



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av polikliniske laboratorietjenester. Klager anførte at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør som følge av at kvalifikasjonskravet ikke var oppfylt ved første tilbudsfrist. Klagenemnda tok stilling til når manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet måtte føre til avvisning, og kom til at innklagede kunne la valgte leverandør supplere sitt tilbud under forhandlingene. Klagenemnda kom for øvrig til at innklagede ikke hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud, og ikke hadde brutt kravet til å føre reelle forhandlinger med klager. Klagers anførsler om at innklagede hadde benyttet en ulovlig evalueringsmodell, og gjennomført en ulovlig tildelingsevaluering førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 5. november 2012 i sak 2011/131

Klager: Unilabs Telelab AS

Innklaget: Helse Sør-Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, avvisning av tilbud, reelle forhandlinger, evalueringsmodell, tildelingsevaluering

Bakgrunn:

- (1) Helse Sør-Øst (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. april 2010 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av rammeavtale med flere leverandører om kjøp av polikliniske laboratorietjenester. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 og II.2.1 angitt til å være 202 500 000 kroner pr. år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 22. juni 2010, og igangsettelse av leveransen var i kravspesifikasjonen punkt 3 angitt til å være 1. januar 2011.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.5 var det gitt en kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang. Her fremgikk det at *"Helse Sør-Øst RHF har som målsetning å inngå flere rammeavtaler for kjøp av polikliniske laboratorietjenester. Anskaffelsen omfatter følgende analysegrupper: Biokjemi, Mikrobiologi, Patologi"*.
- (3) Konkurranses grunnlaget punkt 3 inneholdt konkurransebestemmelser. I punkt 3.1 *"Anskaffelsesprosessen"* fremgikk det blant annet at:

"Valgt anskaffelsesprosedyre medfører at de potensielle leverandørene først blir vurdert i forhold til om de oppfyller leverandørkvalifikasjonene (jf. 4.1) for å delta. Deretter vil tilbudene bli vurdert opp mot tildelingskriteriene i henhold til det innsendte skriftlige materialet".

- (4) I kravspesifikasjonen punkt 2 "Avgrensning av målgruppe" fremgikk det at: *"Tilbud kan omfatte en eller flere analysegrupper. (...) Analysegruppene vil evalueres separat og avtaler tildeles innenfor hver analysegruppe"*. I samme punkt fremgikk det også at *"De krav som stilles, er for å sikre høy kvalitet på de tjenestene som skal gjennomføres under avtalen. Utgangspunktet er at de tjenestene rekvirentene og pasientene tilbys, skal være av god og lik kvalitet, uavhengig om tilbudet gis av offentlig eller privat leverandør"*.
- (5) Kvalifikasjonskravene var inntatt i konkurransegrunnlaget punkt 4.1, med krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner i underpunkt 4.1.4. I bokstav a fulgte følgende krav:

"Krav: *Tilbyder skal ha tilsatt en medisinskfaglig ansvarlig lege med spesialkompetanse innen det aktuelle fagområdet.*

Dokumentasjon: *Det skal dokumenteres at kravet er ivaretatt, stillingsbrøk skal angis"*

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 6 "Valg av tilbud" var følgende inntatt:

"6.1 Generelt om evalueringen

Tilbydere som tilfredsstiller kvalifikasjonskravene, vil få sine tilbud evaluert i tråd med bestemmelsene i dette punktet.

Ved tildelingen av avtaler vil oppdragsgiver ta utgangspunkt i hvilket eller hvilke tilbud som er økonomisk mest fordelaktig ut fra tildelingskriteriene fastsatt nedenfor. På denne bakgrunn vil det foretas en rangering av tilbudene. I forholdet mellom tildelingskriteriene vil det bli lagt noe mer vekt på kvalitet enn på pris og leveringssikkerhet, mens pris og leveringssikkerhet vil bli tillagt noe større vekt enn tilgjengelighet.

For å opprettholde konkurranse i markedet, vil den enkelte tilbyder maksimalt kunne bli tildelt 80 % av det utlyste volum innenfor hver analysegruppe. Dersom tilbyder er alene om å levere tjenester innenfor en analysegruppe i helseregionen, kan det likevel tildeles inntil 100 % av utlyst volum innenfor analysegruppen.

Evalueringen av tilbudene i forhold til tildelingskriteriene vil bestå av en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor det blant annet vil bli lagt vekt på momentene som er listet opp nedenfor. Momentene er utdypet i kravspesifikasjonen, vedlegg 2. Underpunktene er ikke listet i prioritert rekkefølge.

6.2 Tildelingskriteriet kvalitet

Under tildelingskriteriet kvalitet, vil det legges vekt på følgende:

- Beskrivelse av arbeid og prosedyrer*
- Oppfølging og rapportering*
- Registrering og håndtering av avvik*
- Miljø*

- *Kompetansen til tilbudt personell*

6.3 Tildelingskriteriet pris

Vurdering og sammenstilling av priser for de tilbudte ytelser jf. prisskjema, vedlegg 4. I vurderingen av pris skal alle kostnader forbundet med ytelsen inngå.

6.4 Tildelingskriteriet leveringssikkerhet

Under tildelingskriteriet leveringssikkerhet, vil det bli lagt vekt på følgende:

- *Sikring av laboratoriesystem*
- *Logistikk*
- *Ferieavvikling*

6.5 Tildelingskriteriet tilgjengelighet

Under tildelingskriteriet tilgjengelighet, vil det bli lagt vekt på følgende:

- *Pasientadgang og beliggenhet (gjelder kun for evaluering av medisinsk biokjemi)*
- *Åpningstider"*

- (7) Av prisskjemaet for konkurransen, vedlagt konkurransegrunnlaget, fremgikk at leverandørene skulle gi pristilbud *"innen alle økonomiske volum inntil maksimal ramme for den enkelte leverandør"*. En leverandør som ga pristilbud på 100 % volum skulle derfor også angi priser innen de andre oppgitte volumene (20 %, 40 %, 60 % og 80 %).

- (8) I kravspesifikasjonen punkt 3 *"Obligatoriske krav til ytelsen"* var det blant annet oppstilt krav til dokumentasjon av kapasitet:

"Manglende oppfyllelse av kravene kan medføre at tilbudet blir avvist, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 11-11 (1) e og 11-11 (2) b

a) Tilbyder må dokumentere at deres kapasitet er tilstrekkelig for tilbudte volum.

b) (...)"

- (9) Tildelingskriteriene med tilhørende underkriterier var ytterligere beskrevet og spesifisert i kravspesifikasjonen punkt 4. Av punkt 4.1.5 *"Kompetansen til tilbudt personell"* fulgte således:

"Tilbyder skal gi en oversikt over personalet som skal bidra til å oppfylle kontrakten (leger, bioingeniører og annet personell) og deres faglige kvalifikasjoner og erfaring. Årsværk og stillingsbrøk i prosent skal angis."

- (10) Kontrakten som skulle inngås mellom partene var vedlagt konkurransegrunnlaget. I dennes del II, § 6 *"Ytelsens art"*, var det under punkt 6.1 *"Kvalitet"* inntatt at *"[y]telsen skal utføres av kvalifisert personell samt tilsatt medisinskfaglig ansvarlig lege med*

spesialistkompetanse innen aktuelle analysegrupper. (...) Endringer når det gjelder utførende spesialister skal varsles til Helse Sør-Øst."

- (11) Innen tilbudsfristen 22. juni 2010 mottok innklagede totalt fem tilbud fra fire ulike leverandører. Innenfor analysegruppen mikrobiologi innkom det tilbud fra to tilbydere, heriblant Fürst Medisinsk Laboratorium (heretter kalt valgte leverandør) og Unilabs Telelab AS (heretter kalt klager). Valgte leverandør innga tilbud på inntil 60 % av de utlyste volumene, og klager innga tilbud på samtlige volumstørrelser. Valgte leverandør hadde i tillegg inngitt tilbud innenfor analysegruppen biokjemi.

- (12) I tilbudet fra valgte leverandør, ved besvarelsen av kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 4.1.4 bokstav a, var det skrevet:

"Medisinsk-faglig ansvarlig lege ved laboratoriet er medisinsk direktør dr. med. Marie Buchmann, spesialist i medisinsk biokjemi og i klinisk farmakologi.

Dr. Buchmann er ansatt i 100 % stilling.

Spesialist i medisinsk mikrobiologi vil bli ansatt høsten 2010. Stillingen utlyses som en 100 % stilling".

- (13) Innklagede kontaktet valgte leverandør ved e-post 23. juni 2010, og opplyste om at ytterligere dokumentasjon var påkrevet for å oppfylle to av kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget 4.1.4. Fra e-posten gjengis:

"Når det gjelder kvalifikasjonskriterium 4.1.4 a) stilles det krav til at medisinsk-faglig ansvarlig lege er tilsatt. I henhold til Fürsts Medisinsk Laboratorium AS' besvarelse, kan vi ikke se at dette kravet er oppfylt. Det må dokumenteres at en medisinsk-faglig ansvarlig lege vil være tilknyttet laboratoriet fra 1.1.2011.

Når det gjelder besvarelsen i punkt 4.1.4 b) ber Helse Sør-Øst RHF om at besvarelsen for maskinpark og utstyr innen mikrobiologiske analyser utdypes, dette gjelder både for det som laboratoriet innehar i dag, samt det som skal anskaffes."

- (14) Ved e-post 28. juni 2010 oversendte valgte leverandør den etterspurte dokumentasjonen i form av kopi av ansettelsesavtale med medisinsk mikrobiolog, oversikt over maskinpark og utstyr innen mikrobiologiske analyser og organisasjonskart over mikrobiologiseksjonen i selskapet. Av det som her fremgikk, men som var sladdet, har innklagede senere forklart at valgte leverandør estimerte at man i 2010 ville analysere ca. 100.000 serologiske prøver og ca. 70.000 bakteriologiske prøver.

- (15) Fra delen av valgte leverandørs tilbud som gjaldt kravspesifikasjonen punkt 3 "Obligatoriske krav til ytelsen", gjengis følgende:

"For å understreke at de kapasiteter som gis i vårt tilbud er gjennomtenkte og reelle, vil vi innledningsvis knytte noen kommentarer til begrepet "kapasitet" i fagområdet medisinsk biokjemi.

(...)

Fürst tilbyr et bredt repertoar av analyser. De kapasitetsanslag som oppgis gjelder for hele dette repertoaret".

- (16) Innklagede gjennomførte forhandlingsmøter med klager og valgte leverandør 9. september 2010. Fra referatet fra forhandlingsmøtet med klager gjengis:

"6. Konkrete spørsmål med forslag til oppfølging

- *Oversikt over uønskede hendelser*
- *Gis mulighet til å se på pris på nytt"*

- (17) Av referatet fra forhandlingsmøtet med valgte leverandør gjengis følgende:

"3. Generell innledning fra tilbyder

- *Har drevet med medisinsk biokjemi i mange år, men er ny som tilbyder innen mikrobiologi.*
- *Har analysert serologiske prøver i ca 20 år, etter hvert noe bakteriologi også.*
- *Har ikke per i dag et fullverdig tilbud innen mikrobiologi, men tilbudet som er gitt, vil være oppe å gå fra 01.01.2011.*

(...)

5. Spørsmål og kommentarer fra Helse Sør-Øst til tilbudet

Har enkelte steder problemer med å kunne lese hva som gjelder for tilbudet innen mikrobiologi og hva som gjelder medisinsk biokjemi.

Miljø:

- *Dekkende besvarelse*
- *Vurdert i forhold til at vi ikke kjenner til tilbudet innen bakteriologi og håndtering av materialet som benyttes til dyrkning*

Kompetanse til tilbuds personell:

- *Har per i dag 1 faglig leder og 2 bioingeniører innenfor serologi — behovet for mer kompetanse avhenger av tildelingen.*
- *Har til hensikt å rekruttere flere leger, men avventer tildeling. Vil sørge for å ha tilstrekkelig mikrobiologisk kompetanse.*
- *Fagutvikling prioriteres høyt.*

(...)

6. Konkrete spørsmål med forslag til oppfølging

- *Gi samlet oversikt over hva de har registrert av uønskede hendelser.*

- *Hva er tenkt i forhold til rekruttering. Hvordan dekke opp ved sykdom og ferieavvikling.*
 - *Gi en tydelig oversikt over hva som er tenkt, hva må til, for å kunne gi et fullverdig tilbud til rekvirentene"*
- (18) Frist for inngivelse av reviderte tilbud ble satt til 13. september 2010. Innen denne fristen sendte valgte leverandør inn tilleggsdokumentasjon i henhold til punkt 6 i møtereferatet.
- (19) Tildelingsbeslutningen ble meddelt klager 5. november 2010. Her fremgikk det at valgte leverandør ble *"vurdert til å ha det samlet sett økonomisk mest fordelaktige tilbudet innen analysegruppe mikrobiologi"*, og ville tildeles 60 % av det utlyste volumet. Som nevnt ovenfor var dette det høyeste volumet valgte leverandør hadde inngitt tilbud på. Klager ble tildelt de resterende 40 % av det utlyste volumet. Vedlagt tildelingsbeslutningen var også begrunnelse for valg av leverandør. Herfra hitsettes:

*"Når det gjelder tildelingskriteriet **"kvalitet"** har Først Medisinsk Laboratorium AS fått en middels karakter på kriteriet "beskrivelse av arbeid og prosedyrer". (...) Alle arbeidsprosedyrer innenfor fagområdet er beskrevet i prosedyrebeskrivelser og arbeidsbeskrivelser. Den serologiske delen er godt beskrevet. De er akkreditert for 8 analyser. Laboratoriet er under oppbygning når det gjelder bakteriologiske analyser. Dette gjør at det trekkes noe, da det ikke er tydeliggjort hvordan dette vil bli for den bakteriologiske driften.*

(...)

Beregning av pris:

Score for pris er beregnet forholdsmessig ut fra den beste prisen som er tilbudt. Det er benyttet samme intervall som for de andre tildelingskriteriene.

Endelig fastsetting av karakter for de kvalitative kriteriene:

Ettersom beste pris gis karakteren 5, mens de kvalitative kriteriene i utgangspunktet er satt ut fra en objektiv målestokk (a la skolekarakterer), må totalscore for de andre tildelingskriteriene oppjusteres dersom denne scoren ikke er 5, for å kunne gi sammenlignbar score.

Eksempel:

Tilbyder A har fått skolekarakter 3 og tilbyder B har fått skolekarakter 2 på tildelingskriteriet kvalitet.

Tilbyder A skal da få 5 poeng for kvalitet. Dette innebærer at poengscoren må økes med 2 poeng.

Poengscore til de andre tilbyderne skal da tilsvarende økes med 2 poeng, Tilbyder B vil dermed få poengscoren 4."

- (20) Klager ba ved e-post 11. november 2010 om innsyn i poenggivingen og vektingen av tildelingskriteriene. Innklagede sendte klager den benyttede evalueringsmodellen med

poeng og vekting av tildelingskriteriene 12. november 2010. Et utdrag av evalueringsmodellen gjengis her som illustrasjon, der bokstavene viser til de enkelte underkriterier.

	<i>Kvalitet 45 %</i>					<i>Score</i>	<i>Oppjustert score kvalitet</i>
<i>Underkriterium</i>	<i>A</i>	<i>B</i>	<i>C</i>	<i>D</i>	<i>E</i>		
<i>Vekt %</i>	<i>10</i>	<i>25</i>	<i>30</i>	<i>5</i>	<i>30</i>		
<i>Valgte leverandør</i>	<i>3</i>	<i>4</i>	<i>4</i>	<i>5</i>	<i>3</i>	<i>3,65</i>	<i>4,5</i>
<i>Klager</i>	<i>3</i>	<i>4</i>	<i>4</i>	<i>5</i>	<i>4</i>	<i>4,15</i>	<i>5,0</i>

A: Beskrivelse av arbeid og prosedyrer

B: Oppfølging og rapportering

C: Registrering og håndtering avvik

D: Miljø

E: Kompetansen til tilbudt personell

	<i>Leveringssikkerhet 25 %</i>			<i>Score</i>	<i>Oppjustert score leveringssikkerhet</i>
<i>Underkriterium</i>	<i>A</i>	<i>B</i>	<i>C</i>		
<i>Vekt %</i>	<i>50</i>	<i>40</i>	<i>10</i>		
<i>Valgte leverandør</i>	<i>5</i>	<i>5</i>	<i>5</i>	<i>5,0</i>	<i>5,0</i>
<i>Klager</i>	<i>4</i>	<i>5</i>	<i>5</i>	<i>4,5</i>	<i>4,5</i>

A: Sikring av laboratoriesystem

B: Logistikk

C: Ferieavvikling

- (21) Etter at poengene som var gitt ved de enkelte tildelingskriterier var utregnet jf. ovenfor, fremgikk poengberegningen for pris, totalscore, og rangering. Prisene er ikke oppgitt for klagenemnda.

		<i>Pris</i>	<i>Totalscore</i>	<i>Rangering</i>
	<i>Volum</i>	<i>Score</i>		
<i>Valgte leverandør</i>	<i>20 %</i>	<i>4,0</i>	<i>4,09</i>	<i>3</i>
	<i>40 %</i>	<i>4,8</i>	<i>4,30</i>	<i>2</i>
	<i>60 %</i>	<i>5,0</i>	<i>4,34</i>	<i>1</i>
<i>Klager</i>	<i>20 %</i>	<i>1,0</i>	<i>3,44</i>	<i>6</i>
	<i>40 %</i>	<i>1,0</i>	<i>3,44</i>	<i>6</i>
	<i>60 %</i>	<i>2,3</i>	<i>3,76</i>	<i>5</i>
	<i>80 %</i>	<i>3,5</i>	<i>4,08</i>	<i>4</i>

- (22) Klager fremmet en klage over tildelingsbeslutningen 18. november 2010. Innklagede fastholdt tildelingsbeslutningen i klagesvar 13. desember 2010.
- (23) Innklagede har opplyst at kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 29. november 2010.
- (24) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. april 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (25) Innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør, som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Valgte leverandørs tilbud slik dette forelå ved tilbudsfristens utløp inneholdt ikke dokumentasjon for at en "*medisinskfaglig ansvarlig lege med spesialistkompetanse*" innen medisinsk mikrobiologi var tilsatt.
- (26) Klagenemnda har lagt til grunn en hovedregel om at kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, jf. sak 2009/284 premiss (26). Innklagede pliktet å vurdere valgte leverandørs kvalifikasjoner slik disse var dokumentert ved tilbudsfristens utløp. Det fremgår av innklagedes henvendelse til valgte leverandør at innklagede på

dette tidspunktet vurderte det slik at valgte leverandør ikke hadde oppfylt angjeldende kvalifikasjonskrav.

- (27) Innklagede kan ikke høres med at kvalifikasjonskravet relaterte seg til oppstartstidspunktet for kontrakten. En slik forutsetning fremgår ikke av konkurransegrunnlaget. Derimot viser kvalifikasjonskravets ordlyd at *"tilbyder skal ha tilsatt"* etterspurt personell, hvilket må vise til utløpet av tilbudsfristen. Det vises i denne forbindelse til tidligere konkurranser gjennomført av innklagede, hvor det i Q&A-sesjoner påpekes at tilbudsfristen vil være skjæringstidspunkt. Innklagede har i en tidligere konkurranse nettopp påpekt at det for oppfyllelse av et likelydende krav måtte vedlegges *"konkret dokumentasjon på ansettelsesforholdet"*. Det vil innebære et brudd på kravene til likebehandling og forutberegnelighet dersom innklagede ikke fastholder en lik forståelse av ensartede formuleringer gjennom ulike konkurranser. Dette åpner for å tilpasse innholdet i formuleringene etter det som måtte fremstå som mest hensiktsmessig i den enkelte konkurranse, etter at tilbud er mottatt. Særlig innebærer dette et brudd på forutberegnelighetsprinsippet for de leverandører som av ulike grunner er kjent med det begrepsinnhold som innklagede har gitt uttrykk for i andre sammenhenger.
- (28) Det var ikke hjemmel i verken forskriften §§ 12-3 eller 12-4 for å be om ettersendelse av dokumentasjon for at kravet likevel var oppfylt. Når det gjelder forskriften § 12-4 forutsetter denne at det allerede foreligger attester eller dokumenter som kan *"suppleres eller utdypes"*. Bestemmelsen kan ikke forstås slik at den gir oppdragsgiver adgang til å be om at leverandøren supplerer opplysninger som er inntatt i leverandørens tilbud, når disse ikke er dokumentert ved attester eller øvrige dokumenter. Når det gjelder hjemmelen i forskriften § 12-4 er ansettelse av spesialist videre avhengig av utenforliggende og uforutsigbare forhold, og er derfor ikke en opplysning som vil bli *disponibel* på et senere tidspunkt.
- (29) Innklagede ga i realiteten valgte leverandør en mulighet til å erstatte sitt tilbud med nye opplysninger, og dette etter at kvalifikasjonsvurderingen var gjennomført. Dette er i strid med kravet til likebehandling i loven § 5, jf. også KOFA-sak 2005/84.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (30) Innklagede har også brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud innen mikrobiologi som følge av vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen.
- (31) Valgte leverandørs tilbud, slik det forelå både før og etter forhandlingene, inneholdt så vesentlige avvik at innklagede hadde plikt til å avvise det. Prinsipalt anføres det at spørsmålet om avvisning skal avgjøres før oppdragsgiver påbegynner evalueringen av tilbudene.
- (32) For det første oppfylte ikke valgte leverandørs tilbud minstekravet til kapasitet i kravspesifikasjonen punkt 3 bokstav a. Her var det inntatt et *"obligatorisk"* krav om at leverandørene kunne dokumentere tilstrekkelig kapasitet for tilbudt volum. Selv om innklagede i kravspesifikasjonen hadde oppgitt at manglende oppfyllelse av obligatoriske krav *"kan"* føre til avvisning, fritar ikke dette innklagede fra avvisningsplikten i forskriften § 11-11 (1) bokstav e. Valgte leverandør oppga kun kapasitet for medisinsk biokjemi. Manglende dokumentasjon for kapasitet innen mikrobiologi representerer et vesentlig avvik, og dermed plikt til å avvise tilbudet.

- (33) For det andre inneholdt valgte leverandørs tilbud vesentlige avvik fra kravspesifikasjonens minstekrav til utforming og beskrivelse av tilbudet. Innklagede hadde også plikt til å avvise tilbudet som følge av at tilbudets manglende dokumentasjon, også etter gjennomførte forhandlinger, har ført til at tilbudene ikke var sammenlignbare. En slik plikt gjelder også etter § 11-11 (2) bokstav b , sammenholdt med kravet til likebehandling i loven § 5.
- (34) Forutsetningen i konkurransegrunnlaget om at det skulle inngås separate avtaler for den enkelte analysegruppe, innebar at leverandørene måtte dokumentere kompetanse innen hver tilbudte analysegruppe spesielt, i henhold til kravene som fulgte av kravspesifikasjonen punkt 4. For mikrobiologi var det således et minstekrav at tilbudet ga en utfyllende og separat beskrivelse av den påkrevde kompetansen for begge undergruppene serologi og bakteriologi, inkludert odontologisk mikrobiologi, jf. også kravspesifikasjonen punkt 2.
- (35) Valgte leverandørs omtale av analysegruppen mikrobiologi er, bortsett fra i prisbilaget, svært sparsom. Beskrivelsen besvarte således kun i svært begrenset grad de krav som fulgte av kravspesifikasjonen.
- (36) For evalueringen av tilbudet innen mikrobiologi kunne det heller ikke ses hen til tilbudet innen biokjemi. De to områdene er adskilte medisinske spesialiteter, der bakteriologi er det som særlig skiller områdene. Et tilbud basert hovedsakelig på kompetanse innen biokjemi kunne derfor ikke være tilstrekkelig for at innklagede forsvarlig kunne foreta en kvalifisert vurdering for tilbudet innen mikrobiologi. Valgte leverandør ga for det alt vesentlige kun generelle beskrivelser av *"fagområdet laboratorietjenester"*, uten å dokumentere nærmere de særlige forhold som gjelder for mikrobiologi. Manglende dokumentert kompetanse og besvarelse av de sentrale disiplinene i analysegruppen mikrobiologi, relatert til tildelingskriteriene slik disse fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4, utgjør vesentlige avvik som medførte avvsningsplikt.
- (37) Selv om kravspesifikasjonen punkt 4 er formulert som tildelingskriterier, må punktet forstås slik at dokumentasjonskravene oppstiller krav til tilbydernes ytelser. Hertil kommer opplysningen i punkt 2 om at *"de krav som stilles, er for å sikre høy kvalitet på de tjenestene som gjennomføres under avtalen"*. Aksept av vesentlige avvik fra dette forrykker konkurransevilkårene i strid med likebehandlingsprinsippet.

Veiledning av klager/reelle forhandlinger

- (38) Innklagede har handlet i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved ikke å synliggjøre for klager at klagers tilbud gikk ut over det som var etterspurt av innklagede.
- (39) Tilbudene til klager og valgte leverandør er svært forskjellige med hensyn til beskrivelse og dokumentasjon av leveransen innen mikrobiologi, men ble likevel gitt relativt lik uttelling. Klager ble på denne måten ikke gitt anledning til å inngi revidert tilbud basert på de forutsetningene innklagede, i lys av valgte leverandørs tilbud, åpenbart anså som tilstrekkelige for å oppnå høyest mulig poengsum.
- (40) Særlig gjelder dette tilbudet innenfor odontologisk mikrobiologi. Som flerårig leverandør av odontologisk mikrobiologi til innklagede, hadde ikke klager

forutsetninger ut fra konkurransegrunnlaget for å forutse at innklagede nå ville akseptere en betydelig mer forenklet leveranse av disse tjenestene enn det som frem til da var blitt krevet. Tjenesten valgte leverandør tilbød, levering av enkel analyse for identifisering av mikrober, er vesentlig rimeligere enn klagers tilbudte laboratorieutførte dyrkning og resistensanalyse med tilhørende medisinsk rådgivning med antibiotika-anbefaling. Dette ga innklagede en særlig oppfordring til å veilede klager med hensyn til hvilke områder av tilbudet som kvalitetsmessig kunne justeres.

- (41) Innklagede har i tillegg gitt valgte leverandør særlige anvisninger på hvordan deres tilbud kunne forbedres, men unnlot å gi klager tilsvarende rettleiding for hvordan de kunne forenkle sitt tilbud.

Tildelingsevalueringen

- (42) Innklagedes tildelingsevaluering er vilkårlig, basert på feil faktum og er i strid med kravene til likebehandling og forutberegnelighet.
- (43) For det første var den benyttede evalueringsmodellen ulovlig ved at det ble tatt utgangspunkt i en objektiv målestokk ved fastsettelsen av karakterene. For å sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i poenggivningen må oppdragsgiver ta utgangspunkt i det beste tilbudet under hvert av tildelingskriteriene. Feilen viser seg særlig når det gjelder evalueringen av underkriteriet *"kompetanse til tilbudt personell"*. Klager er det eneste private laboratoriet i Norge som har lang erfaring og kompetanse innen mikrobiologi, og er på samme nivå som universitetssykehusene med hensyn til forskning og opplæring av leger i faget. Det stilles spørsmålstegn ved hvorfor klager ikke ble tildelt høyeste poengsum ved dette underkriteriet.
- (44) Klager ble heller ikke kreditert for å ha levert et tilbud som dokumenterte betydelig kompetanse innen *begge* de etterspurte områdene innen mikrobiologi – serologi og bakteriologi, inkludert odontologisk mikrobiologi. Den vesentlige kvalitetsforskjellen mellom tilbudene ble ikke tatt hensyn til utover at valgte leverandør ble *"trukket noe"* for delkriteriet *"beskrivelse av arbeid og prosedyrer"*.
- (45) Kvalitetsforskjellen mellom valgte leverandørs tilbud og klagers tilbud ble heller ikke gjenspeilet under evalueringen av tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"*. Det vises til at valgte leverandør ved tilbudsinnleveringen ikke hadde laboratorium for bakteriologiske analyser, og at innklagede i tildelingsmeddelelsen skrev at det *"ikke er tydeliggjort hvordan dette vil bli"*.
- (46) Det fremstår også vilkårlig og i strid med kravet til forutberegnelighet at innklagede kun krediterte klager ett poeng mer enn valgte leverandør for den åpenbare forskjellen mellom kompetansen og sammensetningen av tilbudt personell. Klager tilbød 40 ansatte med mange års erfaring og kompetanse innen dette fagområdet, hvorav to spesialistleger i medisinsk mikrobiologi med erfaring fra både serologi og bakteriologi, inkludert periodontitt. Til sammenligning tilbød valgte leverandør én mikrobiolog, én assistentlege og ytterligere 12 ansatte. Ingen av disse har særlig erfaring eller spisskompetanse innen særlig bakteriologisk analysevirksomhet. Klager hadde i tillegg, i motsetning til valgte leverandør, dokumentert forskningsprosjekter innen mikrobiologi og bidrag til spesialistundervisning.

- (47) Det er videre vilkårlig og i strid med forutberegnelighetsprinsippet at innklagede tilsynelatende vektla valgte leverandørs avtale med *"en spesialist for oppbygning av tilbudet innen periodontittanalyser"* i positiv retning, men totalt unnlot å vektlegge klagers mangeårige erfaring med og dokumenterte kompetanse innen denne type analyser. Personen tilbudt av Fürst er videre en tannlege, som ikke har kompetanse tilsvarende en legespesialist slik denne type analyser krever.
- (48) Når innklagede ikke i større grad har premiert relevante forskjeller mellom tilbudene, herunder at valgte leverandør ikke i større utstrekning er trukket for at det ikke er dokumentert mikrobiologisk kompetanse og kvalitet på annen måte enn ved generell henvisning til selskapets levering av tjenester innen medisinsk biokjemi, innebærer dette en vilkårlig evaluering i strid med kravet til forutberegnelighet.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av valgte leverandør

- (49) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene, og skulle derfor ikke ha vært avvist fra konkurransen. Det aktuelle kvalifikasjonskravet må ses i sammenheng med oppstartdatoen for kontrakten, og innebærer at leverandørene måtte dokumentere at en medisinskfaglig ansvarlig lege ville være ansatt innen kontraktens oppstartstidspunkt. Det tilknyttede dokumentasjonskravet var for øvrig åpent formulert, i den forstand at det ikke var krevd noen spesiell form for dokumentasjon.
- (50) Innklagede forsikret seg om at kravet ville bli oppfylt, og mottok tilfredsstillende dokumentasjon på at så var tilfelle. Hjemmelen i forskriften § 12-4 ga innklagede rett til å be om slik ettersendelse av dokumentasjon. Ordlyden utelukker ikke at informasjon som fremgår av tilbudet kan suppleres uten at slik informasjon er gitt i et eget dokument. Suppleringsadgangen forutsetter at visse opplysninger er inngitt på forhånd, men stiller ikke nærmere krav til formen av disse opplysningene.
- (51) Det vises også til at egenerklæringer kan tjene som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, jf. f.eks. forskriften § 17-8 (1) bokstav c, hvorefter *"en erklæring om foretakets totale omsetning"* kan tjene som dokumentasjon.
- (52) Valgte leverandør hadde i tilbudet gitt opplysninger om at de var i ferd med å ansette en mikrobiolog. Innklagede kunne da etterspørre *"supplerende"* opplysninger om dette, som omfatter ikke tidligere disponible opplysninger.
- (53) Klagers henvisninger til svar avgitt av innklagede i tidligere gjennomførte konkurranser kan ikke ha betydning for nærværende konkurranse eller klagebehandling. Et synspunkt om tvungen konsistens fra konkurranse til konkurranse mellom ulike marked ville innebære brudd på likebehandlingsprinsippet, da det ikke er noen garanti for at det er de samme tilbyderne som deltar i begge/alle konkurranser.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (54) Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen.
- (55) Vurderingen av om det foreligger avvisningsplikt må gjøres på bakgrunn av de endelige tilbudene, og ikke de opprinnelige. Det vises til at det i en konkurranse med forhandling

kan forhandles om *"endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene"*, jf. forskriften § 11-8 (2), herunder også med hensyn til avvik, forbehold mv.

- (56) Valgte leverandør oppfylte kravet til kapasitet. Av valgte leverandørs opprinnelige tilbud fremgikk det at *"Først tilbyr et bredt repertoar av analyser. De kapasitetsanslag som oppgis gjelder for hele dette repertoaret"*. Det fremgikk også av det reviderte tilbudet at valgte leverandør estimerte at man i 2010 ville analysere ca. 100 000 serologiske analyser og ca. 70 000 bakteriologiske prøver. For øvrig vises det til at innklagede hadde angitt at avvik fra obligatoriske krav bare *"kan"* gi grunnlag for avvisning. Dette ligger til oppdragsgivers skjønn.
- (57) Valgte leverandørs tilbud inneholder heller ikke vesentlige avvik *"fra kravspesifikasjonens minstekrav til utforming og beskrivelse av tilbudet"*. Dette er uansett ikke et forhold som kan gi avvisningsplikt, da det ikke er tale om avvik fra kravspesifikasjonen. Det foreligger heller ikke et relevant avvik med mindre tilbudet er utformet slik at tilbyder vil ha krav på å kunne levere et annet produkt eller en annen løsning enn det som fremgår av kravspesifikasjonen om vedkommende tildeles kontrakten.
- (58) Videre gjelder forskriften § 11-11 (1) bokstav f kun ved *"anbudskonkurranser"*. Klagers argumentasjon gjelder for øvrig avvisningsplikt for forhold som skal vurderes under tildelingsevalueringen. Valgte leverandørs tilbud inneholder i så måte ikke avvik.
- (59) Valgte leverandørs tilbud og besvarelse er uansett ikke mangelfull. Tilbudet ble oppfattet som en generell besvarelse for de tilbudte laboratorietjenestene, altså både medisinsk biokjemi og mikrobiologi. Konkurranses grunnlaget var heller ikke spisset inn mot de enkelte analysegruppene. Klagers påstand om at valgte leverandør kun har gitt nærmere beskrivelser av prosedyrer knyttet til medisinsk biokjemi, ikke mikrobiologi, medfører ikke riktighet.

Veiledning av klager/reelle forhandlinger

- (60) Innklagede har gitt tilstrekkelig tilbakemelding til klager. Klager fikk konkret tilbakemelding knyttet til at tilbudsprisen var for høy, og en naturlig konsekvens av dette er at leverandøren må vurdere å redusere tilbudets kvalitet. I kravet til reelle forhandlinger ligger det i høyden en plikt til å gi uttrykk for *hva* som må forbedres, men ingen generell plikt til å gi veiledning til *hvordan* tilbudet kan forbedres.
- (61) Valgte leverandørs pristilbud var uansett langt rimeligere enn tilbudet fra klager. Klager ville med et noe dårligere kvalitativt tilbud, og dermed formodentlig også noe billigere, heller ikke vunnet konkurransen.
- (62) Det fremgikk for øvrig av konkurranses grunnlaget punkt 6.1 at den enkelte tilbyder, såfremt det var flere tilbydere, maksimalt kunne tildeles 80 % av det utlyste volumet innenfor hver analysegruppe. Under forhandlingene ble klager informert om at det var konkurranse innenfor den aktuelle analysegruppen. Til tross for at klager ble informert om at klagers pris var for høy, innga klager i sitt reviderte tilbud sin beste pris på 100 % av det utlyste volumet, mens prisene var langt høyere enn valgte leverandør for de lavere volumene.

- (63) Innklagede har heller ikke utøvd forskjellsbehandling mellom tilbyderne i dette henseende. Det fremgår av punkt 6 i forhandlingsreferatene at begge leverandørene ble bedt om å gi en oversikt over uønskede hendelser. I tillegg ble klager gitt mulighet til å revidere sine priser, mens valgte leverandør fikk to tilleggsspørsmål. Den rettleiingen som ble gitt tilbyderne var dermed tilnærmet lik hva gjelder omfang, og representerer ikke brudd på kravet til likebehandling.
- (64) Klager kan heller ikke høres med at klagers tilbud overoppfylte det som var etterspurt, og at dette utløste en plikt for innklagede om konkret å opplyse om dette. Det vises i denne sammenheng til at klager ble tildelt høyeste poengsum på kun to av fem underkriterier til tildelingskriteriet "*Kvalitet*".

Tildelingsevalueringen

- (65) Det foreligger ikke feil ved innklagedes evalueringsmodell. Innklagede benyttet en evalueringsmetodikk der tilbudet med lavest pris ga høyeste poengsum, og de øvrige poengene tildeles ut fra relativ forskjell fra dette. Ved de kvalitative kriteriene ble tilbudene tildelt poeng ut fra en objektiv poengskala (skolekarakterer). For å opprettholde den relative vekten mellom tildelingskriteriene ble poengsummene, så fremt beste tilbud ikke fikk full uttelling, oppjustert slik at dette fikk høyeste poengsum.
- (66) Når det gjelder anførselen om feil begått i tildelingsevalueringen anføres for det første at forholdene ligger til innklagedes skjønn. Det foreligger uansett ikke feil ved evalueringen. Konkurranses grunnlaget var ikke innrettet på å skille de ulike analysegruppene fra hverandre i den grad klager hevder. Videre må det tas hensyn til at valgte leverandør ikke tidligere hadde levert tjenester innen mikrobiologi.
- (67) Når det gjelder tildelingskriteriet kvalitet, og kompetanse innen serologi og bakteriologi, har klager fått høyeste eller nest høyeste karakter på samtlige underkriterier. Det er derfor uriktig at klager ikke har blitt kreditert for sin kompetanse. Tilbyderne er gitt ulik uttelling ved underkriteriene "*beskrivelse av arbeid og prosedyrer*" og "*kompetansen til tilbudt personell*".
- (68) Når det gjelder kriteriet leveringssikkerhet, har valgte leverandør fått bedre uttelling enn klager ved underkriteriet "*sikring av laboratoriesystem*", som under tildelingskriteriet var vektet med 50 %. Valgte leverandørs tilbudte system for backup ble vurdert å gi bedre sikring mot nedetid. Det fremgikk av beskrivelsen av tildelingskriteriet at dette var rettet mot IT.
- (69) Ved kriteriet "*kompetanse til tilbudt personell*" har klager fått høyere poengsum enn valgte leverandør. Klagers høyere poengsum var begrunnet med forskerkompetanse og en høy andel bioingeniører. Klager kunne for øvrig ikke regne med å krediteres høyere for sin erfaring og kompetanse innen periodontittanalyser, da det ikke var etterspurt konkret kompetanse eller annet for denne analysetypen. Klager kan heller ikke høres med sin argumentasjon om erfaringen til klagers tilbudte personell, da erfaring ikke var etterspurt i forbindelse med tildelingskriteriet.

Klagenemndas vurdering:

- (70) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kjøp av polikliniske laboratorietjenester som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i

kategori 25, med CPV-ref.nr. 85000000. Anskaffelsen var kunngjort som en rammeavtale med flere leverandører, med varighet i to år, og med opsjon på forlengelse to ganger ett år for oppdragsgiver. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 og II.2.1 angitt til å være 202 500 000 kroner pr. år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av valgte leverandør

- (71) Klager har for det første anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.
- (72) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltagelse i konkurransen, med forbehold av forskriften § 12-3"*.
- (73) I foreliggende sak er det ikke omstridt at valgte leverandør ikke hadde tilsatt en *"medisinskfaglig ansvarlig lege med spesialistkompetanse"*, i henhold til kvalifikasjonskravet i punkt 4.1.4 (a), ved innlevering av sitt første tilbud. Valgte leverandør hadde imidlertid opplyst om at en ansettelse av en slik lege ville skje før oppstarten av leveransen begynte. På forespørsel fra innklagede ble dokumentasjon for at kravet var oppfylt innsendt 28. juni 2010, 6 dager etter utløpet av første tilbudsfrist.
- (74) Innklagede har fremholdt at kravet til tilsatt lege relaterte seg til kontraktperioden, og at valgte leverandør ved opplysningen i sitt opprinnelige tilbud egentlig hadde oppfylt kravet. Innklagede viser i denne forbindelse til at det tilknyttede dokumentasjonskravet var åpent formulert, og at den etterfølgende dokumentasjonen uansett kunne inngis i medhold av forskriften § 12-4.
- (75) Klager hevder på sin side at kravet måtte forstås som at en kvalifisert lege skulle være tilsatt på tidspunktet for tilbudsfristens utløp, og har utover ordlyden vist til innklagedes tolkning av likelydende krav i tidligere konkurranser.
- (76) Innklagede har formulert kvalifikasjonskravet som at tilbyder *"skal ha tilsatt en medisinskfaglig ansvarlig lege"*, og det tilhørende dokumentasjonskravet som det *"skal dokumenteres at kravet er ivaretatt, stillingsbrøk skal angis"*.
- (77) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at *"dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget, er hovedregelen at kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, og da forutsetningsvis ut fra den dokumentasjonen som er innlevert på dette tidspunkt"* jf. sak 2011/320 premiss (46) med videre henvisninger. Denne saken gjaldt en anbudskonkurranse.
- (78) Foreliggende sak gjelder en uprioritert tjeneste tildelt etter konkurranse med forhandling i ett trinn. Spørsmålet er da hvilket spillerom som består for å justere, supplere og endre de åpningstilbud som først er levert innen tilbudsfristen – og om forhandlingsadgangen omfatter både tilbudet og den etterspurte dokumentasjonen vedrørende kvalifikasjoner for tjenesten. Under slike forhandlinger har oppdragsgiver begrensede muligheter for å justere konkurransegrunnlagets opplysninger, jf. forskriften § 8-2. Innklagede kan imidlertid ikke anses for å ha fraveket de kvalifikasjonskrav som er sitert ovenfor under premiss (5).

- (79) I åpne anbudskonkurranser, med én tilbudsfrist, og i andre to-trinns konkurranser, med separate kvalifikasjonsfaser, er det naturlig å anta som hovedregel at dokumentasjon for etterspurte kvalifikasjoner skal vurderes ved tilbudsfristens utløp. Dette gjelder så langt oppdragsgiver ikke har åpnet for at dokumentasjon kan inngis på et senere tidspunkt, eller at det er tale om ytterligere dokumentasjon som kan inngis etter forskriften §§ 12-3 og 12-4. I en konkurranse med forhandling i ett trinn, med en opprinnelig og en endelig tilbudsfrist, er ikke dette resultatet opplagt. Adgangen til å forhandle om endringer og suppleringer ved alle sider av tilbudene, jf. § 11-8 (2), er mer vidtrekkende enn reglene i §§ 12-3 og 12-4. Så fremt det angjeldende kvalifikasjonskrav ikke må forstås på den måten at manglende oppfyllelse ved første tilbudsfrist vil medføre avvisning, taler gode grunner for at tilbydernes kvalifikasjoner kan utdypes og suppleres etter forskriften § 11-8 (2), så som ved egenerklæring og rimelig troverdige opplysninger om rekruttering ved ansettelser ved eventuell senere tildeling. Nemnda viser her til den oppmykning av regelverket om helse og sosialtjenester som er varslet ved COM(2011)896 Tittel III (artiklene 74-76), og utkastets artikkel 57 om dokumentasjon for etterspurte kvalifikasjoner, hvoretter:

"1. De ordregivende myndigheder accepterer egne oplysninger som foreløbige beviser på, at ansøgere og tilbudsgivere opfylder en af de følgende betingelser:

(...)

b) de opfylder de udvælgelseskriterier, som er opstillet i henhold til artikel 56"

- (80) Hensynet til mest mulig konkurranse tilsier at oppdragsgiver kan gi leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravet ved den første tilbudsfristen mulighet til å delta i forhandlingene, når det er forhold som tilsier at kvalifikasjonskravet vil oppfylles innen den endelige tilbudsfristen. Hensynet til likebehandling kan normalt ikke tillegges særlig vekt i motsatt retning, ettersom leverandørene og deres tilbud uansett vil vurderes etter samme krav og kriterier i tildelingsevalueringen. Hensynet til oppdragsgivers ressursbruk må imidlertid innebære at det normalt foreligger rett til å avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene ved den første tilbudsfristen. Nemnda viser til forskriften § 11-8 (1) om oppdragsgivers mulighet for å avgrense antall leverandører for deltagelse i forhandlingene.
- (81) Etter dette har innklagede ikke brutt regelverket ved å godta at valgte leverandør fikk anledning til å supplere sitt tilbud under forhandlingene med bekreftende opplysninger om at en *"medisinskfaglig ansvarlig lege"* var ansatt, og kvalifikasjonskravet er dermed oppfylt.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (82) Klager har anført at innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandørs tilbud som følge av flere avvik fra kravene i konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen.
- (83) Klager har for det første hevdet at avvisningsplikten måtte vurderes slik tilbudet forelå ved første tilbudsfrist. I en konkurranse med forhandling kan det forhandles om *"endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene"*, jf. forskriften § 11-8 (2). Det inntreder derfor ingen avvisningsplikt på grunn av forhold ved tilbudet ved første tilbudsinnngivelse. Vurderingen av om innklagede hadde plikt til å avvise må derfor knytte seg til valgte leverandørs endelige tilbud.

- (84) Klager har for det første anført at valgte leverandørs tilbud inneholdt avvik fra minstekravet til kapasitet i kravspesifikasjonen punkt 3 bokstav a. Klager viser til at valgte leverandør kun oppga kapasitet for medisinsk biokjemi, og at manglende dokumentasjon for kapasitet innen mikrobiologi representerer et vesentlig avvik.
- (85) Klagers anførsel er ikke nærmere spesifisert, men antas å gjelde valgte leverandørs innledende kommentar på dette punktet i tilbudet: *"For å understreke at de kapasiteter som gis i vårt tilbud er gjennomtenkte og reelle, vil vi innledningsvis knytte noen kommentarer til begrepet "kapasitet" i fagområdet medisinsk biokjemi"*. Innklagede har på sin side fremholdt at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt avvik fra kravet, og har vist til at valgte leverandør ved besvarelsen opplyste om at: *"Først tilbyr et bredt repertoar av analyser. De kapasitetsanslag som oppgis gjelder for hele dette repertoaret"*. Det er også vist til at valgte leverandør i sin e-post av 28. juni 2010, opplyste om at de estimerte at de i 2010 ville analysere ca. 100 000 serologiske prøver og ca. 70 000 bakteriologiske prøver.
- (86) Klager har ikke nærmere påvist på hvilken måte valgte leverandørs kapasitetsanslag ikke omfatter analysegruppen mikrobiologi. Klagenemnda finner, på bakgrunn av valgte leverandørs innledende kommentarer om medisinsk biokjemi, ikke grunn til å underkjenne innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kravet til tilstrekkelig kapasitet. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (87) Klager har videre anført at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik fra kravspesifikasjonens minstekrav til utforming og beskrivelse av tilbudet. Det vises til at tilbudets omtale av analysegruppen mikrobiologi, bortsett fra i prisen, var svært sparsom, og at dette særlig var utilstrekkelig med hensyn til kravene som fulgte av tildelingskriteriene. Klager har i denne forbindelse vist til både avvisningsbestemmelsen i § 11-11 (1) bokstav e, og at det kan foreligge en avvisningsplikt etter § 11-11 (2) bokstav b sammenholdt med kravet til likebehandling.
- (88) Tildelingskriteriene og tilhørende underkriterier er i utgangspunktet konkurranseparametere som ikke utgjør krav til ytelsen. Avvisningsgrunnen i § 11-11 (1) bokstav e knytter seg uttrykkelig til *"kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Etter klagenemndas syn er det ikke grunnlag for å forstå tildelingskriteriene i foreliggende sak på den måten at de oppstiller krav til oppfyllelse av ytelsen, og klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud inneholdt *"vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene"* fører dermed ikke frem.
- (89) Oppdragsgivers plikt til å avvise tilbud som *"på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene"*, jf. § 11-11 (1) bokstav f, gjelder anbudskonkurranser, og er ikke aktuell i foreliggende sak. Den tilsvarende regelen for konkurranser med forhandling er inntatt i § 11-11 (2) bokstav b, og gir oppdragsgiver en *rett* til å avvise slike tilbud.
- (90) Systematikken i disse bestemmelsene hviler på en forutsetning om at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling vil avklare slike forhold i tilbudene, slik at det ikke vil foreligge bedømmelsestvil i tildelingsfasen. Problemstillingen er imidlertid fortsatt relevant der tilbudene, også etter forhandlingene, på grunn av ovennevnte forhold medfører bedømmelsestvil. Klagenemnda er derfor enig med klager i at det etter

forholdene kan være i strid med kravet til likebehandling å akseptere et tilbud som er beheftet med forhold som medfører en relativ bedømmelsestil.

- (91) Klager argumenterer med at valgte leverandørs tilbud hovedsakelig gjelder analysegruppen biokjemi, og at tilbudets besvarelse av tildelingskriteriene når det gjaldt mikrobiologi var mangelfull. Det anføres at innklagede ikke kunne foreta en kvalifisert vurdering av tilbudet basert på den fremkomne informasjonen og kompetansen.
- (92) Klagers argumentasjon baserer seg på at det kan trekkes et skarpt skille mellom de ulike analysegruppene, og at konkurransegrunnlaget forutsatte tilnærmet separate besvarelser av tildelingskriteriene for hver analysegruppe. Innklagede har opplyst at valgte leverandørs tilbud ble oppfattet som en generell besvarelse for laboratorietjenestene innenfor begge analysegruppene, og har vist til informasjon både i tilbudet og i forhandlingsreferatet som underbygger dette.
- (93) Oppdragsgiver står i utgangspunktet fritt i utformingen av konkurransegrunnlaget, og utøver et innkjøpsfaglig skjønn ved evalueringen av tildelingskriteriene som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. En ufullstendighet ved besvarelsen av tildelingskriteriene vil normalt kunne vurderes av innklagede på den måten at leverandøren gis et trekk i uttellingen, ikke ved at tilbudet avvises. Det vises i denne forbindelse til at valgte leverandør ble tildelt kun 3 av 5 poeng ved underkriteriet *"beskrivelse av arbeid og prosedyrer"*, mot klagers 5 av 5 poeng.
- (94) Innklagede har vurdert valgte leverandørs beskrivelser som tilstrekkelige til at tilbudet innenfor mikrobiologi kunne bedømmes. Etter det som er opplyst finner nemnda ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av dette. Klagers anførsel fører ikke frem.

Veiledning av klager/reelle forhandlinger

- (95) Klager har anført at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager. Det er vist til at klagers kvalitative tilbud i stor grad tilsvarte den eksisterende tjenesten klager leverte til innklagede, at det var klare forskjeller mellom valgte leverandørs og klagers kvalitative tilbud, og at disse forskjellene ga lite uttelling i tildelingsevalueringen. Klager mener at innklagede på bakgrunn av disse omstendighetene hadde en plikt til å synliggjøre at klagers tilbud gikk ut over det som var etterspurt av innklagede.
- (96) Ved gjennomføringen av en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med tilbyderne. I klagenemndas sak 2012/47, med videre henvisninger, uttales at denne plikten innebærer en *"plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen"*, men at det kan *"ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres"*. Videre uttales det at innklagede kan ha *"plikt til å påpeke et forhold som i den etterfølgende tildelingsevaluering har vært av betydning i disfavør av klager, spesielt når klager og valgte leverandør ellers ligger svært likt og forholdet dermed kan bli utslagsgivende"*.
- (97) I forhandlingsmøtet mellom innklagede og klager ble klager informert om at klager måtte forbedre sine priser. Det fremgår av tildelingsevalueringen at pris var det

utslagsgivende tilbudselementet som førte til at valgte leverandørs tilbud kom best ut. Det er leverandørens ansvar å foreta vurderinger av hvilken balanse mellom pris og kvalitet man skal tilby.

- (98) Innklagede og klager har videre en ulik oppfatning av om klager har tilbudt mer enn det som var etterspurt. Ettersom klager ikke oppnådde full uttelling ved mer enn to av fem underkriterier under tildelingskriteriet kvalitet, har det imidlertid formodningen mot seg at klager kunne redusert sitt tilbud kvalitetsmessig uten å få trekk i uttellingen.
- (99) På bakgrunn av dette kan ikke klagenemnda se at klager har dokumentert at innklagede har misligholdt plikten til å føre reelle forhandlinger. Klagers anførsel fører ikke frem.

Evalueringsmodell

- (100) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å benytte en *objektiv målestokk* ved poengsettingen. Dette begrunnes med at relevante forskjeller mellom tilbudene ikke vil gjenspeiles med mindre beste tilbud gis høyeste poengsum, og øvrige poeng settes relativt til dette.
- (101) Ved tildelingsevalueringen, herunder ved valg av poengberegningsmetode, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 eller på annen måte er usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum.
- (102) Av kravet til forutberegnelighet følger det at oppdragsgiver må benytte en evalueringsmodell som fanger opp relevante forskjeller mellom tilbudene, og som premierer disse i samsvar med tildelingskriterienes angitte vekt, jf. klagenemndas sak 2011/1 premiss (37) med videre henvisninger.
- (103) I foreliggende sak har innklagede ved de kvalitative tildelingskriteriene skjønnsmessig tildelt poeng ved hvert av underkriteriene, etter et såkalt skolekaraktersystem. Disse poengsummene dannet, basert på innbyrdes vekt, en poengsum for hvert tildelingskriterium. For å opprettholde den relative vektingen mellom de ulike tildelingskriteriene, oppjusterte innklagede poengsummene slik at beste tilbud under hvert tildelingskriterium fikk maksimal poengsum (5).
- (104) Oppjustering av poengsummene innen hvert tildelingskriterium, slik at den høyeste poengsummen er den samme ved alle tildelingskriteriene, er en egnet måte å sørge for at tildelingskriterienes innbyrdes vekt forblir den samme. Se til sammenligning sak 2011/201 premiss (109) flg. Klager anførsel om at relevante forskjeller mellom tilbudene ikke vil gjenspeiles med mindre beste tilbud gis høyeste poengsum, kan derfor ikke føre frem.
- (105) Klager har ikke nærmere påvist at evalueringsmodellen har fått et vilkårlig eller usaklig resultat. Klagers anførsel om at innklagede har benyttet en ulovlig evalueringsmodell fører derfor ikke frem.

Tildelingsevalueringen

- (106) Klager har også anført at tildelingsevalueringen er vilkårlig og usaklig ved en rekke punkter. Dette begrunnes hovedsakelig med at den kvalitative forskjellen mellom tilbudene ikke er reflektert i poenggivningen.
- (107) Innledningsvis vises det til at klagenemnda som nevnt kun prøver om tildelingsevalueringen er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, eller på annen måte er usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum.
- (108) Klager har for det første stilt seg uforstående til at klager ikke oppnådde høyeste poengsum ved underkriteriet "*kompetanse til tilbudt personell*", som sorterte under tildelingskriteriet "*Kvalitet*". Dette spørsmålet ligger klart innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, og behandles ikke av klagenemnda.
- (109) I forlengelsen av dette anfører klager at det fremstår vilkårlig og i strid med kravet til forutberegnelighet at innklagede kun krediterte klager ett poeng mer enn valgte leverandør ved dette underkriteriet. Klager viser til at det var en åpenbar forskjell mellom klagers og valgte leverandørs tilbud når det gjaldt kompetanse og sammensetning av tilbudt personell. Klager har også vist til at innklagede tilsynelatende har vektlagt valgte leverandørs avtale med "*en spesialist for oppbygning av tilbudet innen periodontittanalyser*" i positiv retning, uten å ha tatt hensyn til klagers mangeårige erfaring med, og dokumenterte kompetanse innen denne type analyser.
- (110) Når det gjelder påstanden om ulik vektlegging av kompetanse innen periodontittanalyser er ikke denne dokumentert eller på annen måte sannsynliggjort av klager. Spørsmål om hvilken poengdifferanse som kan forsvares av konkrete materielle forskjeller mellom tilbudene ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Innklagede har forklart at klager ved dette underkriteriet ble tildelt ett poeng mer enn klager, på grunn av forskerkompetanse og en høy andel bioingeniører. Klagenemnda har ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av dette.
- (111) Når det gjelder tildelingskriteriet "*Kvalitet*" generelt, har klager vist til at klager ikke ble kreditert tilstrekkelig for sin kompetanse innen både serologi og bakteriologi, inkludert odontologisk mikrobiologi. Klager mener videre at kvalitetsforskjellen mellom tilbudene ikke ble tilstrekkelig gjenspeilet i poenggivningen ved at valgte leverandør kun ble trukket noe ved underkriteriet "*beskrivelse av arbeid og prosedyrer*". Også dette forholdet ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Klager har ikke påvist at vurderingen er usaklig eller vilkårlig, og anførselen fører ikke frem.
- (112) Klager har fremmet en tilsvarende anførsel når det gjelder tildelingskriteriet "*leveringssikkerhet*", der valgte leverandør fikk 5 poeng mot klagers 4,5 poeng. Klager har pekt på at valgte leverandør ved innlevering av tilbudet ikke hadde et laboratorium for bakteriologiske analyser, og at innklagede i sin begrunnelse for valg av leverandør har uttalt at det "*ikke er tydeliggjort hvordan dette vil bli*".
- (113) Den nevnte uttalelsen fra begrunnelsen gjelder tildelingskriteriet "*Kvalitet*", og underkriteriet "*beskrivelse av arbeid og prosedyrer*". Uttalelsen fremstår som en begrunnelse for hvorfor valgte leverandør har fått 3 av 5 poeng ved dette underkriteriet, og har ikke relevans for tildelingskriteriet "*leveringssikkerhet*".
- (114) Innklagede har forklart at valgte leverandør fikk bedre uttelling under tildelingskriteriet "*leveringssikkerhet*", fordi valgte leverandør hadde et bedre IT-system og sikring mot

nedetid enn klager ved underkriteriet "*sikring av laboratoriesystem*", som under tildelingskriteriet var vektet med 50 %. Dette er i henhold til beskrivelsen av underkriteriet i kravspesifikasjonen. Det er heller ikke her holdepunkter som viser at innklagedes skjønnsutøvelse er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, eller at den på annen måte er usaklig, vilkårlig, eller basert på feil faktum.

Konklusjon:

Helse Sør-Øst RHF har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 5. november 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver