



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. De generelle kravene i § 4.
Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av uttakssentraler til operasjonsrom. Klager påklaget anskaffelsen på bakgrunn av hvordan innklagede hadde evaluert tildelingskriteriet «Totalkostnad», og anførte at innklagede hadde brutt kravene som stilles til forutberegnelighet. Som følge av klagebehandlingen valgte innklagede å avlyse konkurransen, på bakgrunn av uklarheter i konkurransegrunnlaget vedrørende blant annet antallet og typer opsjoner som skulle inngå i beregningen av totalkostnaden. Klagenemnda var enig med klager i at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 26. oktober 2020 i sak 2020/525

Klager: Dico AS

Innklaget: Oslo universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kjersti Holum Karlstrøm og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Oslo universitetssykehus AS (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. mai 2019 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av 34 uttakssentraler *«for framføring av tekniske installasjoner og oppheng av utstyr til operasjonsstuer»*. Anskaffelsens verdi fremgikk ikke av anskaffelsesdokumentene. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget satt til 11. juni 2019.
- (2) I kunngjøringen stod det at konkurransen også omfattet opsjoner:
«Opsjon på uttakssentraler til 25 stk operasjonssaler.»
- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at anskaffelsen ville omfatte både fjerning av eksisterende uttakssentraler og levering, montering og tilkobling av nye uttakssentraler. Det fremgikk også at innklagede ønsket opsjoner på uttakssentraler til 25 operasjons-/behandlingsrom, inkludert tilbehør, reservedeler og serviceavtaler.
- (4) Kontrakt ville bli tildelt tilbudet som hadde det beste forholdet mellom kostnad og kvalitet. Evalueringen ville basere seg på *«Totalkostnad»* (vektet 30 prosent), *«Kvalitet/Funksjonalitet»* (50 prosent), *«Servicenivå»* (10 prosent), *«Opplæring»* (5 prosent) og *«Leveringstid»* (5 prosent).
- (5) I henhold til konkurransegrunnlaget punkt 4.3, ville *«Totalkostnad»* blant annet omfatte *«[p]ris på evt. opsjoner i tilbudet», «nødvendig tilbehør for å tilfredsstille anskaffelsens formål»* og *«[u]tstyrsspesifikke reservedeler og andre driftskostnader»*. I punkt 3.7 stod det at tilbudet skulle prises i samsvar med vedlagt prisskjema.

- (6) Prisskjemaet, en Excel-fil, var inndelt i syv hovedkategorier. To av disse var «*Utstyr*» og «*Opsjoner*», som var inndelt i henholdsvis ti og fem underkategorier. For samtlige underkategorier skulle leverandørene fylle inn enhetspris, hvor totalprisen for hver underkategori deretter automatisk ble regnet ut. Det var oppgitt «*Antall*» for hver underkategori. Samtlige fem underkategorier av «*Opsjoner*» var oppgitt med 1 som «*Antall*».
- (7) Det var fire typer uttakssentraler som skulle prises under «*Utstyr*». Dette gjaldt levering og montering av «*uttakssentral type III*», «*uttakssentral type IV*», «*uttakssentral type V*» og «*uttakssentral type VI*». Det var derimot fem typer uttakssentraler som skulle prises under «*Opsjoner*». Dette gjaldt levering og montering av «*uttakssentral type 1*», «*uttakssentral type 2*», «*uttakssentral type 3*», «*uttakssentral type 4*» og «*uttakssentral type 5*».
- (8) De øvrige tildelingskriteriene var noe nærmere utdypet i konkurransegrunnlaget, og ville bli evaluert på bakgrunn av besvarelse/oppfyllelse av kravspesifikasjonen, «*samt fagpersonenes vurdering av produktene, basert på opplysninger om produktene i tilbudet, innleverte vareprøver, og evt. ytterligere utprøving av produktene*». Kravene i kravspesifikasjonen var nærmere inndelt i A-, B- og B/D-krav. I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 stod det at manglende oppfyllelse av A-krav ville medføre avvisning av tilbudet, og skulle ikke være gjenstand for evaluering. B- og BD-krav ville bli evaluert, hvor sistnevnte krav ville telle tre ganger mer enn B-kravene.
- (9) I kravspesifikasjonen var det stilt nærmere krav til fem ulike typer uttakssentraler. Disse var omtalt som nr. 1 «*Uttakssentral, anestesi, en arm*», nr. 2 «*Uttakssentral, anestesi, 2 armer*», nr. 3 «*Uttakssentral, kirurgi. 2 armer*», nr. 4 «*Uttakssentral, kirurgi. 1 arm*» og nr. 5 «*Uttakssentral/-søyle uten arm*».
- (10) Innklagede mottok flere spørsmål fra leverandørene i Merzell.
- (11) En leverandør understreket at man bare hadde mottatt vedlegg 2.3, men ikke vedleggene omtalt som 2.3A («*Skjema for besvarelse av pris*») og 2.3B («*Skjema for besvarelse av pris på tilbehør og reservedeler*»). Innklagede ble spurt om disse ville bli lastet opp.
- (12) Spørsmålet ble besvart 16. mai 2019: «*Det er feil i konkurransegrunnlaget. Alt av prisinformasjon skal lever[e]s i vedlegg 2.3. Det skal ikke være 2.3A og 2.3 B.*»
- (13) Et annet spørsmål var angående betegnelsene som var brukt om de forskjellige uttakssentralene i prisskjemaet: «*Det er litt utyd[el]ig i hva som skal tilbys som opsjoner.*»
- (14) Spørsmålet ble besvart 4. juni 2019:

«*Vi ber om opsjoner på de type uttakssentraler som vi ber om i kravspesifikasjonen.*

III = 1 -Anestesi 1 arm

IV = 2 - Anestesi 2 armer

V = 3 - Kirurgi 2 armer

VII = 4 - Kirurgi 1 arm

5 - Søyle uten arm.»

- (15) Fem leverandører leverte tilbud innen fristen, deriblant Dico AS (heretter *klager*) og Avalon Medical AS.
- (16) I klagers prisskjema var det presisert hvilken type uttakssentral de ulike opsjonene gjaldt, oppgitt som type 1, type 2 osv. Disse samsvarte med de som var benevnt med samme nummer i kravspesifikasjonen. Type 1 tilsvarte eksempelvis nr. 1 «*Uttakssentral, anestesi, en arm*». Klager hadde også presisert hvilken type uttakssentraler som var priset under hovedleveransen. Klager hadde eksempelvis presisert at det som var omtalt som type III under «*Utstyr*» tilsvarte nr. 1 «*Uttakssentral, anestesi, en arm*».
- (17) Øvrige tilbud i konkurransen er ikke fremlagt for klagenemnda.
- (18) Avalon Medical AS (heretter *valgte leverandør*) ble innstilt som vinner av konkurransen.
- (19) Av innklagedes evaluering av «*Totalkostnad*», fremgikk det at enhetsprisen for de ulike opsjonene var blitt multiplisert med det faktiske antallet som innklagede ønsket tilbud på. Totalprisen for hver underkategori av opsjonene inngikk i leverandørens «*Totalkostnad*».
- (20) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. juni 2020.
- (21) Innklagede opplyste i e-post til klagenemnda 7. juli 2020 at kontraktsinngåelsen vil bli utsatt til klagenemnda har behandlet saken.
- (22) Innklagede avlyste konkurransen 18. august 2020. I brevet til leverandørene var avlysningen begrunnet slik: «*Ved ny gjennomgang av evalueringen i tilknytning til klagebehandlingen har oppdragsgiver oppdaget en feil ved konkurransegrunnlaget. Konkurransegrunnlaget er unøyaktig i forhold til hvor mange typer og hvilke typer opsjoner som skal legges til grunn for utregningen av totalprisen. Dette innebærer at evalueringen av tildelingskriteriet «totalkostnad» blir uforutsigbart. Dette medfører at konkurransegrunnlaget dermed er uforutsigbart og bryter med grunnleggende prinsipper i et åpent anbud. Feilen kan ikke repareres uten avlysning av konkurransen og gjennomføre den på nytt.*»
- (23) Klager opplyste 19. august 2020 at klagen ble opprettholdt.
- (24) Klagenemndssekretariatet orienterte klager 19. august 2020 om at anførsler som gjelder avlyste konkurranser normalt ikke blir behandlet av klagenemnda, bortsett fra anførsler som gjelder lovligheten av selve avlysingsbeslutningen, jf. kravet om saklig klageinteresse i klagenemndsforskriften § 6. Klager ble bedt om å gi tilbakemelding.
- (25) Klager besvarte e-posten samme dag, hvor det ble anført at avlysingsbeslutningen var ulovlig. Klager orienterte om at den opprinnelige klagen ble opprettholdt.
- (26) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. oktober 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (27) Innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen, ettersom det ikke foreligger uklarheter i konkurransegrunnlaget. Det fremgår klart av prisskjemaet at man bare skulle prise én stykk per type opsjon. Med andre ord er det bare enhetsprisen for én stykk av hver type opsjon som skal inngå i leverandørenes totalpriser.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (28) Etter en ny gjennomgang av konkurransegrunnlaget i forbindelse med klagebehandlingen, erkjennes det at konkurransegrunnlaget var uklart. Det er motstrid mellom antall oppgitte opsjoner i konkurransedokumentene. Mens det i kunngjøringen og under punkt 1.2 i konkurransegrunnlaget står at innklagede ønsker tilbud på til sammen 25 opsjoner, fremgår det av prisskjemaet at det kun skal gis tilbud på én per type uttakssentral. Det var ikke samsvar mellom typebegrepene betegnet med romertall for hovedtilbudet og arabiske tall under opsjonene. Det var også uklart hvordan «Totalkostnad» skulle beregnes, herunder fordelingen av det totale antallet av opsjoner på de ulike typene. Videre var det en uklarhet at dokumentet «Skjema for besvarelse av pris på tilbehør og reservedeler» ikke var vedlagt konkurransegrunnlaget når nødvendige tilbehør og reservedeler skulle inngå i beregning av totalkostnad. Det er uklart om dette kan ha påvirket leverandørenes priser.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av uttakssentraler, som er en vareanskaffelse med hoved-CPV-kode 33162100 («Utstyr til operasjonsstuer»). I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og vil da presumtivt ha saklig klageinteresse. Når en konkurranse er avlyst, som her, vil en deltaker normalt bare ha et reelt behov for å få prøvd anførsler som gjelder lovligheten av avlysningsbeslutningen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klager vil derimot ikke ha et reelt behov for å få prøvd sine anførsler som knytter seg til innklagedes tildelingsevaluering i den avlyste konkurransen. Det er ikke noe ved vår sak som tilsier en annen vurdering, og klagers øvrige anførsler avvises derfor fra behandling i klagenemnda.

Avlysning

- (31) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen. Ifølge klager var ikke konkurransegrunnlaget uklart hva gjaldt antallet opsjoner som skulle legges til grunn ved evalueringen av «Totalkostnad». Klager har vist til at antallet opsjoner som skulle prises – én per type uttakssentral – allerede var utfyllt i prisskjemaet, og at dette må legges til grunn ved beregningen av leverandørenes totalpris.
- (32) Det følger av forskriften § 25-4 første ledd at oppdragsgiveren kan avlyse en konkurranse hvis det foreligger «saklig grunn». Etter Høyesteretts praksis er det sentrale om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, jf. HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen), avsnitt 86. Avdekking av en reell rettslig usikkerhet om holdbarheten av prosessen, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, vil i seg selv gi saklig grunn til

å avlyse en konkurranse, jf. Fosen-Linjen-dommen, avsnitt 88. Klagenemnda forstår dette slik at det må foreligge en reell risiko for at en eventuell rettslig prøving vil lede til at det konstateres at det foreligger avlysningsplikt, og at en oppdragsgiver da må kunne avlyse selv om man selv mener at det ikke foreligger en slik plikt. Det er uten betydning om svakhetene ved prosessen, heri inkludert mangler ved konkurransegrunnlaget, først avdekkes etter at konkurransen er gjennomført, slik som i Fosen-Linjen-saken.

- (33) Slik klagenemnda forstår innklagede, argumenteres det for at det i dette tilfellet forelå avlysningsplikt begrunnet i uklarheter i konkurransegrunnlaget som medførte brudd på grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper, som ikke kunne repareres på annet vis enn ved å avlyse konkurransen.
- (34) Innklagede har vist til at det i forbindelse med klagebehandlingen ble oppdaget at konkurransegrunnlaget var uklart med tanke på antallet og den nærmere fordelingen av de ulike typene uttakssentraler det var bedt om opsjoner på, som skulle legges til grunn ved utregningen av «*Totalkostnad*». I tillegg vises det til at de ulike typene av opsjoner på uttakssentraler og uttakssentralene som inngikk som hovedleveranse er gitt navnekoder som ikke samsvarer med hverandre, noe som ifølge innklagede gjorde det uklart hvilke opsjoner som leverandørene skulle inngi tilbud på.
- (35) Klagenemnda bemerker at det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede ønsket opsjon på kjøp av totalt 25 uttakssentraler utover hovedleveransen, og at «*Totalkostnad*» skulle inkludere «*[p]ris på evt. opsjoner i tilbudet*». Av prisskjemaet fremgikk det imidlertid at det var fem forskjellige typer uttakssentraler innklagede ønsket priset som opsjoner, og at antallet av hver av dem var fastsatt til 1.
- (36) Slik klagenemnda ser det må det ha fremstått klart for leverandørene at det innklagede ønsket opplyst var *stykkprisen* på hver av de fem forskjellige uttakssentralene som skulle tilbys som opsjoner. Konkurransegrunnlaget kan klart nok ikke forstås slik at innklagede forpliktet seg til å kjøpe hele 25 uttakssentraler dersom man først skulle velge å utløse opsjonen, og det gav heller ingen holdepunkter på hvordan en eventuell full utnyttelse av opsjonen ville fordele seg på de fem kategoriene. Den omstendighet at innklagede hadde lagt inn i prisskjemaet hvor mange uttakssentraler av hver type som skulle prises under hovedleveransen («*Utstyr*»), tilsier at leverandørene måtte kunne legge til grunn at det var bevisst at antallet var satt til 1 for opsjonenes vedkommende. Det er derfor etter nemndas syn ingen motstrid mellom informasjonen i konkurransegrunnlaget, og hva som skulle prises. Innklagede har heller ikke i sin begrunnelse synliggjort at leverandørene fant konkurransegrunnlaget uklart på dette punktet.
- (37) Realiteten i innklagedes begrunnelse for avlysningen synes å være at tilbudene faktisk ikke ble evaluert slik konkurransegrunnlaget la opp til, ved at innklagede isteden multipliserte de opplyste prisene med et forholdstall som ikke på forhånd var kjent for leverandørene.
- (38) Denne fremgangsmåten fremgikk imidlertid som nevnt ikke av konkurransegrunnlaget, som etter nemndas syn var klart med hensyn til at det var stykkprisen på de fem forskjellige uttakssentralene som skulle medregnes som prisen på opsjoner i totalprisen.
- (39) Det følger av forskriften § 25-1 fjerde ledd at oppdragsgiver kan omgjøre beslutning om valg av leverandør, dersom beslutningen «*er i strid med forskriften*». Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver både kan og skal rette opp feil ved den foregående

evalueringen. Det er ikke slik at enhver feil ved tildelingsevalueringen gir saklig grunn til å avlyse konkurransen. I vår sak kunne feilen ved tildelingsevalueringen vært rettet opp ved å evaluere tilbudene på nytt, i tråd med angivelsen i konkurransegrunnlaget.

- (40) Nemnda tilføyer her at innklagedes henvisninger til at klager opprinnelig selv mente at prisingen av opsjonene under tildelingskriteriet «*Totalkostnad*» var uforutsigbar, gjaldt innklagedes opprinnelige evaluering. Klagenemnda er enig med klager i at den opprinnelige evalueringen var uforutsigbar og ulovlig, men dette skyldes altså at evalueringen ikke var i tråd med konkurransegrunnlaget. Noe grunnlag for å hevde at klager selv har ansett konkurransegrunnlaget som uklart gir dette ikke.
- (41) Når det gjelder innklagedes henvisning til at betegnelsene på hovedleveransen og opsjonene ikke samsvarte, er klagenemnda i utgangspunktet enig i at konkurransegrunnlaget fremstod uklart. Innklagede presiserte imidlertid hvilke uttakssentraler som skulle prises som hovedleveranse og opsjoner i sitt svar på et spørsmål i Merccell, slik at denne uklarheten ble rettet opp før tilbudsfristens utløp. Basert på de opplysningen nemnda har fått, fremstår det heller ikke som at tilbyderne har hatt problemer med å forstå hva som skulle prises etter innklagedes presisering. Etter nemndas syn gir følgelig heller ikke dette forholdet saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (42) Innklagede har videre vist til at også nødvendige tilbehør og reservedeler skulle inngå i beregning av totalkostnad, og at dokumentet «*Skjema for besvarelse av pris på tilbehør og reservedeler*» ikke var vedlagt konkurransegrunnlaget. Innklagede har forklart at noen leverandørene leverte egne vedlegg over tilbehør og reservedeler, mens andre førte inn pris for tilbehør og reservedeler i prisskjemaet. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette forholdet har hatt noen betydning for leverandørenes tilbud.
- (43) Klagenemnda har etter dette kommet til at det ikke forelå noen reell risiko for at en eventuell rettslig prøving vil lede til at det ble konstatert en avlysningsplikt, og at innklagede heller ikke av andre grunner hadde «*saklig grunn*» til å avlyse konkurransen etter tildelingsbeslutningen, jf. forskriften § 25-4 første ledd.
- (44) Bruddet er av en slik karakter at det gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemnds forskriften § 13.

Konklusjon:

Oslo universitetssykehus HF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen