



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse for anskaffelse av operasjonsbord med tilbehør. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 22-2 (2) ved angivelsen av tildelingskriterienes vekt og at innklagede dermed hadde plikt til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 17. oktober i sak 2011/204

Klager: Puls AS

Innklaget: Universitetssykehuset i Nord-Norge HF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Angivelse av tildelingskriterienes vekt, plikt til avlysning

Bakgrunn:

(1) Universitetssykehuset Nord-Norge HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. juli 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av operasjonsbord med tilbehør. Anskaffelsens ble kunngjort i Doffin og TED. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlagets punkt 6.2 angitt til å være 22. september 2010. I kunngjøringen på TED var CPV-kode for anskaffelsen oppgitt til å være 33192230 for "Operasjonsbord". Innklagede har i prosesskriv oppgitt at anslått verdi for anskaffelsen var ca. kroner 10 000 000.

(2) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 1.2 "Omfang" at:

"UNN skal kjøpe operasjonsbord i 2010 med opsjon på innkjøp i 2011 og 2012. Vi har planlagt innkjøp av 12 operasjonsbord i 2010, resterende av bord ca 10 stk kjøpes inn i løpet av 2011 og 2012.

UNN er usikker på fordelingen av faste og mobile bord. Vi forbeholder oss retten til å velge hvordan fordelingen blir etter gjennomgang av innkomne tilbud."

(3) Under konkurransegrunnlagets punkt 4 "Kriterier for tildeling av kontrakt" fremgikk følgende:

"Tildeling av kontrakt vil skje ut fra det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på følgende kriterier:

Pris: vektes 40 % (+/- 10 %)

Kvalitet (herunder): vektes 25 % (+/- 10 %)

- På tildelingskriteriet kvalitet legges det vekt på opplysninger fra tilbyder samt skal- og bør kravene.

Brukervennlighet (herunder): vektes 25 % (+/- 10 %)

- På tildelingskriteriet brukervennlighet legges det vekt på opplysninger fra tilbyder samt skal- og bør kravene.

Service (herunder): vektes 10 % (+ 10 %)

- Oppetidsgaranti i prosent.
 - Leveringstid på deler utover bør-krav.
 - Oppmøtetid ved tilkalling.
 - Responstid (telefonsupport) fra serviceingeniør.
 - Eventuelle anmerkninger fra FDA (Food and drugadministration) eller DSB (Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap).
- (4) Innen fristen mottok innklagede 7 tilbud, herunder fra Puls AS (heretter kalt klager) og DICO AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (5) Av innklagedes "Innstilling operasjonsbord" datert 23. juni 2011 fremgikk at innklagede ønsket å tildele kontrakt til valgte leverandør. Videre fremgikk det at:

"Puls AS, Dico AS og Merivaara AS har presentert sine tilbud for brukergruppen. Operasjonsbord har vært til utprøving. Etter utprøving av operasjonsbord fra Merivaara AS ble det klart at produktet ikke tilfredsstilte våre krav angående vask på 85 grader. Merivaara AS har av den grunn blitt avvist.

TILDELING AV KONTRAKT

Utstyret rangeres innenfor de fire tildelingskriteriene pris, kvalitet, brukervennlighet og service. De rangeres med score 1-10 poeng hvor 10 er best og 1 er dårligst.

Følgende tildelingskriterier er benyttet:

- Pris 40 % (+/- 10%)
- Kvalitet 25 % (+/- 10%)
- Brukervennlighet 25 % (+/- 10%)
- Service 10% (+ 10%)

Dico AS:

Brukervennlighet – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er leverandøren vurdert tilnærmelsesvis likt med Puls AS.

Kvalitet – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er leverandøren vurdert tilnærmelsesvis likt med Puls AS.

Service – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er leverandøren vurdert tilnærmelsesvis likt med Puls AS.

Puls AS:

Brukervennlighet – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er leverandøren vurdert tilnærmelsesvis likt med Dico AS.

Kvalitet – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er leverandøren vurdert tilnærmelsesvis likt med Dico AS.

Service – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er leverandøren vurdert tilnærmelsesvis likt med Dico AS.

Oppsummering

Dico AS er vurdert å ha gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbud. UNN HF ønsker å tildelekontrakt på kjøp av operasjonsbord til Dico AS.

Oppsummering score-skjema

		<i>Dico</i>		<i>Puls</i>	
<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Vekting</i>	<i>Poeng</i>	<i>Sum</i>	<i>Poeng</i>	<i>Sum</i>
<i>Brukervennlighet</i>	<i>0,25</i>	<i>10,00</i>	<i>2,50</i>	<i>10,00</i>	<i>2,50</i>
<i>Pris</i>	<i>0,4</i>	<i>10,00</i>	<i>4,00</i>	<i>6,28</i>	<i>2,51</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>0,25</i>	<i>10,00</i>	<i>2,50</i>	<i>10,00</i>	<i>2,50</i>
<i>Service</i>	<i>0,1</i>	<i>10,00</i>	<i>1,00</i>	<i>10,00</i>	<i>1,00</i>
<i>Totalsum</i>	<i>1</i>		<i>9,00</i>		<i>7,51</i>

[...]"

- (6) Klager ble i brev datert 23. juni 2011 meddelt at kontrakt ville tildeles valgte leverandør. Det fremgikk videre at klager var vurdert *"tilnærmelsesvis likt"* med og hadde fått samme poengsum som valgte leverandør for tildelingskriteriene *"brukervennlighet"*, *"kvalitet"* og *"service"*. Matrisen *"Oppsummering scoreskjema"*, fra innstilling datert samme dag, var videre gjengitt. Klagefrist var satt til 7. juli 2011. Det ble vist til at:

"Dico AS er vurdert å ha gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert ut fra tildelingskriteriene:

- *Brukervennlighet 25 %*
 - *Pris 40 %*
 - *Kvalitet 25 %*
 - *Service 10%*
- (7) I etterkant av tildelingsbeslutningen var det en del e-post korrespondanse mellom klager og innklagede, som i hovedsak knyttet seg til spørsmålet om hvorvidt valgte leverandørs tilbud oppfylte kravspesifikasjonen. Klager sendte også klage på innstillingen vedlagt e-post datert 19. juli 2011. Innklagede avviste klagen i e-post datert 20. juli 2011.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev datert 22. juli 2011.
- (9) Innklagede bekreftet i e-post av 3. august 2011 at innklagede ville avvente kontraktsinngåelse til saken er behandlet av Klagenemnda.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Angivelse av tildelingskriterienes vekt -plikt til å avlyse

- (10) Klager anfører prinsipalt at konkurransen må avlyses på grunn av at oppdragsgiver har gitt seg selv et for vidt skjønn ved tildelingsevalueringen. Klager viser til at oppdragsgiver har angitt en relativ vekting som tillater enkelte av tildelingskriteriene å bytte plass. Det vises til Fornyings- og administrasjonsdepartementets *"Veileder til reglene om offentlige anskaffelser"* punkt 15.1.3, hvor det også er referert til en avgjørelse fra den danske klagenemnden. Innklagede har angitt relative utslag på en måte som tillater 75 % av tildelingskriteriene, herunder 90 % av den totale vektingen, å bytte plass. Feilen har medført usikkerhet knyttet til utformingen av tilbudene, og kan derfor ikke rettes etter tilbudsfristen, selv om oppdragsgiver beholder vektingen slik den er angitt uten utslag.
- (11) Relativ vekting medfører fare for at evalueringen tilpasses de innkomne tilbudene, og ikke tilbyders faktiske behov, og gir dermed oppdragsgiver et vidt skjønn ved evalueringen. Faren er akseptabel ved små relative utslag og når de relative utslagene ikke medfører at tildelingskriteriene kan endre prioriteringsrekkefølge. Det er vesentlig for tilbyderne å vite om for eksempel pris eller kvalitet er det viktigste tildelingskriteriet i konkurransen. Angivelsen av vektingen kan ha hatt betydning for utfallet av

konkurransen, da oppdragsgiver ikke vet om potensielle tilbydere har unnlatt å levere tilbud fordi innklagede ville få en for vid skjønnsmargin ved evalueringen.

- (12) På bakgrunn av resultatet gjengis ikke partenes anførsler vedrørende avvisning av valgte leverandørs tilbud.

Innklagedes anførsler:

Angivelse av tildelingskriterienes vekt -plikt til å avlyse

- (13) Innklagede bestrider at konkurransen må avlyses. Det vises til at regelverket åpner for at de relative vektene av tildelingskriteriene kan ha passende utslag, herunder også at prioriteringsrekkefølgen av tildelingskriteriene kan bytte plass under tilbudsevalueringen. Innklagede har ikke benyttet muligheten til å endre de relative vektene av de enkelte tildelingskriteriene. De oppgitte prosentvise intervallene er innenfor grensene for passende maksimalt utslag, og er innenfor intervallet som brukes i veilederen. Mulighet for endring av den relative vekten benyttes ofte når man ikke helt er klar over hva markedet kan tilby av løsninger og dermed hvilken relativ vekt tildelingskriteriene bør ha under tilbudsevalueringen. En konsekvens av at det ikke skulle være tillatt å endre vekten av kriteriene uten at dette skal kunne endre prioriteringsrekkefølgen, er at oppdragsgiver ikke kan operere med utslag av vekten på tildelingskriterier som man i utgangspunktet mener at skal vektes like mye. Videre har innklagede i utgangspunktet oppgitt konkrete verdier på de relative vektene for hvert av delingskriteriene, hvilket gjør anskaffelsen mer forutsigbar og mer informativ enn tilfellet i den danske klagesaken.
- (14) De angitte anslagene medfører neppe usikkerhet ved utforming av tilbud, og innklagede fikk ikke henvendelser for tilbyderne om usikkerhet til hvordan tilbudene skulle utformes. Vekten er dermed i tråd med kravene til likebehandling, forutsigbarhet og gjennomsiktighet. I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder åpnes det også for at kriteriene kan angis innenfor et område med passende maksimale utslag. Det virker videre søkt at oppdragsgivers skal ha unnlatt å levere tilbud på grunn av oppdragsgivers skjønnsmargin, da ingen av tilbyderne stilte spørsmål ved dette ved utarbeidelsen av tilbudene. Klager har først etter meddelelse om tildeling av kontrakt funnet grunn til å påberope dette.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder kjøp av operasjonsbord med tilbehør som er en vareanskaffelse. Innklagede har i tilsvaret opplyst at anskaffelsens verdi er ca. kroner 10 000 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Angivelse av tildelingskriterienes vekt - plikt til å avlyse konkurransen

- (16) Den første problemstillingen er om innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved angivelse av tildelingskriterienes vekt.
- (17) Ved fastsettelse av tildelingskriteriene, herunder også veking av disse, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som klagenemnda i begrenset grad kan

overprøve. Imidlertid må kravene i forskriften og loven § 5 overholdes ved utformingen av tildelingskriteriene.

- (18) Av forskriften § 22-2 (2) følger det at:

"Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. [...] Oppdragsgiver skal angi den relative vektingen som gis hvert av kriteriene. Vektingen kan angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag."

- (19) Bestemmelsen er et utslag av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 og skal gi tilbyderne sikkerhet for at oppdragsgiver foretar tilbudsevalueringen i samsvar med objektivt angitte kriterier, jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets *"Veileder til reglene om offentlige anskaffelser"* (Veilederen) side 192 og klagenemndas sak 2009/13 premiss (33). Bestemmelsen tilsvare artikkel 53 (2) i direktiv 2004/18/EC.
- (20) Etter ordlyden åpnes det for at vektingen kan fastsettes med et passende maksimalt utslag, men rammene for hvor stort utslaget kan være er begrenset, jf. *"passende"*. Formålet er å åpne for en viss fleksibilitet for oppdragsgiver, etter innføringen av obligatorisk vekting, jf. Veilederen side 192. Kravet til forutberegnelighet tilsier imidlertid at utslagene må være relativt begrenset. Dersom det maksimale utslaget blir for stort, kan ikke leverandørene på forhånd vite hva oppdragsgiver vil legge vekt på. Størrelsen på utslagene må således avpasses etter anskaffelsens art og størrelse, og kravet til forutberegnelighet øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi, se også Veilederen side 193.
- (21) Innklagede anfører at anskaffelsen er i samsvar med regelverket, da det i utgangspunktet er oppgitt konkrete verdier, utgangspunkt, for vektingen, og at den konkret angitte vekten senere er lagt til grunn ved evalueringen av tilbudene.
- (22) Klagenemnda viser til at bestemmelsen er et utslag av kravet til forutberegnelighet. Dersom begrensningen om passende utslag skal ha reell betydning for tilbydernes mulighet til å gjøre seg opp en oppfatning av forholdet mellom tildelingskriteriene, må vurderingen foretas ut fra situasjonen på tidspunktet for konkurransens begynnelse, og ikke først når den endelige vekting er fastsatt. Dette støttes også av Steinicke/Groesmeier på 1276-1277. Innklagedes anførsel på dette punkt kan derfor ikke føre frem.
- (23) I konkurransegrunnlagets punkt 4 er vektingen av tildelingskriteriene *"Pris [...] (40 %)", "Kvalitet [...] (25 %)"* og *"Brukervennlighet [...] (25 %)"* oppgitt med et utslag på *"+/- 10 %"*. For tildelingskriteriet *"Service [...] (10 %)"* er vektingen angitt med et utslag på *"(+ 10 %)"*. Klagenemnda tolker konkurransegrunnlaget slik at tildelingskriteriene dermed i realiteten kunne vektes på følgende måte: *"Pris"* 30 – 50 %, *"Kvalitet"* 15 – 35 %, *"Brukervennlighet"* 15 – 35 %, og *"Service"* 10 – 20 %. Den angitte vektingen åpner dermed i stor grad for å prioritere tildelingskriteriene på en rekke ulike måter gjennom fastsettelsen av den endelige vektingen.
- (24) Innklagede anfører at forskriften åpner for at det kan angis en vekting av tildelingskriteriene som tillater at prioriteringsrekkefølgen kan endres under evalueringen. Innklagede har vist til at relativ vekting ofte brukes hvor oppdragsgiver

ikke er helt klar over hvilke løsninger markedet kan tilby. Innklagede har videre anført at den relative vektingen ikke har medført usikkerhet ved utformingen av tilbudene, eller at tilbydere har unnlatt å levere tilbud, og har vist til at oppdragsgiver ikke fikk henvendelser fra tilbyderne vedrørende utforming av tilbud.

- (25) Klagenemnda finner ikke grunn til på generelt grunnlag å ta stilling til hvorvidt oppdragsgiver har en plikt til å angi vektingen av tildelingskriteriene slik at prioriteringsrekkefølgen er klar. I det foreliggende tilfellet innebærer angivelsen av vektor i intervaller og intervallenes størrelse at innklagede ved evalueringen har et betydelig spillerom for hvert tildelingskriterium når evalueringen skal gjennomføres. Usikkerheten øker ved at vektingen kan endres for alle kriterier. Nemnda kan ikke se at det er gitt en begrunnelse som kan forsvare den relativt store usikkerheten som etter dette gjaldt evalueringen, og nemnda finner at konkurransegrunnlaget ikke oppfyller lovens krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet.
- (26) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at den oppgitte vektingen ikke kan anses som *"passende maksimalt utslag"*, jf. forskriften § 22-2 (2), og innklagede har dermed brutt forskriften § 22-2 (2) ved angivelsen av tildelingskriterienes vekt.
- (27) Den neste problemstillingen er om feilen gjør at innklagede i det foreliggende tilfellet har plikt til å avlyse konkurransen.
- (28) Førsteinstansdomstolen oppstilte i sak T-345/03 (premiss 147) følgende retningslinje for når en feil i en konkurranse gir plikt til å avlyse konkurransen:

"Ifølge fast retspraksis kan en uregelmæssighed ved proceduren imidlertid kun føre til annullation af den pågældende beslutning, hvis det påvises, at den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat, hvis uregelmæssigheden ikke var forekommet, og sagsøgeren havde haft adgang til de pågældende oplysninger fra begyndelsen af proceduren, samt hvis der var en – om end begrænset – mulighed for, at sagsøgeren kunne have udvirket, at proceduren fik et andet udfald [...]"

- (29) Dette utgangspunktet ble fulgt opp i førsteinstansdomstolens avgjørelse i sak T-50/05 (premiss) (61) – (62), og klagenemnda har lagt dette til grunn i blant annet saker 2011/171 premiss (59) – (61) og 2011/157 premiss (137) – (138).
- (30) Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende dersom feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, med andre ord avholdt leverandører fra å delta.
- (31) Klagenemnda har i drøftelsene av angivelse av vekting av tildelingskriteriene lagt til grunn rangeringen av samtlige tildelingskriterier var uavklart da tilbudsfristen løp ut, med unntak for forholdet mellom *"Pris"* og *"Service"*. I praksis vil det være av stor betydning for tilbydernes valg om å inngi tilbud, og for utformingen av eventuelle tilbud, å kjenne til hvilke forhold oppdragsgiver vil tillegge størst vekt ved evalueringen av tilbudene. Angivelsen av vektor vil således kunne ha avgjørende betydning for om tilbydere velger å inngi tilbud og utformingen av eventuelle tilbud. Klagenemnda viser videre til at feilen skyldes innklagedes utforming av konkurransegrunnlaget, og at konkurransen ble gjennomført som en åpen anbudskonkurranse, hvor det ikke er

anledning til å endre tilbudene gjennom forhandlinger, jf. forskriften § 21-1 (1). Feilen kan etter nemndas vurdering ikke rettes på annen måte enn at konkurransen avlyses.

- (32) På bakgrunn av resultatet finner ikke klagenemnda grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Universitetssykehuset i Nord-Norge HF har brutt forskriften § 22-2 (2) ved angivelsen av tildelingskriterienes vekt.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Bergen, 17. oktober 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl