



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig konkurransegrunnlag, tildelingsevaluering, de generelle kravene i loven § 4

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av ett ryggbord til ortopedisk avdeling til bruk for avansert ryggkirurgi, med opsjon på ytterligere to ryggbord. Kontrakt ville tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom totalkostnad og kvalitet. Klagers anførsel om at det ene evalueringskravet var i strid med regelverket, førte ikke frem. Klager anførte videre at innklagede hadde brutt regelverket ved tildelingsevalueringen. Ved evalueringen av tilbudenes totalkostnad hadde innklagede i tre omganger fjernet ulike prisposter i leverandørenes prisskjemaer. Klagenemnda kom til at denne fremgangsmåten var i strid med forutsetningene i konkurransegrunnlaget, og dermed i strid med kravet til forutberegnelighet. Beslutningene over hvilke prisposter som skulle fjernes i de tre evalueringene var heller ikke etterprøvbare, og fremsto vilkårlige. Innklagede hadde også brutt regelverket ved evalueringen av kvalitetskriteriet, ved å summere poengene feil.

Klagenemndas avgjørelse 31. august 2022 i sak 2022/703

Klager: Dico AS

Innklaget: Oslo Universitetssykehus HF

Klagenemndas

medlemmer: Elisabeth Wiik, Kjersti Holum Karlstrøm, Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Oslo Universitetssykehus HF (heretter innklagede) publiserte 13. november 2021 en intensjonskunngjøring for anskaffelse av ryggbord til ortopedisk avdeling. Bordet skulle brukes til avansert ryggkirurgi, inkludert ustabile ryggfrakturer ved traume. Det ble opplyst at kontrakt skulle inngås med Ortomedic AS. Anskaffelsens verdi var estimert til 48,5 millioner kroner.
- (2) I kunngjøringen var direkteanskaffelsen begrunnet med at det kun var Ortomedic AS sitt ryggbord av typen «TRIOS (Spine Table)», som hadde spesifikasjonene som dekket oppdragsgivers behov.
- (3) Dico AS (heretter klager) fremsatte innsigelser mot intensjonskunngjøringen. Innklagede gjorde deretter en ny vurdering og kom fram til at også klager kunne levere ryggbord med de funksjoner man hadde behov for.
- (4) Den 3. desember 2021 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse for kjøp av ett ryggbord til bruk ved avansert ryggkirurgi, med opsjon på ytterligere to ryggbord. Kontrakten skulle ha en varighet på fire år. Anskaffelsens verdi var estimert til 21 millioner kroner. Tilbudsfristen var 10. januar 2022.

- (5) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at verken alternative eller parallelle tilbud ville aksepteres. Med parallelle tilbud menes «tilbud i tillegg til hovedtilbudet, som fullt ut oppfyller ytelses- eller funksjonskravene spesifisert i konkurransegrunnlaget/kravspesifikasjonen».
- (6) Kontrakten ville tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom kostnad og kvalitet, basert på følgende kriterier:

<i>Nr.</i>	<i>Kriterier</i>	<i>Vekt</i>
<i>1</i>	<i>Totalkostnad</i>	<i>30 %</i>
<i>2.1</i>	<i>Kvalitet/Funksjonalitet</i>	<i>70 %</i>

- (7) Det var opplyst at beregningen av totalkostnad var basert på følgende:

«1. *I: totalkostnad beregnes:*

- *Innkjøpspris på utstyret*
- *Kostnad for serviceavtale*
 - i. Alternativ 2 i 8 år, fra og med år 3 til og med år 10.*
- *Forbruksvarer*
- *Opsjoner».*

- (8) Vedlagt konkurransegrunnlaget var et kravskjema med rubrikker til utfylling av leverandørene. Kravene var inndelt etter følgende typer:

<i>Kravtype</i>	
<i>A</i>	<i>Skal krav.</i> <i>Obligatorisk krav som skal oppfylles. Manglende evne til å etterleve kravet kan medføre at tilbudt løsning avvises. LOA 24-8</i>
<i>B</i>	<i>Evalueringskrav</i>
<i>BD</i>	<i>Evalueringskrav, vektlegges 3x</i>
<i>C</i>	<i>Dokumentasjon</i> <i>Kan kombineres med A/B/D-angivelse av kravtype. Understreker da at Oppdragsgiver forventer et mer omfattende svar (>100 ord) som utdypes/dokumenteres i vedlegg.</i>

	<i>Hvis C står alene er dette kun et informasjonspunkt som ikke krever besvarelse eller evalueres.</i>
--	--

- (9) I kravspesifikasjonen punkt 2.1.6 var det stilt følgende evalueringskrav (BD):

«Regulerbar hodeleiringsløsning bør være justerbar med elektromagnetiske låser, og ingen avdrift/bevegelse når håndtak slippes. Beskriv løsning.»

- (10) Klager stilte 14. desember 2021 følgende spørsmål til evalueringskravet i punkt 2.1.6:

«Vi skjønner ikke helt argumentet for at låsesystemet skal være elektromagnetisk. Et elektromagnetisk låsesystem må faktisk lades, og vil ikke virke dersom systemet er utladet.

I en teknologisk verden finnes det mange andre låsesystemer, som både er mer avanserte og ikke minst like, om ikke mer pålitelige.

Så en beskrivelse som beskriver en helt spesiell låsemekanisme, kan ofte bli å anse som en spesifisering av et produkt. Og i denne anskaffelsen er denne beskrivelsen konkurransehemmende, da det er kun konkurrerende produkt som har denne metoden for å låse bevegelsen.

I en åpen konkurranse burde det da kanskje stå noe som at: Regulerbar hodeleiringsløsning bør være justerbar og med et låsesystem som sikrer mot avdrift/bevegelse når håndtak slippes. Beskriv løsning.

Om dere mener det er et godt argument for en spesifikk låsemetode fremfor funksjon, ber vi dere faglig begrunne dette.»

- (11) To leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristen. Disse var Ortomedic AS og klager.

- (12) Kontrakt ble tildelt Ortomedic AS (heretter valgte leverandør) 31. januar 2022.

- (13) I tildelingsbrevet ble det opplyst at «For å få sammenlignbare priser på de to tilbudene har det vært nødvendig å ta ut noen av prisene under forbruksvarer og opsjoner.» Det ble ikke redegjort for hvilke prisposter dette gjaldt.

- (14) Resultatet av evalueringen var angitt slik:

<i>Tilbyder</i>	<i>Totalkostnad</i>	<i>Kvalitet/funksjonalitet</i>	<i>Sum poeng (vektet)</i>
<i>Dico</i>	<i>5,4</i>	<i>5,7</i>	<i>5,6</i>
<i>Ortomedic</i>	<i>5,6</i>	<i>6,5</i>	<i>6,2</i>

- (15) Etter tildelingen ba klager om en nærmere redegjørelse for hvordan tilbudene er evaluert samt totalsum. Innklagede besvarte henvendelsen 11. februar 2022 og opplyste blant annet følgende:

«Under evalueringen av tilbudene viste det seg at Ortomedic har lagt ved flere alternative produkter under opsjoner og forbruksmaterieell som dekker samme behov. For disse produktene er det også angitt antall, slik at prisen fremkommer i oppsummeringen. Dersom OUS skulle summere opp alle disse produktene ville det ikke gitt et korrekt bilde av totalkostnaden. Av denne grunn har OUS, for å kunne sammenligne tilbudene, tatt ut prisene på de dublerne produktene. Dico har kun lagt ved ett alternativt opsjonsprodukt, men angitt dette antallet til 0, slik at prisen for dette ikke fremkommer i oppsummeringen.

Ved en ny gjennomgang av forbruksmateriellet ser vi at vi har kommet i skade for å ta ut ett produkt som skulle vært med i beregning av totalkostnaden for Ortomedic. Vi har nå korrigerert dette i oversendt evalueringsoppsett. Dicos tilbud ble dermed billigere enn Ortomedics. Som det fremkommer av den nye evalueringen under, vil dette imidlertid ikke endre det endelige resultatet.»

(16) Den nye evalueringen ga følgende resultat:

Tilbyder	Totalkostnad	Kvalitet/funksjonalitet	Sum poeng (vektet)
Dico	5,9	5,7	5,8
Ortomedic	5,1	6,5	6,1

(17) Videre fremgikk en tabell med oversikt over evalueringen av kvalitet:

2.0	Tildelingskriterier	Dico	Ortomedic
2.1	Funksjonelle og tekniske krav	Poeng	Poeng
2.1.2	Det er ønskelig med fjernkontroll med minnefunksjoner som viser høyde, tilt og trendelenburg	5	5
2.1.3	Det er ønskelig med flere låsefunksjoner på hjulene, som en sikkerhetsmekanisme ved bruk av fjernkontrollen	5	5
2.1.4	Det er ønskelig med en kombinert hofte- og lårpute. Beskriv putesystem.	5x3=15	6x3=18
2.1.5	Bordet bør ha enkel høydejustering av platetopper som kan håndteres av kun én person. Beskriv løsning	7x3=21	7x3=21
2.1.6	Regulerbar hodeleiringsløsning bør være justerbar med elektromagnetiske låser, og ingen avdrift/bevegelse når håndtak slippes. Beskriv løsning.	6x3=18	7x3=27
2.1.7	Bordet bør ha en hodeleiringsløsning med muligheter for regulering av hodestilling/hodeposisjon, herunder tilting, heving	6x3=18	7x3=21

	<i>og senkning av hode i hodeputesats, i tillegg ha muligheter for å feste klave/doro/mayfield lignende klave for hodefeste. Ekstra høydejustering ved behov bør tilbys. Beskriv løsning.</i>		
2.1.8	<i>Det er ønskelig med tralle til hodeleiringsystem</i>	<i>5x3=15</i>	<i>5x3=15</i>
2.1.9	<i>Er noen av produktene som tilbys omfattet av reguleringene i REACH vedlegg XVII eller oppført på kandidatlista (SVHC)? Hvis ja, spesifiser hvilke produkter dette gjelder for. Oppgi om normal prosedyre for bruk av disse produktene innebærer at sluttbruker kan bli eksponert for noen av disse stoffene og oppgaven derfor krever tiltak for å beskytte sluttbruker.</i>	<i>5</i>	<i>5</i>
Totalt ant poeng		5,67	6,50

- (18) Etter å ha mottatt nye tilbakemeldinger fra klager omgjorde innklagede tildelingsbeslutningen, og valgte leverandør ble på ny tildelt kontrakt 4. mars 2022. Omgjøringen og den nye tildelingen ble begrunnet slik i tildelingsbrevet:

«Det vises til meddelelse om kontraktstildeling av 31. januar 2022. Etter utsendelsen av kontraktstildeling mottok Oslo universitetssykehus (OUS) en henvendelse fra Dico. Etter en nærmere gjennomgang ser vi nå at det er store uklarheter knyttet til forbruksmateriellet. I den opprinnelige evalueringen ble det tatt ut produkter fra begge leverandører for at tilbudene skulle være sammenlignbare.

Tilbakemeldinger på dette viste at tilbudene fortsatt ikke er sammenlignbare, og at tidligere tildeling derfor ikke var gjort i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser.. Av denne grunn har OUS valgt å omgjøre beslutning om tildeling av kontrakt i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser § 25-1 (4). Ved en ny gjennomgang av tilbudene ble det besluttet at kun de postene under forbruksmaterieell som direkte kunne la seg sammenligne skulle legges til grunn ved evalueringen.»

- (19) Innklagede la også ved en oversikt over hvilke av leverandørenes poster i prisskjemaet som ble tatt ut av vurderingen, med en konkret begrunnelse knyttet til hver post.
- (20) Den nye evalueringen ga følgende resultat:

<i>Tilbyder</i>	<i>Totalkostnad</i>	<i>Kvalitet/funksjonalitet</i>	<i>Sum poeng (vektet)</i>
<i>Dico</i>	<i>6,3</i>	<i>5,7</i>	<i>5,9</i>
<i>Ortomedic</i>	<i>4,7</i>	<i>6,5</i>	<i>6,0</i>

- (21) Kontrakt ble inngått 16. mars 2022.
- (22) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 25. mai 2022.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. august 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede har utformet konkurransegrunnlaget i strid med kravene til konkurranse og likebehandling, ved at det er oppstilt uforholdsmessig konkurransebegrensende krav som gir valgte leverandør et fortrinn.
- (25) Innklagede har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen. For det første har innklagede lagt for mye vekt på at valgte leverandør tilbyr elektromagnetisk lås for sin hodeleiringsløsning, uten å ta hensyn til den reelle funksjonen og bruken av hodestøttene. Dessuten har klager tilbudt flere tilleggsfunksjoner som valgte leverandørs bord ikke har, og som vanligvis betraktes som fordelaktige for denne typen bord, uten at innklagede har vektlagt dette.
- (26) For det andre har innklagede foretatt tre evalueringer hvor man har tatt ut ulike prisposter i leverandørenes prisskjemaer ved sammenligningen av leverandørenes total kostnad. Denne fremgangsmåten fremstår vilkårlig, og viser at innklagede har hatt til hensikt å tildele kontrakten til valgte leverandør. Innklagede har videre summert tallene feil, og klager skulle ha vært tildelt kontrakten på bakgrunn av poenggivningen i siste evaluering.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Det bestrides at evalueringskravet om at leverandørene burde tilby regulær hodeleiringsløsning med elektromagnetisk lås er uforholdsmessig konkurransebegrensende. Kravet er begrunnet i saklige og faglige forhold, basert på vurderingene til fagmiljøet ved Oslo Universitetssykehus.
- (28) Ved evalueringen ble det ikke kun vektlagt at valgte leverandør tilbød elektromagnetiske lås for sin hodeleiringsløsning. Det fremgår klart av de tilbagemeldingene på klagers henvendelser etter tildelingsbeslutningen, at innklagede har vurdert leverandørenes løsning ut fra alle evalueringskravene som var fastsatt i kravspesifikasjonen. Ut fra denne helhetsvurderingen vant valgte leverandør konkurransen.
- (29) Ved tildelingsevalueringen har man fjernet prisposter som ikke har vært sammenlignbare, for å sikre likebehandling av leverandørene ved evalueringen av tilbudt total kostnad. Blant annet tilbød valgte leverandør alternative løsninger for enkelte tilleggsprodukter, hvor total kostnaden ville bli feil dersom man medregnet begge alternativer. Videre har leverandørene priset ulike typer forbruksmateriell som ikke kunne sammenlignes.

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 kjøp av ryggbord med tilhørende forbruksmateriell og serviceavtale, og er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 21 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.
- (31) Klagenemnda skal først ta stilling til om kravet om at hodeleiringsløsning «bør være justerbar med elektromagnetiske låser» er i strid med regelverket.

- (32) Kravet var oppstilt som et evalueringskrav som ble vektet tre ganger mer enn normalen ved evalueringen under tildelingskriteriet «Kvalitet/funksjonalitet». Klager fremholder at kravet gir valgte leverandør en uberettiget konkurransefordel, og at kravet ikke er egnet til å si noe om funksjonen til bordet eller hodeleiringsløsningen fordi man kan benytte andre låsemekanismer som er like gode.
- (33) 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*, premiss 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.
- (34) Innklagede har forklart at fordelene med en elektromagnetisk låsemekanisme er at hodeleiringsstøtten kan reguleres mest mulig sømløst, uten utilsiktede bevegelser når justeringshåndtaket slippes. Innklagede har vurdert at dette ivaretar pasientsikkerheten bedre enn andre låsemekanismer. Det ble likevel åpnet for å tilby andre låsefunksjoner, slik at leverandører som ikke kunne tilby elektromagnetisk lås likevel fikk mulighet til å levere et konkurransedyktig tilbud. Nemnda finner på denne bakgrunn at kravet ivaretar et saklig behov. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (35) Klagenemnda tar deretter stilling til om innklagede har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen. Klager har for det første anført at evalueringen av tilbudenes totalkostnad var i strid med regelverket.
- (36) Den rettslige kontrollen med evalueringen av tilbudene er begrenset. Det klagenemnda kan prøve, er om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om skjønnsutøvelsen er vilkårlig, sterkt urimelig eller for øvrig i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (37) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at beregningen av tilbudenes totalkostnad ville baseres på tilbudte kostnader for de etterspurte ytelsene; ryggbord med tilhørende utstyr, forbruksmateriell, serviceavtaler og opsjoner. I prisskjemaet som leverandørene skulle fylle ut var det videre åpnet for at leverandørene kunne utforme prispostene individuelt under hver av kostnadskategoriene, med utgangspunkt i den løsningen som leverandøren ønsket å tilby.
- (38) Klagenemnda forstår derfor konkurransegrunnlaget slik at så lenge tilbudene oppfylte kravene til ytelsene som skulle tilbys, var det opp til den enkelte leverandør å utforme et mest mulig økonomisk fordelaktig tilbud ut fra en kombinasjon av kostnad og kvalitet. Alle elementer av totalløsningen som var priset inn i den enkelte leverandørs prisskjema skulle dermed medtas i beregningen av tilbudets totalkostnad. Med andre ord er det den samlede kostnaden for totalløsningene leverandørene tilbyr som skal sammenlignes, ikke enhetsprisene på komponentene som inngår i løsningen. Klagenemnda er dermed ikke enig med innklagede i at totalkostnadene bare blir sammenlignbare dersom samtlige prisposter i tilbudene er direkte sammenlignbare med hverandre. Tvert imot vil en slik måte å sammenligne pristilbudene på være i strid med forutsetningene i konkurransegrunnlaget.

- (39) Ved evalueringen av tilbudenes totalkostnad har innklagede i alle tre rundene tatt ut flere prisposter av tilbudenes prisskjemaer under henvisning til at prispostene ikke er sammenlignbare. Innklagede har for enkelte av postene vist til at valgte leverandør tilbød to alternative løsninger for hodeleiringsstøtte og at man derfor måtte ta ut prisene på den løsningen som ble valgt bort, ved evalueringen. Klagenemnda bemerker at konkurransegrunnlaget uttrykkelig stengte for å inngi parallelle tilbud, og at adgangen til å rette feil i tilbudene i en åpen anbudskonkurransen er svært begrenset. Klagers anførsler gir imidlertid ikke foranledning til å gå nærmere inn på innklagedes håndtering av de parallelle løsningene som er tilbudt av valgte leverandør.
- (40) Innklagede har imidlertid også tatt ut en rekke andre prisposter, under henvisning til at de respektive priselementene ikke er direkte sammenlignbare. Ved dette har innklagede utelatt elementer ved leverandørenes tilbudte totalløsninger fra evalueringen, uten å ha forbeholdt seg noen adgang til dette.
- (41) Innklagede har dermed opptrådt i strid med kravet til forutberegnelighet, ved ikke å forholde seg til den fremgangsmåten for beregning av tilbudenes totalkostnad som var fastsatt i konkurransegrunnlaget. Det er for øvrig uklart om de elementene som er utelatt fra totalkostnaden, samtidig er gitt uttelling ved evalueringen av kvaliteten på tilbudt løsning, i strid med regelverket. Innklagede har heller ikke redegjort nærmere for hvilke vurderinger som lå til grunn ved de ulike evalueringene som er foretatt, i strid med kravet til etterprøvbarehet. Beslutningene over hvilke prisposter som skulle fjernes ved hver evaluering fremstår vilkårlige. Innklagedes evaluering av tilbudenes totalkostnad er dermed i strid med regelverket.
- (42) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudt kvalitet. Det er vist til at innklagede har summert poengene feil, slik at klager skulle ha vunnet konkurransen etter den siste tildelingen.
- (43) Det fremgår av evalueringsmatrisen for kvalitetskriteriet at valgte leverandør som følge av en regnefeil fikk seks poeng for mye for sin elektromagnetiske låsemekanisme for hodeleiring; « $7 \times 3 = 27$ ». Valgte leverandør sin score under kvalitetskriteriet – som var basert på et poengsnitt – ble som følge av feilen satt til 6,50 poeng, men skulle ha vært 6,22 dersom korrekt tallgrunnlag ble lagt til grunn. Den riktige vektete poengscoren til valgte leverandør under kvalitetskriteriet (*vektet 70 prosent*) ville dermed ha vært 4,35, mens den under kostnadskriteriet (*vektet 30 prosent*) ved den siste evalueringen var 1,41. Valgte leverandør skulle dermed ha mottatt ~5,8 poeng totalt ved den siste tildelingsevalueringen. Innklagede har ikke kommentert denne feilen i forbindelse med klagebehandlingen, til tross for at klager har påpekt at poengene er summert feil. Klagenemnda finner dermed at evalueringen av kvalitetskriteriet er i strid med regelverket.
- (44) Slik saken ligger an, har innklagede evaluert tilbudene i tre runder, hvor alle rundene er heftet med feil ved evalueringen av begge tildelingskriteriene. Ettersom innklagedes vurderinger ikke er etterprøvbare, har ikke klagenemnda grunnlag for å vurdere hvordan disse feilene har slått ut, og om feilene kunne rettes. Klagenemnda bemerker imidlertid at basert på poenguttellingen i den siste tildelingsevalueringen så skulle klager ha vunnet konkurransen med ett tidels poeng, og vært tildelt kontrakten dersom poengene hadde vært summert korrekt.

- (45) Bruddene som er konstatert kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforskriften § 13. Klagenemnda finner ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler knyttet til tildelingsevalueringen.

Konklusjon:

Oslo Universitetssykehus HF har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen.

Klagers anførsel om at et evalueringskrav var i strid med regelverket førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk