



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for operasjonell leasing. Klagenemnda kom frem til at tildelingskriteriet "Pris (rente)" ikke ga innklagede tilstrekkelig grunnlag til å vurdere hvorvidt valgte leverandør hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriftens § 22-2 (2). Nemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 31. august 2009 i sak 2009/32

Klager: Fortis Lease Norge AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Andreas Wahl, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Beregning av pris ved leasingavtaler.

Bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale på operasjonell leasing. Frist for innlevering av tilbud var 15. september 2008, jf. konkurransegrunnlaget Del IV, "Krav til tilbudet".
- (2) I følge konkurransegrunnlaget Del I, "Tilleggsopplysninger og oppdragsgivers kontaktperson", kunne tilbydere be om tilleggsopplysninger per e-post innen 3. juni 2008.
- (3) Av konkurransegrunnlaget Del IV, "Alternative tilbud", fremgikk at det ikke var anledning til å inngi tilbud på alternative løsninger.
- (4) Tildeling av kontrakt ville i følge konkurransegrunnlaget Del VI, "Tildelingskriterier", skje på grunnlag av "det økonomisk mest fordelaktige" tilbud basert på følgende kriterier:

"Pris (rente)	80 %
Service og bistand etter levering	20 % "

- (5) Av konkurransegrunnlaget Del VIII, "Praktisering av avtalen", fremgikk videre:

"Helse Midt-Norge RHF er forpliktet til å benytte valgte leverandør ved all operasjonell leasing inntil rammens maksimumsbeløp fra valgte leverandør såfremt leverandøren av utstyr ikke kan tilby bedre vilkår fra finansinstitusjon fra eget konsern el. samarbeidende kreditinstitusjon."

- (6) Vedlagt konkurransegrunnlaget var også en sjekkliste for å sikre at innkomne tilbud var av operasjonell- og ikke finansiell klassifisering, og en liste over eksempler på utstyr som var leaset tidligere. Fra sjekklisten hitsettes:

” Operasjonelle leieavtaler – Sjekkliste

<i>Problemstilling</i>	<i>Vedlegg m/dokumentasjon</i>	<i>Ja</i>	<i>Nei</i>
<i>Har vi rett til å kjøpe leieobjektet til en pris som er forventet å være vesentlig lavere enn markedsverdi på det tidspunkt retten kan benyttes?</i>			
<i>Leieavtalens varighet i forhold til leieobjektets levetid > 75 %?</i>			
<i>Nåverdien av leien > 80 % av virkelig verdi?</i>			
<i>Er leieobjektet av en slik karakter at det ikke uten vesentlig endring/modifikasjon kan brukes av andre?</i>			

Ett kryss i JA-feltet vil si at avtalen er finansiell — og dermed ikke operasjonell. Helse Midt-Norge har ikke anledning til å inngå finansielle leieavtaler

<i>Kan vi som leietaker ved å si opp avtalen stå ansvarlig for eventuelt tap for utleier?</i>			
<i>Vil det vesentligste av gevinst/tap som følge av variasjoner i markedsverdien på eiendelen tilfalle oss som leietaker?</i>			
<i>Har vi rett til å fornye den opprinnelige avtalen for en periode til en leie som ligger vesentlig under markedsleie for tilsvarende eiendel?</i>			
<i>Foreligger det andre forhold som gjør det rimelig sikkert at leietaker vil overta leieobjektet i løpet av avtaleperioden eller senere?</i>			

Ett kryss i JA-feltet er en indikasjon på at avtalen er finansiell — og dermed ikke operasjonell.

Flere kryss i JA-felt sannsynliggjør at avtalen er finansiell.

Helse Midt-Norge har ikke anledning til å inngå finansielle leieavtaler.”

- (7) Listen med eksempler på utstyr som innklagede hadde leaset tidligere inneholdt blant annet ultralydapparat, operasjonsbord, senger, mikroskop, blodkjøleskap, steinknuser, sprøytepumper, videokonferanseutstyr, IT- utstyr og servere mv.
- (8) Innen tilbudsfristens utløp, hadde innklagede mottatt fem tilbud, deriblant fra Fortis Lease Norge AS (heretter kalt klager) og cma asset management (heretter kalt valgte leverandør).
- (9) Under evalueringen av innkomne tilbud brukte innklagede et evalueringsskjema for "Service og bistand etter levering" som så slik ut:

<i>"Service</i>			
<i>Statistikk/Rapportering</i>			
<i>Kundeteam</i>			
<i>Bistand etter levering</i>			
<i>Forvaltningssystem</i>			
<i>100 timer rådgivning</i>			
<i>Tilbakelevering (Sletting av IKT- utstyr)</i>			
<i>Resirkulering</i>			
<i>Oppgradering av utstyr</i>			
<i>Poeng</i>			
<i>Totalt poeng"</i>			

- (10) Klager ble per e-post 10. desember 2009 informert om at kontrakt ville bli tildelt valgte leverandør.
- (11) Klager påklaget kontraktstildelingen i brev 22. desember 2008. Fra brevet hitsettes:

"Helse Midt-Norge utlyste 09.07.2008 anbudskonkurranse for tegning av rammeavtale om leveranse av operasjonell lease for Helse Midt-Norge og tilknyttede foretak.

Vi vil med dette klage på anbudsprosessen da vi mener Helse Midt- Norge bør gjennomgå saksgangen og anskaffelsesprosessen for øvrig. Vi mener valg av vinner umulig kan være gjort på objektivt og faktabasert grunnlag. Dette med bakgrunn i at anbudspørerselen har en rekke mangler og motsigelser, som nødvendigvis fører til at anbudene ikke kan være sammenlignbare på objektivt grunnlag."

- (12) I forbindelse med klagers anmodning om en utdypet begrunnelse for valgte leverandør, oppga innklagede i e-post 19. desember 2008 blant annet at vinneren oppnådde 1000 poeng av 1000 mulige. Videre opplyste innklagede at:

"Vinneren hadde vesentlig lavere rentemargin- gitt som et påslag på NIBOR og uavhengig av restverdi."

(13) I e-post 22. desember 2008 begrunnet innklagede valg av leverandør nærmere med at:

"Ved f.eks leasing av utstyr til en verdi av 50 mill kroner, ville Fortis Lease Norge AS vært 175 000,- dyrere per år enn vinner."

(14) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 31. januar 2009.

(15) Saken kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. februar 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at konkurransegrunnlaget inneholder en rekke mangler og motsigelser som gjør det umulig å sammenligne tilbudene på objektivt grunnlag.

Vedrørende tildelingskriteriet "Pris (rente)"

(16) Tildelingskriteriet pris er ikke er tilpasset operasjonell leasing når innklagede definerer pris som rente. En operasjonell leieavtale bør ikke være basert på rente eller restverdi, men en oppgitt leiepris per måned/kvartal ut i fra en fastsatt leieperiode.

(17) Tildelingskriteriet "Pris (rente)" kan ikke benyttes som eneste sammenligningsgrunnlag fordi pris må ses i sammenheng med restverdien tilbyder påtar seg. Utfallet av rente og restverdi blir leiepris som nødvendigvis er det eneste gode sammenligningsgrunnlaget for pris eller kostnad ettersom man først da får vite hva leietaker faktisk skal betale i leieperioden. Konkurransegrunnlaget angir ikke at tilbyder må bære risikoen for restverdi, noe som er relevant da det ellers er uklart hvem som bærer denne risikoen. En restverdi kunne, dersom det ikke er mulig å oppgi denne for hvert produkt, vært inndelt i kategorier (eksempelvis røntgenutstyr, PCer, møbler osv.). Kontrakten som er vedlagt ser ut til å være en mal på rammeavtale for kjøp av produkter og tjenester, ikke som en operasjonell leieavtale.

(18) Klager anfører også at innklagedes evaluering av tilbudene er gjort på utilstrekkelig grunnlag. Klager oppga i tilbudet en rentemargin på 0,7 % over NIBOR rente. Dette er etter klagers mening en svært konkurransedyktig rente, basert på klagers bakgrunn som finansinstitusjon og med klagers kunnskap om rentemarkedet. At vinneren har "vesentlig" lavere margin er vanskelig å akseptere uten at det gir en sterk mistanke om at vinnerens rentesats ikke er faktisk rente i avtalen. Dette gjenspeiler også muligens en svakhet ved at rente skal oppgis uten restverdi som pris-kriterie.

(19) Beregningen bak konklusjonen om at klagers selskap ville vært 175 000 kroner dyrere per år enn vinneren, tyder på at det faktisk er gjort en vurdering av reell kostnad (leiepris) i perioden. Dette må nødvendigvis være på et utilstrekkelig grunnlag da det ikke ble forespurt om restverdi (som må oppgis i sammenheng med rente om det skal ha noen relevans). Det ble heller ikke opplyst noe konkret om leieperiode. Et relevant spørsmål er: hvilken restverdi har vinneren lagt til grunn og hvem bærer risikoen for den? Dersom denne har forutsetninger som innebærer at vinneren ikke bærer full risiko, mister beregningen all relevans og innebærer at grunnlaget benyttet for vinneren er høyst sviktende. Ut fra en normal leieberegning har vi kalkulert at påslag på NIBOR vil være mellom 0,00 % og 0,16 % for å oppnå en differanse på 175 000 kroner per år ved

hvor det fokuseres på kostnad ved investert kapital. Å fastsette en felles størrelse på restverdi ville uansett ikke gitt et korrekt sammenligningsgrunnlag ettersom restverdi vil variere med type utstyr, merke, alder på utstyret osv.

- (25) Den rente som er tilbudt av valgte tilbydere, er fast i hele avtaleperioden. Innklagede vil naturligvis ikke akseptere avvik fra denne. Klagers anførsel om at den tilbyder som vinner konkurransen ikke vil ha noe incentiv for å gi lavest mulig kostnad for leietaker må også tilbakevises. Gjennom klausul i kontrakten under overskriften "*Praktisering av avtalen*" vil leverandøren måtte operere med en realistisk restverdi, da leverandøren ellers vil risikere at innklagede velger å lease utstyret direkte fra utstyrsleverandøren

Vedrørende tildelingskriteriet "Service og bistand etter levering"

- (26) "*Service og bistand etter levering*" benyttes ofte som tildelingskriterium. Klager kan ikke høres med at dette må anses som et kvalifikasjonskrav. Tildelingskriteriet "*Service og bistand etter levering*" ble evaluert på bakgrunn av de mottatte tilbud, og beskrivelsen av hva de kunne tilby av service og bistand etter levering.
- (27) Klager anfører videre at komponenten "*rådgivning*" er en tilleggstjeneste. Dette bestrides. En objektiv forståelse av begrepet "*bistand*" omfatter naturligvis nok også faglig rådgivning i forbindelse med en enkelte anskaffelse.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jt. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Vedrørende tildelingskriteriet "Pris (rente)"

- (29) Klager anfører at konkurransegrunnlaget inneholder mangler som ikke gjør det mulig å sammenligne tilbudene på objektivt grunnlag. Blant annet anfører klager at tildelingskriteriet pris ikke kan benyttes som sammenligningsgrunnlag når pris defineres som rente, jf. tildelingskriteriet "*Pris (rente)*", da oppgitt rente må ses i sammenheng med restverdien tilbyder påtar seg. Eventuelt må pris være angitt som bindende månedsleie/kvartalpris. Etter klagers mening er det først ved en evaluering av rente og restverdi oppdragsgiver får den reelle leieprisen som viser hva leietaker faktisk skal betale i leieperioden. Innklagede har på sin side anført at en slik prising ikke er mulig ettersom restverdien vil variere alt etter hvilket produkt som leases, og at restverdien derfor først kan innkalkuleres ved avrop av rammeavtalen. Innklagede har imidlertid ikke bestridt klagers anførsel om at man først får den reelle leieprisen ved en evaluering av rente og restverdi.
- (30) I følge forskriftens § 22-2 (1) skal tildeling av kontrakt skje på "*basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.*" Hvor oppdragsgiver velger å basere tildeling av kontrakt på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, slik innklagede har gjort i denne sak, plikter oppdragsgiver å velge tildelingskriterier som er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Et slikt krav innebærer blant annet at tildelingskriteriene må være knyttet til kontraktens gjenstand, og at oppdragsgiver må utforme tildelingskriteriene slik at evalueringen baseres på størrelser man har grunnlag for å

en investering på 50 millioner. Med utgangspunkt i NIBOR på 6 %, restverdi på 0 vil vinner måtte ha NIBOR+0 påslag over 3 år og NIBOR+ 0,15 % og 0,16 % på henholdsvis 3 og 5 år. Etter klagers mening får ingen en slik rentemargin ut i fra dagens finansmarked. Heller ikke i august/september var det mulig å oppnå en slik rentemargin.

- (20) Det er rimelig å anta at enhver tilbyder som vinner en rammeavtale basert på en vurdering av kun rente, vil benytte lavest mulig restverdi (optimal prisstrategi) da tilbyder ikke har noe insentiv for å gi lavest mulig kostnad for leietaker.

Vedrørende tildelingskriteriet "Service og bistand etter levering"

- (21) Klager hevder videre at det er en svakhet at innklagede ikke har utdypet hva tildelingskriteriet "Service og bistand etter levering" innebærer, samtidig som det ikke skal tilbys tilleggstenester/produkter. Av konkurransegrunnlaget fremgår at tilbyder ikke har anledning til å tilby alternativ løsning. I e-post 29. august ble tilbyderne også opplyst om at "Det inngår ikke tilleggstenester/produkter i avtalen". Klager kan dermed ikke se hvordan den enkelte tilbyder kan rangeres utover kvalifisert/ikke kvalifisert, og bestrider tildelingskriteriet "Service- og bistand" som sammenligningsgrunnlag. Av evalueringsskjemaet fremgår at innklagede har benyttet underkriterier som forvaltningssystem, 100 timer rådgivning, tilbakelevering, resirkulering og oppgradering av utstyr ved evalueringen av tilbud. Disse kriteriene er ikke oppgitt i anbudsforspørselen. Flere av kriteriene synes også å være hentet ut fra vinnerens tilbud, noe som underbygger klagers oppfatning av at score er gitt på urimelig grunnlag. I tillegg kan det hevdes at enkelte av vinnerens tilleggstenester, slik som "100 timer rådgivning", må anses som en tilleggsteneste i strid med de opplysninger som ble gitt av innklagede per e-post.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede bestrider klagers anførsler og hevder at konkurransen og valg av tilbyder er gjennomført i henhold til og innenfor rammene av anskaffelsesregelverket.

Vedrørende tildelingskriteriet "Pris (rente)"

- (23) Innklagede anfører at det ikke ville være mulig å benytte restverdi som kriterium ved tildeling av kontrakt ettersom det dreier seg om leasing av en mengde vesensforskjellig utstyr med forskjellig restverdi. Ved avrop under rammeavtalen vil leasingkontrakten som inngås inneholde bestemmelser om restverdi, levetid, leiepris per måned (basert på tilbudets rentesats) og øvrige detaljbestemmelser vedrørende gjeldende leasingforhold. Bestemmelsen i kontrakten for det enkelte leasingforhold vil, jf. sjekklisten, holdes innenfor de rammer som er angitt i sjekklisten, slik at begge kontrakts-partene er sikre på at kontrakten som inngås, er operasjonell- og ikke finansiell leasing.
- (24) Dersom klager skal høres med at evalueringen av tildelingskriteriet "Pris (rente)" må skje på en basis av både rentesats og restverdi, vil dette medføre at rammeavtale for leasing ikke kan inngås innenfor rammene av anbudsregelverket. Dette faller på sin egen urimelighet. Innklagede kan uavhengig av dette ikke se at en evaluering av tildelingskriteriet pris hvor rentesatsen utgjør sammenligningsgrunnlaget strider mot regelverket. Konkurransegrunnlaget oppga hvilke kriterier som ville bli vurdert under tildelingskriteriet "Pris (rente)" slik at kravet til forutberegnelighet var tilstrekkelig ivaretatt. Alle tilbyderne ble utelukkende vurdert ut i fra den rentesats de kunne tilby under tildelingskriteriet "Pris (rente)" slik at kravet til likebehandling ble overholdt. En kategorisering ville vært begrensende. Innklagede ønsker et utstyrsuavhengig tilbud

forutsetning slik at evalueringen blir realistisk og forsvarlig, jf. blant annet EF-domstolen i sak C-19/00 (SIAC Construction), jf. også klagenemndas sak 2004/184.

- (31) I denne saken tar innklagede sikte på å avtaleteste de øvrige detaljbestemmelsene i forbindelse med rammeavtalen, deriblant restverdi, ved de enkelte avrop fra rammeavtalen. Det er dermed først på dette tidspunkt innklagede får konstateret kontraktens reelle verdi. Klagenemnda er enig med klager i at så lenge konkurransegrunnlaget ikke angir restverdi, har innklagede ingen garanti for at valgte leverandør oppgir en restverdi som gir innklagede lavest mulig leiekostnad.
- (32) Innklagede hevder at konkurransegrunnlagets klausul i Del VIII, ” *Praktisering av avtalen*” sikrer at restverdien ikke blir urimelig ettersom innklagede i slike tilfeller står fritt til å henvende seg til underleverandør. Klagenemnda kan ikke se at formuleringen ” *Helse Midt- Norge RHF er forpliktet til å benytte valgte leverandør ved all operasjonell leasing inntil rammens maksimumsbeløp fra valgte leverandør såfremt leverandøren av utstyr ikke kan tilby bedre vilkår fra finansinstitusjon fra eget konsern el. Samarbeidende kreditinstitusjon.*” gir tilstrekkelig grunnlag for innklagede til å forutsi leverandørenes restverdi og således foreta en forsvarlig vurdering av hvilken leverandør som har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet på tidspunktet for inngivelse av tilbud. Bestemmelsen vil, etter klagenemndas oppfatning, kun sikre at restverdien ikke blir satt urimelig høyt, og vil ikke gi innklagede grunnlag for en reell sammenligning av prisene. Videre vil klagenemnda bemerke at innklagede ved å gå direkte til underleverandør vil kunne foreta en ulovlig direkte anskaffelse.
- (33) På bakgrunn av det her nevnte kommer nemnda til at tildelingskriteriet ” *Pris (rente)*” ikke gjør det mulig å basere anskaffelsen på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i foreliggende tilfelle. Tildelingskriteriet gir ikke innklagede tilstrekkelige holdepunkter for å anslå tilbudets reelle verdi. Det foreligger dermed et brudd på forskriftens § 22-2 (1). Når innklagede ikke har mulighet til å anslå tilbudenes reelle verdi, kan klager heller ikke foreta en forsvarlig vurdering av de innkomne tilbud.
- (34) Klager får dermed medhold i anførselen om at tildelingskriteriet ” *Pris (rente)*” ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og således uegnet for sammenligning av tilbud. Ettersom bruk av et ulovlig tildelingskriterium er en feil som ikke kan rettes, skulle konkurransen vært avlyst, jf. blant annet EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom), og klagenemndas saker 2009/88 (premiss 29) og 2008/92 (premiss 102). Ettersom klager har fått medhold på dette punktet finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge har brutt forskriftens § 22-2 (1) ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført frem, eller er ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,

51. august 2009

Jakob Wahl

