



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for medisinske forbruksvarer. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 28. november 2011 i sak 2011/267

Klager: NorEngros Dahle Medical AS

Innklaget: Kommunene Nord-Odal, Sør-Odal, Eidskog, Kongsvinger, Grue, Åsnes og Våler.

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Annullering av tildelingsbeslutning

Bakgrunn:

- (1) Regionalt innkjøp i Glåmdal på vegne av kommunene Våler, Åsnes, Grue, Kongsvinger, Eidskog, Sør-Odal og Nord-Odal (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. januar 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for medisinske forbruksvarer. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlagets punkt 2.4 angitt til å ha et årlig omfang på ca. kroner 5,3 millioner for "*Medisinske forbruksvarer, hudpleie og personlig hygiene*" og ca. kroner 2,1 millioner for "*Inkontinensprodukter*". Tilbudsfrist var i kunngjøringens punkt IV.3.3 angitt til å være 10. mars 2011.
- (2) Etter konkurransegrunnlagets punkt 2.3 var avtalens varighet 2 år med mulighet for prolongering i 1+1 år. Videre fremgikk det at:

"Det inngås kontrakt med én — eller 2 leverandører. Ved avtale med 2 leverandører vil avtalene gjelde hhv.:

1. medisinske forbruksvarer, hudpleie- og hygieneprodukter

2. inkontinensprodukter

- (3) I vedlegg én til konkurransegrunnlaget "*Tilbudsmappe*" fremgikk det av punkt 3 "*Kontraktsgjennomføringskrav*" en matrise hvor det var opplistet en rekke krav. Tilbyderne skulle krysse av "*Ja*" eller "*Nei*" for hvorvidt kravene var oppfylt. Det fremgikk at "*Leveringstidspunkt*" var innenfor ordinær arbeidstid i tidsrommet 08:00 – 15:00. Videre fremgikk det av "*Leveringssted ute på enhetene*" at leverandør skulle avtale med bestillende enhet vedrørende plassering av varer. For kravet "*Levering*" fremgikk det at:

"Det skal foretas vareleveringer maksimalt 1 gang per uke per leveringssted. Leverandøren skal avtale en fast leveringsdag med hvert enkelt leveringssted. All levering utover dette skal kun være hastebestillinger."

- (4) Av tilbudsmappen punkt 4 *"Tildelingskriterier"* fremgikk av punkt 4.1 *"Pris"* at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på kriteriene *"Pris og betingelser"* (30 %), og *"Kvalitet"* (70 %). Det var inntatt en matrise som viste hvilke punkter som ville bli vektlagt, og samlet *"telle mot en totalvurdering av tilbudene"*. Det fremgikk at hvert delkriterium ville bli gitt en karakter 0-10 med maksimalt 1 desimal, som ville bli vektet og summert i en total karakter for hver tilbyder. Videre fremgikk det at tildelingskriteriet priser og betingelser var delt inn i de to underkriteriene *"Totalkostnad for medisinsk forbruksmaterieell"* og *"Totalkostnad for inkontinensprodukter"*, som skulle vektes med henholdsvis 70 % og 30 %. For tildelingskriteriet *"Kvalitet"* var det listet opp seks underkriterier; *"Kontraktsvilkår"* (5 %), *"Bestilling"* (5 %), *"Retur og reklamasjon"* (5 %), *"Service og oppfølging"* (30 %), *"Kravspesifikasjon – Produkter"* (40 %), *"Miljø"* 15 %).
- (5) Tildelingskriteriet *"Kvalitet"* var nærmere beskrevet under tilbudsmappens punkt 4.2. Det var gitt en utfyllende beskrivelse av samtlige av underkriteriene som var angitt i punkt 4.1. I punkt 4.2.3 var underkriteriet *"Retur og reklamasjon"* nærmere beskrevet, og av punkt 4.2.3.1 *"Retur av varer part 2"* fremgikk det at *"Kunden har rett til å returnere kurante varer (Ikke brukt eller åpnet). Tilbyder skal beskrive om det er kostnader knyttet til dette."* I inntatt matrise skulle tilbyder besvare *"JA"* eller *"NEI"*, på om slik retur ble tilbudt og oppgi kostnader ved slik retur. Videre fremgikk det av punkt 4.2.3.2 *"Reklamasjonsordning"* at *"Tilbyder skal beskrive sine reklamasjonsordninger og returordninger"*, og tilbyder skulle oppgi kostnader knyttet til ordningen. Det var også inntatt en tabell for *"Utdypende informasjon"* for begge underkriteriene, og det fremgikk at tilbydere som ikke tilbød retur av kurante varer kunne utdype dette. Tilbyderne kunne også gi utdypende informasjon til enkelte krav i tabellen. Besvarelsen av punkt 4.2.3.1 og 4.2.3.2 skulle danne grunnlag for evaluering av delkriteriet, og dersom noen av punktene ikke var besvart ville tilbyder score 0.
- (6) Under punkt 4.2.4 var underkriteriet *"Service og oppfølging"* nærmere beskrevet. Det fremgikk av matrise for punkt 4.2.4.1 *"Salgs- og serviceapparat"* at tilbyderne skulle beskrive sitt salgs- og serviceapparat og hvordan dette ville fungere. Det var videre angitt punkter som innklagede ønsket at tilbyder skulle gi utfyllende svar på, herunder; *"Daglig kommunikasjon"*, *"Service og oppfølging ovenfor virksomhetene"*, *"Opplæring, kursing og undervisning"*, *"Oppfølging av virksomhetenes bleieforbruk"*, *"Pandemiplan og beredskapslager"*, *"Oppfølging av virksomhetenes lager (Opsjon)"*, og *"Sårutstyr til hjemmeboende § 5.22 (Opsjon)"*. Følgende hitsettes fra beskrivelsen av punkt 4.2.4.1 *"Salgs- og serviceapparat"*:

NR.	KRAV ØNSKE
4.2.4.1	<i>SALGS - OG SERVICEAPPARAT</i> [...] • <i>DAGLIG KONTAKT/KOMMUNIKASJON</i> ○ <i>Tilbyder oppgir den kompetansen (faglig bakgrunn og erfaring) på</i>

	<i>personell som benyttes på avtalen og som blir tilgjengelig for virksomhetene.</i> ○ <i>Tilbyder setter opp en kontaktliste over sine medarbeidere som virksomhetene har tilgjengelighet til.</i> • <i>SERVICE OG OPPFØLGING OVENFOR VIRKSOMHETENE</i> ○ <i>Tilbyder må kunne gi nødvendig informasjon og opplæring om riktig bruk av produkter. Det er viktig at dette er av en slik kvalitet slik at bruken av produkter ikke påfører virksomheten merkostnad eller ekstraarbeid på grunn av feil bruk eller at produktutnyttelsen ikke er optimal.</i> • <i>OPPLÆRING, KURSING OG UNDERVISNING</i> ○ <i>Oppdragsgiver ser for seg at tilbyder legger opp til lokale (ute hos virksomhetene) og sentrale (felles sted i Hedmark) kurs, og at det utgis en årlig kurskatalog/plan.</i> ○ <i>Tilbyder beskriver hva som kan tilbys av informasjon, opplæring, kursing og undervisning.</i> [...]
--	--

- (7) Tilsvarende skulle leverandørene i tilknytning til underkriteriet "Service og oppfølging", bekrefte hvorvidt følgende krav ble akseptert: 4.2.4.2 "Evalueringsmøter", 4.2.4.3 "Leveringstid", 4.2.4.4 "Leveringsdyktighet", 4.2.4.5 "Produktliste" og 4.2.4.6 "Statistikk". Videre fremgikk følgende:

"Dersom tilbyder tilfredsstiller ett eller flere av ønskene skissert i punktene 4.2.4.2, 4.2.4.5 og 4.2.4.6 vil tilbyder kunne belønnes med ekstra poeng under evalueringen. Krysser tilbyder av for NEI på ett eller flere punkter kan tilbyder utdype dette i tabellen under.

