



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av medisinsk utstyr. Innklagede la ved evalueringen av tildelingskriteriet "total kostnad" vekt på tilbudt rabatt knyttet til en allerede inngått kontrakt mellom de samme partene. Klagenemnda kom til at det ikke var i strid med regelverket å legge vekt på denne rabatten ved tildelingsevalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 23. mars 2009 i sak 2008/165 -16

Klager: Ortho-Clinical Diagnostics, a Johnson & Johnson Company

Innklaget: Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriteriet "total kostnad". Avvisning av valgte leverandørs tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Helse Sør-Øst RHF ved Sykehuspartner kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om medisinsk teknisk utstyr ved kunngjøring på Doffin 27. juni 2007. Konkurransen besto av en rekke anskaffelser til helseforetak under Helse Sør-Øst, deriblant anskaffelse nr. 21, som gjaldt kjemi- og immunkjemiprodukter til Sentrallaboratoriet, Avdeling for medisinsk biokjemi, Rikshospitalet - Radiumhospitalet HF (heretter kalt innklagede).
- (2) Rikshospitalet HF og Radiumhospitalet HF ble i 2005 slått sammen til ett helseforetak, og også avdelingene for medisinsk biokjemi ble slått sammen til en enhet. Laboratoriene på begge sykehus hører inn under denne enheten, men er lokalisert på forskjellige steder. Sentrallaboratoriet er blant annet lokalisert på tidligere Radiumhospitalet HF, og hovedinstrumentet som skal anskaffes skal dekke behovet til de kliniske avdelingene ved Rikshospitalets lokalisasjon på Radiumhospitalet.
- (3) Anskaffelse 21 MBK Hovedinstrument er nærmere omtalt i konkurransegrunnlaget på side 49 til 52. Det hitsettes herfra:

"Anskaffelse 21 MBK Hovedinstrument, Montebello

Beskrivelse:

Anskaffelse av kjemi- og immunkjemiiinstrumenter til Sentrallaboratoriet, Avdeling for medisinsk biokjemi, Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF.

Det ønskes anbud på instrumenter som dekker Sentrallaboratoriets behov for klinisk kjemiske analyser, hvor det også gis anbud for en integrert eller separat løsning med en immunkjemidel. Instrumentene skal plasseres i samme lokaler som nåværende instrumenter. Et anbud skal dekke instrumenter, installasjon inkludert instrumentbord/skap, opplegg for vann eller trykkluft (utover eksisterende

trykkluftsanlegg), sikring av kontinuerlig strømforsyning (UPS) samt andre spesielle bygningsmessige endringer som er påkrevd for å tilpasse instrumentinstallasjonen til lokalitetene.

[...]

Pristilbud

Et pristilbud skal innholde følgende:

- Pris på instrumenter inkludert installasjon og nødvendig opplæring.
 - Nødvendige krav til arealer, temperatur, vann, avløp og liknende.
 - Beskrivelse av i hvilken utstrekning kravene i spesifikasjonen dekkes.
 - Estimat (med motivering) av hvilken bemanning som kreves for å utføre Sentrallaboratoriets nåværende analysevirksomhet.
 - Tilgjengelig analyserepertoar direkte fra leverandør — oppgi farmakologiske og immunologiske analyser. Angi for hver analyse:
 - analyseprinsipp
 - tid til svar
 - mulige prøvematerialer
 - sporbarhet til kalibrator
 - måleområde
 - sensitivitet
 - presisjon på kritiske nivåer (intra-assay og inter-assay)
 - drift innen dag
 - linearitet
 - hook-effekt
 - interferens (hemolyse, bilirubin, liperni eller annet)
 - overdraging/carry-over
 - pris per analyse ved nåværende analysevolum (inkludert alle forbruksmateriell og kalibrаторer) og analysering av kontroller. Dersom ikke analysen utføres i dag ved Sentrallaboratoriet, angi pris ved 1000 analyser/årlig.
 - Tilsvarende dokumentasjon av eventuell analyserepertoar som kan kjøpes gjennom annen uavhengig leverandør
 - Angi for reagenser:
 - Holdbarhet og krav til oppbevaring
 - Anbefalt kalibreringshyppighet og antall kontroller
 - maksimal lot-til-lotvariasjon
 - hvor lenge samme lot-nummer kan leveres (reagens og kalibrator)
 - helsefare
 - Fysisk størrelse på reagenspakker og til hvor mange analyser de kan brukes
 - Driftssikkerhet (garantert maksimum nedetid) samt tidsforbruk og hyppighet for regelmessig vedlikehold.
- For å forenkle/standardisere anbud og evaluering av anbudene, har laboratoriet lagd en liste med konkrete spørsmål som ønskes besvart (Vedlegg 13). I vedlegget fremgår også antall analyser som rekvireres av Krefiklinikken i dag.”

- (4) Tildelingskriteriene i konkurransen fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 5.0 ”Tildeling”. Det hitsettes herfra:

”5.1 Tildelingskriteriene

Ut fra kriteriene som er listet opp nedenfor vil det økonomisk mest fordelaktige tilbud(ene) bli valgt:

Alle utstyrsgupper foruten laboratorieutstyr

NR	Kriterier	Vekt	Karakter (1-6)	Sum
<i>a</i>	<i>Totalkostnad</i>	<i>40</i>		
<i>b</i>	<i>Funksjonalitet/opplevd brukervennlighet</i>	<i>40</i>		
<i>c</i>	<i>Oppetid/teknisk bistand</i>	<i>15</i>		
<i>D</i>	<i>opplæringsprogram</i>	<i>5</i>		
		<i>100</i>		

Laboratorieutstyr

NR	Kriterier	Vekt	Karakter (1-6)	Sum
<i>a</i>	<i>Totalkostnad</i>	<i>40</i>		
<i>b</i>	<i>Analysekvalitet og funksjonsmessige egenskaper</i>	<i>40</i>		
<i>c</i>	<i>Oppetid/teknisk bistand</i>	<i>10</i>		
<i>d</i>	<i>Opplæringsprogram</i>	<i>10</i>		
		<i>100</i>		

5.2 Utdypning av tildelingskriteriene

Følgende momenter innenfor disse kriteriene vil bli tillagt vekt men listen er ikke uttømmende.

a) Totalkostnad:

Levetidskostnader, dvs anskaffelses pris beregnet driftskostnader i utstyrets nedskrivningstid.

- i. Pris på spesielt dyre reservedeler*
- ii Pris på serviceavtaler*
- iii Pris oppgraderinger*
- iv. Pris på forbruksmateriell*

Opplæringskostnader av brukere og servicepersonale

Opsjonspriser på aktuelt tilleggsutstyr. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å gjøre en sammensetning av utstyr som skal leveres med hovedutstyret

b) Funksjonalitet/ opplevd brukervennlighet

- hvordan er kravspesifikasjonen oppfylt*
- ergonomi*
- bilde kvalitet/ analyse kvalitet med mer.*

c) Oppetid / Teknisk bistand

d) Opplæringsprogram

- Omfang og innhold av opplæringsprogram også gjeldene e— læringsprogram.”

- (5) Det kom inn fem tilbud i konkurransen, deriblant fra Ortho-Clinical Diagnostics, a Johnson & Johnson Company (heretter kalt klager) og Roche Diagnostics Norge AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) I tilbudet fra Roche Diagnostics Norge AS het det bl a.: *”Følgende er inkludert i anbudet: XX % rabatt på reagenser og forbruksvarer, XX % rabatt på service- og supportavtaler. Alle rabattene gis på gjeldende veiledende listepriis. Tilbudte rabatt vil ved aksept av vårt tilbud også gjøres gjeldende for Avdeling for medisinsk biokjemi på Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, avdeling Gaustad”*.
- (7) Innklagede evaluerte tilbudene og ved evaluering av tildelingskriteriet *”totaltostnad”* kalkulerte innklagede med den rabatt som skulle tildeles driftsenheten på Gaustad ved vurdering av valgte leverandørs tilbud. Resultatet av evalueringen ble at valgte leverandør ble vurdert til å ha det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, med til sammen 4,80 poeng, mens klager ble vurdert til å ha det nest beste tilbudet med 4,65 poeng. Det er ikke samsvar mellom poengene oppgitt i tildelingsbrevet av 4. juni og poengene gitt i innklagedes evalueringsskjema vedlagt tilsvaret til klagen til klagenemnda. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette ikke har betydning for behandlingen av saken i klagenemnda.
- (8) I brev av 4. juni 2008 ble klager varslet om at valgte leverandørs tilbud ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige og at Lab. Hovedinstrument ville bli anskaffet fra denne leverandøren. Det hitsettes følgende fra tildelingsbrevet av 4. juni 2008:

”Følgende fem leverandører har inngitt tilbud på anskaffelse 21 Lab.

Siemens Medical Solutions, Nertiens Meszansky AS, Abbott Norge AS, Ortho-Clinical Diagnostics (Johnson & Johnson) og Roche Diagnostics Norge AS. Tilbudene er evaluert av et tverrfaglig team hos Rikshospitalet HF.

[...]

Det utstyret som er tilbudt, er etter beste skjønn gitt karakterer for hvert enkelt kriterium i en skala fra 1 (dårligst) — 6 (best). Karakter for pris er matematisk utregnet i forhold til gjennomsnittspris som er gitt karakter 3,5.

Evalueringen iht. kriteriene i konkurransegrunnlaget, ga følgende resultat for Abbott Norge AS¹ vurdert opp mot tilbudet fra vinneren av konkurransen. Roche Diagnostics AS.

Totaltostnad

Tilbudet fra Roche Diagnostics AS hadde lavest totaltostnad og fikk karakter 6. Tilbudet fra Johnson & Johnson fikk karakter 5 for dette kriteriet.

Analysekvalitet og funksjonsmessige egenskaper

Når det gjelder Analysekvalitet og funksjonsmessige egenskaper, ble både tilbudet fra Johnson og Johnson og Roche vurdert til tilfredsstillende med merverdi og fikk karakter 4.

¹ Klagenemnda antar at det skulle stått Ortho-Clinical Diagnostics (a Johnson & Johnson company) her.

Oppetid/teknisk bistand

Johnson & Johnson tilbyr oppetidsgaranti over 98 %, helgevakt, levering på deler 24 timer og responstid 8 timer. For dette kriteriet får de karakter 5 (meget tilfredsstillende).

Roche har oppetidsgarant 98 %, ikke helgevakt og levering på deler 24 timer. Denne leverandøren ble gitt karakter 4 (tilfredsstillende med merverdi) for dette kriteriet.

Opplæringsprogram

Opplæringsprogram ble vurdert tilfredsstillende for alle tilbydere og ble gitt karakter 4.

Konklusjon

På grunnlag av evaluering av de 4 kriteriene, har de to apparatene/leverandørene fått følgende poeng: Tilbudet fra Roche Diagnostics Norge AS 4,7 poeng. Tilbudet fra Johnson&Johnson 4,4 poeng.

Tilbudet fra Roche Diagnostics Norge AS fikk høyest antall poeng i konkurransen og er derfor vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Lab. hovedinstrument vil bli anskaffet av Rikshospitalet HF fra denne leverandøren.

Deltakerne i konkurransen er meddelt dette og har fått klagefrist fram til 16.8.2008."

- (9) Klager tilskrev innklagede i brev av 11. juni 2008 hvor det ble påpekt at tildelingsbrevet ikke fylte lovens krav til begrunnelsen for valg av tilbyder, og klager anmodet derfor om en nærmere begrunnelse, samt at anskaffelsesprotokoll og valgte tilbyders tilbud ble fremlagt. I brev av 13. juni 2008 fra klager til innklagede ble det videre stilt spørsmål ved evalueringen da anskaffelse 21 var ment for bruk ved Radiumhospitalet, men var evaluert av et tverrfaglig team hos Rikshospitalet HF.
- (10) Innklagede besvarte klagers brev av 11. juni 2008 i brev mottatt av klager 13. juni 2008. Innklagede anførte at tildelingsvarselet var i samsvar med regelverket.
- (11) Klager tilskrev så innklagede den 16. juni 2008 og stilte spørsmål om det i anskaffelsesprosessen var tatt logistikkmessige og/eller besparelsmessige hensyn ut fra det faktum at valgte leverandør allerede var leverandør til Rikshospitalet. Videre ba klager på ny om at valgte leverandørs tilbud ble fremlagt, samt anskaffelsesprotokollene og besvarelsene om det i anskaffelsesevalueringen hadde deltatt representanter fra Radiumhospitalet.
- (12) I brev av 23. juni 2008 oversendte innklagede anskaffelsesprotokoll, mens valgte leverandørs tilbud ikke ble fremlagt.
- (13) I brev av 25. juni 2008 tilskrev klager innklagede på nytt, og opprettholdt anmodningen om oversendelse av valgte tilbyder tilbud, om enn i en versjon der eventuelle forretningshemmeligheter var utelatt. Spørsmålet om det var tatt logistikkmessige hensyn og /eller besparelsmessige hensyn ble gjentatt.
- (14) Innklagede besvarte brevet den 2. juli 2008 hvor det ble opplyst at innklagede ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud hadde lagt vekt på at rabatten som fulgte

tilbudet også kunne gjøres gjeldende ved en annen avdeling av sykehuset hvor det allerede løp en kontrakt med valgte leverandør. Det hitsettes fra brevet:

"I tilbudet fra Roche Diagnostics Norge AS heter det bl a.: "Følgende er inkludert i anbudet: XX % rabatt på reagenser og forbruksvarer, XX % rabatt på service- og supportavtaler. Alle rabattene gis på gjeldende veiledende listepriis. Tilbudte rabatt vil ved aksept av vårt tilbud også gjøres gjeldende for Avdeling for medisinsk biokjemi på Rikshospitalet-Radiumhospitalet HF, avdeling Gaustad".

Som vi tidligere har opplyst, er Radiumhospitalet og Rikshospitalet ikke lenger to sykehus. De er ett sykehus Rikshospitalet HF. Det er heller ikke to avdelinger for medisinsk biokjemi, men kun en. Ved evalueringen er det derfor etter vårt syn, helt riktig som beskrevet i konkurransegrunnlaget (ref side 49 — 52), å vektlegge dette i evalueringen for å beregne hvilke følger anskaffelsen ville få logistikkmessig og besparelsmessig for Avdeling for medisinsk biokjemi. Derfor ble både det forhold at avdelingen trolig kan redusere bemanningen med en ansatt ved valg av instrument fra Johnson & Johnson og det forhold at man sparer driftskostnader på Montebello og Gaustad ved valg av instrument fra Roche, trukket inn i evalueringen som beskrevet i ovennevnte spesifikasjon."

- (15) I brev av 7. juli 2008 påklaget klager tildelingen. Klager viser blant annet til det var tatt utenforliggende hensyn ved å ta hensyn til besparelsmessige forhold ved et annet sykehus (Rikshospitalet).
- (16) Innklagede besvarte klagen i brev av 3. september 2008 der det fremgikk at klagen ikke ble tatt til følge. Det hitsettes fra brevets punkt 2 som gjelder påstand om at det er tatt utenforliggende hensyn:

"Ortho-Chlinical Diagnostics, a Johnson & Johnson Company (Johnson & Johnson) fremholder at Rikshospitalet har tatt utenforliggende hensyn ved å legge vekt på de besparelser valget av Roche Diagnostics Norge AS (Roche) vil medføre for Rikshospitalet HF (Rikshospitalet) som helhet. Det må her presiseres at Rikshospitalet og Radiumhospitalet utgjør ett helseforetak, både juridisk og faktisk, og det er således ikke tatt hensyn til andre helseforetaks besparelser ved vurderingen av tilbudene.

Av konkurransegrunnlaget følger det at det er tilbudets "totalkostnad" som er det relevante tildelingskriteriet som skal vurderes. Uttrykket vil etter en naturlig ordforståelse inkludere alle forhold som har betydning for hva anskaffelsen vil koste oppdragsgiver. Dette må etter Rikshospitalets syn klart inkludere eventuelle rabatter som gis av en tilbyder. Rikshospitalet kan ikke se at synspunktet blir annerledes fordi kontrakten primært skal dekke sykehuset Radiumhospitalets behov og deler av rabatten retter seg mot en eksisterende kontrakt med tidligere Rikshospitalet. Dette, ettersom det er det samlede helseforetaket som må bære kostnadene ved anskaffelsen. Så lenge de tilbudte rabatter er knyttet opp mot kontraktsinngåelsen og besparelsen skjer i det samme helseforetaket, vil det følgelig ikke utgjøre et utenforliggende hensyn å legge vekt på rabattene. Dette gjelder særlig fordi bestillingene under begge kontrakter foretas av samme enhet, Sentrallaboratoriet, som også er den enheten som faktureres for produktene. At Rikshospitalet og Radiumhospitalet tidligere var to ulike foretak og at laboratoriene som hører under Sentrallaboratoriet er fysisk adskilt, kan i dette henseende ikke spille noen rolle. At oppdragsgiver har rett til å vurdere den enkelte

konkurranse i en større økonomisk sammenheng enn kun den enkelte kontrakt isolert sett, følger blant annet av KOFA's avgjørelse i sak 2004/192.

Roche kunne videre ha valgt å knytte hele den tilbudte rabatt til den nå utlyste kontrakten, i stedet for å dele den ut på de to volumene. Den økonomiske situasjonen ved dette ville være den samme både for Roche og for Rikshospitalet, og en slik fremgangsmåte ville helt klart vært tillatt. Delingen av rabatt på de to kontraktene slik at prisene her ble like, ville imidlertid lette kontraktsadministrasjonen både for Roche og for Rikshospitalet. Det ville være inkonsekvent dersom en fremgangsmåte som den ovenfor skisserte skulle være tillatt, mens den for partene økonomisk identiske, men mer praktiske fremgangsmåten ikke skulle være tillatt. Dette kan Rikshospitalet heller ikke se er tilfelle.

På samme måte som med rabattene til Roche, har Rikshospitalet vurdert at det inngår i Johnson & Johnsons tilbuds "totalkostnad" at Rikshospitalet regner med å spare én person i bemanning ved valg av dette tilbudet. Også dette blir således vurdert å være en besparelse som er knyttet opp mot en eventuell kontraktsinngåelse, og som derfor må tas med i evalueringen av tilbudets totalkostnad.

Adgangen til å legge vekt på sistnevnte besparelse anses likevel å være noe mer usikker enn adgangen til å legge vekt på de tilbudte rabatter. Dette, fordi den eventuelle besparelsen av personell ikke var noe som ble tilbudt av Johnson & Johnson, men er noe som Rikshospitalet selv har kalkulert seg frem til. Hvorvidt en slik besparelse faktisk vil være tilfelle er også usikkert. Det kan følgelig fremstå som uforutberegnelig for de øvrige tilbyderne at Rikshospitalet ville legge vekt på forhold som verken er fremhevet i konkurransegrunnlaget eller leverandørens tilbud.

Det er for øvrig ikke riktig at Johnson & Johnson aldri hadde noen reell sjanse til å få kontrakten med Radiumhospitalet. Det er klart at det utgjør en fordel for Roche at de allerede har en kontrakt med Rikshospitalet og således kan nyte fordel av stordriftsfordeler. Dette er imidlertid ikke en ulovlig fordel. Se i denne sammenheng KOFA's avgjørelse i sak 2006/65, hvor KOFA avgjorde at det ikke var i strid med regelverket om offentlige anskaffelser å legge vekt på omstillingskostnader ved skifte av leverandør. Det var også i den for KOFA foreliggende sak klart at vektlegging av slike kostnader utgjorde en fordel for den eksisterende leverandør, men vektlegging av dette var likevel ikke ulovlig.

Oppsummeringsvis kan Rikshospitalet ikke se at det er tatt utenforliggende hensyn ved vurderingen av tildelingskriteriet "totalkostnader" eller at Roche skulle vært avvist fra konkurransen."

- (17) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 18. september 2008. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 30. september 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (18) Klager anfører at innklagede har foretatt en rekke feil i konkurransen som medfører at valgte leverandørs tilbud ikke skulle vært valgt, men at klager skulle vært tilbudt kontrakten.

- (19) Klager anfører at innklagede har handlet i strid med regelverket for offentlige anskaffelser når det ved evalueringen av tildelingskriteriet "*totalkostnad*" er tatt hensyn til tilbudt rabatt på allerede løpende kontrakter som oppdragsgiver har med valgte leverandør.
- (20) Klager anfører at dette er i strid med prinsippet om likebehandling og konkurranse ved at valgte leverandør blir tillagt et konkurransefortrinn som de andre tilbyderne ikke hadde og heller ikke hadde anledning til å få. Dette innebærer i realiteten at valgte leverandørs særstilling ved allerede å være leverandør til innklagede, og derved kunne tilby rabatter på allerede inngåtte kontrakter, utelukker konkurranse.
- (21) Klager anfører videre at tildeling av kontrakten innebærer et brudd på prinsippene om forutberegnelighet og presisjonsvilkåret/klarhetsprinsippet. Det fremgår ikke av tildelingskriteriet "*totalkostnad*" at det skulle være anledning til å legge vekt på tilbudte rabatter på andre kontrakter enn den aktuelle anskaffelse gjaldt. Tildelingskriteriet "*totalkostnad*" er dermed i strid med det presisjonsvilkåret som følger av EF-domstolens dom C-19/00.
- (22) Det vises til at innklagede har vektlagt momenter i totalvurderingen som ikke alle rimelig aktsomme leverandører vil forstå skal legges til grunn. Rabatter inngår nok i en naturlig forståelse av "*totalkostnad*", men det kan her kun være snakk om rabatttilbud i forbindelse med anskaffelsens gjenstand. Leverandørene kan ikke gripe inn i allerede inngåtte kontrakter ved å tilby rabatter på disse. Det må være sammenheng mellom de opplysninger som er gitt i konkurransegrunnlaget og de forhold oppdragsgiver har adgang til å legge vekt på når de ulike tilbudene skal vurderes. Dersom innklagede kunne ta hensyn til slike rabatter måtte det vært synliggjort i konkurransegrunnlaget. Dette er ikke gjort, og er således i strid med klarhetskravet knyttet til tildelingskriterier.
- (23) Klager viser videre til Høyesteretts dom av 11. desember 2008 og anfører at da det fremkommer av dommen at det ikke er tillatt å ta hensyn til rabatter knyttet til to kontrakter som er utlyst samtidig, kan det ikke være tillatt å ta hensyn til tilbudte rabatter på for lengst inngåtte kontrakter. Det fremkommer videre av dommen at det er et særlig krav for oppdragsgiver å klargjøre i konkurransegrunnlaget hvordan en vil vektlegge tilbud om rabatt, selv om det er snakk om et sakskompleks hvor det ikke er helt umulig at slike rabatter vil fremkomme. Følgen for nærværende sak, hvor det ikke er særlig naturlig med slike rabatter, er at kravet til oppdragsgiver med hensyn til å informere leverandørene om hvordan en tenker å vektlegge eventuelle tilbudte rabatter, skjerpes.
- (24) Når det gjelder innklagedes anførsel om at valgte leverandør kunne valgt å gi rabatten som tilbudt Rikshospitalet kun til Radiumhospitalet, anfører klager at dette er rent hypotetisk og dermed irrelevant. Rabatten er angitt som en prosentrabatt på reagenser og forbruksvarer samt service- og supportavtaler knyttet til to forskjellige kontrakter.
- (25) Klager anfører videre at innklagedes anførsel om at det kan settes likhetstegn mellom den tilbudte rabatt og det forhold at klagers tilbud medfører en besparelse ved at innklagede kan redusere bemanningen med en person fremstår som usaklig. Sistnevnte er et resultat av innklagedes vurdering av tildelingskriteriet "*totalkostnad*", mens det første er ensidig fremsatt i tilbudet fra valgte leverandør. Innklagede kan derfor ikke bli

hørt i sin argumentasjon om at en må holde utenfor besparelsen oppnådd ved klagers tilbud dersom en skal holde utenfor rabatten tilbudt av valgte leverandør.

- (26) Klager anfører at tilbudet fra valgte leverandør ikke er sammenlignbart med øvrige tilbud da tilbudet omfattet rabatt på allerede inngåtte avtaler med andre sykehus. Valgte tilbud kan dermed ikke sammenlignes med de øvrige tilbud og skulle vært avvist, jf forskriftens § 20-13 bokstav f. Klager anfører videre at det i praksis er tilnærmet umulig å beregne rabatten til Rikshospitalet som en merrabatt til Radiumhospitalet.
- (27) Når det gjelder rettsvillfarelse anfører klager at innklagede ikke kan ha vært i rettsvillfarelse da innklagedes advokat er medlem i klagenemnda, samt at innklagede inngikk kontrakt da man hadde alle oppfordringer til å avvente når man måtte forstå at kontraktsinngåelsen kunne være i strid med regelverket.
- (28) Klager gjør videre gjeldende at innklagede ved å benytte seg av rabatten på allerede inngått kontrakt, endrer denne vesentlig slik at det i realiteten foreligger en ulovlig direkte anskaffelse ved innkjøp etter denne kontrakten.

Innklagedes anførsler:

- (29) Innklagede presiserer at Rikshospitalet HF og Radiumhospitalet HF er slått sammen til ett foretak, slik at anførselen om det er tatt utenforliggende hensyn og foreligger brudd på kravet til likebehandling fordi rabatten er tilbudt et annet foretak, ikke kan føre frem.
- (30) Rabatten som tilbys i kontrakten om MBK ved driftsenheten på Gaustad inngår følgelig også naturlig ved vurderingen av hva som er oppdragsgivers totalkostnader.
- (31) Innklagede anfører at vektlegging av rabatten ikke innebærer at det er tatt utenforliggende hensyn. Ved å tilby Rikshospitalet en rabatt både på eksisterende og nye leveranser, sørget valgte leverandør for å overføre noe av gevinsten til Rikshospitalet i form av nedsatte priser. Rabattene til Rikshospitalet vil samtidig føre til økte besparelser for begge parter, i og med at lik pris vil lette kontraktsadministrasjonen. En slik oppførsel er markedsmessig og økonomisk rasjonell for både oppdragsgiver og valgte leverandør, og kan vanskelig anses å utgjøre utenforliggende hensyn.
- (32) Innklagede anfører at det følger av klagenemndspraksis at det ikke er ulovlig i seg selv at eksisterende leverandør har en konkurransefordel. Dette er ikke ulovlig med mindre forskjellsbehandlingen ikke er saklig begrunnet. I denne saken er rabatten direkte tilknyttet kontraktens gjenstand da rabatten følger direkte av kontraktsinngåelsen og de stordriftsfordeler dette vil medføre for valgte leverandør. Dette illustreres ved at rabatten er betinget av at valgte leverandør blir tildelt kontrakten. Av oppgjørstekniske grunner er rabatten tilknyttet bruken av forbruksmateriell også på laboratoriet som er fysisk lokalisert på Gaustad. Dette kan ikke innebære at rabatten ikke er tilknyttet den omtvistede kontrakten. Innklagede kan ikke se at vektlegging av de besparelser disse stordriftsfordelene vil medføre for valgte leverandør, og dermed også for innklagede, utgjør en ulovlig konkurransefordel. Innklagede kan følgelig heller ikke se at vektlegging av rabatten utgjør et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (33) Innklagede anfører at tildelingskriteriet "totalkostnad" er utformet i samsvar med presisjonsvilkåret. Innklagede anfører at forskrift om offentlige anskaffelser ikke

inneholder en plikt for oppdragsgiver til å opplyse uttømmende om hvilke momenter som hensyntas i vurderingen under et tildelingskriterium. Det avgjørende for om det foreligger en slik plikt til opplysning, må være hvorvidt en normal tilbyder vil forstå uttrykket slik som oppdragsgiver har gjort. Da begrepet "*totalkostnader*" etter en naturlig ordforståelse omfatter rabatter som tilbys som del av et tilbud, er det ikke i denne saken nødvendig for innklagede å opplyse om at rabatter ville bli vektlagt under tildelingskriteriet "*totalkostnad*".

- (34) Etter innklagedes mening vil det ikke være uforutberegnelig at eksisterende leverandør vil være i stand til å gi en bedre pris som følge av at volumet som leveres til samme oppdragsgiver er større. Det kan heller ikke være uforutberegnelig at innklagede valgte å legge vekt på denne prisforskjellen. Hvordan rabatten blir organisert og fordelt på de to kontraktene kan ikke spille noen rolle i denne sammenhengen. Det avgjørende må være at rabatten tilbys til innklagede og at totalkostnadene ved å velge det aktuelle tilbudet vil være mindre som følge av dette. At deler av rabatten som følge av effektivitetshensyn blir trukket fra prisen på leveransen under en annen kontrakt, kan ikke gjøre vektlegging av besparelsen uforutberegnelig.
- (35) Klager anfører at det i praksis blir umulig å beregne rabatten for MBK ved driftsenheten på Gaustad. Dette resonnementet har innklagede vanskelig med å følge. Rabatten inntreffer som en direkte følge av kontraktsinngåelsen og utgjør således en kvantifiserbar og klar besparelse for innklagede ved antagelse av valgte leverandørs tilbud. Innklagede kan ikke se at det forhold at laboratoriene har noe forskjellig forbruk av reagenser og forbruksvarer innebærer at valgte leverandør ikke kunne tilbudt hele den tilbudte rabatt direkte til laboratoriet som er lokalisert på Montebello.
- (36) Innklagede anfører at Høyesteretts dom av 11. desember 2008 ikke medfører noen endring av hvorvidt oppdragsgiver i denne konkurransen hadde lov til å vektlegge rabatten. Man er her innenfor hovedregelen, nå bekreftet av Høyesterett, om at oppdragsgiver kan og skal legge vekt på tilbudte rabatter med mindre disse er avhengig av resultatet i en annen konkurranse, slik at det vil oppstå en sammenblanding av disse.
- (37) Innklagede anfører at det ikke foreligger verken rett eller plikt til å avvise valgte leverandør selv om innklagede ikke skulle ha rett til å ta hensyn til den tilbudte rabatten fra valgte leverandør. Det vises til at tilbudet fra valgte leverandør ikke er betinget av den tilbudte rabatt, og at det ikke ville vært noe i veien for å se bort fra denne rabatten ved vurderingen av valgte leverandørs tilbud. Det vises til vedlagte bilag som viser evaluering av tilbud uten rabatt for MBK ved driftsenheten på Gaustad. Dersom innklagede hadde sett bort fra rabatten ville tilbudet helt klart vært likt de øvrige tilbudene. Rabatten kan således ikke sies å utgjøre et forhold som gjør at tilbudet ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene.
- (38) Innklagede anfører at det i utgangspunktet er anledning til å vektlegge at en tørrkemibasert løsning ville kunne spare laboratoriet for en stilling. Innklagede vurderer besparelsen knyttet til personell og besparelsen knyttet til valgte leverandørs tilbudte rabatt for å være av samme karakter. Begge utgjør økonomiske besparelser for innklagede som naturlig kan anses som en del av totalkostnaden ved valg av tilbudet. Samtidig utgjør begge mer perifere følger av kontraktsinngåelsen. Innklagede er derfor av den oppfatning at dersom det skulle være ulovlig å legge vekt på hele den tilbudte rabatt, må dette også gjelde for den antatte besparelsen av stillingen ved valg av tilbudet

fra klager. Dette innebærer at tilbudene i så fall må vurderes uten disse besparelsene. Også i et slikt tilfelle vil tilbudet fra valgte leverandør være det økonomisk mest fordelaktige, og innklagede kan følgelig ikke se at det er begått en feil ved tildeling av kontrakt til valgte leverandør.

- (39) Innklagede anfører at det er mer enn seks måneder siden den eksisterende kontrakten med valgte leverandør ble inngått, og klagenemnda har derfor ikke kompetanse til å uttale seg om spørsmålet om den omstridte rabatten innebærer at den eksisterende kontrakten med valgte leverandør endres vesentlig, og at dette medfører at det må holdes en ny konkurranse for denne anskaffelsen. Innklagede anfører videre at man ikke på noen måte er enig med klager i at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Kontrakten er ikke vesentlig endret da den eneste endringen er at oppdragsgiver får en bedre pris.
- (40) Innklagede avviser at man har vært i rettsvillfarelse i spørsmålet om det var lovlig å legge vekt på rabatten.
- (41) Etter innklagedes vurdering er evalueringen av tilbudene foretatt i samsvar med regelverket. Dersom klagenemnda skulle finne at dette likevel ikke er tilfelle, ville resultatet av konkurransen fremdeles være at valgte leverandør ville hatt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og ville således fremdeles blitt tildelt kontrakt.

Klagenemndas vurdering:

- (42) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin oppgitte verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det var ulovlig å vektlegge rabatten som ble gitt på den allerede eksisterende avtalen

- (43) Det er i tidligere avgjørelser fra klagenemnda lagt til grunn at tildelingskriteriet ”pris” kan åpne for tilbud om rabatter, se blant annet klagenemndas sak 2004/192 premiss (32). Klagenemnda mener at det i utgangspunktet kan legges vekt på rabatter ved evaluering av tildelingskriteriet ”totalkostnad” hvor pris er et av momentene som skal vektlegges, jf konkurransegrunnlaget punkt 5.2.
- (44) Ved tilbudsevalueringen har oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og etterprøvbarhet i lovens § 5, samt om evalueringen er basert på riktig faktisk grunnlag.
- (45) Spørsmålet er om innklagede, ved å legge vekt på eksisterende leverandørs tilbudte rabatt tilknyttet allerede eksisterende avtale, har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i lovens § 5 ved evaluering av ”totalkostnad”.
- (46) Valgte leverandør har i dette tilfelle en konkurransefordel i egenskap av å være eksisterende leverandør for tilsvarende produkter til innklagedes enhet lokalisert på Rikshospitalet. Innklagede har forklart at bakgrunnen for situasjonen er

sammenslutningen mellom Rikshospitalet og Radiumhospitalet i 2005. De to helseforetak hadde ved sammenslutningen hver for seg allerede innkjøpsavtaler om tilsvarende produkter. Innklagede viser til at det i noen tilfelle har vært vanskelig (pga ulik løpetid for kontraktene) å samle leveransene i én kontrakt. Klagenemnda forstår innklagede slik at innkjøpene vil bli samordnet i én avtale når dette blir praktisk mulig. Det kan ikke ses som usaklig av innklagede i en slik situasjon å velge et tilbud som gjenspeiler stordriftsfordelen valgte leverandør har, som følge av allerede tildelt oppdrag. At valgte leverandør, sannsynligvis av praktiske grunner, har valgt å knytte deler av rabatten til allerede inngått kontrakt mellom de samme kontraktsparter, fører ikke til at det er usaklig å legge vekt på hele den tilbudte rabatt ved tildelingsevalueringen. Når det gjelder klageres henvisning til Høyesteretts dom av 11. desember 2008, kan ikke klagenemnda se at den er relevant, da den omhandler en kobling av flere sideordnede konkurranser. Dette er ikke tilfellet i saken her.

- (47) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å vektlegge rabatten tilknyttet eksisterende kontrakt ved evaluering av tildelingskriteriet "totalkostnad". Klagenemnda kan ikke se at innklagedes vurdering fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig og finner således at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved evaluering av tildelingskriteriet "totalkostnad".
- (48) Klagenemnda finner på bakgrunn av resultatet i drøftelsen over, ikke grunn til å gå inn på klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Rikshospitalet - Radiumhospitalet HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, 23. mars 2009


Per Christiansen