



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Ulovlig tildelingskriterium. Varemerker.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale på medisinske forbruksvarer. Klager anførte at tildelingskriteriet «Miljø» var ulovlig. Klagenemnda fant at det var stilt et ulovlig tildelingskriterium og at konkurransen måtte avlyses.*

### Klagenemndas avgjørelse 6. mars 2024 i sak 2023/1135

**Klager:** Maske AS

**Innklaget:** Kinn kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Alf Amund Gulsvik, Kjersti Holum Karlstrøm og Halgrim Fagervold,

#### Bakgrunn:

- (1) Kinn kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. juli 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale på medisinske forbruksvarer. Anskaffelsens verdi var estimert til 77 millioner kroner. Tilbudsfrist var 12. september 2023.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 5 at tildelingen ville skje basert på det beste forholdet mellom «pris», «kvalitet» og «miljø». Tildelingskriteriene var oppsatt slik:

Tildelingskriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
Pris	50%	Ferdig utfylt prisskjema i tråd med rettleiinga på skjemaet (vedlegg 3).
Miljø	30%	I prisskjema skal leverandøren merke produkt som er miljøsertifisert iht «Type 1 sertifisering» (Svanemerket, EU Ecolabel, Bra Miljøval, TCO Certified, Blauer Engel eller Green Seal. Sertifisering skal dokumenterast med lenke til produktark el.l.  Oppdragsgjevar ønskjer mest mogleg miljøvennleg pakking og levering utover krav i kravspesifikasjonen. Leverandør skal beskrive kva for tiltak dei allereie har implementert, kva for tiltak dei

**Postadresse:**  
Postboks 511 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

		planlegger/ønsker å implementere i løpet av dei neste to åra. Dette skal beskrivast på maks 1 a4 side.
Kvalitet på tilbodne varer	20 %	Vurdert kvalitet på vareprøver. Vareprøver i henhold til merking i prisskjema skal sendast i tråd med krav som framkjem i kravspesifikasjonen.

- (3) Tildelingskriteriet «Miljø» ble nærmere beskrevet i punkt 5.1 hvor det fremgikk:

*«Den tilbydar som har tilbode flest miljømerka produkt (i tråd med oppsett i prisskjema) får tildelt 10 poeng. Tilbydar skal fylle inn type miljømerke i kolonne P i prisskjema. Dette gjelder for fanene «bekledning og beskyttelse», «inkontinens», og «andre medisinske forbruksvarer». Øvrige tilbydarar får score etter ein forholdsmessig modell.*

*Det er opp til leverandør å få fram kvalitetar ut over minstkrav i tråd med det som framkjem i kravspesifikasjon. Oppdragsgjevar vil gjere ei innkjøpsfagleg vurdering der beste tilbod vert gjeve 10 poeng, medan øvrige tilbod vert gjeve forholdsmessig score»*

- (4) Tildelingskriteriet «pris» skulle dokumenteres ved å fylle ut vedlagt prisskjema. I prisskjemaet var noen av postene angitt som generelle beskrivelser, for eksempel «[a]ntisklisokk ca. 34-38», mens andre poster ble beskrevet ved bruk av merkenavn for eksempel «Tena Comfort Mini Extra». Det ble generelt presisert i skjemaet at «[d]er det er benyttet merkenavn, gjelder eller tilsvarende».
- (5) I løpet av konkurransen mottok innklagede spørsmål fra blant annet Maske AS (heretter «klager»). Det ene spørsmålet sendt 25. august 2023 lød slik:

*«Vi henviser til prisskjema og bruk av merkenavn. Hvis dette ikke blir endret så vil det sannsynligvis komme en klage på konkurransen/innstillingen, noe vi svært gjerne vil unngå at skjer. Klagenemnda(KOFA) har i flere lignende saker presisert at terskelen for når bruk av merkenavn eller lignende skal anses å ha konkurransevridende virkning er lav og at spesifiseringen av varemerker, og konkrete produkter innenfor varemerket, innebærer en favorisering av de spesifiserte produktene og leverandører av disse produktene. Oppdragsgiver har skrevet i prisskjemaet at «Der varenamn er brukt er dette meint som eksempel og er berre meint for å skildre kvaliteten på produktet, Man kan tilby andre produkt til same kvalitet.» Oppdragsgiver beskriver imidlertid ikke nærmere hvilken kvalitet og funksjon de ønskede produktene i prisskjemaet har, og som andre produkter dermed må kunne tilsvare for å være av samme kvalitet. Ber derfor Oppdragsgiver endre slik at det fremkommet tydelig for tilbyderne hva som er ønsket kvalitet og funksjon uten å referere til en konkret merkevare.»*

- (6) Innklagede besvarte henvendelsen samme dag:

*«Hei, Oppdragsgiver har gått gjennom prisskjema og tatt vekk merkenavn på flere produkt. Disse er markert i mørkere blå i prisskjema i alle faner. Noen produkt ligger*

*fortsatt med merkenavn, her har vi spesifisert på linjenivå at produktet skal være "eller tilsvarende".*

*Vi viser også til "vedlegg 2 - Kravspesifikasjon" punkt 1.2 Krav til produkta, nr. 32 - 42 hvor krav til bleier og inkontinensprodukt er beskrevet som absolutte krav.*

*Oppdragsgiver gjør oppmerksom på at det nevnte eksempelprodukt KUN er for å gi et eksempel, dette produktet vil ikke på noen måte bli favorisert. Under vareprøving vil de tilbudte produktene testes objektivt mot hverandre hvor det beste testa produktet får høyest score.»*

- (7) Klager stilte to ytterligere spørsmål samme dag:

*«Spørsmål 1: Vi henviser til tildelingskriteriet miljø som vekter 30 %. Tildelingskriteriet er todelt og omhandler både antall miljømerkede produkter og en besvarelse av pakking og levering. Er begge disse kriteriene like viktige for oppdragsgiver? Dersom disse ikke er like viktige kan Oppdragsgiver oppgi undervektningen av disse slik at vi kan vite hva som er viktigst for oppdragsgiver. På denne måten kan vi inngi et best mulig tilbud tilpasset deres behov.*

*Spørsmål 2: Ved vurdering av tildelingskriteriet miljø og underkriteriet miljømerker vil Oppdragsgiver hensynta det estimerte volumet per vare ved evalueringen?»*

- (8) Innklagede svarte samme dag at:

*«Svar spørsmål 1:*

*Under tildelingskriteriet Miljø vil de to underkategoriene vektet følgende:*

*Antall miljømerkede produkt: 10 %*

*Beskrivelse av pakking og levering. 20 %*

*Svar spørsmål 2:*

*Oppdragsgiver vil kun evaluere på antall miljømerkede produkt. Volum pr vare vil ikke tas inn i evalueringen.»*

- (9) Innklagede sendte deretter et oppdatert prisskjema til leverandørene. I prisskjemaet ble en del av varemerkene fjernet, og det ble også tilføyet «*eller tilsvarende*» på de linjene som fortsatt inneholdt henvisninger til varemerker.
- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra klager og NorEngros K. J. Brusdal (heretter «*valgte leverandør*»).
- (11) I tildelingsbrev 18. oktober 2023 orienterte innklagede om valg av leverandør. Av brevet fremgikk at tildelingskriteriet «*Miljø*» var vurdert i to deler: «*[m]iljømerka produkt*» som ble vektet 10 % og «*miljøvennleg paking og levering*» som ble vektet 20 prosent. Vurderingen av miljøvennlig pakking og levering ble vurdert i to trinn, både hva leverandørene hadde implementert, og hva de planla å implementere. Klager fikk 9,5 poeng for implementerte tiltak og 7,5 poeng for planlagte tiltak, og dermed 8,5 poeng for underkriteriet. På underkriteriet knyttet til miljømerkede produkter oppnådde klager 8,94

poeng. Valgte leverandør fikk 10 poeng på alle de tre punktene i miljøevalueringen. I vurderingen av «pris» og «kvalitet» fikk klager 10 på begge kriterier, valgte leverandør fikk henholdsvis 9,78 og 9,41 poeng på disse kriteriene. Samlet sett oppnådde valgte leverandør 9,77 poeng og klager 9,59 poeng.

- (12) Klager ba om innsyn 19. oktober 2023, og mottok sladdet utgave av valgte leverandørs tilbud.
- (13) Klager ba innklagede om en ytterligere redegjørelse av både pris- og miljøevalueringen, samt utvidet karenstid i en melding 23. oktober 2023. Innklagede svarte på henvendelsen i brev 24. oktober 2023. I brevet ble miljøevalueringen justert som følge av at opprinnelig tilbudsevaluering hadde lagt vekt på kortere avstand fra valgte leverandørs varehus til leveringspunktet. Klager mottok ny samlet poengsum på 9,61. Valgte leverandørs poengsum var fortsatt 9,77.
- (14) I brev 26. oktober 2023 fremsatte klager begjæring om innsyn i valgte leverandørs produktliste. Klager ba også om redegjørelse av vurderingen for mengdejustering av leverandørenes tilbud og for hvilke varer som ble tatt ut av prislisen. Det ble også bedt om utsatt karensfrist. Innklagede svarte på henvendelsen 27. oktober 2023.
- (15) Klager sendte et utkast til begjæring om midlertidig forføyning til innklagede 31. oktober 2023. Utkastet var stilet til Sogn og Fjordane tingrett og datert 1. november 2023. Innklagede kommenterte utkastet i brev datert 28. november 2023.
- (16) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. desember 2023.
- (17) Innklagede avventer kontraktinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. mars 2024.

#### **Anførsler:**

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

- (19) Det utgjør et brudd på regelverket at det ble henvist til bestemte varemerker i prisskjemaet. Det er en lav terskel for når bruk av merkenavn skal anses å ha konkurransevridende virkning og bruddet må anses å utløse en avlysningsplikt.
- (20) Miljøkriteriet i konkurransen var ulovlig utformet og evaluert. Det vises særlig til underkriteriet «Pakking og levering – planlagt implementert». Oppdragsgiver skulle evaluere de tiltakene leverandørene «planlegger/ønsker å implementere i løpet av de neste to åra». Dette skulle dokumenteres med en beskrivelse fra leverandørene. Det som var gjenstand for evaluering, var dermed verken rettslig bindende for leverandørene eller noe oppdragsgiver kunne etterprøve på en objektiv måte. Dette bruddet medfører også avlysningsplikt.

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

- (21) Det var ikke brudd på regelverket at det ble henvist til enkelte varemerker i prisskjemaet, og det foreligger heller ingen avvisningsplikt som følge av dette. Det vises her til at det ikke kunne ha vært utfordrende for klager å klarlegge hvilke egenskaper produktet forventes å ha, og hva som ville bli premiert ved evalueringen av kvalitet.

- (22) Miljøkriteriet i anskaffelsen er heller ikke i strid med regelverket, det vises her til at dokumentasjonskravet forutsetter en beskrivelse av hvilke konkrete tiltak som er planlagt/ønsket utført i løpet av de neste to årene. Videre vises det at leverandørene tilsynelatende ikke oppfattet denne delen av underkriteriet slik at man kunne beskrive tiltak uten å forplikte seg til dem. Det er utelukkende beskrevet tiltak som allerede er etablert, eller vil bli etablert, mens målene/ønskene knytter seg til utfallet/resultatet av disse.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Klagen gjelder rammeavtale på medisinske forbruksvarer., som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 77 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.

#### *Tildelingskriteriet «Miljø»*

- (24) Klagenemnda tar først stilling til om tildelingskriteriet «Miljø» er utformet i strid med regelverket.
- (25) Det følger av forskriften § 18-1 (4) at tildelingskriterier skal «*ha tilknytning til leveransen*». Tilknytningskravet er oppfylt «*når [kriteriet] legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys*», jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2022/277 avsnitt 40 med videre henvisninger. For å ha den nødvendige tilknytning til leveransen, må tildelingskriteriet evaluere forpliktende sider ved tilbudet, jf. blant annet nemndas avgjørelse i sak 2019/7, premis 17, med henvisning til sak 2008/80.
- (26) Tildelingskriteriet «Miljø» var i konkurransegrunnlaget utdypet gjennom angivelsen av det tilhørende dokumentasjonskravet. Dette dokumentasjonskravet krevde at det skulle merkes i prisskjemaet hvor mange av produktene som var miljømerket, og det skulle leveres en beskrivelse av tiltak for miljøvennlig levering og pakking. Leverandørene skulle også beskrive allerede implementerte tiltak, samt tiltak som leverandørene «*planlegger/ønskjer å implementere i løpet av dei neste to åra.*».
- (27) Tildelingskriteriet ble ytterligere utdypet underveis i konkurransen da det kom spørsmål om vektingen av miljøkriteriet. I spørsmål fra klager ble miljøkriteriet omtalt som «*todelt*» og dokumentasjonskravene ble omtalt som «*kriteriene*». Klager spurte om hvordan de to skulle vektas. Innklagede svarte at:

*«Under tildelingskriteriet Miljø vil de to underkategoriene vektas følgende:*

*Antall miljømerkede produkt: 10 %*

*Beskrivelse av pakking og levering. 20 %»*

- (28) Formuleringen «*planlegger/ønskjer*» innebærer at det ville blitt gitt uttelling for tiltak som man ikke var forpliktet til å gjennomføre. Evaluering på uforpliktende fremtidige ønsker er ikke egnet til å vurdere sterke og svake sidene ved tilbudene.

- (29) Klagenemnda finner derfor at tildelingskriteriet «Miljø» var ulovlig, jf. forskriften § 18-1.
- (30) Spørsmålet videre er om denne feilen innebærer at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.
- (31) En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltagerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se blant annet HR-2019-1801-A, avsnitt 85 og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16, avsnitt 106. Klager må føre bevis for at det er en nærliggende faktisk mulighet for at feilen enten har påvirket deltagerinteressen eller utfallet av konkurransen for klager.
- (32) Klager har ikke ført bevis for at feilen har hatt betydning for deltagerinteressen. Innklagede har fremlagt en oversikt over hvem som hentet ut konkurransegrunnlaget og redegjort for at det er tre aktører i det aktuelle markedet. Den av de tre aktørene som ikke innga tilbud avstod av andre årsaker enn feil ved tildelingskriteriet.
- (33) Spørsmålet er om feilen har hatt betydning for utfallet av anskaffelsen for klager. I denne saken er det et under-underkriterium om planlagte/ønskelige fremtidige tiltak som er ulovlig. Det aktuelle under-underkriteriet har total vekt 10 % i anskaffelsen. For allerede implementerte tiltak fikk klager 9,5 poeng og 7,5 poeng de planlagt/ønskede implementerte tiltakene (det ulovlige under-underkriteriet). Valgte leverandør fikk 10 poeng for begge disse. Klager har ikke gjort noe forsøk på å forklare eller føre bevis for hvordan utformingen av det ulovlige tildelingskriteriet har påvirket utformingen av sitt tilbud eller skulle ha påvirket utformingen av valgte leverandør sitt tilbud. Det er dermed vanskelig for nemnda å skulle vurdere om feilen har påvirket utfallet av konkurransen for klager. Hvis man kun hadde evaluert underkriteriet pakking og evaluering på allerede implementerte tiltak og ikke på fremtidige tiltak som skulle gjennomføres de neste to årene ville klager ha vunnet konkurransen. Alternativet til å evaluere på tiltak leverandørene ønsket å gjennomføre i fremtiden, ville ikke nødvendigvis vært å kun se på allerede implementerte tiltak, men å evaluere på tiltak leverandørene forpliktet seg til å gjennomføre i fremtiden. Gitt de små poengforskjellene i anskaffelsen foreligger det etter nemndas syn en nærliggende faktisk mulighet for at feilen har virket inn på tildelingen.
- (34) På bakgrunn av dette finner nemnda at bruddet på forskriften § 18-1 utløser avlysningsplikt i denne saken.
- (35) I lys av konklusjonen om at det foreligger en avlysningsplikt som følge av det ulovlige tildelingskriterier, finner nemnda det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om henvisningene til varemerker i prisskjema var ulovlig.

### **Konklusjon:**

Kinn kommune har brutt forskriften § 18-1 (4) ved å stille et tildelingskriterium som ikke er tilstrekkelig knyttet til leveransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

*Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur*