



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. Evaluerings- eller prismodell.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av medisinsk utstyr, herunder ulike behandlingshjelpemidler innenfor feltet oksygenterapi. Etter tildeling av kontrakt, avlyste innklagede konkurransen for ni delkontrakter på bakgrunn av en oppfatning om at prisevurderingsmodellen var ulovlig. Klagenemnda fant at prisevurderingsmodellen var lovlig, og at innklagede ikke hadde gitt en saklig grunn for å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 6. november 2020 i sak 2020/678

Klager: ResMed Norway AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Sverre Nyhus og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Den 16. mars 2019 publiserte Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) en invitasjon til markedsdialog angående anskaffelse av ulike behandlingshjelpemidler innenfor oksygenterapi. Vedlagt invitasjonen var anskaffelsesdokumentene fra innklagedes forrige anskaffelse av slike hjelpemidler. Et av punktene innklagede ønsket innspill på, var «*hvilke prismodeller [leverandørene anså som] hensiktsmessig*». Innklagede avholdt dialogmøter 21. og 22. mai 2019.
- (2) Deretter kunngjorde innklagede 1. januar 2020 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av ulike behandlingshjelpemidler, herunder Bilevel PAP og CPAP apparater, forstøvere og sug- og hostemaskiner. Anskaffelsens verdi ble estimert til 360 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 3. februar 2020.
- (3) Av kunngjøringen gikk det frem at anskaffelsen var inndelt i seks delområder:
 1. Bilevel PAP
 2. CPAP
 3. Masker til Bilevel PAP og CPAP
 4. Forstøver
 5. Sug
 6. Hostemaskin
- (4) De seks delområdene var ytterligere inndelt i flere delkontrakter – totalt 22 stykker. Leverandørene kunne inngi tilbud på én, flere eller samtlige delkontrakter. Kontrakt skulle tildeles per delkontrakt.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5.1 («*Estimert verdi*») var det oppgitt estimert årlig forbruk av de ulike produktgruppene og delkontraktene:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Deltilbud	Produktgruppe	Estimert årlig forbruk
Deltilbud 1.1	Bilevel PAP apparat uten avansert alarm	300 enheter
Deltilbud 1.2	Bilevel PAP apparat med utvidede funksjoner	400 enheter per år
Deltilbud 1.3	Bilevel PAP apparat med integrert backup batteridrift og hybridmodus	50 enheter per år
Deltilbud 1.4	Bilevel apparat med adaptiv servoventilator	200 enheter per år
Deltilbud 2.1	Auto CPAP apparat	11 000 enheter per år

(6) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 6.1. For delkontraktene 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 og 2.1, som denne saken gjelder, gikk det frem at tildeling ville skje på grunnlag av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom «Kvalitet» (vektet 70 %) og «Pris» (vektet 30 %).

(7) Priskriteriet var utdypet i konkurransegrunnlaget punkt 6.2.1 («Pris»):

«Tilbudet vil bli evaluert i henhold Vedlegg – Prisskjema.

Pris evalueres i henhold til den forholdsmessige metoden. Tilbud med lavest totalsum pris gis poengscore 10».

(8) Prisskjemaet var bygget opp som en forhåndsdefinert handlekurv for hver delkontrakt, bestående av henholdsvis et komplett behandlingsapparat («Komplett apparat») og nærmere angitte reserve- og tilleggsdeler til apparatet, hvor tilbyderne skulle fylle ut produktinformasjon og «tilbudspris per salgsenhet». Prisskjemaet inneholdt en kolonne med «Antatt volum per år av stk» for produktene, men innklagede hadde ikke fylt ut denne kolonnen.

(9) I tiden frem mot utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede flere spørsmål knyttet til evalueringen av pris:

«Spørsmål 11

Vi har spørsmålet om hvordan prisvurderingen går generelt for utstyr som inneholder forbruksmateriell, for eksempel eksempler Delområde 1, 2, 5 og 6. Hva betyr "forholdsmessige metode" i dette tilfellet? Det blir totalprisen for maskinen pluss alle slags tilbehør eller prisen på maskinen pluss forbruksmateriell? Tas det hensyn til snittpris på 1,2,3 eller 4 år? Eller kun på tilbudspriser i prisskjemaet?

Svar:

Viser til punkt 6.2.1 Pris i konkurransegrunnlaget. Pris evaluering i henhold til den forholdsmessige metoden betyr at inngitte priser gis en score på 1-10 poeng, og tilbud med lavest handlekurv gis poengsum 10. Karakteren for de øvrige tilbud justeres forholdsmessig etter følgende formel:

$$\frac{\text{Sum handlekurv beste tilbud}}{\text{Sum handlekurv tilbud } x} * 10 = \text{Sluttkarakter tilbud } x$$

Viser til vedlegg – prisskjema. Hvert deltilbud evalueres iht. varelinjene i prisskjema, og handlekurv per deltilbud er summen av inngitte priser per varelinje.

[...]

Spørsmål 18

Spørsmål fra tilbudskonferansen: Kan dere forklare forskjellen på må-vare og bør-vare i prisskjema, og er bør-vare en del av handlekurven?

Svar:

MÅ-varer er produkter som går til evaluering og er en del av handlekurven. Bør-varer evalueres ikke som en del av handlekurven.

[...]

Spørsmål 48

Henvisning til prisfil, punkt 5.1.5 og 5.2.5: Det er ønske om to stykk sugokolber. Hvis sugokolbene selges som 1 og 1 hvordan skal feltene salgsenhet og antall prisenhet per salgsenhet fylles ut for at det skal bli rett?

Svar:

Viser til ref. 5.1.5 og 5.2.5 i prisskjema, som viser det antall produkter som går til evaluering. Her er det 2 stk sugokolber. I tilfelle hvor sugokolber selges som 1 stk per forpakning fylles salgsenhet og antall prisenhet ut som følgende:

- Salgsenhet fylles iht. type forpakning, eske, kartong mm.

- Antall prisenheter per salgsenhet fylles iht. antall kolber per salgsenhet, i deres tilfelle blir 1 stk.

I handlekurv som går til evaluering tas det hensyn til 2 stk.»

- (10) Den 13. januar 2020 avholdt innklagede også en tilbudskonferanse, hvor konkurransegrunnlaget og prisskjemaet ble gjennomgått.
- (11) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra en rekke ulike leverandører, herunder fra ResMed Norway AS (heretter *klager*) og Philips Norge AS.
- (12) I tildelingsbrev av 3. juni 2020 meddelte innklagede at klager var tildelt 6 delkontrakter, herunder delkontraktene 1.1, 1.2, 1.4, 1.5, 2.1 og 2.2.
- (13) Ved brev av 9. juli 2020 ble konkurransen avlyst for ni av de 22 delkontraktene, herunder fire av de seks delkontraktene som klager var tildelt. Begrunnelsen for avlysningen var at det etter innklagedes oppfatning forelå avlysningsplikt. Årsaken til dette var at prisevalueringsmodellen etter innklagedes vurdering ikke var egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, og derfor var ulovlig. Innklagede

mente feilen ikke kunne rettes på annen måte enn ved avlysning, og at feilen kunne ha påvirket utfallet av konkurransen. Om feilen het det:

«Prislinjene 2.1.1-2.1.8 inngår i handlekurven. Disse er angitt som «må»-varer. Kolonnen «antatt volum per år av stk.» er ikke utfylt. Komponentene er derfor ikke volumjustert og har dermed lik vekt i evalueringen. Varene som er oppgitt som «må»-varer er summert og utgjør den endelige evalueringsprisen.

Sykehusinnkjøp har hatt nasjonal avtale på dette området tidligere. Det hadde derfor vært mulig å basere volum på historiske forbrukstall, men dette er ikke gjort. Konsekvensen av dette er at de øvrige «må»-varene får en uforholdsmessig stor vekt i prisevalueringen. Det er på det rene at «komplett apparat», for alle de nevnte deltilbudene, utgjør hovedandelen av det estimerte volumet.

På enkelte deltilbud har også noen «må»-varer fått altfor stor vekt innenfor «må»-varene når man ser på forbrukstallene for de ulike komponentene.

Det er derfor klart at prisevalueringsmodellen ikke er egnet til å identifisere det tilbudet som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet».

(14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. september 2020.

(15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. november 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(16) Innklagede har ikke en avlysningsplikt. Prisevalueringsmodellen som innklagede har benyttet, er lovlig. Modellen er egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Det er ikke av betydning om en annen modell kunne ledet til et annet evalueringresultat. Det er heller ikke av betydning at det er risiko for at det i ettertid viser seg at et annet tilbud potensielt kunne gitt lavere kostnader under kontraktsgjennomføringen. Innklagede har altså ikke begått feil som medfører en avlysningsplikt. Avlysningen er rettstridig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(17) Preisevalueringsmodellen er ulovlig, og innklagede har derfor en avlysningsplikt. Evalueringsmodellen er ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det er ikke rimelig sammenheng mellom priselementenes vekt og deres forventede betydning for vederlaget. Det ble ikke tatt høyde for forbruksdata i modellen, og den fremstår derfor hverken realistisk eller forsvarlig. Det kan riktignok ikke utelukkes at modellen har valgt rett tilbyder i enkelte tilfeller, men dette beror trolig på tilfældigheter. Det er derfor ikke tvilsomt at det foreligger en avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen for delkontraktene 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 og 2.1, og har saklig klageinteresse i å få prøvd lovmessigheten i den foretatte avlysningen av disse delkonkurransene, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av medisinsk utstyr, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 360 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om

offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen etter tildeling, mens innklagede fremholder at man i denne anskaffelsen hadde *plikt* til å avlyse konkurransen. Denne anførselen bygger på at den prisevaleringsmodellen som er angitt i konkurransegrunnlaget, ikke er lovlig. I tilsvaret for klagenemnda har innklagede uttrykkelig presisert at man i denne saken ikke påberoper seg rett til avlysning. Klagenemnda tar derfor kun stilling til om innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (20) Oppdragsgiver har en plikt til å avlyse konkurransen der det er begått en feil ved gjennomføringen av konkurransen som ikke kan rettes opp på annen måte enn ved avlysning, og der denne feilen har påvirket utfallet av konkurransen for klager, eller påvirket deltakerinteressen, jf. eksempelvis Borgarting lagmannsretts kjennelse i LB-2019-85112, med videre henvisninger.
- (21) Klagenemnda tar derfor først stilling til om prisevaleringsmodellen er ulovlig.
- (22) Det følger av forskriften § 18-1 (1) bokstav c at oppdragsgiver kan velge å tildele kontrakt på grunnlag av hvilket tilbud som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet.
- (23) Valget av evalueringsmodell kan bare i begrenset grad overprøves rettslig. Spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er ikke hvorvidt modellen er optimal, men om den er lovlig. Det avhenger av om modellen 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 prisforskjeller mellom tilbudene, jf. blant annet lagmannsrettens avgjørelse i LB-2017-100799.
- (24) Priskriteriet ble evaluert på bakgrunn av leverandørenes priser på en angitt handlekurv. Slik prisskjemaet var utformet, inngikk varene angitt som «*må-varer*» i handlekurven. Handlekurven beregnes ut fra pris på et komplett apparat, samt summen av enhetsprisen for samtlige «*må-varer*». Et komplett apparat bestod av apparatet og angitte «*må-varer*», og disse komponentene ble dermed telt med to ganger i handlekurven. Prisskjemaet inneholdt en kolonne beskrevet som «*antatt volum per år av stk.*», men denne hadde innklagede ikke fylt ut. I anledning et spørsmål en av leverandørene hadde til prisskjemaet, svarte innklagede at hvert deltilbud skulle evalueres i henhold til varelinjene i prisskjemaet, og at inngitte priser per varelinje utgjorde summen av handlekurven. Tilbudet med lavest pris på handlekurven ville få høyest poengsum.
- (25) Basert på utformingen av prisskjemaet, samt innklagedes besvarelse av spørsmål underveis, er klagenemnda av den oppfatning at det var klart for leverandørene at prisene ikke ville bli volumjustert ved evalueringen. Det fremgikk tydelig av konkurransegrunnlaget at handlekurven utgjorde summen av priser per varelinje. Leverandørene hadde da anledning til å gi sine beste priser i henhold til dette.
- (26) Innklagede har anført at evalueringen av pris ikke reflekterer hva man faktisk kommer til å betale, ettersom utformingen av prisskjemaet har ført til at prisen for enkeltkomponenter har fått for stor vekt i evalueringen, sammenlignet med disse prisenes forventede betydning under kontraktutførelsen.

- (27) Ettersom leverandørene var kjent med fremgangsmåten for beregning av pris på handlekurven, hadde de både mulighet til og oppfordring til å gi sine beste priser på den handlekurven som ble bedømt. Slik klagenemnda forstår redegjørelsen fra innklagede, er det en *risiko* for at modellen kan føre til uheldige resultater som følge av den manglende volumjusteringen. Innklagede har imidlertid ikke vist eller sannsynliggjort at modellen har gitt vilkårlige resultater i den konkurransen som ble gjennomført.
- (28) Etter dette finner klagenemnda at innklagede ikke har vist at prisevuringsmodellen ga ulovlige utslag i denne konkurransen. Innklagede har ikke vist til andre grunner til å avlyse konkurransen.
- (29) Siden klagenemnda har funnet at prisevuringsmodellen ikke er ulovlig, er det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om de øvrige vilkårene for avlysningsplikt er tilfredsstillende.
- (30) Avlysningen av konkurransen med den begrunnelse av det foreligger avlysningsplikt, utgjør etter dette et brudd på regelverket.
- (31) Bruddet som klagenemnda har konstatert ovenfor har påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har brutt anskaffelsesregelverket ved å avlyse konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

Dokumentet er godkjent elektronisk