



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Krav til ytelsen/teknisk spesifikasjon

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av medisinsk forbruksmateriell. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskriften § 15-1 fjerde ledd ved å oppstille et krav om et spesifikt lagerstyringssystem, og at det derfor forelå avlysningsplikt. De øvrige anførslene fra klager ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 16. april 2021 i sak 2021/373

Klager: Norengros Dahle Medical AS

Innklaget: Lillehammer kommune

Klagenemndas medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Sverre Nyhus og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Lillehammer kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 7. oktober 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av medisinsk forbruksmateriell. Rammeavtalen skulle ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. Tilbudsfrist var satt til 20. november 2020.
- (2) Rammeavtalen omfattet levering av medisinsk forbruksmateriell til Lillehammer, Øyer og Gausdal kommune innen produktgruppene:
 - «Inkontinens
 - Sårprodukter
 - Smittevern – hygiene
 - Pleie – personlig hygiene
 - Ernæring
 - Testere og testutstyr
 - Infusjon – Kanyler – Dosetter
 - Øvrige produkter»
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det presisert at «*Rammeavtalen skal i hovedsak dekke behovene i pleie- og omsorgstjenestene, dvs sykehjem og hjemmesykepleie. Øvrige*

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

kommunale enheter som legetjeneste, helsestasjon, barnehager og skoler skal også kunne benytte avtalen.»

- (4) Tildeling av kontrakt skulle ifølge konkurransegrunnlaget skje på bakgrunn av «*hvilket tilbud som har det beste forholdet mellom pris, kvalitet og miljø*», basert på kriteriene «*Pris*» (vektet 60 prosent), «*Kvalitet*» (vektet 20 prosent) og «*Miljø*» (vektet 20 prosent).
- (5) Av punkt 4.1 fremgikk det at pris skulle evalueres på grunnlag av «*total kostnad fra prisskjema, jfr. pkt. 2.1 i kravspesifikasjonen. Vedlagt pris-/produkt skjema skal legges ved tilbudet, fullstendig utfyllt. Prisskjema har 10 arkfaner, herunder arkfane «Veiledning» med bestemmelser for utfylling av prisskjema.*»
- (6) Nederst i prisskjemaet var det opplyst at «*[d]en enkelte kommune har etablert lager med Aktiv forsyning, og ønsker å videreføre dette ved utløp av nåværende kontrakter*». Leverandørene ble her bedt om å gi tilbud på implementering og årlig driftskostnad for henholdsvis Lillehammer, Øyer og Gausdal kommune. Det var presisert at «*Kostnader lagerstyring inngår i evaluering av tilbudet*».
- (7) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte kravspesifikasjonen, der det var inntatt en liste over «*Minimumskrav*». Punkt 1.8 lød som følger:

«Alle kommuner har innført elektronisk lagerstyring i form av Aktiv forsyning.

Tilbyder må bekrefte at ordningen med Aktiv forsyning kan videreføres uten ulempe eller merkostnad for kommunen.

Kostnader for elektronisk lagerstyring skal spesifiseres i prisskjema (vedlegg 1). Beskriv elektronisk lagerstyring, og hvordan dette lar seg samordne med e-handel.»
- (8) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører, herunder fra Norengros Dahle Medical AS (heretter *klager*), OneMed AS og Maske AS (heretter *valgte leverandør*).
- (9) I brev av 8. desember 2020 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt valgt leverandør. Fra brevet gjengis følgende:

«*Evaluering av Pris*

Prisskjemaet avdekket enkelte større prisdifferanser som ga grunn til nærmere undersøkelse. Oppdragsgiver ba om en revidert prisliste hvor tilbyderne oppgav pris pr stk på varelinjer med annen prisenhet enn stk. Maske AS hadde tilbudet med lavest total pris. Tilbudet fra NorEngros Dahle Medical var totalt 6,24 % dyrere enn tilbudet fra Maske AS. Differansen knyttet til årlige lisenskostnader for Aktiv Forsyning ble utslagsgivende for resultatet.»

- (10) Vedlagt brevet fulgte en oversikt over poengfordelingen der det fremgikk at klager hadde oppnådd totalt 9,10 poeng mot valgte leverandørs 10 poeng. Oversikten viste at klager og valgte leverandørs tilbud var vurdert som like gode på «*Kvalitet*» med poengscoren 10. På «*Miljø*» hadde klagers tilbud fått 7,24 poeng mot valgte leverandør sine 10, og ved «*Pris*» 9,41 mot valgte leverandør sine 10 poeng. For valgte leverandør og OneMed AS var det oppgitt at totalprisen var «*justert iht informasjon i tildelingsbrev*».

- (11) Klager påklagde tildelingen i brev av henholdsvis 21. desember 2020 og 21. januar 2021. I klagesvaret av 14. januar 2021 erkjente innklagede at det var gjort en feil ved utregningen av pris:

«85 av [...] produktene [i prisskjemaet] har prisenhet RL, FL, PAK og BOKS. Av disse produktene igjen er det 74 produkter hvor leverandørene har oppgitt samme/identisk antall enheter i prisenhet eller har mindre avvik i mengdeenhet. Disse produktene er dermed sammenliknet uten ny omregning av totalpriser.

Oppdragsgiver har i ny utregning av totalpriser omregnet årsvolum til STK eller ml for totalt 12 varelinjer hvor leverandørene har ulike pakningsstørrelser eller ulikt antall enheter pr prisenhet. Dette gjelder 9 artikler i varegruppen Pleie-Personlig hygiene og 3 artikler i varegruppen Testere. Fra opprinnelig tilbud utgjør det en endring for Maske på kr -2 478,- og for NDM kr + 20 573,-.»

- (12) Denne justeringen ga klager en beregnet totalpris på 5 684 442 kroner, mot 5 728 576 kroner for valgte leverandørs tilbud. Den første evalueringen ga klager til sammenligning en beregnet totalpris på 5 663 869 kroner, mot 5 331 074 kroner for valgte leverandør. Klager oppnådde så 10 poeng på priskriteriet mot valgte leverandørs 9,92 poeng. Justeringen medførte ikke en endring i rangeringsrekkefølgen, og tildelingsbeslutningen ble opprettholdt.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage av 17. februar 2021.
- (14) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. april 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har brutt forskriften § 14-2 første ledd ved å endre prisskjemaet som ligger til grunn for evalueringen av priskriteriet etter tilbudsfristens utløp.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et uklart konkurransegrunnlag.
- (18) Evalueringen av tilbudene er ikke gjennomført i tråd med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i lovens § 4.
- (19) Det foreligger brudd på forskriften § 15-1 fjerde ledd ved at det er inntatt et særskilt krav om lagerstyringssystemet Aktiv Forsyning. Det er ikke hensyntatt at klager har tilbudt et alternativt produkt som ivaretar samme hensyn uten lisenskostnad.
- (20) Tildelingskriteriet «Kvalitet» har ikke tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden og er ikke egnet til å synliggjøre relevante forskjeller og likheter mellom tilbyderne.
- (21) Tildelingskriteriet «Miljø» er egnet til å vri konkurransen på en uhensiktsmessig måte i oppstrømsmarkedet, og er derfor ulovlig.

- (22) Bruddene på regelverket medfører at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen, og kunngjøre den på nytt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) De endringene som er foretatt før tilbudsfristens utløp er mindre presiseringer som ligger innenfor endringsadgangen i forskriften § 14-2 første ledd. Endringene som er foretatt i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp, er i tråd med avklaringsadgangen i henhold til forskriften § 23-5.
- (24) Det bestrides at det foreligger et uklart konkurransegrunnlag. De uklarhetene som forelå har blitt rettet opp i.
- (25) Innklagede har evaluerte tilbudene i tråd med de opplysninger som fremgikk av konkurransedokumentene.
- (26) Lagerstyringssystemet Aktiv Forsyning benyttes av Lillehammer, Øyer og Gausdal kommuner. Et krav til kompatibilitet med eksisterende lagersystem er ikke i strid med forskriften § 15-1 fjerde ledd.
- (27) Det bestrides at tildelingskriteriet «Kvalitet» er ulovlig. Nettløsningens funksjonalitet representerer en viktig del av leveransen, og har derfor tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden.
- (28) I anskaffelsesregelverket er miljøhensyn et bærende prinsipp, jf. loven § 5 og forskriften § 7-9. Oppdragsgiver kan i den anledning kreve bestemte merkeordninger som dokumentasjon på at tilbudte varer oppfyller gitte miljøkrav, jf. forskriften § 15-3.
- (29) Ingen av de forhold klager har pekt på er av en slik karakter at det medfører en avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder levering av medisinsk forbruksmateriell som er en vareanskaffelse. Det er opplyst at anskaffelsens verdi er estimert til 10 millioner kroner ekskl. mva. 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 III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Aktiv Forsyning lagerstyringssystem

- (31) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt forskriften § 15-1 fjerde ledd ved å kreve lagerstyringssystemet Aktiv Forsyning.
- (32) Det følger av forskriften § 15-1 fjerde ledd at oppdragsgivere ikke kan vise til bestemte fabrikater, varemerker eller lignende «*som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*». Slike henvisninger vil likevel være tillatt dersom «*det er nødvendig ut fra anskaffelsens formål*», jf. bokstav a.
- (33) Kravspesifikasjonen punkt 1.8 anga at «*Tilbyder må bekrefte at ordningen med Aktiv forsyning kan videreføres uten ulempe eller merkostnad for kommunen.*» Leverandørene

ble i prisskjemaet bedt om å gi tilbud på implementering og årlig driftskostnad for Lillehammer, Øyer og Gausdal kommune. Det var presisert at *«[d]en enkelte kommune har etablert lager med Aktiv forsyning, og ønsker å videreføre dette ved utløp av nåværende kontrakter.»* Konkurransedokumentene åpnet dermed ikke for å gi tilbud på andre lagerstyringssystem enn Aktiv Forsyning.

- (34) Terskelen for når bruk av bestemte fabrikater, merkenavn eller lignende skal anses å ha konkurransevridende virkning er lav, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/123, avsnitt 20 med videre henvisninger. For klagenemnda er det tilstrekkelig å vise til at dersom en leverandør hadde gitt tilbud på et annet lagerstyringssystem enn Aktiv Forsyning, hadde leverandøren inngitt et tilbud med avvik selv om systemet hadde tilsvarende egenskaper. Kravet om Aktiv Forsyning *«fører [derfor] til at visse leverandører eller produkter favoriseres»*.
- (35) Innklagede har påberopt at det foreligger et nødvendig behov for å stille krav til å fortsette med systemet Aktiv Forsyning med bakgrunn i at flere av kommunene allerede bruker dette som system og at det derfor stilles krav om å fortsette med dette systemet slik at det skal være kompatibelt med eksisterende systemer. Det neste spørsmål blir dermed om kravet var *«nødvendig ut fra anskaffelsens formål»*, jf. unntakshjemmelen i bokstav a.
- (36) Anskaffelseslovens målsetting om effektiv bruk av samfunnets ressurser (§ 1) og henvisningen til konkurranse som et grunnleggende prinsipp (§ 4), tilsier en høy terskel for at unntaket i forskriften § 15-1 fjerde ledd skal komme til anvendelse. Det er oppdragsgiver som må sannsynliggjøre at nødvendighetskriteriet er oppfylt, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/2, avsnitt 39 med videre henvisninger.
- (37) FAD har i en fortolkningsuttalelse av 6. juli 2012 åpnet for at kompatibilitetsvurderinger kan gi grunnlag for å benytte unntaket. Det samme kommer til uttrykk i juridisk teori, som sier at unntaket *«typisk [kan] komme til anvendelse der ytelsen må være kompatibel med tidligere utstyr og det kun er et bestemt merke eller fabrikat som vil fungere med det eksisterende utstyret»*, jf. Marianne Dragsten, (*Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar*), § 15-1. Se for øvrig slik som i klagenemndas avgjørelse i sak 2019/2.
- (38) Det foreligger ikke en slik situasjon her. Kontrakten om Aktiv Forsyning er utløpt. Innklagede har forklart at de fortsatt vil ha dette systemet fordi det er velprøvd, og ønsker at andre kommuner skal benytte seg av det. Det er imidlertid ikke vist til at det er noe utstyr eller lignende innklagede har som ikke er kompatibelt med noe annet system enn Aktiv Forsyning. Klagenemnda tilføyer her at klager har tilbudt et alternativt lagerstyringssystem i tillegg til Aktiv Forsyning.
- (39) Klagenemnda kan derfor ikke se at det av kompatibilitetshensyn skal være nødvendig å stille et krav om at den nye kontrakten skal videreføre systemet Aktiv Forsyning, og innklagede har derfor ikke sannsynliggjort at det var *«nødvendig ut fra anskaffelsens formål»* å stille som krav at leverandørene måtte tilby Aktiv Forsyning, jf. forskriften § 15-1 fjerde ledd.
- (40) Slik klagenemnda ser det, er det nærliggende at konkurransen, om ikke kravet om Aktiv Forsyning var stilt, kunne ha fått et annet utfall. Bruddet knytter seg for det første til et konkret forbud i forskriften som er gitt for å hindre konkurransebegrensninger, se hertil EU-domstolen i C-14/17, avsnitt 20. I tillegg er det i tildelingsmeddelelsen vist til at årlige lisenskostnader ble utslagsgivende for resultatet ved evalueringen av pris, som var vektet

60 prosent. Feilen er derfor av en slik karakter at den kun kan rettes gjennom avlysning av konkurransen, hvilket også gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

- (41) På bakgrunn av dette resultatet finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forordningen § 15-1 fjerde ledd ved å stille krav om et spesifikt lagerstyringssystem.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk