det er derimot bedt om "én pris" for skotøy "uansett vanskelighetsgrad". Betegnelsene "A, B og C- produksjon" fremkommer i parentes og fremstår som en forklaring til leverandører som er vant med denne typebetegnelsen, slik at også de skal forstå hva det faktisk er bedt om pristilbud på.
- (23) Klagenemnda kan ikke se at innklagede etter dette pliktet å beskrive hva typebetegnelsen "A-, B- og C- produksjon" sto for.
- (24) Klagenemnda forstår videre klagers anførsler slik at statistikk som viser fordelingen innenfor de ulike vanskelighetsgradene (A-, B- og C- sko) av anskaffelser som har vært foretatt tidligere år skulle vært opplyst. Leverandørene kunne da beregnet sine priser på samme grunnlag.
- (25) Fordelingen av de ulike vanskelighetsgradene har åpenbart stor betydning for hvilken pris som kan tilbys, siden kompliserte sko er dyrere å produsere enn enkle. Det kan være spørsmål om i hvilken grad enkelte leverandører allerede kan ha hatt tilgang på denne informasjonen, for eksempel i egenskap av å være eksisterende leverandører. Siden innklagede hadde statistikken tilgjengelig på det aktuelle tidspunktet, og det ville være av stor betydning for leverandørene å motta slik informasjon før utarbeidelsen av sine tilbud, kan klagenemnda ikke se at det forelå noen vesentlige grunner til at innklagede ikke skulle ha fremlagt denne informasjonen. Det forelå som følge av dette en viss risiko for forskjellsbehandling av leverandørene, og innklagede pliktet derfor etter klagenemndas mening å legge frem den informasjon innklagede satt inne med. Ved å unnlate dette har innklagede brutt kravene til forutberegnlighet og etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Feilen trenger imidlertid ikke å ha vært utslagsgivende for klager, da den relative fordelingen synes å ha vært kjent for klager gjennom deres tidligere produksjon for innklagede.

Mangelfull skjønnsutøvelse

- (26) Det følger av forskriften § 10-2 (2) at:

"Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv."

- (27) Oppdragsgiver plikter å foreta en saklig og forsvarlig evaluering av samtlige kriterier som har vært angitt som tildelingskriterier i kunngjøringen og/eller konkurransegrunnlaget.
- (28) I den foreliggende sak skulle tildeling av kontrakt etter konkurransegrunnlaget punkt 9 skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, der de angitte kriteriene var pris, leveringstid, kvalitet herunder utførelsesmetode og materialevalg samt modeller og design □ estetisk og funksjonell verdi. I konkurransegrunnlaget punkt 10 ble "bestillingsrutiner" lagt til som ytterligere et kriterium.

- (29) I den opprinnelige begrunnelsen til klager informerer innklagede om at klagers *"tilbud er avvist på grunn av for høy pris"*. Begrunnelsen er svært knapp, og gir inntrykk av at oppdragsgiver ikke har foretatt en forsvarlig vurdering av alle de oppgitte tildelingskriteriene. Klagenemnda har derfor vært i tvil om regelverket er overholdt på dette punkt, men etter en nærmere vurdering av sakens dokumenter fremstår det likevel som at så er tilfelle.
- (30) Det fremgår av de interne notatene av 20.01.03 og 24.01.03 at innklagede har vurdert prisen på tilleggsarbeider opp mot tilbudte priser på øvrige produkter, og foretatt et innkjøpsfaglig skjønn over hvilket tilbud de fant best på pris. Evalueringen fremstår □ så langt klagenemnda kan se □ som saklig og forsvarlig, og det er således ikke grunnlag for å underkjenne denne.
- (31) I det interne notatet av 20.01.03 skriver saksbehandlerne at de ikke kan *"se faglige forhold som tilsier at de prismessige skillelinjene ikke skal være utslagsgivende"*. Henvisningen til faglige forhold tyder på at innklagede faktisk har vurdert øvrige kriterier. I det interne notatet av 24.01.03 står det videre at *"Alle verksteder som produserer sko vurderes derfor på lik linje når det gjelder løsninger og kvalitet"*. Både leveringstid, kvalitet, modeller og design samt bestillingsrutiner kan språklig falle inn under begrepene løsninger og kvalitet. Klagenemnda finner etter dette å kunne legge til grunn at innklagede faktisk har vurdert de øvrige tildelingskriteriene, og at det i denne evalueringen ikke har fremkommet noen forskjeller av betydning mellom leverandørene, slik at det er pris som har blitt stående som det avgjørende kriteriet. Det foreligger etter dette ikke brudd på forskriften § 10-2 (2).

Brudd på konkurranselovgivningen

- (32) Spørsmål om det foreligger brudd på konkurranselovgivningen ligger utenfor klagenemndas myndighetsområde å uttale seg om, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

Konklusjon:

Rikstrykdeverket har brutt kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved ikke å opplyse i konkurransegrunnlaget om den forholdsmessige fordelingen av vanskelighetsgrad på de sko leverandørene skulle levere tilbud på, til tross for at dette kunne ha betydning for leverandørenes beregning av tilbudspriser og at dette var informasjon innklagede hadde tilgjengelig.

For klagenemnda,

Morten Goller

Oslo, 19.12.03

[REDACTED]