



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om levering av legemidler og apotekvarer til kommunene i Nord-Troms. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket både ved den opprinnelige evalueringen av et angitt tildelingskriterium, og ved å endre den skjønsmessige vurderingen av tilbudene i en etterfølgende tildelingsevaluering.

Klagenemndas avgjørelse 30. september 2013 i sak 2011/313

Klager: Apotek 1 Norge AS

Innklaget: Innkjøpstjenesten i Nord-Troms

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl og Tone Kleven

Saken gjelder: Evaluerings- eller prismodell. Tildelingsevaluering. De generelle kravene i § 5.

Bakgrunn:

- (1) Nord-Troms-kommunenes innkjøpstjeneste (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. mai 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av legemidler og apotekvarer til kommunene Gáivuotna/Kåfjord, Kvænanen, Lyngen, Nordreisa, Skjervøy og Storfjord. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.2.1) angitt til å være mellom 12 000 000 og 16 000 000 kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 14. juli 2011.
- (2) Av kunngjøringen punkt IV.2) og konkurransegrunnlaget punkt 6.2 fremgikk det at tildelingen skulle skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Fra konkurransegrunnlaget punkt 6.2 hitsettes:

"Kriterier for valg	Prioritet/vekting
<i>Pris [...]</i>	40 %
<i>Leveringsbetingelser (bestillings-, leveringsbetingelser...)</i>	30 %
<i>Kvalitet (holdbarhet, merking og produktdokumentasjon...)</i>	15 %
<i>Service (kapasitet, rutiner for utlevering og retur...)</i>	15 % "

- (3) Tildelingskriteriet leveringsbetingelser var utdypet i konkurransegrunnlaget. Av relevans for foreliggende sak er punktene som gjaldt hasteordre og kriseberedskap:

"Krav til bestilling og levering:

... Ved akutte behov skal hasteordre/ekstraleveranser godtas. Responstid og evt. fraktomkostninger ved hasteordre bes oppgitt. Øvrige ekstrabestillinger utenfor den faste leveringstiden kan skje dersom muligheten er til stede for leverandøren.

[...]

Kriseberedskap

Det forutsettes at leverandøren kan garantere for forsyningssikkerhet av medikamenter ved kriser, brann i lokalt lager mv. Tilbyder bes beskrive hvordan dette kan bygges inn i avtaleverket og i sektorens ordinære logistikkssystemer."

- (4) På tilsvarende vis var tildelingskriteriet service utdypet i konkurransegrunnlaget. Et av forholdene som skulle vektlegges var opplæring, og om dette fremgikk følgende:

"Tilbyder skal beskrive hvilken opplæring/oppdatering/kursing som årlig blir gitt til servicepersonell i apotek. Har tilbyder et kvalitetssystem for sikring av innkomne bestillinger? Det skal oppgis hvilke krav tilbyder stiller til sine butikkmedarbeidere. Oppdragsgiver skal ha faste kontaktpersoner å forholde seg til ved bestilling."

- (5) Innenfor tilbudsfristen kom det inn to tilbud fra henholdsvis Apotek 1 Norge AS (heretter kalt klager) og Norsk Medisinaldepot AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) Innklagede informerte tilbyderne om sitt valg av leverandør ved brev datert 21. september 2011. I et evalueringsskjema, som var inntatt i tildelingsbrevet, fremgikk det at valgte leverandør hadde vunnet konkurransen med 9,7 poeng, foran klager sine 9,6 poeng.
- (7) I vedlegget "Proessen fram til valg", ble tildelingsbeslutningen videre utdypet. Det fremgikk her at klager fikk 3 av 10 mulige poeng på underkriteriet hasteordre fordi "[Valgte leverandør] kan bruke 2 apotek i regionen på kveld, samt apotek med kveldsåpent i Tromsø".
- (8) Tilsvarende fikk klager også 3 av 10 mulige poeng på underkriteriet kriseberedskap fordi "[Valgte leverandør] har flere apoteker tilgjengelig i regionen NTR".
- (9) I tilknytning til underkriteriet opplæring, som ble vurdert under tildelingskriteriet service, ble det uttalt at klager "ikke [tilbyr] vederlagsfri opplæring. Denne ble vurdert til en pris på NOK 26 000 som ble lagt til totalprisen." Også her ble klager tildelt 3 av 10 mulige poeng.
- (10) I brev til innklagede datert 3. oktober 2011, rettet klager en rekke innsigelser mot innklagedes tildelingsevaluering, herunder valget om å gi klager et pristillegg på 26 000,- for kurs/opplæring. Klager fremhevet også at innklagede, for underkriteriene kriseberedskap og hasteordre, hadde vurdert de innkomne tilbudene på en annen måte enn det som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Med bakgrunn i disse feilene ved tildelingsevalueringen, mente klager at oppdraget skulle vært tildelt dem.
- (11) Innklagede svarte på henvendelsen ved brev datert 3. november 2011. Fra dette brevet hitsettes:

"Det vises til deres brev der De stiller spørsmål ved at Apotek1 er gitt et pristillegg for kurs/opplæring. Vi gir dem medhold i denne klage og trekker også fra 26.000 som er tillagt deres pristilbud. Vi gir Dem også karakteren 7 på momentet opplæring under Service-opplæring.

Grunnen til dette er at Deres konkurrent har bekreftet kostnadsfri opplæring gjennomført i forbindelse med statusmøtene som skal gjennomføres 1-2 ganger i året. Begge tilbydere har ellers opplæringspakker som kan kjøpes etter behov. Disse er prissatt.

Når det gjelder evalueringen videre stilte Deres konkurrent spørsmål med karakterene ved Hasteordre og Kriseberedskap. De mener at karaktergivningen ikke tar hensyn til den mengde hasteordre og den kriseberedskap som er etablert gjennom Ditt Apotek på Skjervøy og Storslett. For kommunene er momentene hasteordre og kriseberedskap viktige områder som de lokale apotekene oppfyller. Både praktisk og økonomisk.

Dette medførte at vi måtte gjennomgå materialet på nytt og ser at der er en klar grunn til å endre forholdet mellom Dem og NMD på disse to momentene.

[...]

Etter en ny gjennomgang med disse faktorene ivaretatt ender en opp med en evaluering som gir Apotek 1 en vektet poengsum på 9,58, mens NMD får en vektet poengsum på 9,61.

Valget av Norsk Medisinaldepot som leverandør opprettholdes."

- (12) Klager varslet innklagede ved e-post av 8. november 2011 om at de ville bringe saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser, og ba samtidig om at innklagede skulle avstå fra å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (13) Innklagede tilbakeviste forespørselen fra klager ved e-post av 11. november 2011, og informerte om at kontrakt med valgte leverandør ville bli inngått 14. november 2011.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) ved brev datert 15. november 2011. I e-post av 20. desember 2011 bekreftet innklagede overfor klagenemnda at kontrakt var inngått med valgte leverandør.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har brutt anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3-1 ved at tilbudene ikke har blitt evaluert i samsvar med de grunnleggende kravene om likebehandling og forutberegnelighet. I den opprinnelige tildelingsevalueringen la innklagede vekt på momenter som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget. Underkriteriene hasteordre og kriseberedskap, slik disse er beskrevet i konkurransegrunnlaget, gir ikke grunnlag for å legge avgjørende vekt på tilbydernes tilgjengelige apotek i Nord-Troms-regionen og deres åpningstider. Det var således ikke riktig av innklagede å gi klager 3 av 10 mulige poeng på disse kriteriene. I en etterfølgende evaluering har innklagede valgt å trekke klager for ytterligere 2 poeng

under de nevnte kriteriene, med bakgrunn i opplysninger fra valgte leverandør. Innklagede hadde ikke adgang til å ta disse opplysningene i betraktning ved en etterfølgende vekting. Tildelingsevalueringen bryter på denne måten med kravene til likebehandling og forutberegnelighet. På en skal fra 0 til 10, hvor 0 er *"Ikke svar"* fremstår det uansett som åpenbart urimelig å gi klager 1 poeng.

- (16) Klager trekkes også feilaktig 3 poeng i punktet opplæring under tildelingskriteriet service. Klager tilbyr kostnadsfri fagdag for sykepleiere, lokale fagmøter med kort opplæring innen spesifikke tema, kostnadsfri multidoseopplæring mv. Dette synes i all hovedsak å svare til valgte leverandørs tilbud. Innklagede har derfor ikke evaluert tilbudene riktig når valgte leverandør gis full uttelling på det nevnte kriteriet, mens klager gis 7 av 10 poeng.

Innklagedes anførsler:

- (17) Klager har ikke grunnlag for å hevde at evalueringen har vært i strid med kravet om likebehandling. Tildelingsevalueringen har blitt foretatt med hensyn til både likebehandling og forutberegnelighet. Begge tilbydere har fått de samme spørsmålene og muligheten for avklaring.
- (18) Når det gjelder punktet opplæring under tildelingskriteriet service har valgte leverandør beskrevet kostnadsfri opplæring i tilbudets punkt 4.2. Klager har derimot ikke kunnet vise til kostnadsfri opplæring. Innklagede har derfor med rette trukket klager i poeng på dette punkt.
- (19) Når det gjelder hasteordre og kriseberedskap er dette momenter som har stor betydning for kommunene i Nord-Troms, og her har valgte leverandør en klar fordel med sine apotek som er lokalisert på Skjervøy og i Nordreisa. Kommunene øst for Lyngenfjorden har opplevd store problemer på grunn av stengte veier, i forbindelse med ras eller fare for ras. Det er da en fordel at valgte leverandør har apotek i denne regionen.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av legemidler og apotekvarer som er en vareanskaffelse med CPV-kode 33000000. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.2.1) estimert til å være mellom 12 000 000 og 16 000 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (21) Saken gjelder innklagedes opprinnelige og etterfølgende evaluering av de innkomne tilbudene i henhold til tildelingskriteriene og de tilknyttede underkriteriene. Klager anfører blant annet at innklagede ikke kunne legge avgjørende vekt på antall apotek i Nord-Troms-regionen, under kriteriene hasteordre og kriseberedskap i den opprinnelige tildelingsbeslutningen. Klager anfører videre at innklagede under enhver omstendighet ikke senere kunne endre sin evaluering ved å la nevnte kriterier få enda større uttelling i klagers disfavør.
- (22) Når det gjelder tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers evaluering er saklig, forsvarlig og i samsvar med de

grunnleggende kravene i loven § 5, herunder hvorvidt evalueringen samsvarer med de angitte tildelingskriteriene.

Den opprinnelige tildelingsevalueringen

- (23) Det første spørsmålet er om innklagede, i den opprinnelige tildelingsevalueringen, vurderte tilbudene på en måte som var påregnelig ut fra opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget. Det avgjørende er om det var mulig for alle rimelig opplyste og påpasselige leverandører å forstå hva som ble etterspurt under de aktuelle kriteriene, sml. EU-domstolens sak C-19/00 ("SIAC Construction") premiss 42 flg.
- (24) Slik kriteriene om hasteordre og kriseberedskap er utformet, er det noe uklart hvilke forhold som skulle vektlegges ved evalueringen av disse kriteriene. Når tilbyderne ble bedt om å oppgi responstid og fraktomkostninger, samt beskrive forsyningssikkerhet ved brann mv., fremstår det likevel som forutsigbart at antall apotek tilbyderne hadde i regionen ville være relevant og bli tillagt vekt.
- (25) I den grad innklagede hadde anledning til å vektlegge antall apotek og deres åpningstider, er disse forholdene imidlertid tillagt for høy vekt. Hasteordre og kriseberedskap var én av mange opplistede momenter under tildelingskriteriet leveringsbetingelser, som skulle telle 30 % i den totale tildelingsevalueringen. Antall apotek førte i den opprinnelige evalueringen til at klager ble trukket hele 7 av 10 mulige poeng på de nevnte underkriteriene. Denne vektleggingen ble da også utslagsgivende i klagers disfavør under tildelingskriteriet leveringsbetingelser. Ut fra opplysningene i konkurransegrunnlaget, var det ikke påregnelig for tilbyderne at antall apotek og deres åpningstider ville bli tillagt slik vesentlig betydning.
- (26) Innklagede har dermed brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 tredje ledd ved evalueringen av tildelingskriteriet leveringsbetingelser.

Den etterfølgende tildelingsevalueringen

- (27) Den neste problemstillingen er om innklagede kunne endre sin evaluering av tilbudene ved å gi klager enda større trekk under kriteriene hasteordre og kriseberedskap.
- (28) Det følger av forskriften § 22-3 nr. 5 at oppdragsgiver kan annullere en tildelingsbeslutning frem til kontraktsinngåelse dersom "*beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)*". Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, sml. blant annet klagenemndas sak 2013/49 premiss (33). Oppdragsgiver både kan og skal rette opp feil ved den foregående evalueringen, mens øvrige endringer ikke er tillatt.
- (29) Innklagedes begrunnelse for endringen av evalueringen var at innklagede ikke i tilstrekkelig grad hadde tatt hensyn til omfanget av hasteordre og kriseberedskap. Som nevnt var klager under disse kriteriene imidlertid allerede i den første evalueringen trukket 7 av 10 mulige poeng grunnet færre apotek i regionen enn valgte leverandør. Dette kan vanskelig bety annet enn at disse forholdene ble hensyntatt, og var bakgrunnen for at klager i den første evalueringen kun fikk 3 av 10 mulige poeng. Når innklagede i etterkant mener at de nevnte forholdene burde tillegges enda større

betydning, beror dette ikke på feil ved den opprinnelige vurderingen, men en endret skjønnsutøvelse.

- (30) Innklagede har på denne bakgrunn brutt forskriften § 22-3 nr. 5 ved å endre den skjønsmessige vurderingen av tilbudene i den etterfølgende tildelingsevalueringen.
- (31) Når det gjelder klagers anførsel om evalueringen av tildelingskriteriet service, er ikke valgte leverandørs tilbud fremlagt for klagenemnda. Klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å ta stilling til klagers anførsel på dette punkt.

Konklusjon:

Innkjøpstjenesten i Nord-Troms har brutt kravet om forutberegnelighet i loven § 5 tredje ledd ved den opprinnelige evalueringen av tildelingskriteriet leveringsbetingelser. Innklagede har videre brutt forskriften § 22-3 nr. 5 ved å endre den skjønsmessige evalueringen av tilbudene.

Klagers øvrige anførsel har ikke blitt behandlet.

Bergen, 30. september 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl