



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. De generelle prinsippene i § 4.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om kjøp av operasjonsprodukter til foretakene i Helse Sør-Øst. Klager anførte at miljøkriteriet for delleveranse 13 og 19 var uforholdsmessig konkurransebegrensende og utformet i strid med forskriften § 18-1 og de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. mai 2022 i sak 2022/582

Klager: OneMed AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) publiserte en veiledende kunngjøring 29. april 2021 om anskaffelse av rammeavtale ved åpen anbudskonkurranse, om kjøp av operasjonsprodukter til foretakene i Helse Sør-Øst. Det var i beskrivelsen angitt hvilke delleveranser konkurransen sannsynligvis ville omfatte, til sammen 42 delleveranser. Estimert totalverdi var opplyst å være 68 millioner kroner ekskl. mva.
- (2) I veiledningskunngjøringen ble interesserte leverandører invitert til å melde seg på dialogmøter med innklagede for å «*avdekke eventuelle produkt-/produksjonsnyheter*». Frist for påmelding var 25. mai 2021. Tentativ dato for gjennomføring av møtene var den påfølgende uken.
- (3) Den 3. mai 2021 oversendte Mölnlycke Health Care AS et generelt nyhetsbrev til innklagede om miljøarbeid. På bakgrunn av det som fremgikk om bruk av biobaserte materialer, tok innklagede kontakt samme dag for å avtale et møte om planer/fremdrift for biobaserte polymer-materialer i engangsprodukter, primært oppdekking og/eller bekledning.
- (4) Innklagede tok deretter kontakt med miljøkoordinator og miljøstrateg ved Region Stockholm (SLL) for å avtale et møte omkring erfaringer fra lignende anskaffelser i Sverige. I e-post 4. mai 2021 skrev innklagede:

«[J]eg [lurer] på om dere kan hjelpe meg med info om hva dere i SLL/Sverige har gjort med biobasert plaster, se også vedlagt nyhetsbrev fra Mölnlycke. Kjenner dere til dette? Er det dette som tidligere er kjøpt inn i Skåne? Vi skal ut med en anskaffelse på operasjonsprodukter hvor dette vil være aktuelt»

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

- (5) I en melding publisert i Merccell 7. mai 2021 ba innklagede interesserte leverandører om å komme med tilbakemeldinger på foreslåtte miljøkrav og gi innspill til andre aktuelle miljøkrav i anskaffelsen. Det ble også publisert et miljøspørreskjema. Frist for å gi tilbakemeldinger var 25. mai 2021.

- (6) Mölnlycke Health Care AS gav følgende tilbakemelding:

«Vi har også notert oss følgende innspill til krav som vi også vil presentere på dialogmøtet.

Spesifikke BØR-krav:

Vi ønsker å bruke mest mulig miljøvennlige produkter. Vi har som mål å redusere bruk av fossile råstoffer. Inneholder de tilbudte produkter biobasert materiale? Vennligst oppgi mengde.

[...]

Alle overnevnte punkter anbefaler vi at det gis ekstra poeng i evalueringen. Det bør kunne oppnås en høy score slik at det gir et reelt utslag på tildelingen.»

- (7) Innklagede kontaktet deretter en ansatt hos Svanemerket 4. juni 2021:

«For operasjonsoppdekning, har vi lagt inn følgende forslag til evalueringskriterie:

"Operasjonsoppdekning bør være lagd av minst 20% biobasert materiale, hvorav det øverste sjiktet minst 70% biobasert materiale."

Hører gjerne fra dere på ordlyden i kravet – er dette åpent nok til at det favner bredere enn kun Mölnlyckes produkter? Kan det sies på en bedre måte? Dette er hentet direkte fra en anskaffelse som SLL har ute nå.

I tillegg skulle jeg gjerne hatt litt mer informasjon om hva man vinner med å legge dette inn som kriterie, slik at vi kan det det med i vurderingen på hvor mye poeng dette skal kunne gi en tilbyder i evalueringen.»

- (8) Samme dag spurte innklagede Mölnlycke Health Care AS om «kravet om minst 20 % biobasert materiale, med øverste sjikt minst 70 % biobaserte materiale – som kan dokumenteres ved ISCC-sertifisering – [er] dekkende for å gi uttelling til deres arbeid med massebalanse?» Senere samme dag svarte Mölnlycke Health Care AS:

«Ref kravet som er stilt om biobasert materialet, så er vi innenfor dette, så her vil vi få uttelling. Slik jeg leser dette er det min 20% på produktet, og min 70% på overflaten av materialet.

[...]

Håper vi kan se noe lignende krav fra dere, det hadde vært gøy og et steg i riktig retning!»

- (9) Innklagede publiserte et nytt miljøspørreskjema i Merccell 8. juni 2021. Det fremgikk at innklagede, basert på innkomne besvarelser fra forrige miljøspørreskjema, ønsket en

supplerende høring med ytterlige foreslåtte krav til konkurransen. Frist for tilbakemelding var satt til 22. juni 2021.

(10) Av betydning for saken var følgende foreslåtte bør-krav: «Operasjonsoppdekning bør være lagd av minst 20% biobasert materiale, hvorav det øverste sjiktet minst 70% biobasert materiale».

(11) OneMed AS besvarte skjemaet 22. juni 2021, med følgende kommentar til det nevnte kravet:

«Våre produkter oppfyller ikke dette kravet, da våre operasjonsoppdekningsprodukter er produsert i polypropylen etylen materiale.»

(12) Utkast til kravspesifikasjon ble publisert i Merccell 13. august 2021. Her åpnet innklagede for at interesserte leverandører kunne komme med innspill eller kommentarer til utkastet.

(13) OneMed AS skrev i kommentar til utkastet 20. august 2021:

«Når det gjelder punkt 11, G.11 Generelle krav [Operasjonsoppdekning bør være lagd av minst 20% biobasert materiale, hvorav det øverste sjiktet minst 70% biobasert materiale] så bør det vurderes om dette skal være med. Det kan være at man ikke får inn så mange besvarelser som man ønsker og at det vil være begrensende for antall leverandører som kan delta hvis dette kravet blir stående.»

(14) Konkurransen ble deretter kunngjort 16. september 2021. Konkurransen var delt opp i 41 delleveranser. Tilbudsfrist var satt til 1. november 2021. Avtaleperioden var opplyst å være to år med mulighet for ett + ett års forlengelse.

(15) Klagen er begrenset til å gjelde delleveranse 13 (dekkestykker) og delleveranse 19 (oppdekkingssett).

(16) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «Pris», «Kvalitet» og «Miljø». Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at for seks av delleveransene, herunder delleveranse 13 og 19, skulle miljø vektet høyere enn for de øvrige delleveransene med 40 prosent. Pris og kvalitet skulle vektet henholdsvis 27 og 33 prosent.

(17) Om evalueringen het det:

«Det vil bli benyttet en tildelingsmatrise med vekting hvor tilbyderne gis karakter 0-6, med karakter 6 som beste karakter for det enkelte tildelingskriterium.»

(18) Om miljøkriteriet var det videre presisert:

«Miljø vil bli evaluert på bakgrunn av tilbudets oppfyllelse av de krav Oppdragsgiver har stilt i kravspesifikasjonen (underkriterium «HMS»). Dette omfatter både generelle krav og spesielle krav til de enkelte delleveransene. [...] Tilbud med høyest poengsum for miljø gis karakteren 6.»

(19) I kravspesifikasjonen var det for delleveranse var 13 og 19 oppstilt to evalueringskrav under miljø. Krav G15 lød slik:

«Det bør være høyest mulig % FSC/PEFC-sertifisert (eller tilsvarende) eller resirkulert papp i tertiær emballasje.

Det gis følgende uttelling: 100% uttelling: FSC 100, FSC Recycled, 100% resirkulert, 70% uttelling: FSC Mix, 70% resirkulert, 50% uttelling: >50% resirkulert»

(20) Krav G11 var formulert slik:

«Produktene bør være fremstilt av minst 20% biobasert materiale, hvorav det øverste sjiktet minst 70% biobasert materiale»

(21) Med biobasert var det presisert at det menes *«noe som er laget av biomasse som kan ha gjennomgått fysisk, kjemisk eller biologisk behandling. Biomasse har en biologisk opprinnelse, men ekskluderer materialer innebygd i geologiske og/eller fossile formasjoner.»*

(22) Før tilbudsfristens utløp stilte OneMed AS følgende spørsmål til krav G11:

«Oss bekjent er det kun en, eller ingen som tilfredsstiller kravet om 20 % eller mer biobasert materiale. Vi ber derfor oppdragsgiver vurdere om dette kravet er konkurransevridende. Vi ber på bakgrunn av dette oppdragsgiver også vurdere å redusere tildelingskriteriet miljø ned fra 40 %. Vi anbefaler at det legges inn som et bør krav at leverandøren må tilby produkter med biobasert materiale i løpet av kontraktperioden, og at leverandøren da vil kunne ha mulighet til å øke prisen på disse produktene.»

(23) Til dette svarte innklagede:

«[...] Oppdragsgiver er klar over at miljø-krav kan være med på å skape mindre konkurranse, men kravet er saklig begrunnet i Oppdragsgivers behov. Kravspesifikasjon vil ikke bli endret. Oppdragsgiver ønsker også å benytte anledningen til å minne om at anskaffelsesregelverket ikke åpner for at oppdragsgiver kan gjøre denne typen foreslåtte endringer i denne typen anskaffelsesprosedyre.»

(24) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Mölnlycke Health Care AS, OneMed AS (heretter *klager*) og Mediplast AS.

(25) Klager hadde i sitt tilbud krysset nei for oppfyllelse av kravpunkt G11, og ga følgende besvarelse:

«OneMed er i prosess med å utvikle Dekkestykker og Oppdekkingssett fremstilt av minst 20% biobasert materiale, der det øverste sjiktet innehar minst 70 % biobasert masse. Denne prosessen har blitt forsinket grunnet pandemien, men en pilot forventes å være klar i 2022, med forventet produksjon i 2023.»

(26) Innklagede meddelte i brev av 11. mars 2022, at delleveranse 13 og 19 var tildelt Mölnlycke Health Care AS (heretter *valgte leverandør*). Poengfordelingen så slik ut:

Delleveranse 13 Dekkestykker

Tilbyder	Karater Pris (27 %)	Karakter Kvalitet (33 %)	Karakter Miljø (40 %)	Totalkarakter
Valgte leverandør	4,3	5,0	6,0	5,2
Klager	6,0	6,0	1,5	4,2
Mediplast AS	4,4	3,0	1,1	2,6

Delleveranse 19 Oppdeckingssett

Tilbyder	Karater Pris (27 %)	Karakter Kvalitet (33 %)	Karakter Miljø (40 %)	Totalkarakter
Valgte leverandør	5,1	5,0	6,0	5,4
Klager	6,0	6,0	1,7	4,3
Mediplast AS	5,9	2,0	1,2	2,7

- (27) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 18. mars 2022. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (28) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. mars 2022. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (29) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. mai 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (30) Miljøkriteriet er utformet i strid med forskriften § 18-1 og de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4.
- (31) Utformingen av tildelingskriteriet strider for det første mot kravet til konkurranse. Det er i realiteten bare valgte leverandør som kan oppfylle og få uttelling på kravet, og dermed er i en posisjon til å vinne konkurransen. Innklagede har ikke gitt en begrunnelse som viser at det er forholdsmessig å stille et konkurransebegrensende krav.
- (32) Innklagede har også brutt kravet til likebehandling. Utformingen av kravet har skjedd i tett dialog med valgte leverandør, uten at innklagede har hatt tilsvarende dialog med andre leverandører.

- (33) Kriteriet er videre utformet i strid med kravet til forutberegnelighet. Det fremgår ikke hva som ligger i kravet, og hvordan det vil bli evaluert.
- (34) Miljøkriteriet er heller ikke egnet til å premiere relevante forskjeller mellom tilbudene, da det er utformet som enten/eller-krav.
- (35) Bør-kravet om produkter i biobasert materiale er videre uforholdsmessig konkurransebegrensende og i strid med forskriften § 15-1.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (36) Miljøkriteriet er saklig begrunnet, forholdsmessig, og utformet i tråd med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 og forskriften § 18-1. Det ble gjennomført markedsdialog og innhentet erfaringer fra andre sammenlignbare innkjøpsorganisasjoner. Viktigheten av miljø har vært synlig for alle fra starten av, og det ble ikke presentert andre tiltak gjennom markedsdialogen som ble vurdert å oppnå en tilsvarende miljøgevinst.
- (37) Det er videre klart formulert hva som skal til for å få uttelling på under miljøkriteriet. Den leverandøren som tilbyr størst andel biobasert materiale utover den oppgitte minste andelen, scorer best. Øvrige tilbydere scorer forholdsmessig etter denne. Kriteriet premierer dermed meroppyllelse.
- (38) Innklagede bestrider videre at markedsdialogen er gjennomført i strid med likebehandlingsprinsippet. Alle interesserte leverandører har fått mulighet til å presentere produktnyheter og komme med innspill for å redusere anskaffelsens CO2-avtrykk.
- (39) Innklagede bestrider videre at kravet om produkter i biobasert materiale er uforholdsmessig konkurransebegrensende. Kravet er et bør-krav, og har ikke hatt betydning for leverandørenes mulighet til å delta i konkurransen. Kravet gjør et lite inngrep i konkurransen sett i sammenheng med den miljømessige effekten av å stille et slikt krav for de bestemte delleveransene. Kravet er forholdsmessig og i tråd med loven § 4 og forskriften § 15-1.

Klagenemndas vurdering:

- (40) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av operasjonsprodukter, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens totale verdi er estimert til 68 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.
- (41) Klager har anført at miljøkriteriet og bør-kravet om produkter med biobasert materiale er ulovlig på en rekke ulike grunnlag.
- (42) Når det gjelder anførselen om at bør-kravet er i strid med forskriften § 15-1, er ikke dette nærmere underbygget. All den tid det aktuelle kravet er et evalueringskrav, kan nemnda uansett ikke se at anførselen kan føre frem.
- (43) Klagenemnda tar i det videre stilling til spørsmålet om prosessen frem til utformingen av miljøkriteriet er i strid med kravet til likebehandling i loven § 4.

- (44) Klager har vist til at utformingen av kriteriet har skjedd i tett dialog med valgte leverandør, uten at innklagede har hatt tilsvarende dialog med andre leverandører.
- (45) Anskaffelsesloven § 5 andre ledd gir en vid adgang til å fremme miljøhensyn gjennom bruk av tildelingskriterier. Oppdragsgiver har videre en plikt til å hensynta miljøbelastningen av anskaffelsen der det er relevant, jf. anskaffelsesforskriften § 7-9. Bestemmelsen fastslår at eventuelle miljøkriterier som hovedregel bør vektas med minimum 30 prosent.
- (46) Det følger av forskriften §§ 12-1 og 12-2 at en oppdragsgiver som en del av behovsavklaringen kan gjennomføre markedsundersøkelser og gå i dialog med markedsaktører om hvilke produkter som kan tilbys. Markedsdialogen kan gjennomføres med en eller flere aktører. Kravet til likebehandling innebærer samtidig at oppdragsgiver må behandle leverandørene likt gjennom hele konkurransen, også i planleggingsfasen. Dette henger sammen med at alle potensielle leverandører skal ha like muligheter til å delta, for å sikre en effektiv konkurranse.
- (47) Innklagede valgte å gjennomføre markedsdialogen ved å publisere en intensjonskunngjøring der alle interesserte leverandører ble oppfordret til å presentere produktnyheter og komme med innspill til miljø- og klimavennlige løsninger. Når det gjelder bruken av krav om biobasert materiale, var dette noe valgte leverandør spilte inn i dialogfasen, og som innklagede primært fulgte opp med valgte leverandør som var eneste leverandør som hadde denne typen produkt. Dette er ikke i strid med prinsippet om likebehandling.
- (48) Slik nemnda ser det, er det likevel uheldig at valgte leverandør som et ledd i dialogen ble spurt om deres konkrete produkter ville få uttelling på kriteriet slik det var foreslått. Det er imidlertid ikke holdepunkter for at utformingen av kriteriet ble diktert av valgte leverandør eller tilpasset dennes sortiment. Kriteriet ble utformet i samråd med Stockholm Regionen, som hadde gjennomført en tilsvarende anskaffelse med samme krav, og med innspill fra sekretariatet til det nordiske miljømerket, Svanemerket. Det ble også gjennomført en ekstra høringsrunde, der de øvrige leverandørene eksplisitt ble oppfordret til å kommentere bruken av kravet og ellers komme med innspill til andre egnede miljøkrav. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at innklagede ikke har brutt kravet til likebehandling ved prosessen frem til utformingen av miljøkriteriet.
- (49) Det neste spørsmålet klagenemnda tar stilling til er om tildelingskriteriet er utformet i strid med de generelle prinsippene i loven § 4.
- (50) De grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling i loven § 4 innebærer at oppdragsgiver ikke kan benytte tildelingskriterier som har en konkurransevridende effekt, jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 Max Havelaar, avsnitt 95. På den annen side kan oppdragsgiver benytte kriterier som ivaretar saklige behov, uavhengig av om leverandører har ulike forutsetninger for å levere et optimalt tilbud, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-513/99 Concordia Bus Finland, avsnitt 85.
- (51) Klagers innvendinger knytter seg til bruken av krav om biobasert materiale som grunnlag for evalueringen av miljøkriteriet. Innklagede har forklart at valget om å evaluere miljøkriteriet basert på andel biobasert materiale skjedde etter dialog med markedet og informasjonsutveksling om blant annet miljøgevinst med samarbeidspartnere i Stockholm Regionen (SLL) og Svanemerket. Det er forklart at bruk av biomateriale ble

vurdert å gi en effektiv og hurtig miljøgevinst i disse delleveransene, og det var også nødvendig for å møte helseforetakene og spesialisthelsetjenestens egne og nasjonale klima- og miljømål. Etter nemndas syn er det dermed klart at miljøkriteriet slik det er utformet ivaretar et saklig behov.

- (52) Klager har videre innvendt at det bare er valgte leverandør som kan levere de etterspurte produktene i biobasert materiale, og at det dermed i realiteten bare var en leverandør som kunne vinne konkurransen. At klager ikke har de samme forutsetningene for å levere et optimalt tilbud, er som nevnt ikke til hinder for at oppdragsgiver benytter tildelingskriterier som ivaretar saklige behov. Klagenemnda forstår imidlertid klager slik at man mener at miljøkriteriet er gitt uforholdsmessig stor vekt i konkurransen, i strid med loven § 4 og forskriften § 18-1.
- (53) Klagenemnda bemerker at det er opp til oppdragsgiver å spesifisere sine behov og ønsker. I denne saken har innklagede forklart at operasjonsprodukter kjøpes i stort volum med tilhørende miljøbelastning. Man valgte derfor å vekte miljøkriteriet høyt for de delleveransene der man så en reell mulighet for å oppnå miljøgevinst av en viss størrelse, mens vekten ble satt lavere der det ikke var mulig å oppnå en slik gevinst. Klagenemnda kan ikke se at dette medfører at miljøkriteriet er i strid med loven § 4 eller forskriften § 18-1. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (54) Når det gjelder klagers anførsel om at miljøkriteriet er utformet i strid med kravet til forutberegnelighet og uegnet til å rangere tilbudene legger nemnda til grunn at det må ha vært forståelig for leverandørene at man ville få uttelling for meroppfyllelse utover den gitte minsteandelen på 20 % biomateriale. Så lenge det som her er mulig for leverandørene å tilby merverdi, er det ingenting til hinder for at tildelingskriteriene og kravspesifikasjonen utformes på denne måten, se til sammenligning klagenemndas sak 2022/277, avsnitt 60, med videre henvisninger.
- (55) Klagers anførsler har etter dette ikke ført frem.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk