



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** De generelle kravene i § 4

*Klager anførte at innklagede hadde brutt likebehandlingsprinsippet på grunn av manglende opplysninger i konkurransegrunnlaget om leveringssteder, leveringspunkter og leveringsfrekvens. Dette ga valgte leverandør en konkurransefordel, som innklagede ifølge klager ikke hadde forsøkt å jevne ut. Klagenemnda kom til at dette utgjorde et brudd på prinsippet om likebehandling, som kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Det var dermed avlysningsplikt.*

### Klagenemndas avgjørelse 18. desember 2023 i sak 2023/0346

**Klager:** Norsk Medisinaldepot AS

**Innklaget:** Sarpsborg kommune

#### Klagenemndas

**medlemmer:** Tarjei Bekkedal, Christina Paludan Melson og Elisabeth Wiik

#### Bakgrunn:

- (1) Sarpsborg kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. februar 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler for kjøp av legemidler og multidoser til Sarpsborg kommunes enheter, som er sykehjem, bofellesskap og hjemmetjenesten. Rammeavtalen har en varighet på 2 år med mulighet for forlengelse i inntil 2 år. Anskaffelsens verdi var anslått til 7,5 millioner kroner per år, og med en maksimal verdi på totalt 40 millioner kroner for hele avtaleperioden. Tilbudsfristen var 30. mars 2023.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1.1 fremgikk det at innklagede ville inngå rammeavtale med én leverandør for området legemidler og multidose, både reseptpliktige og ikke-reseptpliktige legemidler. Rammeavtalen skulle gjelde de nærmere angitt produktene og nært beslektede produkter. Den skulle også omfatte pakking av multidose til hjemmeboende brukere. Oppdragsgiver hadde ingen samlet oversikt over medikamentbruk eller innhold til multidose til de hjemmeboende.
- (3) Konkurransegrunnlagets punkt 2.1.9 gjaldt levering. Her fremgikk det at leverandøren som hovedleveringer skulle levere minimum to dager per uke per leveringsadresse, hvor hvert sykehjem, bofellesskap og hvert team regnes som egne leveringsadresser. Alle teamene i leveringsadressen skulle ha samme leveringsdager. Videre fremgikk det at «[f]lere av virksomhetene og institusjonene er såpass store at de bør vurderes som mer enn et leveringspunkt.» For Helsehuset og hver av hjemmetjenestene skulle det være tre leveringsdager. Supplerende leveranser skulle kunne leveres daglig i tillegg til hovedleveransene. Videre måtte leverandøren kunne levere ved akutte behov, der bestillinger som ble bestilt innen kl. 12 måtte bli levert innen kl. 17 samme virkedag. Akuttbestillinger som ble sendt etter kl. 12 skulle leveres innen kl. 12 virkedagen etter. Det fremgikk også at alle leveranser skulle være fritt levert, jf. DDP (Delivery Duty Paid) – ICC Incoterms 2010, til oppdragsgivers avdelinger/enheter/adresser.

**Postadresse:**

Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**

Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00    [post@knse.no](mailto:post@knse.no)

- (4) I henhold til punkt 3.6 skulle priser oppgis eksklusive mva. og skulle inkludere alle leverandørenes øvrige kostnader (gebyrer, miljøavgifter, levering, emballasje, reisekostnader, reisetid, montering, frakt, eventuell transport av resepter, godtgjørelser og alle andre kostnadselementer).
- (5) Tildelingskriteriene var ifølge konkurransegrunnlaget punkt 2.2 «*[p]riser og kostnader*» med 30 prosent vekt, «*[S]ervice*» med 40 prosent vekt, «*[o]ppdragsspesifikk kompetanse*» med 10 prosent vekt, «*[m]iljø - generelt*» med 10 prosent vekt og «*[m]iljø lokaltransport*» med 10 prosent vekt.
- (6) Som svar på spørsmål om hvordan leverandørene skulle kostnadsberegne transportkostnadene ved supplerings- og akuttleveranser, endret innklagede punkt 3.6 i konkurransegrunnlaget slik at supplerings- og hastebestillinger der oppdragsgiver ikke selv henter varene skulle gi et tillegg på 150 kroner for suppleringsordre og 450 kroner for hasteordre.
- (7) Norsk Medisinaldepot AS (*klager*) stilte spørsmål til innklagede 10. mars 2023. Spørsmålet lød som følger:
- «Oppdragsgiver ber om hyppige leveranser, og da transport er en vesentlig kostnadsdriver i denne avtalen ber vi oppdragsgiver oppgi antall leveringssteder og leveringer som er viktig for beregning av tilbud.»*
- (8) Innklagede svarte at levering var spesielt omtalt i konkurransegrunnlaget punkt 2.1.9, og viste til punkt 1.1.1 og [www.sarpsborg.com](http://www.sarpsborg.com). Og videre: *«Under fanen helse og omsorg kommer det frem alle kommunens lokasjoner. Antallet kan variere i løpet av avtaleperioden.»*
- (9) I brev 29. mars 2023 krevde klager at konkurransen skulle avlyses fordi mangel på opplysninger om leveringssteder og leveransehistorikk ifølge klager innebar brudd på likebehandlingsprinsippet. I innklagedes udaterte svar på klagen svarte innklagede at leveringsadressene hele tiden var tilgjengelige for leverandørene og at det ikke var avlysningsplikt. Klager opprettholdt sitt krav i e-post 12. april 2023.
- (10) Innklagede mottok to tilbud, fra Apotek 1 Gruppen AS (*valgte leverandør*) og klager. Kontrakt ble 14. april 2023 tildelt valgte leverandør.
- (11) Av anskaffelsesprotokollen fremgikk det at klager fikk 79 av totalt 100 poeng, og valgte leverandør fikk 100 poeng. Ifølge tildelingsbrevet var valgte leverandørs pris 4 844 546,01 kroner og klagers pris var 8 374 021,69 kroner. Valgte leverandør fikk dermed 100 poeng på priskriteriet og klager fikk 58 poeng. Valgte leverandør fikk også flest poeng på service, med 100 poeng mot klagers 80. På de øvrige kriteriene fikk begge leverandørene full poengsum.
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 21. august 2023.
- (13) Innklagede har opplyst at kontrakt er inngått.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. desember 2023.

## **Anførsler:**

### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (15) Innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet på grunn av manglende opplysninger i konkurransegrunnlaget om leveringssteder, leveringspunkter og leveringsfrekvens. Dette ga valgte leverandør en konkurransefordel, som innklagede ikke har forsøkt å jevne ut. Valgte leverandør hadde all informasjon om leveransen, ettersom de var eksisterende leverandør som har hatt kontrakten over en lengre periode. Klager hadde verken historisk leveranseinformasjon eller helt nødvendig informasjon om hvor varene skulle leveres. Da klager stilte spørsmål om leveringssteder, fikk de ikke noe mer utfyllende svar enn det som fulgte av konkurransegrunnlaget. Det var ikke mulig for klager å finne ut hvor mange leveringsadresser den enkelte enheten hadde. I tillegg kunne hver adresse ha flere leveringspunkter eller team, og dette var ikke mulig for klager å finne ut av på egen hånd. Leveringsfrekvens var heller ikke kjent for klager, men bare for valgte leverandør. Dette var viktig informasjon for transportkostnadene, som var en viktig prisdriver under kriteriet «priser og kostnader», og som også er nødvendig for å besvare kriteriet «service». Klager har brukt to personer til å finne adressene og antatte leveringspunkter, og de har brukt til sammen nesten en arbeidsuke på det.
- (16) Innklagede har ansvaret for uklarheter i konkurransegrunnlaget. I dette tilfellet var det så store feil i konkurransegrunnlaget, som ikke kunne endres, at konkurransen må avlyses. Klager ber også om positiv og negativ kontraktsinteresse.

### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (17) Innklagede har gitt informasjon om antall leveringssteder, og det kan ikke oppstilles en plikt for innklagede til å sammenstille disse opplysningene på en måte eller i et format leverandøren finner mest hensiktsmessig. Opplysningene om leveringssteder har vært meget lett tilgjengelige, og klager har funnet frem til riktige leveringssteder ved å klikke seg inn på kommunens hjemmesider. Dette vises også ved at klager fant alle leveringsstedene, unntatt ett. Klager hadde mulighet til å sende inn listen over leveringssteder de hadde utarbeidet og spurt om denne var korrekt, eller de kunne bedt om at kommunen utarbeidet en liste. Det var klager som hadde ansvar for å ta kontakt hvis dette var uklart. Da kommunen besvarte klagers spørsmål om leveringssteder, var innklagede av oppfatningen at klager var fornøyd med svaret. Innklagede hadde heller ingen liste over leveringssteder og forholdt seg til opplysningene på egen hjemmeside. Det kan ikke være av betydning at det kreves noen klikk og at man må bla/scroller for å finne frem til adressene. Hjemmesiden var også den mest praktiske informasjonskilden å bruke da denne skal være oppdatert og endringer kan forekomme.
- (18) Uansett har ikke et eventuelt brudd på regelverket påvirket utfallet eller deltakelsen i konkurransen. Klager har opplyst at det bare finnes to leverandører i Norge som er godkjent for å levere multidoser, og begge de aktuelle leverandørene deltok i konkurransen. Deltakelsen har dermed ikke vært påvirket.
- (19) Videre hadde klager alle opplysningene de trengte, og forskjellen i pris mellom klager og valgte leverandør kan ikke forklares med at klager manglet en leveringsadresse.
- (20) Det bestrides endelig at det er grunnlag for erstatning.

### Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder levering av medisiner og multidoser, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 40 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.
- (22) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved at konkurransegrunnlaget ikke ga tilstrekkelig informasjon om leveringsadresser, leveringspunkter og frekvens for levering. Klager viser også til at valgte leverandør er eksisterende leverandør, og fremholder at leverandøren dermed har informasjon om leveringssteder og leveranser som innklagede ikke har forsøkt å jevne ut. Klagenemnda forstår det slik at det er mangel på angivelse av konkrete leveringsadresser, leveringspunkter og frekvens av leveringer klagers anførsler knytter seg til, og at anførselene ikke gjelder leverandørs kjennskap til historiske leveranser for øvrig, slik som omfanget av legemidler mv. som skal leveres.
- (23) Det følger av kravene til likebehandling og etterprøvnbarhet i loven § 4, at oppdragsgiver plikter å behandle leverandørene likt i anskaffelsesprosessen, og at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte. Dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget «*må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres*» og at det må inneholde «*tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud*», jf. klagenemndas sak 2017/140 med videre henvisning til EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction). Prinsippet om likebehandling innebærer dermed at oppdragsgiver plikter å sikre at samtlige leverandører får den samme informasjonen om anskaffelsen, og dermed settes i stand til å inngi tilbud på de samme premissene.
- (24) Når det gjelder usikkerhet knyttet til kontraktsvolumet, og dermed inntjeningspotensialet og prissettingen, er utgangspunktet at leverandørene selv må innkalkulere risikoen ved prisfastsettelsen, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2016/155 premiss (27). Rammeavtaler er særpreget ved at antall og omfang av avropene under avtalen ofte ikke er kjent på forhånd, og leverandørene må prise deretter.
- (25) En eksisterende leverandører vil typisk ha god kjennskap til oppdraget som skal løses. Dette er imidlertid en naturlig iboende konkurransefordel som ikke er urimelig, og at eksisterende leverandør vil kunne ha en konkurransefordel innebærer derfor ikke i seg selv et brudd på kravet til likebehandling.
- (26) Oppdragsgiver kan likevel i visse tilfeller ha en aktivitetsplikt for å redusere og eventuelt utjevne en konkurransefordel som en leverandør har i kraft av å være eksisterende leverandør, se for eksempel Eidsivating lagmannsretts dom i sak LE-2015-149169. Her kom retten til at valgte leverandør hadde en fordel ved å kjenne til listen over veier som ikke var omfattet av anbudsinnbydelsen, som ikke den andre leverandøren hadde. Denne informasjonen hadde betydning for prissettingen, og dermed hadde oppdragsgiver brutt prinsippet om likebehandling.
- (27) Om og i hvilken utstrekning oppdragsgiver har plikt til å redusere et konkurransefortrinn, beror på en konkret vurdering. Relevante momenter i denne vurderingen er blant annet hvor enkelt og rimelig det er å redusere konkurransefortrinnet, og om en reduksjon

innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter, se for eksempel Underrettens avgjørelse i sak T-345/03 (Evropaiki Dynamiki), avsnitt 76. Oppdragsgiver plikter imidlertid ikke å utjevne enhver forskjell. Oppdragsgiver har bare plikt til å utjevne fordeler i det omfang det i teknisk henseende er enkelt å utjevne, dersom utjevningen er økonomisk akseptabel, og dersom den ikke innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2014/24.

- (28) I konkurransegrunnlaget var det ikke opplyst om leveringsadresser, leveringspunkter eller leveringsfrekvens. Innklagede har vist til sin nettside, der det var mulig å lete seg frem til leveringsadressene. Det var imidlertid ikke mulig å være sikker på om man hadde funnet alle adressene, og dette illustreres ved at klager ikke klarte å finne alle. Videre var det opplyst at det kunne være flere leveringspunkter på enkelte virksomheter og institusjoner, uten at det var opplyst hvilke dette gjaldt. Det var heller ikke gitt nærmere opplysninger om leveringsfrekvens til de ulike leveringspunkter, utover opplysninger om minimumslevering i punkt 2.1.9 i konkurransegrunnlaget. Innklagede har slik klagenemnda forstår det bare kommentert klagers anførsler knyttet til leveringsadresser, med henvisning til at det er enkelt å finne disse på nettsiden.
- (29) Klager har redegjort for at klager måtte lete frem virksomhetene og institusjonene på nettsiden og deretter forsøke å resonnerer seg frem til hvor mange leveringspunkter dette omfattet og hvor mange leveringer det skulle være per uke. Klager har opplyst at antallet «dropp» eller leveringer er viktig når pris for transport skal beregnes. Dersom klager har beregnet et for høyt antall leveringer, vil prisen bli for høy. Klager er fortsatt usikker på om klager har funnet alle leveringspunktene eller beregnet for mange. Nemnda legger klagers opplysninger på dette punktet til grunn.
- (30) Etter klagenemndas vurdering, har valgte leverandør hatt en fordel ved at valgte leverandør kjente til historiske leveringsadresser, leveringspunkter og leveringsfrekvens. Selv om innklagede har opplyst at disse forutsetningene kunne endre seg, var det lettere for valgte leverandør å gi en riktig pris basert på informasjonen valgte leverandør hadde som eksisterende leverandør. Valgte leverandør hadde dermed et bedre grunnlag enn klager til å prise eget tilbud, og det kan også tenkes at valgte leverandør hadde bedre forutsetninger for å svare ut de øvrige tildelingskriteriene, særlig service-kriteriet. Selv om innklagede fikk spørsmål fra klager om antall leveringssteder og leveringer kunne opplyses, valgte innklagede ikke å gi noen ytterligere opplysninger. Leverandørene har dermed ikke konkurrert på like fot, og dette utgjør et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (31) Klager har anført at bruddet tilsier at konkurransen skulle vært avlyst. Avlysningsplikt foreligger der det er begått en feil, og denne feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen. I tillegg må det være en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltakelsen, se blant annet Underretten (General Court) sin dom i sak T-345/03 premiss 147 og klagenemndas avgjørelse i sak 2021/683
- (32) Valgte leverandør har som vist fått en konkurransefordel, og dette kan ha hatt betydning for klagers prising og eventuelt andre punkter i tilbudet som var relevant under evalueringen, som igjen kan ha ført til at klager fikk lavere score enn valgte leverandør og tapte konkurransen. Det er vanskelig å se at denne feilen kan rettes på annen måte enn ved avlysning og ny utlysning. Det er også en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha påvirket utfallet av konkurransen for klager. Anskaffelsen skulle derfor vært avlyst.

- (33) Bruddet som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (34) Klagenemnda tar ikke stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt, og anførselene knyttet til dette blir dermed ikke behandlet.

***Konklusjon:***

Sarpsborg kommune har brutt prinsippet om likebehandling ved ikke å utjevne valgte leverandørs konkurransefordel.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*