



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av utstyr for venøs prøvetaking. Klager hadde anført en rekke anførsler knyttet til konkurransegrunnlaget og tilbudsevalueringen. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 29. august 2011 i sak 2011/176

Klager: VWR International AS

Innklaget: Helse Vest RHF v/ Helse Stavanger HF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn.

Saken gjelder: Prisevueringsmodell. Vekting av underkriterier. Tilbudsevaluering. Retting av feil ved tilbudsevalueringen. Avlysningsplikt.

Bakgrunn:

- (1) Helse Stavanger HF kunngjorde 2. november 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av utstyr for venøs prøvetaking på vegne av Helse Vest RHF (heretter kalt innklagede). Av kunngjøringen punkt II.1.4) fremgikk det at det skulle inngås rammeavtale med inntil tre leverandører med totalt fire års varighet. Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til 14. desember 2010 kl. 13.00, og vedståelsesfristen var 31. mai 2011, jf. punkt. IV.3.7).
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 "Oppdragsgiver" fremgikk det at anskaffelsen omfattet følgende juridiske enheter: Helse Vest RHF, Helse Bergen HF, Helse Stavanger HF, Helse Fonna HF og Helse Førde HF. I punkt 1.4 "Anskaffelsens formål og omfang" fremgikk følgende:

"Det ønskes tilbud på utstyr for venøs prøvetaking til foretakene i Helse Vest. Det omfatter følgende produktgrupper:

1. *Vakuumbør*
 - 1.1. *Serum- og plasmarør m/ og u/ gel*
 - 1.2. *Rør til hematologi*
 - 1.3. *Rør til koagulasjon*
 - 1.4. *Spesialrør*
2. *Kanyler m/kanyلهoldere*
 - 2.1. *Ordinære kanyler m/holdere*
 - 2.2. *Veneprevetakingssett*
 - 2.3. *Sikkerhetsutstyr*
3. *Stasebånd*

Vi viser for øvrig til Del 2 Vedlegg 2A Kravspesifikasjon og Del 2 Vedlegg 2B Spesielle krav til vakuumbør for mer detaljert informasjon."

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 *"Anskaffelsesprosedyre"* var det opplyst at konkurransen skulle gjennomføres etter forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III. I punkt 2.4 *"Oppdragsgivers forbehold"* var det blant annet opplyst at det kunne *"være aktuelt å tildele kontrakt til inntil 3 leverandører. Tildelingen vil i så fall skje som utgangspunkt for en eller flere av hoved- eller undergruppene angitt i pkt. 1.4, men det kan være aktuelt å tildele kontrakt på enkeltartikler i undergruppe 1.4 Spesialrør"*. I punkt 2.8 *"Deltilbud"* var det angitt at det var mulig å *"inngi tilbud på en eller flere av hoved- og undergruppene spesifisert under punkt 1.4"*.

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 2.9 *"Utprøving"* fremgikk:

"Utprøving vil bli aktuelt for hovedgruppene 1 og 2. For artiklene i hovedgruppe 1 og 2 vil det gjøres en vurdering av funksjonalitet med bakgrunn i kravene stilt i Del 2 Vedlegg 2A Kravspesifikasjon og Del 2 Vedlegg 2B Spesielle krav til vakuumsrør. Utprøvingen vil gjøres i et omfang som er tilstrekkelig for å evaluere produktet."

Oppdragsgiver kan vederlagsfritt kreve leveranse av utprøvmingsmateriell i evalueringsperioden med leveringsbetingelse DDP Oppdragsgiver innen 10 dager."

- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 5.1 *"Tildelingskriterier"* fremgikk at kontrakten ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende kriterier:

<i>"Tildelingskriterium"</i>	<i>Vekt</i>	<i>Detaljer</i>
<i>Totalkostnad</i>	<i>40 %</i>	<i>Totalkostnad vurderes ut fra livsløpsperspektivet (TCO & LCC)</i>
<i>Produkt</i>	<i>55 %</i>	<i>Se Del 2 Vedlegg 2A og Del 2 Vedlegg 2B</i>
<i>Leverandør</i>	<i>5 %</i>	<i>Se Del 2 Vedlegg 2A</i>
<i>Totalt</i>	<i>100 %"</i>	

- (6) Konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A anga kravspesifikasjonene og bestod av en rekke tabeller med innklagedes krav til leveransen, gruppert i kapitler og underkapitler ut fra tema/område. Totalt bestod kravspesifikasjonen av ti tabeller, og 44 krav ujevnt fordelt mellom tabellene. Av punkt 1 *"Innledning"* fremgikk det at tilbyderne skulle besvare alle kravene i tabellen, og at kravene var *"klassifisert i absolutte A-krav samt B-krav relatert til de oppgitte tildelingskriteriene. Dersom et absolutt A-krav ikke er oppfylt vil den aktuelle varen være uaktuell og bli avvist fra konkurransen"*. For B-kravene var det i tabellene angitt hvilke tildelingskriterier det aktuelle B-kravet relaterte seg til.
- (7) Punkt 3 *"Generelle krav"* i samme vedlegg stilte i underpunkt punkt 3.1 til 3.3 til sammen syv krav til dokumentasjon, opplæring og leveringstid. Krav nummer én til fire var A-krav, og krav nummer fem til syv var B-krav relatert til tildelingskriteriet *"Leverandør"*. Punkt 3.2 *"Krav til opplæring"* bestod av en tabell med krav nummer fire til seks. I krav nummer seks opplyste innklagede at det ville bli *"vektlagt at det foreligger en enkel og intuitiv brukerveiledning på norsk. Bekreft og vis eksempel på slik brukerveiledning"*.
- (8) Punkt 4 stilte opp funksjonelle krav, og bestod av underpunktene 4.1 *"Vakuumsrør"*, 4.2 *"Kanyler"*, 4.3 *"Stasebånd"* og 4.4 *"Miljørelaterte krav"*. Samtlige av kravene i punkt 4 var enten A-krav, eller B-krav relatert til tildelingskriteriet *"Produkt"*.

- (9) Punkt 4.1 *"Vakuumrør"* bestod av en liste med elleve kulepunkter med momenter som ville bli vektlagt ved evalueringen, herunder kulepunkt nummer 3: *"At rørene kan benyttes i ulike typer analyseinstrumenter uten at det oppstår evt lekkasjer eller skader på analyseinstrumentene"*, og nummer 6: *"At korken er bygget på en slik måte at perforering ikke fører til lekkasje."* Videre bestod punkt 4.1 *"Vakuumrør"* av en tabell med ti krav, blant annet krav nummer 12 som stilt opp et A-krav hvor det fremgikk at: *"Gelen i rørene må danne en solid barriere mellom serum/plasma og blodlegemer uten lekkasje"*, og krav nummer 13 hvor det fremgikk at: *"Det vil vektlegges at serum/plasma i minst mulig grad blir blodtilblandet etter sending av gelrør i posten. Dette vil bli verifisert gjennom en utprøving."* Krav nummer 13 var et B-krav, relatert til tildelingskriteriet *"Produkt"*.
- (10) Punkt 4.4 *"Miljørelaterte krav"* bestod av 12 krav, som var delt opp i to underpunkter: punkt 4.4.1 *"Emballasje"* og punkt 4.4.2 *"Produktets innhold"*. Samtlige av kravene i punkt 4.4 var B-krav som relaterte seg til tildelingskriteriet *"Produkt"*. Punkt 4.4.1 bestod av en tabell med krav nummer 33 til 38, og punkt 4.4.2 bestod av en tabell med krav nummer 39 til 44. I krav nummer 40 til 42 var tilbyderne bedt om å oppgi hvorvidt produktet inneholdt *"stoffer på OBS-listen til SFT"*, *"stoffer på Prioritetslisten til SFT"*, og hvorvidt produktet var *"faremerket"*.
- (11) Konkurranses grunnlaget Del 2 Vedlegg 2B *"Spesielle krav til vakuumrør"* bestod av to sider, med én tabell på hver side. Den første siden hadde overskriften *"Krav til vakuumrør"*, og i tabellen var det nærmere spesifisert hva som skulle anskaffes under produktgruppe 1 *"Vakuumrør"*. I tabellen skulle tilbyderne blant annet fylle ut *"Aktuelt rør-/trekkvolum"*, *"Tilsetning"*, *"Holdbarhet"*, *"Anbefalt blanding"*, *"Henstandstid før sentrifugering"* og *"Sentrifugering (G og minutt)"*. Den andre siden i konkurranses grunnlaget Del 2 Vedlegg 2B *"Spesielle krav til vakuumrør"* hadde overskriften *"Dokumentasjon"*. I tabellen skulle tilbyderne fylle ut informasjon knyttet til *"Holdbarhet på gel"*. Vedrørende konkurranses grunnlaget Del 2 Vedlegg 2B *"Spesielle krav til vakuumrør"* har innklagede opplyst følgende i tilsvaret til klagenemndas sekretariat 5. juli 2011:
- "Grunnen til at enkelte av undermomentene for produktgruppen vakuumrør var skilt ut i et eget vedlegg med navn 2B, er utelukkende praktisk ved at det for akkurat denne produktgruppen var behov for opplysninger fra tilbyderne gjennom flere kolonner hvilket ikke passet inn i matrisen som var benyttet i vedlegg 2A kravspesifikasjon."*
- (12) Artiklene innklagede ønsket tilbud på og estimert årlig forbruk av hver artikkel, var angitt i konkurranses grunnlaget Del 2 Vedlegg 2C *"Omfang"*.
- (13) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Puls AS, Med-Kjemi AS og VWR International AS (heretter kalt klager) på samtlige produktgrupper. I tillegg hadde OneMed AS inngitt tilbud på produktgruppe 3 *"Stasebånd"*.
- (14) I sitt tilbud hadde klager for krav nummer 6 i kravspesifikasjonen i Del 2 Vedlegg 2 A punkt 3.2, som stilte opp krav til brukerveiledning på norsk, oppgitt at kravet var *"Oppfylt. Se vedlegg."* Vedlagt tilbudet var en én-siders brukerveiledning for *"Fargeglade stasebånd med hurtiglås"*. For krav nummer 40 til 42, hvor tilbyderne skulle opplyse om produktene inneholdt visse stoffer på ulike SFT-lister, hadde klager oppgitt *"Ikke aktuelt"*.

- (15) Etter mottaket av tilbudene gjennomførte innklagede en utprøving av enkelte av produktene under produktgruppe 1 og 2. I tilsvaret datert 5. juli 2011 har innklagede opplyst at før utprøvingen ble gjennomført *"utformet funksjonsteamet (faggruppe) detaljerte retningslinjer for hvordan utprøvingen skulle gjennomføres for å få en mest mulig realistisk testing i forhold til de forholdene rørene faktisk benyttes av oppdragsgiver"*. Av retningslinjene, som var på ca. tre og en halv side og gjengitt i tilsvaret, fremgår blant annet følgende:

"Retningslinjer for utprøving

Gruppe 1.1 Gelrør:

Hensikt: *Å få en bekreftelse på at følgende krav er oppfylt:*

- **Pkt. 4.1 krav 12 – A-krav**
Gelen er fast og homogen og danner en barriere mellom blodlegemer og serum/plasma etter sentrifugering
- **Pkt 4.1. Kulepunkt 4 + krav nr 13**
Serum er ikke blodtilblandet etter sending av gelrør i posten.
- **Pkt. 4.4.1 krav nr 35**
Emballasjen er lite plasskrevende, gir lite avfall og gir god beskyttelse av produktet.

Utførelse:

- *Det tas prøver i totalt 50 rør fra hver leverandør. Dette gir et tilstrekkelig datamateriale til å gjøre statistiske vurderinger.*
 - *25 rør tappes i Haugesund og sendes til Førde, og 25 rør tappes i Førde og sendes til Haugesund.*
 - *Det tas prøver fra ulike pasienter i 5 glass fra hver leverandør hver dag mandag – fredag i uke 6.*
 - *Disse håndteres ihht leverandørens retningslinjer med hensyn på blanding, henstand før sentrifugering samt sentrifugeringshastighet.*
 - *Glassene inspiseres etter sentrifugering for vurdering av gelbarriere, og følgende punkter inspiseres:*
 - *Gelen danner en homogen barriere mellom blodlegemer og serum (ref krav nr 12)*
 - *Evt tilblanding av blodlegemer/hemolyse i serum (ref krav nr 13)*
 - *Glassene inspiseres ved ankomst, og samme punkter som over vurderes"*
- (16) Innklagede har opplyst at det i Førde og Haugesund ble foretatt en inspisering og nedtegning av observasjonene av rørene/glassene etter sentrifugering, men før sending. Tilsvarende ble gjort etter at rørene var sendt. Innklagede har lagt frem notater fra observasjonene/nedtegningene foretatt i Førde og Haugesund. Et funksjonsteam evaluerte deretter resultatene.
- (17) Funksjonsteamet gjennomførte et fellesmøte 3. mars 2011. Innklagede har fremlagt et internt notat fra møtet, datert 3. mars 2011. Notatet er på én og en halv side, og gir en stikkordspreget oppsummering av utprøvingen. Det fremgår videre av notatet at det ble foretatt en gjennomgang/kontroll av karaktersettingen. Vedrørende dette møtet har innklagede opplyst følgende i brev til klagenemndas sekretariat 22. august 2011:

"Fagtemaet gikk da gjennom utprøvingen og observasjonene som var gjort. De som hadde utført vurderingen av glassene presenterte sine observasjoner, [...] og det ble

foretatt en samlet evaluering ut fra funksjonsteamets faglige skjønn. Karakterer ble nedfelt i evalueringsskjema."

- (18) Ved innklagedes brev 28. mars 2011 ble klager meddelt valget av leverandører for de tre produktgruppene. Klager har opplyst senere å ha mottatt anskaffelsesprotokoll og evalueringsmatrise, begge datert 28. mars 2011. Det fremgikk av tildelingsmeddelelsen og evalueringsmatrisen at for gruppe 1 "*Vakuumsrør*" ble kontrakten tildelt Med-Kjemi AS som fikk beste score med 9,0 poeng, at Puls AS ble nummer to med 8,9 poeng og at klager ble nummer tre med 8,4 poeng. Videre fremgikk at for produktgruppe 2 "*Kanyler og sikkerhetsutstyr*" ble kontrakten tildelt Puls AS som fikk 9,7 poeng, klager ble nummer to med 9,6 poeng og Med-Kjemi AS ble nummer tre med 9,0 poeng. Klager ble tildelt kontrakten for gruppe 3 "*Stasebånd*". Klagefristen ("*karensfristen*") var satt til 4. april 2011. Fra tildelingsmeddelelsen gjengis følgende:

"1. Innledning

[...] Det er foretatt en utprøving av artikler i gruppe 1 og 2. Resultatene fra utprøvingen er tatt inn i evalueringsmatrisen under B-krav Produkt. For besvarelsen av hvert av B-kravene ble det gitt en score fra 1 til 10 der 10 er gitt til den som vurderes som best, og de andre har fått en relativt sett lavere karakter basert på vår faglige vurdering.

Tilbudet med lavest totalkostnad er gitt 10 i score, mens de andre har fått en relativt lavere score avhengig av differansen til vinnende tilbud.

Følgende kriterier er lagt til grunn for vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet:

Totalkostnader (40 %), Produkt (50 %) og Leverandør (10 %).

Totalkostnaden er beregnet ved å multiplisere enhetspris med estimert forbruk pr år for hver artikkel.

Kriteriene Produkt og Leverandør er vurdert utfra besvarelsen av kravene angitt under de respektive kriteriene i Del 2 Vedlegg 2 Kravspesifikasjon i tillegg til resultatene fra utprøvingen.

Oppnådd score for hvert tildelingskriterium er korrigert for den relative andelen tildelingskriteriet skal telle av helheten.

Evalueringen er gjort for hver av hovedgruppene angitt i Del 1 Konkurranseregler pkt 1.4, og ihht. samme dokument pkt 2.4 vil tildelingen av kontrakt gjøres på hovedgruppenivå."

- (19) Etter forespørsel fra klager ga innklagede i brev 31. mars 2011 en ytterligere begrunnelse for valget av leverandører. Vedlagt brevet var en anskaffelsesprotokoll, og innklagede opplyste i brevet at de øvrige tilbudene ville bli oversendt på en CD "*så fort som mulig*". Brevet inneholdt en oppstilling av "*B-kravene relatert til Produkt/miljø og Leverandør, samt spesielle krav til vakuumsrør*", der klagers karakter og innklagedes begrunnelse for karakteren var oppgitt for hvert enkelt krav. Det ble også gitt en beskrivelse av resultatene fra utprøvingen. Fra oppstillingen fremgikk blant annet:

"Gruppe 1 Vakuumsrør

<i>Krav nr</i>	<i>Krav tekst</i>	<i>Vår begrunnelse</i>	<i>Score</i>
-----------------------	--------------------------	-------------------------------	---------------------

13	<i>Det vil vektlegges at serum/plasma i minst mulig grad blir blodtilblandet etter sending av gelrør i posten. Dette vil bli verifisert gjennom en utprøving</i>	<i>Deres besvarelse er bare delvis svar på det vi spurte om. Det er ikke holdbarheten som er essensen i dette kravet, men i hvor stor grad serum er blodtilblandet etter sending av gelrør i posten. Under utprøving viste det seg at kun 75 % av rørene var OK etter forsendelse, mot vinnere 92 %.</i>	7,0
----	--	--	-----

[...]

Miljørelaterte krav

Krav nr	Krav tekst	Vår begrunnelse	Score
[...]			
40	<i>Det bes oppgitt om produktet inneholder stoffer på OBS-listen til SFT, http://www.miljostatus</i>	<i>Besvarelsen "Ikke aktuell" oppfattes som et dårlig svar da spørsmålet var om produktene inneholder stoffer på OBS-listen eller ikke.</i>	5,0
41	<i>Det bes oppgitt om produktet inneholder stoffer på Prioritetslisten til SFT, se. http://www.miljostatus.no/</i>	<i>Besvarelsen "Ikke aktuell" oppfattes som et dårlig svar da spørsmålet var om produktene inneholder stoffer på Prioritetslisten eller ikke.</i>	5,0
42	<i>Det bes oppgitt om produktet er faremerket</i>	<i>Besvarelsen "Ikke aktuell" oppfattes som et dårlig svar da spørsmålet var om produktene er faremerket eller ikke.</i>	5,0

Pkt. 3.2 Leverandør

Krav nr	Krav tekst	Vår begrunnelse	Score
[...]			
6	<i>Det vil bli vektlagt at det foreligger en enkel og intuitiv brukerveiledning på norsk. Bekreft og vis eksempel på slik brukerveiledning.</i>	<i>Brukerveiledningen er på engelsk eller finsk. Det er ikke godt nok</i>	1,0
[...]"			

- (20) Klager sendte 4. april 2011 et brev til innklagede hvor det ble anført en rekke feil og mangler ved gjennomføringen av konkurransen og tilbudsevalueringen. Klager påpekte blant annet at innklagede, ved evalueringen, hadde benyttet en prosentvis vektning av tildelingskriteriene som var i strid med det som var opplyst i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 "Tildelingskriterier". Klager ba videre om å få tilsendt en fullstendig evalueringsprotokoll "inkludert evalueringen av alle tilbyderne for å overprøve LOA § 5 om etterprøvbarehet", og om at innklagede foretok en "ny gjennomgang og ny poengvurdering".

- (21) Innklagede besvarte klager ved brev 13. april 2011. Vedlagt brevet var *"aktuell anskaffelsesprotokoll"* og *"evalueringsmatrise, versjon VWR, oppdatert inkludert endringer som resultat av [klagers] anførsler"*. Av brevet fremgikk blant annet at innklagede hadde korrigert den prosentvise vekten av tildelingskriteriene i samsvar med konkurransegrunnlaget. Videre fremgikk at enkelte av klagers anførsler vedrørende feil ved tilbudsevalueringen førte frem, med den konsekvens at klagers karakterer ble oppjustert. Av innklagedes avsluttende kommentar fremgikk at endringene som var foretatt på bakgrunn av klagers anførsler ikke påvirket rangeringen av tilbyderne for noen av de tre produktgruppene, og at innklagede på den bakgrunn ikke fant grunnlag for å endre vedtaket angitt i tildelingsmeddelelsen sendt 28. mars 2011. Av den vedlagte reviderte evalueringsmatrisen fremgikk det at Med-Kjemi AS fremdeles fikk beste score i produktgruppe 1 *"Vakuumsrør"* med 9,1 poeng, at Puls AS ble nummer to med 8,9 poeng og klager ble nummer tre med 8,8 poeng. For produktgruppe 2 *"Kanyler og sikkerhetsutstyr"* ble Puls AS vinner med 9,7 poeng, klager nummer to med 9,6 poeng, og Med-Kjemi AS nummer tre med 9,0 poeng. Fra brevet fremgikk blant annet følgende vedrørende krav nummer 6 og 13 og den gjennomførte utprøvingen:

"Generelle krav (Kravspesifikasjon, kap. 3)

Krav nr 6

I klagen er det vist til at det er fremlagt en brukerveiledning på norsk som vedlegg 4 til tilbudet. På bakgrunn av Deres opplysninger har vi foretatt en ny gjennomgang av tilbudet i forhold til tildelingskriteriet.

Tilbudet inneholder en norsk brukerveiledning for klikk-kanylen og stasebånd. For sikkerhetskanylen og rørene er det lagt ved en engelsk brosjyre. Tilbudets vedlegg 4 inneholder en beskrivelse av løsninger som skulle vært satt inn i tabellform i kravspesifikasjonen pkt. 4. Brukerveiledning i prosatekst er etter Oppdragsgivers skjønnsmessige vurdering ikke en fullgod brukerveiledning. Brukerveiledningen på sikkerhetskanylen under vedlegg 10 er på engelsk, og det mangler også brukerveiledning for venepåsette.

Karakteren 1 står ved lag. [...]

Funksjonelle krav (Kravspesifikasjon, kap. 4)

Gruppe 1 Vakuumsrør (Kravspesifikasjon, kap. 4.1)

Krav nr 13

Et kriterium/ underkriterium må ikke formuleres som et spørsmål. Oppdragsgiver har gjennom punkt 13 fremlagt at man vil vektlegge at serum/ plasma i minst mulig grad blir blodtilblandet etter sending.

I samsvar med angivelse i konkurransegrunnlaget er det foretatt utprøving, og resultatene av utprøvingen er lagt til grunn ved evalueringen. Det er Oppdragsgivers faglige skjønn som ligger til grunn for vår vurdering av tilbyderens svar på dette krav, i tillegg verifisert gjennom utprøvingen. 75 % av deres rør var tilfredsstillende, derav karakteren 7. Vinner av denne produktgruppen hadde nærmere 100 % tilfredsstillende rør, derav karakteren 9,5.

Utprøvingen er hovedsakelig gjennomført ved forsendelse via vanlig postgang men det er også gjort en test ved sending via røpost. Sending via røpost er ikke lagt til grunn i evalueringen. Prøvene er tatt av et begrenset antall personer og behandlet etter leverandørenes retningslinjer angående blanding, henstandstid og sentrifugehastighet. Prøvene er bedømt visuelt etter sentrifugering/før sending av samme person i Haugesund og samme person i Førde og bedømt visuelt ved mottak/ etter sending

motsatt sted. Det ble sendt like mange rør fra hver leverandør i hver sending. Det er tatt prøver flere dager på rad, og de er utsatt for preanalytiske faktorer som er normale i hverdagen og som ikke skal innvirke på om serum er blodtilblandet etter forsendelse i posten. Med det utall av prøvetakere som er i foretakene i tillegg til at pasienter er svært forskjellige, vil det være preanalytiske forhold knyttet til selve prøvetakingen som alltid vil variere og som rørene må takle.

Oppdragsgiver kommer på denne bakgrunn ikke til å endre evalueringen på dette punkt."

- (22) Etter det klager har opplyst skrev klager deretter en ny klage til innklagede som ikke ble behandlet.
- (23) Klager fremmet begjæring til Stavanger tingrett 26. april 2011, med krav om midlertidig forføyning. Grunnlaget for begjæringen ble ytterligere utdypet ved prosesskriv 5. mai 2011. Klager anførte for det første at innklagede hadde benyttet en ulovlig prismodell og at vektingen av underkriteriene skulle vært oppgitt i konkurransegrunnlaget. Videre ble det i all hovedsak anført at innklagede hadde foretatt en usaklig og ikke forutberegnelig vurdering av klagers brukerveiledning og klagers svar knyttet til miljøkrav, og videre at det var benyttet en usaklig og ikke forutberengelig metode ved vurderingen av kork og blodtilblanding. Til slutt var det anført at det forelå en regnefeil som ville medført at klager skulle vunnet konkurransen.
- (24) Innklagede innga tilsvaer 10. mai 2011. Stavanger tingrett behandlet saken under rettsmøte 11. og 12. mai 2011. I kjennelsen, datert 6. juni 2011, la retten til grunn at innklagedes *"vurdering av kravet til brukerveiledning er i strid med kravene til forutberegnelighet"* i loven § 5, og at innklagede *"i vurderingen av underkriteriet "Miljøkrav" har brutt kravene til saklighet i lov om offentlige anskaffelser"*. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet. Av slutningen fremgår det at innklagede forbys å inngå kontrakt med Med-kjemi AS for anskaffelse av vakuumrør, og kontrakt med Puls AS for anskaffelse av kanyler og sikkerhetsutstyr, inntil avgjørelse fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser foreligger.
- (25) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 17. juni 2011.
- (26) Vedlagt klagers brev til klagenemndas sekretariat datert 15. juli 2011 var et brev fra NITO datert 2. mai 2011, hvor det fremgår at *"NITO Bioingeniørfaglig institutt er bedt om å gi en vurdering av metodikk for uttesting av kvalitet på gelrør som skal brukes til sending i posten, primært uttesting av om serum i gelrør blir blodtilblandet ved forsendelse"*. Det fremgår videre at saken ble *"sendt på høring til BFIs rådgivende utvalg for preanalyse, pasientnær analysering og selvtesting (RUPPAS)"*, og det ble deretter gitt et forslag til en *"generell protokoll for en slik uttesting"*.
- (27) I sitt tilsvaer sendt til klagenemndas sekretariat 5. juli 2011 har innklagede gitt en beskrivelse av hvordan avdekkede feil ved konkurransen er blitt rettet, og hvordan resultatet av tilbudsevalueringen er blitt etter rettingene. Innklagede har for det første opplyst at innklagede, under rettsmøtet i Stavanger tingrett, ble gjort oppmerksom på en formelfeil i evalueringsmatrisen. For produktgruppe 2 hadde tilbyderen Puls fått karakteren 9,6 for tildelingskriteriet *"Leverandør"*, men på grunn av formelfeilen i excelskjemaet, fremgikk likevel karakteren 10,0 i oppsummeringen av evalueringsskjemaet. Da innklagede *"ble gjort oppmerksom på denne formelfeilen ble*

feilen naturligvis umiddelbart rettet slik at korrekt verdi er tatt inn i matrisen". Denne rettingen medførte ikke endringer på rangeringen blant tilbyderne.

- (28) Innklagede har videre opplyst at det, basert på informasjonen som fremkom under rettsmøtet, ble foretatt en ny evaluering av klagers tilbud vedrørende konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A "Kravspesifikasjon", krav nummer seks (vedrørende brukerveiledning) og det tilhørende tildelingskriterium. Innklagede har gitt klager medhold i at klager har fått for lav score i forhold til det kravet som var stilt, og har rettet feilen ved å oppjustere klagers karakter fra seks til ti poeng av ti mulige på dette kravet. Tilsvarende gjelder i forhold til konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A "Kravspesifikasjon", krav nummer 40 til 42. Kravene gjelder hvorvidt de tilbudte produktene inneholder miljøskadelige stoffer. Innklagede har foretatt en ny vurdering basert på informasjon som fremkom under rettsmøtet, og oppjustert klagers karakter fra ett til ti poeng for hvert av de tre kravene. Dette førte til at klager fikk en høyere score både når det gjelder produktgruppe 1 og produktgruppe 2. Innklagede har deretter opplyst følgende:

"Kravene til likebehandling innebærer at oppdragsgiver må legge til grunn de samme krav og evaluere alle tilbyderne ut fra samme prinsipper. I og med at man har kommet til at evalueringen av tildelingskriteriet leverandør var feil, og derved har gitt VWR 10 poeng for underpunktet om brukerveiledning, må tilsvarende retting også legges til grunn for de øvrige tilbyderne. Dette får konsekvenser for tilbyderen Puls i forhold til tildelingskriteriet leverandør. Puls hadde som VWR fått en lav score for underkriteriet brukerveiledning. I lys av VWR sin klage og redegjørelse for hvordan kriteriet må tolkes, som oppdragsgiver har akseptert, har oppdragsgiver også rettet Puls sin karakter på det aktuelle underkriterium til 10 (av 10 mulige).

Etter at de prinsipper VWR har anført skal legges til grunn, er lagt til grunn for samtlige tilbydere blir resultatet slik:

Etter retting av både VWR og Puls sine poeng blir utfallet at Med-Kjemi fortsatt blir vinner i produktgruppe 1 med 9,1 poeng (uendret). Tilbyder Puls ender opp med 8,9 poeng, mens VWR går fra 8,8 poeng til 8,9 poeng. Om man øker antallet desimaler vil Puls være foran VWR, begge ligger imidlertid langt unna vinneren Med-Kjemi i denne produktgruppen.

Etter retting av både VWR og Puls sine poeng får vi i produktgruppe 2 følgende resultat: Puls får 9,675 poeng, VWR får en 9,671 og kommer på andre plass, og Med-Kjemi får 8,979 poeng (uendret)."

- (29) Innklagede har lagt frem den endelige evalueringsmatrisen, justert i forhold til alle foretatte endringer:

"Gruppe 1 Vakuumrør					
Evalueringssmatrise	Vekt	Med-Kjemi	[...]	Puls	VWR
<i>Totalkostnad</i>	40 %	8,4		8,4	10,0
<i>Produkt</i>	55 %	9,6		9,2	8,0
<i>B-krav</i>	70 %	9,8		9,2	7,8
<i>Spesielle krav til vakuumrør</i>	10 %	9,8		9,7	9,5
<i>Dokumentasjon</i>	10 %	7,8		8,3	7,9
<i>Miljørelaterte krav</i>	10 %	9,4		9,4	7,9

<i>Leverandør</i>	<i>5 %</i>	<i>9,0</i>		<i>10,0</i>	<i>10,0</i>
<i>Vektete score</i>					
<i>Totalkostnad</i>		<i>3,4</i>		<i>3,4</i>	<i>4,0</i>
<i>Produkt</i>		<i>5,3</i>		<i>5,0</i>	<i>4,4</i>
<i>Leverandør</i>		<i>0,5</i>		<i>0,5</i>	<i>0,5</i>
<i>Total score</i>		<i>9,0</i>		<i>8,9</i>	<i>8,9</i>
<i>Rangering</i>		<i>1</i>		<i>2</i>	<i>3</i>

<i>Gruppe 2. Kanyler og sikkerhetsutstyr</i>					
<i>Evalueringsmatrise</i>	<i>Vekt</i>	<i>Med-Kjemi</i>	<i>[...]</i>	<i>Puls</i>	<i>VWR</i>
<i>Totalkostnad</i>	<i>40 %</i>	<i>8,66</i>		<i>9,6</i>	<i>10,0</i>
<i>Produkt</i>	<i>55 %</i>	<i>9,21</i>		<i>9,7</i>	<i>9,3</i>
<i>B-krav</i>	<i>90 %</i>	<i>9,21</i>		<i>9,7</i>	<i>9,5</i>
<i>Miljørelaterte krav</i>	<i>10 %</i>	<i>9,24</i>		<i>9,4</i>	<i>7,3</i>
<i>Leverandør</i>	<i>5 %</i>	<i>9,00</i>		<i>10,0</i>	<i>9,2</i>
<i>Vektete score</i>					
<i>Totalkostnad</i>		<i>3,463</i>		<i>3,831</i>	<i>4,000</i>
<i>Produkt</i>		<i>5,066</i>		<i>5,344</i>	<i>5,171</i>
<i>Leverandør</i>		<i>0,450</i>		<i>0,500</i>	<i>0,500</i>
<i>Total score</i>		<i>8,979</i>		<i>9,675</i>	<i>9,671</i>
<i>Rangering</i>		<i>3</i>		<i>1</i>	<i>2</i>

<i>Gruppe 3 Stasebånd</i>					
<i>Evalueringsmatrise</i>	<i>Vekt</i>	<i>Med-Kjemi</i>	<i>Onemed</i>	<i>Puls</i>	<i>VWR</i>
<i>Totalkostnad</i>	<i>40 %</i>	<i>6,7</i>	<i>6,3</i>	<i>5,5</i>	<i>10,0</i>
<i>Produkt</i>	<i>55 %</i>	<i>9,9</i>	<i>6,3</i>	<i>9,9</i>	<i>9,9</i>
<i>B-krav</i>	<i>90 %</i>	<i>10,0</i>	<i>6,0</i>	<i>10,0</i>	<i>10,0</i>
<i>Miljørelaterte krav</i>	<i>10 %</i>	<i>9,4</i>	<i>9,3</i>	<i>9,4</i>	<i>9,3</i>
<i>Leverandør</i>	<i>5 %</i>	<i>9,0</i>	<i>10,0</i>	<i>10,0</i>	<i>10,0</i>
<i>Vektete score</i>					
<i>Totalkostnad</i>		<i>2,7</i>	<i>2,5</i>	<i>2,2</i>	<i>4,0</i>
<i>Produkt</i>		<i>5,5</i>	<i>3,5</i>	<i>5,5</i>	<i>5,5</i>
<i>Leverandør</i>		<i>0,5</i>	<i>0,5</i>	<i>0,5</i>	<i>0,5</i>
<i>Total score</i>		<i>8,6</i>	<i>6,5</i>	<i>8,2</i>	<i>10,0</i>
<i>Rangering</i>		<i>2</i>	<i>4</i>	<i>3</i>	<i>1"</i>

- (30) Innklagede har også fremlagt en nærmere spesifisert matrise benevnt "*Produkt Miljø*", hvor evalueringen av konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A "*Kravspesifikasjon*" krav nummer 33 til 44 fremkommer for samtlige produktgrupper. Denne matrisen viser at innklagede hadde foretatt en konkret vurdering av hvert av de tolv kravene, for hver produktgruppe.
- (31) I tilsvaret av 5. juli 2011 har innklagede videre forklart følgende om tildelingskriteriene og tildelingsevalueringen:

"Tildelingskriteriene er sammenfallende for alle produktgrupper og vi vil i det følgende redegjøre for hvilke underkriterier som er lagt til grunn ved de to aktuelle

produktgruppene, og vi vil knytte merknader til hvor disse underkriteriene fremgår i konkurransegrunnlaget og hvordan underkriteriene (momentene) er vektet.

For produktgruppe 1 (vakuumrør) er følgende lagt til grunn for evalueringen:

Tildelingskriterium	Vekt	Vurdert ut fra:
<i>Totalkostnad</i>	40 %	[...]
<i>Produkt</i>	55 %	I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 var det angitt at tildelingskriteriet produkt skulle vurderes på bakgrunn av opplysninger gitt i konkurransegrunnlagets del 2 vedlegg 2A som er kravspesifikasjonen, samt konkurransegrunnlagets del 2 vedlegg 2B som er særskilte krav til vakuumrør. [...] De to vedleggene 2A og 2B viser en rekke konkrete underpunkter: - B-krav (disse fremgår i vedlegg 2A punkt 4.1, [...]) - Spesielle krav til vakuumrør (fremgår i vedlegg 2B Spesielle krav til vakuumrør arkfanen krav til vakuumrør, [...]). - Dokumentasjon (fremgår i vedlegg 2B Spesielle krav til vakuumrør arkfanen Dokumentasjon, [...]). - Miljøkrav (fremgår i vedlegg 2A punkt 4.4, [...]) De fire underkategoriene under tildelingskriteriet produkt og alle de respektive underpunkter som sorterer under de fire kategorier er således hentet fra konkurransegrunnlaget. Ved fastsettelse av samlet karakter for tildelingskriteriet produkt er de fire underkategoriene vektet hhv 70 %, 10 %, 10 % og 10 %. I og med at de undermomenter som fremgår av vedlegg 2B utelukkende er skilt ut fra vedlegg 2A av praktiske hensyn, er den reelle fordelingen mellom underkategoriene 90 % vekt for undermomenter som ikke er miljørelatert og 10 % for undermomenter som er miljørelatert.
<i>Leverandør</i>	5 %	[..]
<i>Totalt</i>	100 %	

For produktgruppe 2 (kanyler og sikkerhetsutstyr) er følgende lagt til grunn for evalueringen:

Tildelingskriterium	Vekt	Vurdert ut fra:
<i>Totalkostnad</i>	40 %	[...]
<i>Produkt</i>	55 %	I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 var det angitt at tildelingskriteriet produkt skulle vurderes på bakgrunn av opplysninger gitt i konkurransegrunnlagets del 2

		vedlegg 2A som er kravspesifikasjonen (konkurransegrunnlagets vedlegg 2B som ble lagt til grunn for evalueringen av produktgruppe 1 relaterer seg spesifikt til vakuumrør og er ikke aktuelt for evalueringen av produktgruppe 2) I vedlegg 2A fremgår følgende momenter: - B-krav (disse fremgår i vedlegg 2A punkt 4.2 [...]) - Miljøkrav (fremgår i vedlegg 2A punkt 4.4, [...]) De to underkriteriene under tildelingskriteriet produkt er hentet fra konkurransegrunnlaget. Ved fastsettelse av samlet karakter for tildelingskriteriet produkt er de to underkriteriene vektet hhv 90 % og 10 %. Dette innebærer at miljørelaterte kriterier har hatt samme vekt i begge produktgrupper.
Leverandør	5 %	[...]
Totalt	100 %	

- (32) I tilsvaret av 5. juli 2011 har innklagede også forklart bakgrunnen for utprøvingen, og hvordan utprøvingen er blitt gjennomført.

"Det må innledningsvis understrekes at oppdragsgiver Helse Vest ikke har foretatt noen vurdering av hvorvidt de tilbudte produkter oppfyller kriteriene for godkjenning som medisinsk utstyr etter [lov og forskrift om medisinsk utstyr]. At de produktene som tilbys har de lovpålagte godkjenninger var et absolutt krav i konkurransen. Formålet med utprøving av de tilbudte produkter er å kartlegge i hvilken grad de tilbudte produkter er egnet for oppdragsgivers bruk. Utprøvingen er en naturlig del av en faglig evaluering av hvordan rørene fra de ulike produsentene fungerer i den bruk som er aktuell i kontraktperioden."

- (33) Vedrørende utprøvingen av grad av blodtilblanding har innklagede skrevet følgende:

"Erfaringsmessig viser det seg at selv om rørene fra alle produsenter er produsert i henhold til gitte standarder vil det variere hva gelrørene tåler av behandling spesielt ved forsendelse med ordinær post. En av problemene oppdragsgiver har opplevd i inneværende avtaleperiode var at serum/plasma blir blodtilblandet etter sending av gelrør i posten. For oppdragsgiver vil det være en fordel at færrest mulig rør får slik blodtilblanding, og det er således et relevant moment ved vurderingen av hvilket produkt som er økonomisk mest fordelaktig. [...]"

Prøvene er tatt ved laboratoriene i Haugesund og Førde i henhold til produsentenes retningslinjer når det gjelder blanding, henstandtid før sentrifugering samt sentrifugeringshastighet. Det ble tatt prøver i 5 rør fra hver leverandør hver dag i 5 dager, totalt 25 rør fra hver leverandør. Glassene ble inspisert etter sentrifugering for vurdering av gelbarriere, og følgende punkter registrert:

- Gelen danner en homogen barriere mellom blodlegemer og serum (ref. krav nr 12, A-krav)
- Evt tilblanding av blodlegemer/hemolyse i serum (ref. krav nr. 13)

Glassene tappet i Haugesund ble sendt til Førde og motsatt. Glassene ble inspisert ved ankomst, og samme punkter som over ble vurdert ved ankomst. Serum er vurdert slik alle prøver evalueres når de mottas på laboratoriet."

- (34) Etter forespørsel fra klagenemndas sekretariat har innklagede gitt en nærmere redegjørelse for metodikken for utprøvingen av rørene, samt for resultatene av utprøvingen. I en uttalelse datert 9. august 2011, fra Astrid Mette Husøy som ledet utarbeidelsen av retningslinjene for utprøvingen, opplyses det blant annet at formålet med utprøvingen "var å teste ulike gelrør og se hvordan serum og gel påvirkes ved postforsendelse" og at utprøvingen "var aldri ment å være vitenskapelig, og utprøvingen er ikke i strid med NITO/BFI/RUPAS anbefalinger". Videre ble det uttalt at:

"Under optimale forhold kunne en ønske å tappe pasienten for tre ekstra rør og evaluere alle leverandørene/produsentene samtidig. Det ville gi identiske prøvemateriale i alle rørene som ble evaluert. Dersom en skal tappe så mye blod av pasienten til slike formål må pasienten gi skriftlig samtykke (Biobankloven). Det er litt voldsomt i en evaluering i forbindelse med en anbudsrunde. Hadde dette vært forskning ville det vært annerledes.

Alternativt kunne prøvetakingen vært utført på andre friville testpersoner, men det forutsetter også skriftlig/muntlig samtykke dersom blod skal tappes."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Evalueringen av tildelingskriteriet pris ("Totalkostnad")

- (35) Klager anfører for det første at det er i strid med lovens hovedprinsipper å bruke en på forhånd ukjent prisevalueringsmodell.
- (36) Videre anføres det at innklagede har benyttet en prisevalueringsmodell som gir et annet utslag ved poengfastsettelsen enn det den reelle prisforskjellen mellom tilbudene skulle tilsi, og dermed har handlet i strid med kravet til forutberegnelighet. Den faktiske prisforskjellen mellom klagers tilbud og de to konkurrentenes tilbud var 19 prosent, i klagers favør. Innklagedes evalueringsmodell ga imidlertid bare 16 prosent differanse i poeng ettersom konkurrentene fikk 8,4 poeng og ikke 8,1 poeng. Avviket fikk stor betydning for poengberegningen og konkurranseutfallet. Modellen fører til at den beste prisen får en relativt mindre poengscore enn det konkurransegrunnlaget angir, og favoriserer den dårligere pris. Preisevalueringsmodellen som er benyttet i konkurransen er uforutsigelig, avviker fra det som er varslet i konkurransegrunnlaget og åpner for illojal tilpasning.

Vekting av underkriterier til tildelingskriterier

- (37) Klager anfører at innklagede har foretatt en vekting av underkriterier i strid med kravet til forutberegnelighet, ettersom innklagede ikke på forhånd har oppgitt hvordan underkriterier ville vektas. I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 "Tildelingskriterier" var det angitt hvordan tildelingskriteriene "Totalkostnad", "Produkt" og "Leverandør" ville bli vektet. Innklagede har deretter, uten å underrette om det på forhånd, innført

ytterligere to undernivå av kriterier, ulikt for hver produktgruppe, som igjen er blitt vektet med ulike prosentsetninger. For produktgruppe 1 Vakuumsrør, under tildelingskriteriet "*Produkt*", er det angitt et kriterium som heter "*Spesielle krav til vakuumsrør*" som er vektet med ti prosent. Det er imidlertid ukjent hva som er de spesielle kravene. Likeledes er det angitt at "*Dokumentasjon*" er vektet med ti prosent, men det er uklart hva slags dokumentasjon det er tale om.

- (38) For produktgruppe 2 "*Kanyler og sikkerhetsutstyr*" og 3 "*Stasebånd*" fremkommer det en annen vektingsmodell: "*B-Krav*" skulle vektes 90 prosent, og "*Miljørelaterte krav*" ti prosent. Det er ikke opplyst i konkurransegrunnlaget at det skulle benyttes ulike vektingsmetoder for de ulike produktgruppene. For tilbyderne er dermed vurderingsmåten uforutsigbar, og metoden åpner for en "illojal tilpassing" fra oppdragsgivers side. Lovens krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet tilsier at tildelingskriteriene skal være gjort kjent på forhånd, på en slik måte at de blir tolket tilnærmet likt av enhver normalt påpasselig tilbyder. Når vektingskriteriene ikke er kjent på forhånd oppstår det en uakseptabel risiko for at det blir tilfeldig om tilbyderne får "tilpasset" sitt tilbud riktig.
- (39) Innklagede hevder at det faller inn under oppdragsgivers frie skjønn å benytte en slik fremgangsmåte, men kommenterer ikke hvorfor man har valgt en 70/10/10/10-prosentmodell for vakuumsrør, og en 90/10-prosentmodell for kanyler, og hvordan tilbyderne skal kunne etterprøve sakligheten ved denne konkrete modellen. Det kunne like gjerne vært valgt en 60/20/10/10-prosentmodell, og en 70/30-prosentmodell, noe som ville gitt et annet utslag i konkurransen. Dette illustrerer hvorfor konkurransegrunnlaget skal være entydig og kjent på forhånd. Lovens krav til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet er ikke oppfylt.

Evaluering av brukerveiledning

- (40) Klager anfører at innklagedes evaluering av krav nummer seks i konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A "*Kravspesifikasjon*" punkt 3.2 "*Krav til opplæring*", ikke har vært saklig. Det vises til at det var krav om at tilbyderne skulle bekrefte at det forelå en enkel og intuitiv brukerveiledning på norsk, samt vise et eksempel. Klager la ved en brukerveiledning for stasebånd. Innklagede hevdet først at klager ikke hadde gitt et eksempel på en norsk brukerveiledning, men erkjente i brev 13. april 2011 at det var inngitt et slikt eksempel. Til tross for dette opprettholdt innklagede karakteren én på dette punktet, og begrunnet dette med at klager hadde inngitt brukerveiledning for et mindre sentralt produkt.

Evalueringen av kravspesifikasjonen punkt 4.4 "Miljørelaterte krav"

- (41) Klager anfører at innklagede, ved evalueringen av de miljørelaterte kravene angitt i kravspesifikasjonen punkt 4.4, underpunkt 33 til 44, har begått saksbehandlingsfeil som har fått betydning for konkurranseutfallet. Det vises for det første til at evalueringsmatrisen viser at vektingen for disse kravene gjøres på ulike måter for hver produktgruppe, samtidig som kravene i punkt 33 til 44 i kravspesifikasjonen ikke gir noen informasjon om at svarene skal vektes forskjellig for de ulike produktgruppene.
- (42) Likeledes var det uforutsigelig og usaklig, at når klager hadde svart "*ikke aktuelt*" i stedet for "*nei*" på spørsmål om produktene inneholdt ulovlige stoffer, så mente innklagede at svaret fra klager var dårligere og derfor begrunnet forskjell i poeng.

Regnefeil

- (43) Klagenemnda bes merke seg at det var enighet mellom partene om at vinneren av produktgruppe 2 for kravet til leverandør var gitt ti poeng i stedet for 9,6 poeng.

Metoden for å vurdere kvalitet på vakuumsrør

- (44) Klager anfører at metoden innklagede har benyttet for å vurdere vakuumsrørens kvalitet mangler objektivitet. Metoden er ikke etterprøvbare, og er således i strid med loven § 5. Det er flere svakheter ved innklagedes metode, og vurderingen er dessuten åpenbart feil. Det vises til innklagedes brev 13. april 2011, hvor det blir hevdet at man etter utprøving fant at bare 75 prosent av klagers vakuumsrør tilfredsstiller innklagedes krav, det vil si at 25 prosent av rørene er "ikke ok". Videre vises det til innklagedes beskrivelser av hvilken metode som er benyttet. I partsavhøret og i prosedyren for tingretten opplyste innklagede at metoden var anbefalt fra vitenskapelig hold. Klager er Norges og Europas største distributør av laboratorieprodukter. Vakuumsrørene er produsert av en av verdens største produsenter, Terumo, og de blir brukt over hele verden. Vakuumsrørene er CE-merket og sertifiserte i alle sammenhenger. Det er aldri tidligere rapportert om 25 prosent kvalitetsavvik. Oppdragsgivers "visuelle" metode åpner for tilfeldige feilvurderinger i strid med lovens grunnleggende krav om forutberegnelighet og etterprøvbarehet. En evaluering av rørens kvalitet bør gjøres under standardiserte betingelser, slik at tilfeldige feil ved selve blodprøvetakingen og/eller andre forhold ikke kan gjøre utslag. En oppdragsgivers kvalitetsvurdering av et produkt må skje så objektivt og vitenskapelig som mulig. Innklagedes kvalitetsvurderinger var med på å gi avgjørende utslag i konkurransen. Det er ikke fremlagt protokoll fra kvalitetsvurderingene.
- (45) I tilsvaret har innklagede gitt en ny og omfattende begrunnelse for hvorfor og hvordan man har foretatt utprøvingen og kvalitetsvurderingen av tilbydernes produkter, men feilene er like åpenbare. Prøvene er tatt av 2 x 25 ulike pasienter og sendt i 2 x 5 postforsendelser mellom Haugesund og Førde, og deretter er det foretatt visuelle vurderinger av prøvene på stedet. Dette er uvitenskapelig, og i strid med anbefaling fra NITO/BFI/RUPPAS. En objektiv metode må begrense forskjellene i de ulike preanalytiske faktorene mest mulig. I den metoden innklagede beskriver er ukjente og ulike preanalytiske faktorer en del av selve metoden. Men blod fra individer har en individualitet på samme måte som individet selv, og innklagede tar ikke hensyn til dette fundamentale faktum. For å kunne sammenligne resultater av en prøve på en faglig forsvarlig måte må man derfor ta blodprøver fra samme pasient, og vurdere hvordan det samme blodet fremstår i de ulike vakuumsrørene. Det rettslige utgangspunktet er at alle deler av en anskaffelsesprosess skal tilfredsstille lovens krav. En kvalitetsvurdering av produkter er ikke en del av det innkjøpsfaglige skjønn som kan avvike fra disse kravene, men må tvert om i sterkere grad enn andre deler av prosessen være forutberegnelig, gjennomsigtig og etterprøvbare, nettopp fordi den også må tilfredsstille vitenskapelige og objektive normer.
- (46) Det nevnes også at det fra innklagede ble hevdet at når kanylens nål ble stukket gjennom vakuumsrørens kork så ble det sanset ut en del av denne slik at det falt korkbiter ned i prøvene. Dette gjelder en konkret analysemasking, og det er overveiende sannsynlig at det er en feil ved nålen i denne maskinen, og ikke korken. Klager vet hvilken maskin det er og hvilket sykehus som har maskinen. Den samme type analysemaskin håndterer Terumos vakuumsrør over hele verden, uten problemer. En slik feil er heller ikke rapportert noen gang tidligere. Påstanden er helt usannsynlig – det

ville være nærliggende å anta at andre helseforetak i Norge eller Europa ville ha erfart det samme.

Krav om avlysning

- (47) Klager fastholder at innklagede har gjort flere sentrale feil i konkurransegjennomføringen, og anfører at disse feilene ikke kan rettes på annen måte enn ved at konkurransen avlyses. Det vises til forskriften § 22-1 (1) hvor det fremgår at en oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger saklig grunn. Hvorvidt det foreligger saklig grunn må avgjøres på grunnlag av en helhetsvurdering. Det er i utgangspunktet ikke slik at en oppdragsgiver heller kan velge å rette eventuelle feil etter § 22-3 (2), i stedet for å avlyse konkurransen. Det avgjørende må være om det er en nærliggende mulighet for om den eller de feil som er begått, har virket bestemmende på forhold ved konkurransen, da først og fremst tildelingsvedtaket. I så fall skal konkurransen avlyses. Dersom retting skal godtas, må to vilkår være oppfylt. Selve rettingen må skje i samsvar med lovens overordnede prinsipper om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Dernest må tilliten til konkurransens rettferdighet være i behold etter rettingen. Forut for rettsmøtet i Stavanger tingrett ga ikke innklagede noen erkjennelse av å ha begått feil ved beregningen av poeng for miljøkrav, poeng for krav til brukerveiledning og selve poengberegningen. I tilsvaret til klagenemnda gir innklagede en erkjennelse av å ha begått feil, men hevder at enda en ny poengberegning viser at man allikevel ville ha kommet til samme resultat. Klager er ikke enig i at de erkjente feil er rettet, og vil hevde at det i de poengberegningssmatriser som nå er fremlagt er gjort nye feil, blant annet ved at konkurrenter har fått for mye poeng. Den grunnleggende tillit til konkurransens rettferdighet er gått tapt.
- (48) Vilkårene for avlysningsplikt synes i liten grad å være behandlet direkte i klagenemndas praksis eller i rettspraksis. Dette fremheves i en ny dom fra Eidsivating lagmannsrett, dom av 27. mai 2011 LE-2011-40623, som drøfter vilkårene for avlysning. På bakgrunn av dommen må man kunne fastslå at muligheten for retting kun foreligger der det er fullstendig trygghet for at retting kan skje i samsvar med lovens grunnprinsipper om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Den retting som innklagede hevder å ha foretatt tilfredsstiller ikke disse kravene.

Innklagedes anførsler:

Evalueringen av tildelingskriteriet pris ("Totalkostnad")

- (49) Innklagede anfører for det første at valg av poengberegningsmodell er opp til oppdragsgivers skjønn. Modellen som er benyttet i foreliggende konkurranse er egnet til å evaluere tilbudspriser, og den er egnet til å differensiere karakterene utfra forskjeller i tilbudte priser. Modellen er saklig og faglig forsvarlig. Den er videre benyttet av en rekke offentlige oppdragsgivere, og det er i flere dommer og i avgjørelser fra klagenemnda lagt til grunn at slike modeller er lovlige.
- (50) Formelen som den aktuelle modellen benytter for å konvertere fra kroner til karakterpoeng er som følger: $(\text{Rimeligste totalkostnad} / \text{aktuell totalkostnad}) * 10$. Modellen sikrer at man ikke kommer i en situasjon hvor man må sette negativ score på tilbud som har mer enn dobbelt så høy totalkostnad som tilbud med lavest totalkostnad. Den sikrer rent matematisk at karakterer aldri blir høyere enn ti og heller ikke lavere enn null.

- (51) Det er ikke korrekt at tildelingskriteriet pris i denne konkurransen har fått en lavere vekt enn de 40 prosentene kriteriet skal ha. Spørsmålet om valg av poengberegningsmodell gjelder hvordan man fastsetter karakteren for pris, ikke hvilken vekt denne karakteren skal få i forhold til øvrige tildelingskriterier.

Vekting av underkriterier til tildelingskriterier

- (52) Innklagede anfører at det ikke foreligger en plikt til å vekte underkriteriene til tildelingskriteriene allerede i konkurransegrunnlaget. Forskriften § 22-2 angir plikt for oppdragsgiver til å foreta vekting av tildelingskriteriene, men det foreligger ingen plikt for oppdragsgivere til på forhånd å foreta vekting av undermomentene som vil inngå i vurderingen av karakter for tildelingskriteriene. Dette er slått klart fast i klagenemndas saker 2010/120 premiss (34) og 2008/91 premiss (21). Det vises også til DIFIs veileder for utforming av tildelingskriterier.
- (53) Ved evalueringen har innklagede utelukkende vektlagt de tildelingskriterier som var oppgitt i konkurransegrunnlaget, og tildelingskriteriene er vektet i samsvar med angivelsen i konkurransegrunnlaget, i samsvar med forskriften § 22-2. Videre fremgikk alle underkriterier til de respektive tildelingskriterier av konkurransegrunnlaget. Med underkriterier menes det at det var opplyst om hvilke momenter som ville bli vurdert ved evalueringen av tildelingskriteriene. Ved evalueringen er det ikke vurdert noen andre forhold enn de som fremgikk av konkurransegrunnlaget. Alle momenter som er vektlagt ved evalueringen er hentet fra konkurransegrunnlaget. Det presiseres at alle momenter i konkurransegrunnlaget er hensyntatt ved evalueringen.
- (54) Når det konkret gjelder evalueringen av produktgruppe 1 "*Vakuumsrør*", er det opplysninger tilbyder har gitt i vedlegg 2B "*Spesielle krav til vakuumsrør*" som er vektlagt under underkriteriet "*Dokumentasjon*". Det fremgikk uttrykkelig av konkurransegrunnlaget punkt 5.1 "*Tildelingskriterier*" at opplysninger gitt i skjemaet med overskrift "*Dokumentasjon*" skulle inngå i vurderingen av tildelingskriteriet produkt. For øvrig vises det til den skjematiske fremstillingen i premiss (29) over. Fremstillingen viser at alle undermomentene som er vektlagt ved evalueringen fremgikk av konkurransegrunnlaget.

Evaluering av brukerveiledning

- (55) Innklagede har gitt klager medhold i at klager har fått for lav score for dette kravet, og har rettet feilen.

Evalueringen av kravspesifikasjonen punkt 4.4 "Miljørelaterte krav"

- (56) Det bestrides at miljøkriteriene ikke skal vurderes selvstendig i forhold til den enkelte produktgruppe. Formålet med tildelingskriteriene og de tilhørende underkriterier/momenter er å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige tilbud. I og med at konkurransen er delt mellom de ulike produktgruppene, og det har vært åpnet for at tilbyderne kunne gi separate deltilbud på en eller flere av gruppene, er det klart at tilbudene må vurderes konkret for hver produktgruppe, også i forhold til miljøkriteriene. Hvor mye emballasje en tilbyder eksempelvis har på sine vakuumsrør, er fullstendig irrelevant for vurderingen av miljøkvaliteter i den aktuelle tilbyders tilbud på stasebånd. Ved evalueringen er alle momentene i konkurransegrunnlaget hensyntatt, og tilbydernes svar er vurdert for hvert produktområde i samsvar med konkurranseregler punkt 2.8. Dette med sikte på å identifisere det aktuelle tilbuds miljøegenskaper for den aktuelle produktgruppe.

- (57) Klagers andre anførsel på dette punktet knytter seg til innklagedes konkrete poengutmåling for underkriteriene nummer 40 til 42, jf. konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A "*Kravspesifikasjon*" punkt 4.4.2 "*Produktets innhold*". Innklagede har gitt klager medhold i at klager har fått for lav score i forhold til kravene som er stilt. Innklagede har rettet feilen ved å gi klager ti poeng for de tre aktuelle underkriteriene.

Regnefeil

- (58) Puls AS hadde ved en feil fått karakteren 10 i det opprinnelige evalueringsskjemaet grunnet en formelfeil i excel-arket. Denne feilen har innklagede rettet.

Metoden for å vurdere kvalitet på vakuumbørene

- (59) Utprøvingen innklagede har gjennomført er grundig og faglig begrunnet. Det er tatt et stort antall prøver fra hver tilbyder. Utprøvingen er foretatt av fagpersonell, og den endelige karaktersettingen er gjort på bakgrunn av funksjonsteamets samlede grundige vurdering. Den utprøving som har funnet sted overgår både i grundighet og i omfang det som er normal ved offentlige oppdragsgiveres utprøving av tilbudte produkter. At klager trekker i tvil fagmessigheten og grundigheten i det utprøvingssopplegget innklagede har gjennomført, vitner om mangelfull forståelse. Det vises for øvrig til klagenemndas praksis relatert til uttesting av produkter, jf. sak 2003/97 og 2006/48 premiss (17) og (23). I klagenemndas praksis er det gjennomgående lagt til grunn at oppdragsgivers utprøving er en relevant metode for innhenting av grunnlag for evaluering av tilbudte produkter, noe annet ville også være høyst oppsiktsvekkende. Om man sammenholder grundigheten og fagmessigheten i nærværende utprøving med det som er akseptert av klagenemnda i tidligere saker som gjelder utprøving av produkter, kan det ikke være tvil om at den utprøving innklagede har foretatt er usedvanlig grundig.
- (60) Utprøvingen er utført med sikte på å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og har således til formål å finne frem til i hvilken grad de tilbudte produkter egner seg for innklagedes faktiske bruk. Innklagede har ikke foretatt noen vurdering av hvorvidt de tilbudte produkter oppfyller kriteriene for godkjenning som medisinsk utstyr etter lov og forskrift om medisinsk utstyr. At de tilbudte produktene har de lovpålagte godkjenninger var et absolutt krav i konkurransen. Utprøvingen er en naturlig del av en faglig evaluering av hvordan rørene fra de ulike produsentene fungerer i den bruk som er aktuell i kontraktsperioden. Det var i konkurransegrunnlaget opplyst om at en utprøving ville finne sted, jf. punkt 2.9 "*Utprøving*". Evalueringen er foretatt i samsvar med forutsetninger presisert i konkurransegrunnlaget.

Krav om avlysning

- (61) Innklagede anfører at det ikke er begått feil som innebærer en plikt til å imøtekomme klagers krav om avlysning. Avlysningsplikt foreligger kun dersom det for det første er begått feil i konkurransen, for det andre at det er snakk om feil som ikke kan rettes opp. For det tredje må det være snakk om en feil som har hatt betydning for konkurransen. Det vil være klart i strid med regelverkets formål dersom en feil som ikke er egnet til å påvirke konkurransen skal innebære avlysningsplikt. De feil som er begått i konkurransen skal etter regelverket rettes, og er faktisk blitt rettet. Det vises til forskriften § 22-3 (2) som er formulert som en fakultativ regel, men de grunnleggende prinsipper som fremgår av både lov og forskrift må innebære at feil som klar hovedregel ikke bare kan, men skal rettes. Forskriften § 22-3 (2) tilsier at oppdragsgiver skal

annullere en tildeling og foreta evaluering på ny dersom evalueringen som er gjort er i strid med tildelingskriteriene. Oppdragsgiver har tatt ad nota alle klagers merknader til feil ved evalueringen, og har på den bakgrunn foretatt ny evaluering. Den nye evalueringen, som er utført i samsvar med de prinsipper klager har forfektet, viser at Med-Kjemi blir vinner av produktgruppe 1, mens Puls blir vinner av produktgruppe 2.

- (62) Klager har vist til en dom fra Eidsivating lagmannsrett av 27. mai 2011, og anført at dommen gir holdepunkter for avlysningsplikt i foreliggende sak. Dette er feil, dommen tilsier tvert i mot at avlysning ikke skal finne sted dersom feil som er begått ikke har påvirket konkurransen. I den aktuelle saken var det tale om en feil i konkurransegrunnlaget som kunne påvirke tilbyderens utforming av tilbudene, dette stiller seg helt annerledes enn i foreliggende sak.

Klagenemndas vurdering:

- (63) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kjøp av utstyr for venøs prøvetaking som er en vareanskaffelse. Klagenemnda kan ikke se at anskaffelsens estimerte verdi er oppgitt, men det er i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "*Anskaffelsesprosedyre*" opplyst at konkurransen skulle gjennomføres etter forskrift om offentlige anskaffelser del I og del III. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at anskaffelsen følger lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, samt forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III.

Generelt om kunngjøringspliktens rekkevidde

- (64) I denne sak har klager anført at innklagede har handlet i strid med hovedprinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 5 – i første rekke kravet til forutberegnelighet – ved at verken prisevalueringsmodellen eller underkriterier (under tildelingskriteriene) var blitt kunngjort på forhånd. Nemnda vil på denne bakgrunn gi noen korte, generelle bemerkninger om kunngjøringspliktens rekkevidde. Det følger av forskriften § 13-2 (2) og § 22-2 (2) at alle kriterier som vil være bestemmende for tildeling av kontrakt, skal oppgis i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget. Når det gjelder den innbyrdes vekten av kriteriene, er § 22-2 (2) strengest, ved at den slår fast at oppdragsgiveren i alle tilfeller "*skal angi den relative vekten som gis hvert av kriteriene*". Klagenemndas praksis, som bygger på EU-direktiv 2004/18 og EU-domstolens praksis, kan langt på vei forstås slik at kunngjøringsplikten utelukkende gjelder hovedkriteriene for tildeling og den relative vekt disse vil bli tillagt under evalueringen. Det innebærer at den nærmere metodikk for å finne frem til det tilbud som best oppfyller tildelingskriteriene, i utgangspunktet ikke er undergitt kunngjøringsplikt i forkant (men kan måtte inngå i kravene til begrunnelse når beslutning om tildeling er gjort, jf. forskriften § 22-3, jf. § 20-16 (1) og (4), tilsvarende i Del II § 13-3 (1) jf. § 11-14 (1) og (4)). Således vil poengmatriser og nærmere beregningsprinsipper eller –teknikker ikke være kunngjøringspliktige i forkant og behøver ikke beskrives i konkurransegrunnlaget. Det samme vil i utgangspunktet gjelde vekten av underkriterier under tildelingskriteriene.

Evalueringen av tildelingskriteriet pris ("Totalkostnad")

- (65) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har handlet i strid med lovens hovedprinsipper ved å benytte en prisevurderingsmodell som tilbyderne ikke var gjort kjent med på forhånd.
- (66) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at det ikke kan oppstilles en plikt for oppdragsgiver til på forhånd å opplyse hvilken vurderingsmodell som vil bli benyttet, jf. sak 2009/279 premiss (26) og 2009/225 premiss (39). De nevnte sakene gjaldt anskaffelser etter forskriften del II, og spørsmålet blir om tilsvarende kan legges til grunn for forskriften del III. I sak 2009/225 premiss (32) til (39) behandlet klagenemnda spørsmålet, med utgangspunkt i § 13-2 (2). Den tilsvarende bestemmelsen i del III er § 22-2 (2), som altså fastsetter en strengere plikt for oppdragsgiverne til på forhånd å opplyse om den relative vekten av tildelingskriteriene. Konklusjonen i sak 2009/225 bygget i stor grad på rettskilder knyttet til artikkel 53 nr. 2 i direktiv 2004/18, som danner basis for både §§ 13-2 (2) og 22-2 (2). Nemnda finner ingen grunn til å skille mellom bestemmelsene når det gjelder forståelsen av kunngjøringsplikts rekkevidde. Nemnda har forstått den aktuelle prisevurderingsmodellen som et hjelpemiddel – en beregningsmåte – til å fastslå hvor mange poeng de enkelte tilbudene skulle få under tildelingskriteriet *”Totalkostnad”* basert på forskjellene i de tilbudte prisene. På bakgrunn av det som er fremholdt i premiss (64), forelå derfor ingen kunngjøringsplikt i dette tilfellet, og klagers anførsel fører ikke frem.
- (67) Det neste spørsmålet blir om innklagede har handlet i strid med kravet til forutberegnelighet, ved å benytte en prisevurderingsmodell som klager hevder gir et annet utslag ved poengfastsettelsen enn det den reelle prisforskjellen mellom tilbudene skulle tilsi. Til støtte for sin anførsel har klager blant annet vist til at en prisforskjell mellom tilbudene på 19 prosent, kun ga en differanse i poeng på 16 prosent.
- (68) Ved verdsettelsen av forskjellene mellom tilbudene, herunder karaktersetting av prisen, utøver oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig, jf. sak 2009/279 premiss (25). Av kravet til forutberegnelighet følger det imidlertid at oppdragsgiver må benytte en vurderingsmodell som fanger opp relevante forskjeller mellom tilbudene, og premierer disse i samsvar med tildelingskriterienes angitte vekt, jf. klagenemndas sak 2008/67 premiss (45) med videre henvisninger. I den sistnevnte sak var det anført at det var i strid med kravet til forutberegnelighet å benytte en forholdsmessighetsmodell ved utregningen av tilbyderens poeng under priskriteriet. Om dette uttalte nemnda følgende:

”(50) Poengberegningen har i den foreliggende sak skjedd ved at innklagede har gitt 10 poeng til det beste tilbudet. Deretter er det benyttet en brøk, hvor det beste tilbudet er delt på prisen til et høyere tilbud. Denne summen er så multiplisert med 10.

(51) Etter klagenemndas syn må en slik fremgangsmåte sies å være egnet til å premiere relevante forskjeller mellom tilbudene, og utpeke det beste tilbudet. Ut fra dette kan klagenemnda ikke se at det kan reises noen vesentlig innvending mot den beregningsmodell innklagede har benyttet. Det ble i konkurransegrunnlaget informert om tildelingskriterienes vekt og om den poengskala som ville bli brukt. Klagenemnda kan heller ikke se at forholdsmessighetsmodellen som ble benyttet av innklagede fremstår som upåregnelig, i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det vises til klagenemndas sak 2006/90 (premiss 36).”

- (69) Forholdene i sak 2008/67 er dermed svært like forholdene i foreliggende sak. Det vises til at beste pris har fått ti poeng på tildelingskriteriet "*Totalkostnad*", og at innklagede har forklart at formelen benyttet i foreliggende sak er "*(rimeligste totalkostnad/aktuell totalkostnad)*10*". Det bemerkes imidlertid at innklagede, etter det nemnda kan se, ikke hadde opplyst om hvilken poengskala som ville bli brukt ved evalueringen. Poengskalaen som er benyttet i foreliggende sak, går imidlertid fra en til ti, og må etter nemndas syn anses som en standard poengskala som ikke kan anses upåregnelig eller uforsvarlig. På denne bakgrunn legger nemnda til grunn at det ikke på generelt grunnlag kan reises innvendinger mot innklagedes valg av prisevalueringsmodell, og at innklagedes valg av modell ikke har vært uforutsigbart.
- (70) Nemnda kan heller ikke se at den konkrete bruken av prisevalueringsmodellen i foreliggende sak fremstår som upåregnelig. Det vises til at klager har opplyst om at den faktiske forskjellen mellom tilbudsprisene var 19 prosent, mens prisberegningsmodellen gav en differanse i poeng på 16 prosent. Dette gir en uoverensstemmelse på 3 prosentpoeng. I sak 2008/67 godtok klagenemnda en uoverensstemmelse på 6,08 prosentpoeng. Etter dette har nemnda kommet til at prisberegningsmodellen benyttet i foreliggende sak i tilstrekkelig grad har sikret at relevante forskjeller mellom tilbudene ble gjenspeilet i poengene tilbudene fikk. Klagers anførsel fører ikke frem.

Vekting av underkriterier til tildelingskriterier

- (71) Klager har anført at innklagede har foretatt en vekting av underkriteriene i strid med kravet til forutberegnelighet. Det er blant annet vist til at vektingen ikke var oppgitt på forhånd, og at det var benyttet ulike vektingsmodeller for de ulike produktgruppene. Klagenemnda forstår klager som at anførselen kun knytter seg til tildelingskriteriet "*Produkt*".
- (72) Ved evalueringen av tilbudene etter tildelingskriteriene, herunder fastsettelse av poeng, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig, og i samsvar med de angitte tildelingskriteriene. Videre kan klagenemnda prøve om skjønnsutøvelsen er i samsvar med de grunnleggende kravene i lovens § 5, og om oppdragsgiver har lagt riktig faktum til grunn, jf. bl.a. klagenemndas sak 2009/223 premiss (64).
- (73) I klagenemndas sak 2010/310 var det anført at underkriteriene til tildelingskriteriet "*Kvalitet, metodikk og oppdragsforståelse*" var vektet på en uforutsigbar måte. Klagenemnda viste i premiss (54) og (55) til begrensningene i adgangen til å overprøve oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og til at nemnda i flere saker hadde lagt til grunn at en oppdragsgiver ikke har plikt til å oppgi vekting av underkriterier på forhånd. Videre viste nemnda til EU-domstolens avgjørelse i sak C-331/04 (ATI), og uttalte deretter i premiss 55 at "*dette [må] forstås slik at underkriteriene kan vektes senere, forutsatt at den oppgitte vekten av tildelingskriteriet ikke endres. I tråd med dette kunne klager ikke ha en berettiget forventning om at underkriteriene skulle vektes tilnærmet likt.*"
- (74) I klagenemndas sak 2008/12 var vekten på underkriteriene ikke angitt. I premiss (39) uttalte nemnda at "*Under tilbudsevalueringen hadde innklagede således et visst skjønn med hensyn til hvor stor vekt de ulike underkriteriene [...] skulle ha*". Nemnda viste deretter til sak 2007/130 hvor det var presisert at en oppdragsgiver ikke nødvendigvis

har plikt til å tillegge hvert av underkriteriene samme vekt i tilfeller der underkriterienes vekt ikke er oppgitt på forhånd, jf. premiss (32), og at den *"eneste begrensningen her er at ikke noen av underkriteriene må tillegges uventet eller uforholdsmessig stor eller liten vekt"*. På denne bakgrunn legger nemnda til grunn at innklagede har en vid skjønsmessig adgang til å fastsette vektingen av underkriteriene, når vekten ikke er fastsatt i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

- (75) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 *"Tildelingskriterier"* hadde innklagede oppgitt vekten på tildelingskriteriene. Det var ikke direkte oppgitt konkrete underkriterier til tildelingskriteriene, men i kolonnen *"Detaljer"* var det henvist til deler av konkurransegrunnlaget. For tildelingskriteriet *"Produkt"* var det vist til konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A og Vedlegg 2B. Dette må forstås som en henvisning til hva som skulle vektlegges ved evalueringen av nevnte tildelingskriterium. Konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A *"Kravspesifikasjon"* bestod av en rekke A- og B-krav, sortert under en rekke punkter og underpunkter. A-kravene var absolutte, mens B-kravene relaterte seg enten til tildelingskriteriet *"Produkt"* eller til kriteriet *"Leverandør"*. De B-kravene som relaterte seg til tildelingskriterier *"Produkt"*, fremgikk av punkt 4 *"Funksjonelle krav"*, og var organisert under underpunktene 4.1 *"Vakuumsrør"*, 4.2 *"Kanyler"*, 4.3 *"Stasebånd"* og 4.4 *"Miljørelaterte krav"*. Punkt 4.1 til 4.3 samsvarer med produktgruppene oppgitt i konkurransegrunnlaget punkt 1.4. Det vises videre til beskrivelsen av konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2B *"Spesielle krav til vakuumsrør"* gitt foran i fremstilling av sakens faktiske bakgrunn og til evalueringsmatrisen og innklagedes forklaring på hvordan evalueringen er gjennomført.
- (76) Etter det nemnda kan se er samtlige av de momenter som fremgår av innklagedes evalueringsmatrise hentet fra konkurransegrunnlaget. Ettersom innklagede i konkurransegrunnlaget punkt 2.4 og 2.8 hadde åpnet for at det var mulig å inngi tilbud på en eller flere av hoved- og undergruppene angitt i konkurransegrunnlaget punkt 1.4, måtte evalueringen naturlig nok foretas separat for hver produktgruppe for å kunne rangere tilbydere som hadde inngitt tilbud på samtlige produktgrupper i forhold til tilbydere som bare innga tilbud på deler av produktgruppene. Dette samsvarer også med kravspesifikasjonen, hvor B-kravene var sortert etter overskrifter som samsvarte med navnene på produktgruppene. Det var dermed i kravspesifikasjonen angitt både hvilket tildelingskriterium det aktuelle kravet relaterte seg til, og hvilken produktgruppe det hørte til.
- (77) Med tanke på variasjonene i evalueringen for produktgruppene, måtte det etter klagenemndas syn fremstå som påregnelig for tilbyderne at opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget del 2 Vedlegg 2B *"Spesielle krav til vakuumsrør"* kun ville bli evaluert i forhold til produktgruppe 1 *"Vakuumsrør"*. At de to tabellene i del 2 Vedlegg 2B, det vil si *"Krav til vakuumsrør"* og *"Dokumentasjon"* er blitt tillagt ti prosent hver fremstår ikke som uventet, eller som at de er blitt tillagt uforholdsmessig stor eller liten vekt, jf. sak 2007/130. Nemnda kan ikke se at dette var umulig eller vanskelig å forutse ut fra opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget. At innklagede for produktgruppe 1 har lagt inn flere underkriterier enn for produktgruppe 2 og 3, fremstår heller ikke som usaklig eller uforsvarlig. Videre fremgår det av evalueringsmatrisen, og innklagedes forklaring, at de miljørelaterte kravene er vektlagt ti prosent for samtlige tre produktgrupper.

- (78) På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at innklagedes evaluering har vært saklig og forsvarlig, og i samsvar med de angitte tildelingskriteriene. Innklagede har videre ikke handlet i strid med kravet til forutberegnelighet ved ikke på forhånd å ha oppgitt hvordan underkriteriene ville vektes. Klagers anførsel har ikke ført frem.

Evalueringen av kravspesifikasjonen punkt 4.4 "Miljørelaterte krav"

- (79) Klager har anført at innklagede har begått saksbehandlingsfeil ved evalueringen av de miljørelaterte kravene angitt i konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A "Kravspesifikasjon", nærmere bestemt krav nummer 33 til 44 som fremkommer av punkt 4.4 "Miljørelaterte krav". Det er vist til at det fremgår av evalueringsmatrisen at vektingen av miljøkravene ble gjort ulikt for hver produktgruppe, uten at dette fremgår av konkurransegrunnlaget.
- (80) Som nevnt utøver oppdragsgivere et innkjøpsfaglig skjønn ved tilbudsevalueringen som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagers anførsel er vagt formulert, og spørsmålet klagenemnda tar stilling til blir dermed om innklagedes vekting av de miljørelaterte kravene fremstår som saklig og forsvarlig, i samsvar med de angitte tildelingskriteriene, og om skjønnsutøvelsen er i samsvar med de grunnleggende kravene i lovens § 5. Som det fremgår ovenfor, har innklagede ikke plikt til å oppgi vekten på underkriterier.
- (81) Det fremgår av evalueringsmatrisen at for samtlige tre produktgrupper er underkriteriet "Miljørelaterte krav" vektet med ti prosent som et underkriterium til tildelingskriteriet "Produkt". Den nærmere spesifiserte matrisen for "Produkt Miljø", hvor evalueringen av krav nummer 33 til 44 fremkommer for samtlige produktgrupper, viser at de miljørelaterte kravene ble evaluert separat for de tre produktgruppene, det vil si at det ble foretatt en konkret vurdering av hvert krav for hver produktgruppe.
- (82) I konkurransegrunnlaget var det åpnet opp for å inngi tilbud på én eller flere av de tre produktgruppene. Det fremstår for nemnda som naturlig at de miljørelaterte kravene dermed måtte bli evaluert separat for hver produktgruppe, det vil si at innklagede måtte identifisere miljøegenskapene for den aktuelle produktgruppen for å kunne sammenligne tilbudene. Ettersom innklagede faktisk mottok et tilbud utelukkende på produktgruppe 3, ville det være praktisk vanskelig å gjennomføre evalueringen på annen måte. Etter klagenemndas syn fremstår innklagedes evaluering av de miljørelaterte kravene som saklig, forsvarlig og i tråd med konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel fører ikke frem.

Metoden for å vurdere kvalitet på vakuumsrørene

- (83) Klager har anført at innklagedes metode for å evaluere kvaliteten på vakuumsrørene mangler objektivitet og etterprøvbarehet og dermed er i strid med loven § 5.
- (84) Nemnda minner om at oppdragsgiver utøver et innkjøpsfaglig skjønn ved tilbudsevalueringen, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Dette gjelder også ved oppdragsgiveres valg av metode for utprøving av produktene som skal anskaffes. Etter nemndas syn må oppdragsgiver ha mulighet til å prøve ut tilbudte produkter basert på de behov oppdragsgiver har. Det kreves imidlertid at den metoden som benyttes tilfredsstiller de grunnleggende kravene oppstilt i loven § 5, og da særlig kravene til objektivitet, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Spørsmålet er om innklagedes utprøving av vakuumsrørene tilfredsstiller disse kravene.

- (85) Klagenemnda tar først stilling til om kravet til forutberegnelighet er tilfredsstilt. I konkurransegrunnlaget var det angitt at utprøving *"ville bli aktuelt for hovedgruppe 1 og 2"* og at det ville *"gjøres en vurdering av funksjonalitet med bakgrunn i kravene stilt i Del 2 Vedlegg 2A Kravspesifikasjon og Del 2 Vedlegg 2B Spesielle krav til vakuumsrør. Utprøvingen vil gjøres i et omfang som er tilstrekkelig for å evaluere produktet"*, jf. punkt 2.9 *"Utprøving"*. Innklagede hadde dermed informert tilbyderne om at produktene ville bli utprøvd. Det fremgikk videre av konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A *"Kravspesifikasjon"* punkt 4.1 krav nummer 13 at *"det ville vektlegges at serum/plasma i minst mulig grad blir blodtilblandet etter sending av gelrør i posten"* og at dette ville *"bli verifisert gjennom en utprøving"*. Innklagede hadde med dette sagt noe om metoden for utprøvingen, at gelrør skulle sendes i posten, og opplyst om hva som var formålet med utprøvingen, det vil si vurdere grad av blodtilblanding. Det var med dette riktignok ikke redegjort i detalj for hvordan utprøvingen ville bli gjennomført, men nemnda er likevel kommet til at beskrivelsen av metoden i konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig for å imøtekomme tilbyderens behov for informasjon vedrørende utprøvingen, og dermed oppfyller kravet til forutberegnelighet.
- (86) Klagenemnda vurderer så om kravet til etterprøvbarehet er ivaretatt. I tildelingsmeddelelsen 28. mars 2011 opplyste innklagede at det var foretatt en utprøving, og at resultatene fra utprøvingen var tatt inn i evalueringsmatrisen. I den nærmere begrunnelsen som ble gitt i brev 31. mars 2011 ga innklagede en redegjørelse for resultatene fra utprøvingen, men det ble ikke redegjort for hvordan utprøvingen var gjennomført. I innklagedes brev 13. april 2011, under overskriften *"Funksjonelle krav"*, ble det imidlertid gitt en beskrivelse av fremgangsmåten ved utprøvingen. Innklagede har videre beskrevet metoden for utprøvingen i sine tilsvarende til klagenemndas sekretariat, og dokumentert retningslinjene for utprøvingen, notater utarbeidet ved observasjonen av rørene under utprøvingen, referat fra evalueringsmøte og uttalelser fra ansatte ved sykehuset der deler av prøvene ble tatt. Dokumentasjonen viser at innklagede hadde fastsatt en prosedyre for utprøvingen, og at det foreligger skriftlig nedtegning av observasjonene gjort under utprøvingen og evalueringen foretatt i etterkant. Etter nemndas syn har innklagede fremlagt dokumentasjon vedrørende utprøvingen i tilstrekkelig klar og utfyllende form til at kravet til etterprøvbarehet er oppfylt.
- (87) Klager har videre anført at metoden mangler objektivitet. Klager har vist til en uttalelse fra NITO, og hevder at metoden ikke tilfredsstiller vitenskapelige krav. Videre har klager fremhevet at svakheten ved innklagedes metode er at det ikke er tatt hensyn til at blod i vakuumsrør har en individuell egenart ettersom det ikke er tatt blodprøver fra samme pasient. Innklagede har på sin side erkjent at dette ikke var en vitenskapelig utprøving, og opplyst at formålet har vært å avklare i hvilken grad de tilbudte produkter ville egne seg for innklagedes faktiske bruk.
- (88) Det fremkommer av den fremlagte dokumentasjon at metoden i stor grad bygger på subjektive vurderinger, og etter nemndas oppfatning er det åpenbare svakheter ved en metode som ikke knyttes mer opp mot objektive kriterier. Det kan heller ikke utelukkes at det faktisk at det ikke er tatt blodprøver fra samme pasient er en avgjørende svakhet ved undersøkelsen som kan ha ført til feil resultat. Klagenemnda kan imidlertid ikke, ut fra den fremlagte dokumentasjon, ta stilling til om dette forholdet og det faktisk at metoden ikke er vitenskapelig, fører til at metoden ikke er egnet til finne det vakuumsrøret som tilfredsstiller kravet best. Det kreves medisinsk kompetanse til å etterprøve denne typen metoder. Klagenemnda er imidlertid av den oppfatning at innklagede har forsøkt å ivareta kravene til objektivitet på andre måter, blant annet ved

å fastsette retningslinjer for utprøvingen, å nedtegne skriftlig resultatene fra utprøvingen, og deretter sammenligne resultatene i et evalueringsmøte. Etter det nemnda kan se, fremstår dermed selve gjennomføringen av utprøvingen som forsvarlig.

- (89) På denne bakgrunn er nemnda kommet til at innklagede, ved vurderingen av kvalitet på vakuumrørene, ikke har handlet i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (90) Klager har videre kommentert innklagedes vurdering av korken på vakuumrørene. Denne påstanden er imidlertid for vag og udokumentert til at klagenemnda kan behandle den.

Retting av feil ved tilbudsevalueringen.

- (91) Klager har fremsatt anførsler knyttet til feil ved evalueringen og poengsettingen av klagers tilbud i forhold til krav nummer seks i konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A "*Kravspesifikasjon*" punkt 3.2 "*Krav til opplæring*" og til krav nummer 40 til 42 i konkurransegrunnlaget Del 2 Vedlegg 2A "*Kravspesifikasjon*" punkt 4.4. I sine skriv til klagenemndas sekretariat har innklagede opplyst at det, på bakgrunn av informasjonen som fremkom under rettsmøtet i Stavanger tingrett, ble foretatt nye evalueringer av klagers tilbud på disse punktene, og at klager har oppnådd ti av ti mulige poeng på samtlige punkter. Videre har innklagede opplyst at regnefeilen i den opprinnelige evalueringsmatrisen er rettet.
- (92) Det følger av forskriften § 22-3 (2) at dersom en oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke var i samsvar med § 22-2 "*Kriterier for valg av tilbud*", kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått. Dette innebærer at en oppdragsgiver, helt til kontrakt er inngått, kan endre avgjørelsen om tildeling av kontrakt dersom avgjørelsen er i strid med de fastsatte tildelingskriteriene. Hensynet bak bestemmelsen er å kunne åpne for en endring av en tildelingsbeslutning der oppdragsgiver av eget tiltak, eller etter påvisning av tilbydere kan vise til at kontraktstildelingen er skjedd i strid med kriteriene for valg av tilbud, eller i strid med andre sentrale bestemmelser i regelverket, jf. klagenemndas sak 2008/9 premiss (40).
- (93) Nemnda legger til grunn at de endringene innklagede har foretatt, ble gjort som følge av at innklagende anså den første evalueringen for å være i strid med konkurransegrunnlaget, herunder i strid med § 22-3 (2). Ettersom kontrakt ennå ikke er inngått, har innklagede full anledning til å foreta en slik retting. Ettersom innklagede har rettet feilene, og klager har oppnådd full uttelling på samtlige punkter, kan nemnda ikke se at klager har saklig interesse i å få behandlet disse anførslene.

Hvorvidt konkurransen må avlyses

- (94) I foreliggende sak har nemnda ikke konstatert brudd på regelverket. Innklagede har foretatt flere rettinger av tilbudsevalueringen i samsvar med forskriften § 22-3 (2) som har ført til endringer på totalsummene til tilbyderne, uten at dette har påvirket rangeringen av tilbyderne. Spørsmålet om avlysning er dermed bortfalt.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har ikke handlet i strid med regelverket.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,
29. august 2011

Georg Fredrik Rieber-Mohn