Besvarelse av punktene 4.2.4.1, 4.2.4.3 og 4.2.4.4 vil sammen med eventuelle tilleggspoeng nevnt over danne grunnlag for evaluering av dette delkriteriet. Dersom punktene ikke er besvart og det samtidig ikke er omfattet av et forbehold, vil tilbyder score 0 på ubesvarte områder.

Nedenfor skal tilbyder gi utdypende informasjon om punkt 4.2.4.1, og om ønskelig til de resterende enkelte krav i tabellen ovenfor.

- (8) Tilbudsmappen inneholdt også en tilsvarende matrise for utfylling av "Utdypende informasjon" for samtlige punkter for underkriteriet "Service og oppfølging".
- (9) Innen fristen mottok innklagede tilbud fra to tilbydere, NorEngros Dahle Medical AS og Mediq Norge AS.
- (10) Det fremgikk følgende av NorEngros Dahle Medical AS sitt tilbud under "Utdypende informasjon" knyttet til tilbudsmappens punkt 4.2.4.1 "Salgs- og Serviceapparat":

"Beskrivelse av salgs- og serviceapparat/Service oppfølging:

Dahle Medical AS har salgskonsulenter som betjener kundene ute i markedet, samt egne ordremottakere/veiledere på kundeservice/ordrekontor.

Ser mer utfyllende informasjon i vedlegg 14"

[...]

Opplæring, kursing og undervisning, fagpersoner hos tilbyder:

Dahle Medical AS har medarbeidere som kan dokumentere et høyt faglig nivå innen helse, og kan alene eller sammen med sine samarbeidspartnere gjennomføre opplæringstiltak hos alle brukerstedene på produkter og tjenester dette anbudet omfatter."

- (11) Av Mediq Norge AS sitt tilbud var det i tilbudsbrevet under "Kurs og opplæring" vist til "Skreddersydde fagkurs for sykehjem og hjemmesykepleie, samt diverse spesialkurs". Videre var "Kvalitet innen logistikk" fremhevet. I tilbudsmappen var det under "Retur og reklamasjon" vist til at det ikke var kostnader forbundet med retur, uavhengig av om det var bestillingsfeil fra kunde eller reklamasjon. Forutsetningene for retur og reklamasjon var at "retur avtales med kundesenter/Mediq Norge sin representant og at returnerte varer er i salgbar stand (ikke er skadet, priset eller merket på annen måte)". Det var vist til vedlegg 15 for "Udypende informasjon" knyttet til krav 4.2.4.1 "Salgs og serviceapparat". Av vedlegg 15 var det under "Opplæring, kursing og undervisning. Fagpersoner hos tilbyder" angitt antall ansatte, og det var satt opp "Forslag til oppfølging/kurs- og opplæringsplan". Det var vist til at Mediq Norge AS tilbød både "Store regionale kurs", "Opplæring på brukersted" og "Opplæring individuelt og mot ansatte". Det fremgikk også at Mediq Norge AS "tilrettelegger for alle typer kurs". I kurskatalogen "Mediqakademiet" var det vist til hvilke typer kurs som ble arrangert.
- (12) NorEngros Dahle Medical AS mottok tildelingsbeslutning i e-post av 30. mai 2011, hvor det fremgikk at selskapet ville bli tildelt begge kontraktene. Følgende hitsettes fra begrunnelsen:

"Tilbyderne ligger svært likt prismessig med en noe lavere totalpris fra Mediq. En marginal prisforskjell på 2,4% totalt.

Begge tilbydere har besvart kvalitetskriteriet svært likt. Det som har gitt utslag i vurderingen er punktene:

Service og oppfølging

Utfra beskrivelsene gitt i tilbudene og presentasjon gitt i møte 9/5-11 vurderer vi det slik at NorEngros Dahle Medical AS har gitt et noe bedre tilbud mht. kursopplegg og oppfølging av de enkelte institusjoner.

I tillegg ser vi det som en stor fordel at NorEngros Dahle Medical AS i motsetning til Mediq Norge AS benytter egen transport til institusjonene.

Returer og reklamasjon

Rundt returer og reklamasjon mener vi NorEngros Dahle Medical AS har et mer fleksibelt og bedre system enn Mediq Norge AS. Dette bl.a. som følge av de benytter egen transport."

- (13) Vedlagt e-post med tildelingsbeslutning var også en matrise *"Totalvurdering"* som viste tilbydernes poengsummer. Totalt fikk NorEngros Dahle Medical AS score 9,80, mens Mediq Norge AS fikk score 9,69. Det fremgikk under *"Pris av totalen"* som ble vektet 30 % at Mediq Norge AS var best med score 2,94, og at NorEngros Dahle Medical AS fikk score 2,80. Under *"Kvalitet av totalen"* som ble vektet 70 % var tilbyderne gitt karakter 10 for alle kriteriene, bortsett fra kriteriene *"Retur og reklamasjon"* og *"Service og oppfølging"* hvor Mediq Norge AS var gitt 9 poeng og NorEngros Dahle Medical AS var gitt 10 poeng. I vektet score fikk Mediq Norge AS da score 0,32 for *"Retur og reklamasjon"* og score 1,89 for *"Service og oppfølging"*, mens NorEngros Dahle Medical AS sin score var henholdsvis 0,35 og 2,10. Under *"Kvalitet totalt"* fikk dermed NorEngros Dahle Medical AS score 7,00, mens Mediq Norge AS fikk score 6,76.
- (14) Mediq Norge AS ba i e-poster av 3. juni 2011 til 6. juni 2011 om nærmere begrunnelse, samt innsyn i anskaffelsesprotokoll og klagers tilbud.
- (15) Innklagede gav en nærmere begrunnelse i e-post av 17. juni 2011. Det fremgikk at NorEngros Dahle Medical AS ble ansett som bedre i forhold til kurs, oppfølging av institusjoner og reklamasjonsbehandling. Vedrørende kurs ble det fremhevet at NorEngros Dahle Medical AS hadde de fleste aktuelle kurs på brukerstedene (korte og/eller gjentakende kurs), brukte stands/utstillinger/demodager, og hadde lite av sentrale store kurs, og disse punktene *"gir en fleksibel løsning med lite konsekvenser for driften ved institusjonene"*. Videre ble NorEngros Dahle Medical AS sin kurskatalog med detaljert beskrivelse av alle kurs fremhevet. Vedrørende *"Oppfølging av institusjoner"* ble det for begge tilbyderne lagt til grunn at det var tilbudt *"2. linje med utdannet fagpersonell innen flere fagområder"* og at *"Implementering av avtalen [er] godt beskrevet"*. Videre var det for begge tilbyderne pekt på *"Ett hovedkontaktlegg til institusjonene"*. Imidlertid var det for NorEngros Dahle Medical AS vist til *"utdannet sykepleier"*, mens det for Mediq Norge AS var vist til *"utdannet hjelpepleier"*. For NorEngros Dahle Medical AS var det også fremhevet *"Aktiv bruk av underleverandører ifbm. anvendelse av produkter, produktdemoer"*. Vedrørende retur og reklamasjonsbehandling var det for NorEngros Dahle Medical AS fremhevet at selskapet benyttet egne sjåfører, og at *"Returer håndteres via sjåfør uten ytterligere kontakt med kundeservice eller ekstern sjåfør."* For Mediq Norge AS var det for *"Retur og reklamasjonsbehandling"* fremhevet at:

"Logistikk med Schenker pluss noe egentransport i spesielle tilfeller. Returer reklamasjoner må gjennom kundeservice som skal godkjenne, ikke salgbare returer godtas ikke, kundeservice melder til Schenker som henter retur og deretter krediterer kundeservice for returen".

- (16) Mediq Norge AS sendte klage på tildelingsbeslutning i brev datert 23. juni 2011, hvor det ble anført at evalueringen av tildelingskriteriet *"Kvalitet"* var i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5, og at tildelingsbeslutningen måtte annulleres, jf. forskriften § 22-3 (2), for etterfølgende retting av regelbruddene. Konkret var det anført at innklagede ved evalueringen av underkriteriene *"Retur og reklamasjon"* og *"Service og oppfølging"* hadde *"vektlagt utenforliggende forhold (forhold som ikke var påregnelige), og/eller at vurderingen fremstår som usaklig og/eller grovt urimelig, samt*

at det er lagt feil faktum til grunn ved evalueringen av "Oppfølging av institusjoner". Det var anført at Mediq Norge AS sine poeng måtte oppjusteres, og at Mediq Norge AS da måtte rangeres som nummer én og vinner av konkurransen. Vedrørende "Salgs- og serviceapparat" ble det i klagen lagt til grunn at leverandørene skilte seg i forhold til "Service og oppfølging overfor virksomhetene" og "Opplæring kursing og undervisning", og at det var størst forskjeller for "Service og oppfølging overfor virksomhetene". I forhold til evalueringen av "Service og oppfølging overfor virksomhetene" ble det anført at å vektlegge hvorvidt leverandørene benytter egen transport til institusjonene var i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5, da det ikke var oppgitt i tilbudsmappens punkt 4.2.4.1 "Salgs- og serviceapparat". Det ble hevdet at dette innebar at Mediq Norge AS sine poeng måtte oppjusteres. Videre ble det vist til at det ikke var forutberegnelig å vektlegge bruk av sykepleier, contra hjelpepleier. Uansett ble det hevdet at det var lagt feil faktum til grunn, da det ikke fremgikk at NorEngros Dahle Medical AS sitt tilbud at kontaktperson ville være hjelpepleier. Videre ble det hevdet at det var et utenforliggende, usaklig hensyn å vektlegge aktiv bruk av underleverandør i forbindelse med anvendelse av produkter, og at Mediq Norge AS heller ikke kunne forstå hvordan dette representerte en merkvalitet.

- (17) I forhold til vurderingen av "Opplæring, kurs og undervisning" ble det i klagen vist til at evalueringen fremsto som vilkårlig. Mediq Norge AS la til grunn at det var vektlagt positivt at NorEngros Dahle Medical AS arrangerte lite av sentrale kurs, og at innklagede dermed underforstått hadde lagt til grunn at Mediq Norge AS hadde tilbudt et kursopplegg som forutsatte flere store sentrale enn lokale kurs. Det ble vist til at Mediq Norge AS sitt tilbud ikke kunne forstås på denne måten. Videre ble det hevdet at det burde fremgått av konkurransegrunnlaget dersom stands/utstillinger og demodager ville bli vektlagt, og at Mediq Norge AS selvsagt ville kunne gjennomføre slike, da de var mindre ressurskrevende enn å holde kurs.
- (18) Videre var det anført i klagen at evalueringen av "Retur og reklamasjon" bryter med loven § 5, og/eller fremstår som usaklig/grovt urimelig, da bruk av egen transport også her var vektlagt positivt. Det blir hevdet at dette kunne vektlegges under returordningen "Reklamasjonsordning", og vedrørende retur av kurante varer, men ikke under "Retur av varer part 2", fordi dette knyttet seg til kostnader forbundet med å returnere varer, og at Mediq Norge AS sitt tilbud var da dekkende. Det fremgikk at Mediq Norge AS har forutsatt at varene er salgbare, og at beskrivelsen tilsvarte oppdragsgiverforutsetninger om "Kurante varer". Bruk av egen transport kunne heller ikke vektlegges ved evalueringen av reklamasjonsordningen under "Reklamasjonsordning". Det ble vist til at transportørene uansett ikke kunne ta stilling til om reklamasjon var berettiget og misligholdsbeføyelser, og at det måtte være kontakt mellom kundesenter/leverandør og oppdragsgiver utover retur til transportør. Det ville da bare være tidspunktet for kommunikasjonen med andre enn transportøren som var ulik. Imidlertid ble det erkjent at det kunne vektlegges at retur av kurante varer grunnet for eksempel feilbestilling kunne skje uten kontakt med kundesenter, men det ble hevdet at dette ikke kunne begrunne poengtrekket alene.
- (19) Innklagede meddelte tilbyderne at tildelingsbeslutningen ble annullert i e-post av 1. juli 2011, hvor det fremgikk følgende:

"Etter en gjennomgang av klage fremmet av Myhre & Co Advokatfirma AS på vegne av Mediq Norge AS, har Regionalt innkjøp i Glåmdal i samråd med vår advokatforbindelse Campbell & Co valgt å annullere vedlagte tildeling i konkurranse

om levering av medisinske forbruksvarer og inkontinensprodukter til Glåmdalsregionen.

Dette begrunnes i at det kan anføres at kravene til etterprøvbarhet ikke fulgt ved kun å ha en evaluering bestående av poengtall, uten at det foreligger noen nedfelt begrunnelse for scoringen."

- (20) Ny tildelingsbeslutning ble meddelt i e-post av 19. august 2011, hvor det fremgikk at kontrakt ville bli tildelt Mediq Norge AS (heretter kalt valgte leverandør), og at NorEngros Dahle Medical AS (heretter kalt klager) etter den nye evalueringen ikke ville få kontrakten. Begrunnelse for tildelingen fremgikk av vedlagt brev. Vedrørende tildelingskriteriet "*Pris*" fremgikk at begge tilbydere hadde besvart dette likt uten forbehold og at kriteriet var "*vurdert og gitt karakter etter forholdsmessighetsprinsippet basert på totalprisen for de forespurte produkter.*" For underkriteriene "*Kontraktsvilkår*" og "*Bestilling*" fremgikk at "*Begge har besvart dette punkt likt uten forbehold som skiller tilbyderne*". Det fremgikk også at tilbyderne hadde besvart "*Kravspesifikasjon*" og "*Miljø*" likt. Om underkriteriene "*Retur og reklamasjon*" og "*Service og oppfølging*" het det at:

"4.2.3 Retur og reklamasjon

Begge har besvart dette punkt likt uten forbehold som skiller tilbyderne. Det forhold at Dahle Medical AS benytter egentransport mens Mediq Norge AS benytter Schenker/bring kan ikke legges til grunn for å skille tilbyderne etter vår vurdering.

4.2.4 Service og oppfølging

Begge har besvart dette punkt likt uten forbehold som skiller tilbyderne.

En mindre forskjell i oppgitt leveringsdyktighet (pkt. 4.2.4.4), der Mediq Norge AS har et marginalt bedre tall, anses som ubetydelig i forhold til å skille leverandørene på underkriteriet Service og oppfølging. Begge har gitt utfyllende beskrivelser av sine salgs- og serviceapparater og serviceoppfølging. Det framgår av dette at Mediq Norge AS presenterer større ressurser innen sitt salgs-, service- og støtteapparat. Vi anser imidlertid at det ikke er noen forskjell i tilbydernes ressurser tilbudt til dette oppdraget spesielt.

Under pkt. 4.2.4.3 har Dahle Medical AS oppgitt at vårt krav til leveringstid aksepteres, mens Mediq Norge AS har oppgitt levering kan skje alle ukedager med 1-2 faste leveringer pr. uke. Dahle Medical AS oppgir imidlertid i kommentarer til dette punkt at leveringstider rutiner avtales med det enkelte brukersted. Vi anser derfor at vi ikke kan skille tilbyderne på dette punkt.

Når det gjelder kurs- og opplæring anser vi at Dahle Medical AS har lagt fram en mer omfattende kurskatalog enn Mediq Norge AS. Begge har levert et tilbud for opplæring som innebærer stor fleksibilitet i kursopplegg og muligheter for avholdelse av kurs.

Dahle Medical AS oppgir at "enkelte kurs er poenggivende for sykepleiere i "klinisk stige" "Mediq Norge AS har i sitt tilbud oppgitt at noen kurs kan være kompetansegivende.

Tilbyderne har for øvrig presentert gode og tilsvarende løsninger for oppfølging av de enkelte institusjoner.

Totalt sett anser vi at disse kommentarene viser at tilbyderne totalt sett kommer likt ut også på dette underkriteriet."

- (21) I brevet fremgikk det videre under "Oppsummering" at priskriteriet ble avgjørende da det *"ikke er vesentlige forhold ved tilbudene på underkriteriene under tildelingskriteriet Kvalitet som gjør det mulig å skille leverandørene på dette tildelingskriteriet"*.
- (22) Vedlagt meddelelsen om tildelingsbeslutningen var det også en ny matrise for "Totalvurdering" hvor tilbyderne nå fikk samme karakter og score for samtlige av underkriteriene for "Kvalitet". På bakgrunn av poenggivning for priskriteriet fikk da klager en samlet score på 9,80, mens valgte leverandør fikk en samlet score på 9,94.
- (23) I e-post av 25. august 2011 ba klager om nærmere begrunnelse for valget av leverandør, og ba *"spesielt om en forklaring på hva som har endret seg siden vi ble tildelt kontrakten i mai 2011"*. Det ble også bedt om en redegjørelse på hvordan prosessen var gjennomført og det ble begjært innsyn i valgte leverandørs tilbud.
- (24) Innklagede besvarte henvendelsen i e-post av 26. august 2011. Det ble vist til at det måtte foretas en ny evaluering og at begge tilbud var gjennomgått i relasjon til tildelingskriteriene, noe innklagede mente det var gitt en god redegjørelse for i tildelingsbeslutningen av 19. august 2011. Det ble vist til at i evalueringen av 19. august var feilene fra den første tildelingsbeslutningen rettet opp, og det fremgikk at:

"Dette gjelder punktene:

- Retur og reklamasjon – der vi erkjenner at begrunnelsen om egentransport kontra bruk av eksternt transport er i strid med Lov om offentlige anskaffelser § 5 mht. forutberegnelighet da det ikke er forutsatt vurdert ved angivelse av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget.*
- Service og oppfølging – der vi erkjenner at det ved vurderingen av service- og salgsapparat og opplæring kurs og undervisning i tildelingen av 30/5-2011 er benyttet feil faktum. Dette har vi redegjort for i vår tildeling av 19/8-2011.*

Når det gjelder "prisforskjellen var marginal" så står dette ved lag. Det er imidlertid en prisforskjell og vi har i vår tildeling av 19/8-2011 redegjort for evaluering og evalueringsmodell for priskriteriet."

- (25) Klager sendte klage på tildelingsbeslutningen i brev datert 1. september 2011. Det ble hevdet at evalueringen hadde vært mangelfull, da det ikke var foretatt en saklig vurdering, sammenligning og rangering av tilbudene på samtlige tildelingskriterier, jf. loven § 5 og klagenemndas saker 2008/67 premiss (49) og 2007/30 premiss (39). Klager viste til at det var merkelig at tilbudene nå fremstod som likeverdige på kvalitet ettersom brukergruppen etter den første tildelingen hadde uttrykt at klagers tilbud totalt sett var bedre enn tilbudet fra valgte leverandør. Det ble videre pekt på at slik evalueringen fremstod var det blitt en ren priskonkurranse, som innebar en vesentlig endring i konkurransevilkårene i strid med loven § 5. Videre fremgikk at *"Norengros Dahle Medical AS mener oppdragsgiver har lagt for mye vekt på å avdekke likhetene og*

ikke det å finne og rangere tilbudene basert på de faktiske ulikhetene basert på tildelingskriteriene." Klager ga videre tre konkrete eksempler som skulle vise kostnadsbesparende tiltak som skilte klager fra valgte leverandør; "Hvordan redusere kostnader på inkotinen", "Sårutstyr til hjemmeboende § 5-22", og "Kostnadseffektive sårprodukter". Videre ble det vist til innklagedes første vurdering av underkriteriet "Service og oppfølging", og pekt på at egentransport ikke var oppgitt som et argument og grunnlag for tildelingen, men at dette var en fordel "i tillegg til den besvarelsen og presentasjonen som ble gjort". Når dette ikke var vektlagt i begrunnelsen for ny tildeling, var den nye evalueringen og begrunnelsen "usaklig da de påpekte forskjellene ikke har endret seg siden første tildeling". Det ble videre fremhevet at klager hadde en distribusjonsmodell som medførte en bedre løsning vedrørende tildelingskriteriet "Kvalitet", da klagers sjåfører/servicemedarbeidere utgjorde forskjeller ved å være tilgjengelige for brukerstedene ved levering av varer, herunder i forhold til bestilling, retur, reklamasjon, service og oppfølging. Til sist ble det hevdet at tilbudet til valgte leverandør var mangelfullt og måtte avvises, på grunn av manglende utfylling av erklæring.

- (26) Innklagede avviste klagen i brev datert 9. september 2011. Vedrørende annullering og ny tildeling ble det vist til at manglende dokumentasjon av begrunnelsen og poenggivning var en feil som innebar en generell usikkerhet omkring de konklusjoner som var foretatt, og at det dermed var nødvendig med en ny evaluering. Det fremgikk at spesielt for underkriteriene "Retur og reklamasjon" og "Service og oppfølging" var det påpekt at tilbudene nå, til tross for noen ulikheter, totalt sett ble vurdert som likeverdige på disse underkriterier. Dette skyldes at innklagede hadde foretatt feil i den første vurderingen, og det ble vist til at dette fremgikk av den nærmere begrunnelsen i e-post av 26. august 2011. Følgende hitsettes vedrørende evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet":

"Allerede i vår tildeling av 16/5-2011 skrev vi "Begge tilbydere har besvart kvalitetskriteriet svært likt".

19/8-2011 har vi etter ny gjennomgang av begge tilbud kommet til følgende når det gjelder underkriteriet Retur og reklamasjon: "Det forhold at NorEngros Dahle Medical AS benytter egentransport mens Mediq Norge AS benytter Schenker/Bring kan ikke legges til grunn for å skille tilbyderne etter vår vurdering". Det vises også til vår nærmere begrunnelse, sitert ovenfor. Den mulige marginale fordelene det kan ha ved å returnere kurante/ubrukte varer, f.eks. ved feilsendinger, via NorEngros Dahle Medical AS sine egne sjåfører, sammenliknet med Mediq Norge AS sin underleverandør, er ikke funnet tilstrekkelig til å medføre utslag i poenggivningen til leverandørene. Vi finner derfor ikke lenger mulig å skille leverandørene på dette punktet på en slik måte at det kan ha betydning i forhold til poenggivningen av underkriteriet.

I tillegg viser en vurdering av underkriteriet Service og oppfølging med tilhørende underpunkter, at tilbyderne også her totalt sett har likeverdige opplegg for service, oppfølging og opplæring. Her gjelder for øvrig også nevnte vurdering av egentransport kontra ekstern transportør. I tillegg vises det til at vi ved en nærmere gjennomgang ser at det ikke er faktisk grunnlag i tilbudene til å skille dem fra hverandre poengmessig. Videre er det slik at vektlegging av bruk av stands/demodager etter en nærmere vurdering ikke kan sies å følge av en naturlig språklig fortolkning av underkriteriet Service og oppfølging - Opplæring, kursing og undervisning.

Vår vurdering knyttet til nevnte underkriterium, når det gjelder opplæring, kursing og undervisning, er da at NorEngros Dahle Medical AS fortsatt vurderes til å ha en mer omfattende kurskatalog enn Mediq Norge AS, men at dette ikke vurderes som utslagsgivende når det gjelder den helhetlige score på underkriteriet Service og oppfølging. Dette på samme måte som at Mediq Norge AS viser en marginalt bedre leveringsdyktighet i prosent og synes å meroppfylle krav til leveringstid, men at dette sammenliknet med tilbudet fra NorEngros Dahle Medical AS, på de samme punkter, ikke er tilstrekkelig til å få utslag i forhold til poenggivningen på underkriteriet Service og oppfølging.

På bakgrunn av de mangler ved opprinnelig begrunnelse har vi også gått igjennom tilbudene opp mot øvrige underkriterier for å kvalitetssikre opprinnelig poenggivning. Vi finner her ikke feil i vår opprinnelige vurdering og har ikke funnet grunnlag for å fravike den opprinnelige poenggiving.

Når det gjelder underkriteriet Kravspesifikasjon - produkter nevnes det at vi ikke har funnet det nødvendig å innhente referanser, jf. opplysninger om dette i tilbudsskjemaets punkt 4.2.5.5."

- (27) Det fremgikk også av brevet at det ikke var uvanlig at tilbydere scorer likt på ett eller flere tildelingskriterier, noe innklagede oppfattet som et resultat av profesjonalisering og strenge krav, samtidig som leverandørene gjennom anbudskonkurranse stadig utvikler sine tjenester og produkter i retning av det offentlige behov. Det ble bestridt at konkurransen var endret til en priskonkurranse. Videre ble det fremhevet at evalueringen var et resultat av en objektiv vurdering som ikke ga grunnlag for å skille mellom leverandørene. At innklagede på flere av punktene måtte konstatere at det ikke var mulig å skille tilbudene, var et resultat av det innkjøpsfaglige skjønn, som i begrenset grad kunne overprøves. Det ble videre bestridt at kvalitetsevalueringen kun omhandlet innfrielse av oppsatte krav, og det ble vist til klagenemndas sak 2010/14. Det ble videre bestridt at valgte leverandør skulle vært avvist. Endelig ble det konkludert med at tildelingen baserte seg på forutsigbare tildelingskriterier og vektingsmodell, var begrunnet i det faktiske innholdet i tilbudene og at tildelingen dermed var saklig og forsvarlig.
- (28) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 29. september 2011.
- (29) Innklagede bekreftet i brev datert 6. oktober 2011 at innklagede ville avvente kontraktsinnngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (30) Klager anfører i hovedsak at innklagede ikke kunne annullere den første tildelingen og endre avgjørelsen om å tildele kontrakten til klager. Det vises til at annullering kun kan foretas ved brudd på forskriften § 22-2 og de generelle reglene i § 3-1 og loven § 5, jf. forskriften § 22-3 (2). Klager hevder at annulleringen dermed må anses som ugyldig og at klager må tildeles kontrakten i henhold til den første beslutningen. Klager erkjenner at klagenemnda ikke kan treffe avgjørelse om tildeling, men kun uttale dette i premissene. Klager hevder at ingen av de påberopte forhold kunne medføre at innklagede var i posisjon til å annullere tildelingsbeslutningen. Klager viser til at endret

skjønnsutøvelse ikke kan danne grunnlaget for en annullering, jf. forskriften § 22-2 og klagenemndas sak 2006/124, samt Dragsten/Lindalen "*Offentlig Anskaffelse*" side 1345-1346. Klager hevder at det må vektlegges at tilbudene er opplyst å være svært like. Dette må ses i forhold til konkurransegrunnlaget med vedlegg, hvor det stilles krav som enten skal aksepteres eller ikke aksepteres, og at det kan settes inn utdypende informasjon og gis tilleggspoeng. Ved en besluttet tildeling, før kontrakt skrives, er oppdragsgiver bundet såfremt det ikke foreligger brudd på regelverket. Det anføres at klagenemndas saker 2009/51 og 2005/294 ikke er relevante.

- (31) Klager anfører at det må anses som relevant å vektlegge at klager benytter egne servicemedarbeidere som foretar levering til kunden ved vurderingen av underkriteriet "*Retur og reklamasjon*", i motsetning til valgte leverandør som foretar levering ved ekstern transportør. Valgte leverandør synes også å erkjenne i sin klage at det kan vektlegges at returer kan tas opp direkte med servicemedarbeider/sjåfør. Når innklagede i ettertid vurderer at dette likevel ikke danner grunnlag for å skille tilbyderne, er dette å anse som en ny skjønsmessig vurdering som innklagede ikke har anledning til å foreta. Klager viser videre til at ved evalueringen av valgte leverandørs tilbud har innklagede vektlagt at reklamasjoner må gjennom kundeservice, og at "*ikke salgbare returer godtas ikke*". Valgte leverandør argumenterer for at dette ikke er et reelt avvik. Klager hevder at tilbudet må forstås i lys av en vanlig språklig forståelse, da en annen endret forståelse ville være et brudd på forhandlingsforbudet etter forskriften § 12-1. Poenggivningen er en skjønsmessig avgjørelse fra innklagede som ikke kan danne grunnlag for annullering. Forholdet gjelder dermed ikke negativ vektlegging av bruk av underleverandør, da det ikke er bruken av selvstendig transportør som vektlegges, men at denne ikke har mulighet til å behandle reklamasjoner og returer. Innklagede kan ikke i den nye vurderingen endre skjønnen til at dette ikke skal vektlegges.
- (32) Klager anfører at det både er relevant, og ikke i strid med reglene om forutberegnelighet, å vurdere bruk av egne servicemedarbeidere ved levering contra innleid transportør under punktet "*Service og oppfølging*". Klager er enig i at transport i det foreliggende tilfellet kunne utføres av uavhengig transportør, men innklagede kunne vurdere at det er et bedre tilbud hvor tilbyder utfører leveringer med egne ansatte. Det følger av punkt 4.2.2 at tilbyder skal beskrive salgs- og serviceapparat, og det må være klart påregnelig for tilbyderne at gjennomføring av leveransen kan være et relevant moment i vurderingen. Vektingen av dette punkt er opp til et innkjøpsfaglig skjønn som ikke kan endres av innklagede i ettertid, dersom det ikke bryter med forskriften § 22-2, jf. loven § 5. Det er forskjell for leveringsstedet om de kan forholde seg direkte til tilbyders servicemedarbeidere, contra en selvstendig transportør som kun har i oppgave å levere varene på stedet. Kundene er da sikret personlig oppfølging og korte kommunikasjonslinjer. At begge tilbyderne gir utfyllende beskrivelser av dette punkt viser også at de anser det relevant og at det dermed kan vektlegges. Dette kan uansett ikke ha vært av stor betydning for evalueringen, da det nevnes i tillegg til bedre kurstilbud og bedre oppfølging av institusjonene. Dette er dermed en begrunnelse som står på egne ben og medfører et skjønsmessig skille på leverandørene. Vedrørende evalueringen av kurs og opplæring under punktet "*Service og oppfølging*" ble klager i den første evalueringen vurdert til å ha både et bedre kurstilbud og en bedre oppfølging av institusjonene. Dette gjentas i den nye tildelingsevalueringen, men det vektet tydelig annerledes basert på at tilbyderne anføres ikke å kunne skilles. Dette skjønnen kan ikke endres ved den vurderingen.

- (33) Klager viser videre til at innklagede har annullert tildelingsbeslutningen basert på at evalueringen ikke kunne overprøves, da oppsettet kun besto av poengtall. Klager anfører at dette åpenbart er feil, da tilbudsmappen legger opp til at tilbudene blir svært likt utformet, noe innklagede bekrefter at de er. Klager anfører at det er en etterprøvbar begrunnelse at tilbyderne har besvart kvalitetskriteriene svært likt, da tilbyderne kjenner sine tilbud, og da vet at den andre part har et svært likt tilbud. Det trengs dermed ikke en ytterligere begrunnelse. Det anføres også at begrunnelsen for "*Service og oppfølging*" og "*Retur og reklamasjon*", som ble utdypet i forbindelse med forespørsel fra valgte leverandør, er like etterprøvbar som den siste begrunnelsen, selv om denne er mer omfattende. Valgte leverandør synes heller ikke å ha anført at det foreligger brudd på kriteriet etterprøvbarhet, men manglende forutberegnelighet.
- (34) Klager er enig i at vektlegging av feil faktum og utenforliggende hensyn kan medføre annullering av tildeling. Feil faktum må derimot ha betydning for avgjørelsen, og mindre vesentlige feil kan ikke tillegges vekt. Innklagede kan ikke først vektlegge et forhold som rettmessig kunne vurderes, og deretter ved den nye vurderingen se bort fra dette som irrelevant. Innklagede opprettholder at klager har et bedre kurstilbud, men den nye vurderingen medfører at dette tillegges mindre vekt. Dette er en ren endring av skjønnet som det ikke er adgang til. Det er uklart hva som er feil ved vurdering av forholdet rundt fagpersonell og demo-dager, og det kan uansett ikke ha noen avgjørende betydning for avgjørelsen.

Innklagedes anførsler:

- (35) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket, og anfører i hovedsak at annulleringen var rettmessig. Innklagede hevder at den første tildelingsbeslutningen var beheftet med feil som gir rett og plikt til å annullere beslutningen, jf. forskriften § 22-3 (2) og klagenemndas saker 2008/137 premiss (25) til (30) og 2009/167 premiss (35) til (37), samt Dragsten/Lindalen på side 1814. Annullering kan etter dette foretas også ved andre regelbrudd enn direkte brudd på § 22-3 (2), jf. 22-2. Bestemmelsen gir oppdragsgiver en selvstendig rett til å annullere tildelingen for å rette opp feil som er gjort, jf. blant annet Dragsten/Lindalen på side 1813-1814. Det er et grunnleggende prinsipp i anskaffelsesretten at oppdragsgiver først er bundet av tildelingen når kontrakt signeres. Annullering skjedde etter en gjennomgang av klagen fra valgte leverandør, og både valgte leverandør og innklagede selv har påvist feil ved opprinnelig tildeling. Videre fremgår det av praksis at det er avgjørende at en ny evaluering gjøres for å rette opp påviste brudd på anskaffelsesregelverket, jf. klagenemndas sak 2005/294.
- (36) Innklagede anfører at mangler ved den første tildelingen medførte et brudd på regelverkets krav til etterprøvbarhet, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1, herunder særlig § 3-1 (7). Det vises til klagenemndas saker 2009/51 premiss (34) til (37) og 2005/294 premiss (15). Innklagede viser til at eneste nedfelte begrunnelse for den første tildelingen var tildelingsmeddelelsen med tilhørende scoretabell, hvor det fremgår nærmest ingen beskrivelse av selve evalueringen utover at tilbudene var like på de fleste punkter, samt gis en kort begrunnelse for to av underkriteriene. At tilbudene på flere punkter var vurdert som likeverdige ble da vanskelig å dokumentere, og tilsvarende var det vanskelig å gi en nærmere begrunnelse på de punkter der tilbudene var vurdert ulikt. Det var derfor en klar risiko for at den utøvde skjønnsutøvelse ikke var forsvarlig, var vilkårlig eller bygde på feil faktum. Innklagede vurderte dermed at tildelingen og poenggivningen ikke var tilstrekkelig begrunnet og at dette medførte en klar risiko for å komme i ansvar. Annulleringen skjedde etter en gjennomgang av klagen fra valgte

leverandør, hvor det ble anført brudd på kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4), vektlegging av utenforliggende (upåregnelige) forhold, at vurderingen fremstod som usaklig og/eller grovt urimelig, og at det var lagt til grunn feil faktum. Den manglende dokumentasjonen av evalueringen medførte at innklagede så en klar risiko for at anførslene helt eller delvis medførte riktighet, og at innklagede kunne komme i ansvar, og i slike tilfeller er annullering en selvstendig rett for innklagede. En naturlig konsekvens av å rette opp den feil som foreligger vedrørende manglende etterprøvbarehet, er å dokumentere grunnlaget for poenggivningen som er foretatt. En rettelse av feilen medfører dermed i stor grad også en ny gjennomgang/kontroll av evalueringen som var foretatt, der en særlig har måttet ta stilling til anførsler som ble fremmet av valgte leverandør. Innklagede har erkjent at det ved den første tildelingen ble vektlagt forhold som var upåregnelige, ikke fulgte av en naturlig språklig forståelse av tildelingskriteriene, og at det ble vektlagt feil faktisk grunnlag for sentrale deler av evalueringen.

- (37) Innklagede anfører prinsippalt at vektlegging av bruk av underleverandør alene ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden og derfor er ulovlig som moment i vurderingen av tildeling av kontrakt, jf. forskriften § 22- (2). Det vises til at spørsmålet etter sin art er knyttet til vurderingen av leverandørenes egnethet og ikke i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. I tillegg må vektning av bruk av underleverandør i seg selv anses å være i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 jf. forskriften § 3-1, jf. klagenemndas sak 2003/126.
- (38) Subsidiært anfører innklagede at uansett følger ikke bruk av underleverandør av en språklig forståelse av tildelingskriteriet "*Kvalitet*" innenfor rammen av tilhørende underkriterier "*Service og oppfølging*" og "*Retur og reklamasjon*" og nærmere omtale. Det vises til at det overhodet ikke er direkte nevnt at hvem som transporterer eller avholder produktdemoer skal vektlegges, eller at bruk av underleverandør til transport er negativt og bruk av underleverandør ved anvendelser av produkter/produktdemoer er en fordel. Det er heller ingenting i veiledningsteksten som henspiller i denne retningen. I denne saken er det ikke dokumentert en objektiv sammenheng mellom tildelingskriterier/underkriterier og bruk av underleverandør, da det ikke er grunnlag for å hevde at transport via anerkjente profesjonelle transportører skulle trekke i negativ retning kontra egne sjåfører, jf. klagenemndas sak 2007/94, som er direkte overførbar til underkriteriet "*Service og oppfølging*", men også relevant i forhold til underkriteriet "*Retur og reklamasjon*". En kan ikke etter informasjonen gitt i konkurransegrunnlag og tilbud vektlegge at det skal være mer fleksibelt å returnere varer med egne ansatte sjåfører eller med egne engasjerte sjåfører. For "*Service og oppfølging*" er det ikke vist til noen annen begrunnelse enn å fremheve egentransport for klager, og at dette har eller kan ha medvirket til poenggivningen. Ny vurdering måtte da gjøres. Klagers anførsler vedrørende personlig oppfølging og korte kommunikasjonslinjer er ikke trukket frem i tilbudet.
- (39) Innklagede anfører at egentransport heller ikke kan vektlegges som en fordel i seg selv ved evalueringen av kriteriet "*Retur og reklamasjon*". Innklagede viser til at det ikke følger av en naturlig språklig forståelse av konkurransedokumentene at dette vil kunne vektlegges. Uansett ville det ikke medføre endringer i den totale rangeringen dersom innklagede skulle opprettholdt sin poengscore på dette punktet.
- (40) I forhold til oppfølging av institusjoner er det heller ikke dokumentert noen objektiv sammenheng mellom tildelingskriteriene og fordeler ved bruk av underleverandør ved

produkter/produktdemoer og kurs/undervisning. Dersom slik vektlegging skulle vært relevant i denne saken, måtte det etter innklagedes syn være særlig nevnt for leverandørene i kunngjøringen/konkurransegrunnlaget, jf. prinsippet i forskriften § 17-1 (2) h. Det er klart at det ikke var lovlig å vektlegge positivt "*Aktiv bruk av underleverandører ifbm. Anvendelse produkter, produktdemoer*". Dette vil, sammen med de forhold som nevnes vedrørende feil faktum, kunne få konsekvenser for den skjønnsmessige vurderingen av karakter for dette underkriteriet. Det vises igjen til at det her er en rekke andre momenter som skal vektlegges og at dette tilhører innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

- (41) Innklagede har videre anført at innklagede ved den første evalueringen hadde lagt til grunn feil faktum. Det vises til at det ikke er grunnlag for å hevde at valgte leverandør tilbyr kontaktpersoner som har lavere utdanning/kompetanse enn klager. Videre hevder innklagede at det ikke er faktisk dekning i tilbudene for det som tidligere ble vektlagt om forskjeller i lokale/sentrale kurs. I tillegg hevdes det at positiv vektning av stands-/demodager også må anses som upåregnelig. Det vises til klage fra valgte leverandør og svar på klagers klage. Vektlegging av feil faktum og /eller utenforliggende/upåregnelige hensyn i den skjønnsmessige vurderingen er i strid med forutberegnelighetsprinsippet, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1 og klagenemndas sak 2007/94 premiss (34). Det er tilstrekkelig at feil kan ha påvirket valget, jf. klagenemndas sak 2006/66 premiss (39). Etter innklagedes oppfatning er dette forhold som feilaktig er vektlagt i den første avgjørelsen og som klart alene og/eller sammen med andre momenter kan ha påvirket tildelingen. Dette begrunner både en annullering og at forholdene ikke kan vektlegges i ny vurdering. Det er åpenbart at resultatet i poenggivningen under dette kriteriet her kan bli påvirket.
- (42) Innklagede anfører å ha foretatt en lovlig retting av feil. Det vises til at det var nødvendig med ny poengsetting for de underkriterier der det var påvist feil, og at feilene ble rettet opp i den andre tildelingen. Den konkrete skjønnsmessige vurderingen har da falt noe annerledes ut, og det var ikke lenger grunnlag for å skille leverandørene som tidligere. At det fortsatt fremheves at klager er vurdert til å ha en bedre kurskatalog enn valgte leverandør, er ikke ensbetydende med at forskjell i poeng fortsatt må opprettholdes. Den konkrete skjønnsutøvelsen, forutsatt at den er forsvarlig og basert på riktig faktum, ligger til det innkjøpsfaglige skjønn som ikke kan overprøves av klagenemnda. Den skjønnsmessige vurderingen vil kunne slå annerledes ut når mange av de forhold som var vektlagt i første tildeling ikke er ansett å være lovlige hensyn.
- (43) Innklagede viser til at klagenemnda ikke har kompetanse etter klagenemndeforskriften § 12 til å kjenne beslutninger ugyldige eller å tildele kontrakt.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder anskaffelse av rammeavtale for medisinske forbruksvarer som er en varekontrakt. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlagets punkt 2.4 angitt til å ha et årlig omfang på ca. kroner 5,3 millioner for "*Medisinske forbruksvarer, hudpleie og personlig hygiene*" og ca. kroner 2,1 millioner for "*Inkontinensprodukter*". Kontrakten hadde en potensiell varighet på fire år. Samlet estimert verdi på anskaffelsen blir da 29,6 millioner. 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.

- (45) Klager har anført at innklagede ikke kunne annullere den første tildelingen og endre avgjørelsen om å tildele kontrakten til klager. Ifølge klager gir ingen av de påberopte forhold grunnlag for annullering av tildelingsbeslutningen
- (46) Det følger av forskriften § 22-3 (2) at oppdragsgiver kan annullere tildelingsbeslutningen frem til kontraktsinngåelse dersom *"beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)"*. Bestemmelsen innebærer at en tildelingsbeslutning bare kan endres eller annulleres frem til kontrakt er inngått dersom den er i strid med de fastsatte tildelingskriteriene, eller andre sentrale bestemmelser i regelverket, jf. blant annet klagenemndas saker 2005/294 premiss (18), og 2011/176 premiss (92). Oppdragsgiver kan derfor ikke annullere en lovlig tildelingsbeslutning ut fra en endret skjønnsmessig vurdering, jf. klagenemndas saker 2006/66 premiss (42), 2009/242 premiss (31) og 2010/30 premiss (44).
- (47) Klagenemnda viser til innklagedes meddelelse om annullering av 1. juli 2011 hvor det fremgår at annulleringen *"begrunnes i at det kan anføres at kravene til etterprøvbarhet ikke er fulgt ved kun å ha en evaluering bestående av poengtall, uten at det foreligger noen nedfelt begrunnelse for scoringen"*. Samtidig fremgår det av meddelelsen at annulleringen skjer etter en gjennomgang av klagen fra valgte leverandør. Videre vises det til innklagedes nærmere begrunnelse av 26. august 2011 hvor det fremkommer at innklagede som følge av klagen foretok en ny evaluering av tilbudene, og at innklagede blant annet hadde funnet at det feilaktig var lagt vekt på egentransport ved evalueringen av tildelingskriteriet retur og reklamasjon, samt at det var lagt til grunn uriktig faktum ved evalueringen av service og oppfølging. Tilsvarende fremkommer også av innklagedes svar til klagen av 9. september 2011.
- (48) Etter dette legger klagenemnda til grunn at tildelingsbeslutningen ikke ble annullert på grunn av manglende etterprøvbarhet alene, men som følge av feil som ble oppdaget ved den gjennomgang innklagede måtte foreta for å kunne vurdere klagen.
- (49) Innklagede har opplyst at gjennomgangen avdekket flere forhold som gav grunnlag for annullering og ny evaluering, herunder at det var vektlagt bruk av egentransport ved vurderingen av underkriteriet *"Retur og reklamasjon"* og *"Service og oppfølging"*, samt bruk av stands og demodager, og bruk av underleverandører ved slike, under *"Service og oppfølging"*. Videre har innklagede opplyst at det ble lagt til grunn feil faktum ved evalueringen da det ikke var grunnlag for å hevde at valgte leverandørs kontaktpersoner hadde lavere utdanning/kompetanse enn klager, og at det ikke var dekning i tilbudene for det som tidligere ble vektlagt vedrørende forskjeller i lokale/sentrale kurs.
- (50) Ved evaluering av tilbudene basert på tildelingskriteriene skal oppdragsgiver ut fra kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 kun ta hensyn til de forhold som naturlig faller inn under de fastsatte tildelingskriteriene. Hvor det er fastsatt underkriterier, eller på annen måte presisert hvilke forhold som skal ha betydning ved evalueringen av det enkelte tildelingskriterium, er oppdragsgiver bundet av dette, jf. klagenemndas saker 2009/51 og 2008/16. For øvrig har oppdragsgiver ved tildelingsevalueringen et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves rettslig. klagenemnda har i tidligere saker uttalt at nemnda kan prøve om skjønnsutøvelsen har

vært saklig og forsvarlig, i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt bygd på riktig faktum, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/187, 2009/51 og 2008/170.

- (51) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det ved evalueringen av underkriteriet "*Retur og reklamasjon*" blant annet skulle legges vekt på om kurante varer (ikke brukt eller åpnet) kunne returneres. I tillegg skulle reklamasjons- og returordninger beskrives, og det skulle oppgis kostnader knyttet til disse ordningene. Det kunne også gis utdypende informasjon vedrørende ordningene. Det var imidlertid ingen opplysninger eller holdepunkter i konkurransedokumentene for at egentransport, eller bruk av underleverandør, ville bli vektlagt slik det ble gjort av innklagede ved tilbudsevalueringen. Klagenemnda kan derfor ikke se at dette faller naturlig inn under underkriteriet "*Retur og reklamasjon*" slik det fremgikk av konkurransegrunnlaget i denne saken.
- (52) I forhold til evalueringen av underkriteriet "*Service og oppfølging*", har innklagede vist til at det ikke kunne legges vekt på bruk av egentransport eller stands og demodager, samt bruk av underleverandører ved slike stands og demodager.
- (53) Klagenemnda legger til grunn at bruk av egentransport ikke kunne vektlegges ved evalueringen av underkriteriet "*Service og oppfølging*", da det heller ikke for dette kriteriet var opplysninger eller holdepunkter i konkurransedokumentene for at bruk av egentransport eller underleverandør ville bli vektlagt slik det ble gjort av innklagede ved tilbudsevalueringen.
- (54) Vedrørende evaluering av "*Opplæring, kurs og undervisning*" knyttet til underkriteriet "*Service og oppfølging*", fremgikk det av konkurransegrunnlaget at tilbyder skulle beskrive "*hva som tilbys av informasjon, opplæring, kursing og undervisning*". I tillegg fremgikk det av punktet "*Service og oppfølging ovenfor virksomhetene*" at tilbyder måtte kunne gi "*nødvendig informasjon og opplæring*" om riktig bruk av produkter. Det fremgikk imidlertid ikke at stands og demodager, og bruk av underleverandører ved slike, ville bli vektlagt slik det ble gjort av innklagede ved tilbudsevalueringen. Klagenemnda kan derfor ikke se at dette faller naturlig inn under underkriteriet "*Service og oppfølging*" med tilhørende underpunkter slik de fremgikk av konkurransegrunnlaget i denne saken.
- (55) Videre har innklagede opplyst å ha vektlagt feil faktum ved evalueringen av utdanning og kompetanse for valgte leverandørs kontaktpersoner, samt ved evalueringen av de sentrale og lokale kurs som var tilbudt. På bakgrunn av den dokumentasjon klagenemnda har fått seg forelagt, er det ikke grunnlag for å overprøve om innklagede ved den første evalueringen la til grunn uriktig faktum.
- (56) På denne bakgrunn finner klagenemnda at oppdragsgiver kunne annullere tildelingsbeslutningen som følge av at evalueringen var i strid med forskriften § 22-2, sammenholdt med kravet til forutberegnelighet. Klagenemnda finner etter dette at innklagede hadde rett til å annullere beslutningen om å tildele kontrakten til klager, jf. forskriften § 22-3 (3).
- (57) Innklagede har opplyst at det ved andre tildelingsevaluering ble foretatt en ny poengsetting for de kriterier hvor innklagede hadde foretatt feil, slik at feilene ble rettet opp. Når disse momentene ikke lenger kunne vektlegges, fant ikke innklagede grunn til å skille i poeng mellom tilbyderne for tildelingskriteriet "*Kvalitet*", da tilbudene i

utgangspunktet var utformet svært likt. Basert på den dokumentasjon klagenemnda har fått seg forelagt, er det ikke holdepunkter for at innklagede foretok rettinger ut over det som var nødvendig for å rette feilene. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at valgte leverandørs endrede poengsum skyldes at innklagede har rettet feilene ved den opprinnelige tildelingsbeslutningen, og endringen må dermed ligge innenfor det som er tillatt ved den nye tildelingen. Klagers anførsel kan dermed ikke føre frem.

Konklusjon:

Kommunene Nord-Odal, Sør-Odal, Eidskog, Kongsvinger, Grue, Åsnes og Våler har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 28. november 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim