



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om medisinsk forbruksmateriell. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 22-2 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.*

### Klagenemndas avgjørelse 4. april 2011 i sak 2011/28

**Klager:** NorEngros Dahle Medical AS

**Innklaget:** Kommunene Lillehammer, Gausdal og Øyer

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Andreas Wahl, Jakob Wahl

**Saken gjelder:** Tildelingskriterier, ulovlig tildelingskriterium

### Bakgrunn:

- (1) Lillehammer kommune kunngjorde 20. oktober 2010 en åpen anbudskonkurranse for tildeling av rammeavtale for anskaffelse av nødvendig medisinsk forbruksmateriell for kommunene Lillehammer, Gausdal og Øyer (heretter kalt innklagede). Anskaffelsens verdi var i kunngjøringens punkt II.1.4 angitt til å være kr. 17 200 000, og anskaffelsen var oppgitt til å gjelde *"Rammeavtale med kun en leverandør"*. I kunngjøringens punkt II.1.8 fremgikk det at konkurransen ikke ville *"bestå av delarbeid og/eller delleveranser"*. Tilbudsfrist var i kunngjøringens punkt IV.3.4 angitt til å være 29. november 2010 kl. 12.00.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringens punkt II.2.2 *"Opsjoner"* at:  
*"Oppdraget skal ha en varighet på 2 år med opsjon på 1 +1 år, med oppstart januar 2011. Avtale for alle 3 kommuner vil bli inngått med Lillehammer Kommune."*
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 *"Tilbud på deler av oppdraget"* fremgikk følgende:  
*"Oppdragsgiver ønsker at alle leverandører gir tilbud på alt, men gir likevel adgang til å gi tilbud på deler av oppdraget; det vil si:*
  1. inkontinens/bleier
  2. øvrig medisinsk forbruksmateriell*Annen deling vil ikke bli godkjent."*
- (4) Videre fremgikk det av konkurransegrunnlagets pkt 4 *"Krav til tilbudet"* følgende under punkt 4.7 *"Pris og prisskjema"*:  
*"Leverandør vil bli evaluert på grunnlag av de oppgitte nettopriser og rabatter i prisskjemaet – Vedlegg 2, se også pkt. 6.2. Det skal tydelig fremkomme hvordan nettopriser fremkommer, dvs hvordan tilbyder priser og rabatterer det enkelte produkt,*

se Kravspesifikasjon – Vedlegg 1. Eventuell prisnedgang i perioden og eventuelle tilbudspriser som gir gunstigere pris enn avtale, skal umiddelbart komme oppdragsgiver til gode.

Vi viser for øvrig til vedlagte Generelle innkjøpsvilkår – Vedlegg 3.”

- (5) Under konkurransegrunnlagets punkt 6 ”Avgjørelse av konkurranse” fremgikk følgende:

**”6.2 Tildelingskriterier – evaluering av tilbud**

Bare tilbud som er levert av kvalifiserte tilbydere og som innfrir de obligatoriske krav og spesifikasjoner som angitt i konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen, vil bli vurdert i forhold til tildelingskriteriene.

Tildelingen skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende kriterier:

1. Pris på produkter iht. utfylt prisskjema 60 %
2. Leveringsbetingelser for tilbudte produkter og tjenester; 40 %
  - bestillings- og leveringsrutiner
  - oppfølgings- og rapporteringsrutiner
  - opplæring og kurs for brukere av produktene

Kriteriene er oppstilt i prioritert rekkefølge, med prosentvis vekting.”

- (6) Kravspesifikasjon var lagt ved som vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget. Følgende hitsettes:

**”1. ANTATT VOLUM**

<b>Fordeling på produktgrupper (2009)</b>	<b>kr</b>	<b>% av total</b>
Bleier	1 640 000	38
Sårbehandlingsmateriell	720 000	16
Smittevern/hygiene	470 000	11
Hansker	325 000	8
Ernæring	280 000	6
Personlig hygiene – hud-hår-kroppspleie	240 000	6
Testutstyr	240 000	6
Annet	436 000	9

Beløpene er veiledende, og skal ikke medføre noen forpliktelser for kommunene eller rettigheter for leverandør. Oppdragsgiver tar forbehold om:

- Endringer i volum som følge av endrede økonomiske rammevilkår, organisatoriske endringer og aktivitetsendringer hos oppdragsgiver.
- Endringer i volum som følge av prisendringer

[...]

**7. PRIS OG PRISSKJEMA**

*Tilbudspriser skal oppgis som nettopriser, dvs. priser som er faste i avtaleperioden. Alle priser skal være i norske kroner eks. mva. og inkludere alle kostnader som er nødvendige for komplett leveranse, dvs. alle andre avgifter, gebyrer, transport, emballasje, leveringskostnader, toll, skaffer og til enhver tid gjeldende avgifter, nødvendig oppfølging, opplæring og lignende.*

*Nettopris forstås som nettopris pr enhet, og enhet må oppgis.*

*Nettopriser og rabatt på øvrig sortiment vektlegges ved evaluering.*

*Prisskjemaet – vedlegg 2 – er delt inn i varegrupper slik som tabellen i punkt 1. Varegruppene er vektet prosentvis og utgjør til sammen 100 %. Hver varegruppe er igjen fordelt prosentvis på produkter og utgjør til sammen 100 %, se blå rubrikk på prisskjema.*

*Prisskjemaet skal fylles ut etter opplysningene i kravspesifikasjonen.*

*Der det er oppgitt mer enn en størrelse for et produkt, ønsker vi pris på en eller to størrelser, (eksempel: kompresser i str 5x5 og 10x10 cm) – med forutsetning om at øvrige størrelser av produktet prises med samme rabatt.*

*For varegruppe Bleier ønskes det utfyllende priser i hver kategori.”*

- (7) Konkurranses grunnlagets vedlegg 2 var ”Pris og produktskjema”. Hovedpunktene i tabellen tilsvarte punktene i tabellen under kravspesifikasjonens punkt 1 [gjengitt ovenfor i premiss 6], med angitt vekt. Under hvert av punktene var det listet opp underpunkter, med angivelse av hvilke produkter som skulle kjøpes, og det var angitt total fordeling i prosent for hvert av produktene. Tilbyderne skulle fylle ut ”Varenavn og – nummer”, ”Pakning str.”, ”Prisenhet”, ”Veil. Pris”, ”Rabatt”, ”Nettopris pr enhet” og ”Kommentar” for hvert underpunkt. For hvert hovedpunkt skulle tilbyderne oppgi ”Rabatt på veiledende pris på øvrige produkter i gruppen”. Totalt utgjorde tabellen 7 sider.
- (8) Det fremgikk følgende av konkurranses grunnlagets vedlegg 3 ”Generelle innkjøpsvilkår for samarbeidskommunenes anskaffelsesvirksomhet”:

### **”1.0 PRISER**

*Dersom ikke annet er avtalt, er oppgitte priser faste for avtaleperioden, ekskl. mva der alle kostnader forbudet med leveransen, herunder emballasje, toll, skatter og alle andre avgifter er inkludert.*

*Endres skatte- og avgiftsbestemmelsene på en måte som påvirker prisen, kan denne endres tilsvarende.*

*Prisene skal, så langt det er mulig, være oppgitt som nettopriser. Unntaksvis kan veiledende priser minus oppnådde rabatter oppgis.*

*Kommunene betaler ikke for ytelser og kvanta utover det bestillingen omfatter uten at disse og prisen for dem er skriftlig godkjent av kommunene.*

*Tilbud i perioden som er gunstigere enn de avtalte betingelser, gjelder automatisk for kommunene.*

*Leverandøren er forpliktet til å gjøre slike tilbud kjent for den enkelte virksomhet som omfattes av avtalen.*

### **2.0 PRISENDRING**

*Prisendringer i avtaleperioden skal som hovedregel være avtalte, og skal under ingen omstendighet overstige det som kan dokumenteres som kostnadsøkninger for den enkelte vare, og den generelle lønnsvekst i bransjen.*

*Prisendringer skal begrunnes skriftlig i minst 2 måneder før ikrafttredelse, og kan ikke iverksettes før kommunene v/innkjøpsleder har godkjent prisendringen.*

*Dersom leverandørens produkter og tjenester får en prisstigning som går utover naturlig sammenlignbare konkurrenters, gir dette grunnlag for reforhandlinger, eventuelt oppsigelse av avtalen.*

*Begrunnede prisendringer, som ikke er avtalt mellom partene, kan endres tilsvarende Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks innen 31. januar hvert år, tidligst et år etter påbegynte leveranse.*

- (9) Før tilbudsfristen mottok innklagede spørsmål, og innklagede kunngjorde spørsmål og svar gjennom Doffin 2. november 2010. Følgende hitsettes:

”Spørsmål 1

*I kunngjøringen pkt. II.1.4 er det opplyst at det kun vil bli inngått rammeavtale med en leverandør, samt i pkt II.1.8 at kontrakten ikke vil bestå av delleransere.*

*Samtidig er det i konkurransegrunnlaget pkt 1.3 opplyst at det likevel aksepteres at det inngis tilbud på deler av oppdraget, og dermed og en oppdeling av kontrakten mellom to leverandører. Dette medfører at det er oppgitt motstridende informasjon i henholdsvis kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.*

*Kan oppdragsgiver avklare hvilke vilkår som gjelder?*

**Svar 1:**

*Punkt II.1.4: Det vil bli inngått rammeavtale med en leverandør (FOA §15-2). For denne konkurransen vil det si: enten 1 rammeavtale på hele oppdraget - eller 2 rammeavtaler; en for bleier/inkontinens og en for øvrig medisinsk forbruksmateriell.*

*Punkt II.1.8: Kontrakten skal kunne bestå av delleransere.*

*Det vil si at det kan gis tilbud på 1) **Bleier/inkontinens** eller 2) **Medisinsk forbruksmateriell** eller på begge. Konkurransegrunnlaget pkt 1.3 er riktig, og informasjonen er korrigerert i Doffin 02.11.10.*

Spørsmål 2:

*I vedlegg 1 punkt 7 har dere skrevet følgende: ”Der det er oppgitt mer enn en størrelse for et produkt, ønsker vi pris på en eller to størrelser, (eksempel: kompresser i str 5x5 og 10x10 cm)- med forutsetning om at øvrige størrelser av produktet prises med samme rabatt.”*

*Hvordan skal oppdragsgiver kunne sammenligne prisene på denne varelinjen når produktene ikke er like?*

*Vi tror oppdragsgiver ville vært tjent med å sette opp konkrete produktspesifikasjoner med angivelse av hvilke dimensjoner som skal prises. Da vil også kravet til likebehandling og forutberegnelighet bli ivaretatt på en god måte.*

**Svar 2:**

*Spørsmålet gjelder for Medisinsk forbruksmateriell (ikke bleier).*

*Oppdragsgiver ser at dette er uklart formulert og kan føre til uønskede forskjeller.*

*Vi velger derfor å revidere prisskjema med angivelse av størrelse pr linje/produkt. Det er en forutsetning av øvrige størrelser av produktet prises med samme rabattbetingelser som priset produkt.*

### **Vedlegg 2 Prisskjema utgår, og erstattes av Vedlegg 7 Nytt prisskjema**

#### **Spørsmål 3:**

*Vi ønsker å forsikre oss om at oppdragsgiver har vurdert hvorvidt de er forpliktet til å oppgi forbruksvolumet på hver varelinje. Grunnen til det er at vi er kjent med at KOFA har behandlet flere slike saker hvor de har konkludert med at oppdragsgiver har brutt regelverket ved ikke å oppgi disse verdiene.*

#### **Svar 3:**

*Oppdragsgiver er klar over sin forpliktelse til å oppgi volum (i NOK, ikke antall) og har oppgitt totalt volum (Konkurranses grunnlaget pkt 1.4), og volum i kr og % pr varegruppe (Kravspek. pkt 1). Samme prosentfordeling er brukt i prisskjemaet. I prisskjemaet er også produkter vektet prosentvis innen hver varegruppe.*

*Fordelingen gjenspeiler faktisk forbruk i 2009, og utgjør den vektning oppdragsgiver vil legge til grunn i evalueringen.*

*[...]*

**Presisering:** *Det skal oppgis rabatt for "øvrige produkter". Den rabattsatsen skal ligge fast for hele produktgruppen gjennom hele avtaleperioden."*

- (10) I prisskjema Revidert 2. november 2011 fremgikk det følgende over tabellen:

*"Se informasjon og produktbeskrivelse i Vedlegg 1 Kravspesifikasjon. For varegrupper Bleier ønskes utfyllende priser. For medisinsk forbruksmateriell bes det om én pris pr linje på én størrelse pr produkt. Det forutsettes at alle øvrige størrelser tilbys med samme rabattering. Vekting pr. varegruppe og produkt er oppgitt i % av volum."*

- (11) Innen fristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra NorEngros Dahle Medical A/S (heretter kalt klager) og Mediq Norge AS (heretter kalt valgte leverandør).

- (12) Av anskaffelsesprotokollen datert 16. desember 2010 fremgår følgende av begrunnelse for valg av leverandør:

*"Mediq Norge AS har gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. De oppnådde totalt 98 poeng av 100 oppnåelige. Til sammenligning oppnådde nr. 2 og 3 hhv 93 og 90 poeng. Mediq Norge hadde lavest pris på begge undergrupper, bleier og medisinsk forbruksmateriell. Brukergruppen med deltakere fra Lillehammer, Øyer og Gausdal, har deltatt i hele prosessen og er samlet enige i evaluering og rangering."*

- (13) Klager ble i brev datert 17. desember meddelt at kontrakt ville tildeles valgte leverandør med 98 poeng, og at klager var rangert som nummer 2 i konkurransen med 93 poeng. Følgende gjengis fra begrunnelsen:

#### **"Kriterie 1 Pris:**

*Deres nettopriser er generelt noe høyere enn valgte leverandør.*

*Deres tilbud oppnådde 88,94 poeng samlet for kriteriet pris, mot valgte leverandør 100.*

*For undergruppe bleier ble Deres tilbud nr 2 med 37,80 poeng mot valgte leverandør 38,0 poeng. For undergruppe medisinsk forbruksmateriell ble Deres tilbud nr 3 med 51,13 poeng mot valgte leverandør 62.*

*Vi har evaluert pris slik at det beste tilbudet oppnådde maks poeng, mens de to andre fikk en prosentvis "trekk" tilsvarende differansen mellom eget tilbud og det beste tilbudet.*

*Kriterie 2 Leveringsbetingelse:*

*Deres tilbud oppnådde 100 poeng mot valgte leverandør 96 poeng. Deres vakttelefon hele døgnet og mulighet for hasteleveranse også på helg utgjør differansen. Alle tilbydere har gitt likeverdige, gode og tilfredsstillende beskrivelser for kriteriet leveringsbetingelser."*

- (14) Klager sendte i brev datert 17. desember 2010 anmodning om ytterligere begrunnelse etter forskriften § 20-16 (4), særlig for evaluering av pris. I tillegg ble det begjært innsyn i anbudsprotokollen og valgte leverandørs tilbud.
- (15) Innklagede besvarte henvendelsen i brev datert 21. desember 2010. Innklagede oversendte anskaffelsesprotokoll, kopi av vektet pris på varegruppenivå og kopi av sladdet tilbud fra Mediq Norge AS. Det ble videre orientert om at 20 produkter av 264 ikke var direkte sammenlignbare, og at pris på disse produktene derfor var trukket ut hos alle tilbyderne. Gjennomgående hadde utelatelse av pris vært til klagers fordel, da klagers priser jevnt var høyere. Fra den utvidede begrunnelsen hitsettes følgende:

*"Poengberegning er foretatt med de verdier som er beskrevet i konkurransedokumentene.*

*Tilbudt nettoppris pr produkt er vektet med den vektingsprosent som er oppgitt i Konkurranses grunnlaget, i kolonne D (Fordeling) i vedlegg 1 prisskjema. Deretter er hver varegruppe summert, og sumtall er vektet med den oppgitte prosentvise fordeling pr varegruppe – se vedlegg. Denne fordelingen framkommer i Konkurranses grunnlaget, både i Vedlegg 2 prisskjema og i Vedlegg 1 kravspesifikasjon, punkt 1.*

*De spør om en annen tilbyder har fått 100 poeng for undergruppen medisinsk forbruksmateriell. For denne undergruppen var maksimalt oppnåelig 62 poeng, dvs ingen fikk 100 poeng. Det er gitt maksimalt 38 poeng for Bleier/inko og 62 poeng for Medisinsk forbruksmateriell, dvs at det samlet kan oppnås maksimalt 100 poeng. Poeng tilsvarende %-tall oppgitt for varegruppene (Vedlegg 1 Kravspesifikasjon, punkt 1).*

*Valgte leverandør hadde best pris og fikk maks poeng, hhv 38 for Bleier/inko og 62 poeng for Medisinsk forbruksmateriell, totalt 100 poeng for kriteriet pris – se vedlegg.*

*Vi har evaluert pris slik at det beste tilbudet oppnådde maks poeng, mens de to andre fikk en prosentvis "trekk" tilsvarende differansen mellom eget tilbud og det beste tilbudet.*

*Deres tilbud ble nr 2 for Bleier, med 37,80 poeng av totalt 38.*

*Deres tilbud ble nr. 3 for Medisinsk forbruksmateriell med 51,13 poeng av totalt 62.*

*Deres tilbud ble totalt nr 2 med 88,94 poeng av totalt 100 for kriteriet pris – se vedlegg.*

*Kriteriet 1 pris er vektet med 60 % og kriteriet 2 leveringsbetingelser er vektet med 40 % av totalt 100 % (jfr Konkurranses grunnlaget punkt 6.2.)*

*For deres tilbud utgjør det hhv 53 og 40 poeng, til sammen totalt 93 av maks 100 poeng."*

- (16) Klager sendte spørsmål til innklagede i e-post datert 27. desember 2010. Innklagede besvarte spørsmålene i e-post datert, hvor det ble vedlagt kopi av klagers pristilbud slik det var brukt i sammenligning med øvrige tilbud.

- (17) Klager sendte klage på gjennomføring av konkurransen i brev datert 28. desember 2010. Det ble hevdet gjennomføringen av konkurransen stred mot regelverket og at konkurransen måtte avlystes. Det ble vist til at manglende angivelse av volum var i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling. Videre ble det vist til at det var opplyst at rabatt på veiledende pris i øvrige produkter i gruppen ville vektlegges under tildelingskriteriet pris, og at dette underpunktet under tildelingskriteriet pris ikke var egnet til å avdekke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, da tilbyderne ikke var bedt om å legge ved en veiledende prislister. På denne bakgrunn var tildelingskriteriet ulovlig, og konkurransen måtte dermed avlyses. Klager viste videre til at det forelå feil i evalueringsmatrisen i forhold til kontraktsverdi, som gjorde at saksbehandlingen ikke var forsvarlig og dermed i strid med lovens § 1 og 5. Videre ble det vist til at det var foretatt en endring av konkurransevilkårene etter tilbudsfristens utløp, ved at enkelte produktgrupper fra det opprinnelige prisskjema i konkurransegrunnlaget var slått sammen, og en ny gruppe kalt "*Annet medisinsk forbruksmaterie*ll" var opprettet, i strid med forskriften § 8-1 og lovens § 5.
- (18) Innklagede svarte på klagen i brev datert 4. januar 2011, og hevdet å ha fulgt regelverket om offentlige anskaffelser. Innklagede bestred å ha brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling ved angivelse av volum. Videre bestred innklagede å ha benyttet "*Rabatt på veiledende pris på øvrige produkter i gruppen*" som et tildelingskriterium, da innklagede kun hadde benyttet pris på produkter i henhold til utfylt prisskjema. Innklagede hadde selv vurdert at en prosentsats for rabatt på øvrige produkter ikke var egnet som kriterium for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og hadde derfor ikke vurdert rabatt. Det var bedt om at rabatten skulle oppgis fordi den sykepleiefaglige brukergruppen hadde meldt behov for en rabattordning for produkter som ikke var oppført i prisskjemaet, som de kunne få bruk for i avtaleperioden. Rabatten var ikke tatt hensyn til ved evalueringen. Innklagede bestred også å ha gjort feil i forhold til kontraktsverdi i evalueringsmatrisen, med unntak av en skrivefeil uten betydning for konkurransen. Videre bestred innklagede å ha foretatt endring i konkurransevilkårene, og anførte å ha foretatt en saklig og objektiv evaluering av tilbudene etter kriteriene angitt i konkurransegrunnlaget med vedlegg.
- (19) Klager sendte 5. januar 2011 e-post hvor det i vedlagt brev ble opplyst at begrunnelsen ikke ble akseptert, samt gitt varsel om midlertidig forføyning dersom innklagede ikke bekreftet å ville avvente kontraktsinngåelse til saken var behandlet av Klagenemnda for offentlige anskaffelser.
- (20) Det ble avholdt møte mellom klager og innklagede i forbindelse med klagen 7. januar 2011. Vedrørende klagers anførsel om at rabatt på øvrig sortiment var et ulovlig tildelingskriterium fremgår det følgende av referatet:
- "rabatt på øvrig sortiment er ikke evaluert. Oppdragsgiver har evaluert i hht konkurransegrunnlagets pkt. 6.2 Tildelingskriterier. Er enig om at rabatt på øvrig sortiment ikke kan benyttes som tildelingskriterium. Hvis oppdragsgiver hadde ment at dette skulle være et tildelingskriterium måtte det vært et krav at veiledende prislister skulle vedlegges tilbudet, hvilket det ikke var. Oppdragsgiver har allikevel etter klagen fra NorEngros Dahle Medical vurdert rabatter ut fra tilgjengelig informasjon i tilbudene, og anser at rangeringen av tilbudene ville vært den samme. Tilbudt rabatt på øvrig sortiment er bindende for leverandør."*
- (21) Klager sendte ved prosessfullmektig e-post til innklagede 12. januar 2011, hvor det ble bedt om bekreftelse på om kontrakt ville inngås, da innklagede da ville ta ut midlertidig forføyning. Videre ble anført at konkurransen måtte avlyses da evalueringen ikke var i

samsvar med konkurransegrunnlagets tildelingskriterier. Det ble vist til at innklagede hadde gjort feil ved ikke å vurdere volum på de enkelte produkter i evalueringen, men kun hadde evaluert enhetspriser. Dette gav meget store forskjeller og det var ikke mulig å foreta en vurdering av best pris uten og hensynta forvente volum forbruk. Videre ble det hevdet at innklagede ikke hadde adgang til å se bort fra rabatter ved sin vurdering av tilbudene, jf. forskriften § 17-2. Dersom klager hadde vært kjent med at rabatter ikke ble vurdert, kunne dette hatt betydning for hvordan man priset de enkelte deler av tilbudet.

- (22) Klager bekreftet i e-post datert 12. januar at klager ville varsles minimum 3 dager før kontrakt ville inngås.
- (23) Klager sendte en nærmere redegjørelse for sine anførsler i brev datert 17. januar 2011, og opprettholdt anførselen om at konkurransen måtte avlyses. Dette ble begrunnet med manglende angivelse av volum og feil vurdering av rabatt. Videre ble det anført at konkurransegrunnlaget ikke gav grunnlag for å vurdere "ordrerabatt" i valgte leverandørs tilbud, samt at omsetningsfordelingen ikke var korrekt.
- (24) Innklagede svarte på henvendelsen 18. januar 2011, og sa seg villig til å avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken. Det fremgikk at innklagede etter mottak av e-post 17. januar hadde foretatt en ny evaluering basert på det faktiske antall kjøpte enheter som lå til grunn for den prosentvise andelen av omsetningen som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det var vedlagt en matrise som viste beregnet verdi for hver produktgruppe evaluert etter antall. Innklagede hevdet at denne nye evalueringen endret ikke rangeringen mellom tilbyderne. Innklagede erkjente at klagers påstander teoretisk sett kunne reise tvil om hvorvidt evalueringen var forsvarlig eller ikke, men at innklagede hadde hatt mulighet til å vurdere en eventuell variasjon i pris for hver varelinje og sammenlignet mot nåværende pris. En variasjon som ville medført kostnader som klager hadde antydnet ville vært avdekket under evalueringen. Videre ble det opplyst at bakgrunnen for skillet mellom bleier og andre produkter i evalueringen var å ivareta konkurransegrunnlaget punkt 1.2 og 1.3 hvor det ble åpnet for å dele kontrakten mellom 2 tilbydere hvis det viste seg økonomisk mest fordelaktig. Videre hitsettes:

*"Vedrørende rabatt er det ikke korrekt som det framgår av Deres brev at kommunen har "sett bort fra rabatt". Alle tilbydere oppga rabatt på alle varegrupper. Vi har vurdert og godkjent den rabatt som er tilbudt for hver produktgruppe, og denne rabatten er bindende for tilbyder for eventuelle produkter som ikke er listet i tilbudsskjema (vedlegg 2 i konkurransen). Vi har forstått Deres klient slik at denne mente at vi skulle ha evaluert tilbudene opp mot hverandre produkt for produkt for å finne fram til den virkning den tilbudte rabatt ville hatt. Dette har aldri vært oppdragsgivers hensikt. Om rabatt skulle vært evaluert slik måtte vi ha bedt om at veiledende prislister skulle følge tilbudene, hvilket vi ikke har gjort. Det ville heller ikke vært nødvendig å liste produkter for å få bindende nettopriser slik vi har gjort gjennom vårt vedlegg 2 i konkurransegrunnlaget.*

- (25) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 28. januar.
- (26) Innklagede bekreftet i brev datert 9. februar at kontrakt ville avventes til saken var vurdert av klagenemnda.
- (27) Innklagede har i tilsvar til klagenemnda sendt inn matrise for "Kriteriet pris vektet i hht konkurransegrunnlaget". Det fremgår av matrisen at "Vektet pris" er summen av



"Tilbudt nettoppris vektet" multiplisert med "Vekting iflg KG". Klagers sum var 294322,75. Valgte leverandørs sum var 243824,78, uten ordrerabatt var valgte leverandørs sum 244269,76. Videre fremgår at klager har tilbudt varierende rabatter på de ulike varegruppene, mens valgte leverandør har samme rabatt for alle varegruppene. Følgende hitsettes fra matrisen:

Tilbydere		NorEngros Dahle Medical AS			Mediq Norge AS		
Varegrupper	Vekting iflg KG	Tilbudt nettoppris vektet	Vektet pris	Tilbudt rabatt øvrig sortiment	Tilbudt nettoppris vektet	Vektet pris	Tilbudt rabatt øvrig sortiment

[...]

Rabatt varegrupper samlet				150			175
Rabatt Stomiutstyr				18			25
Rabatt Kir. Instrumenter				30			25

- (28) Innklagede har i tilsvar for klagenemnda sendt inn matriser som viser innklagedes evaluering av tildelingskriteriene i den første evalueringen. For tildelingskriteriet "Leveringsbetingelser for tilbudte produkter og tjenester" fremgår det av evalueringsmatrisen at klager er rangert som nummer 1 med 100 poeng, mens de to øvrige tilbyderne begge har 96 poeng. For tildelingskriteriet "Pris på produkter iht. utfyllt prisskjema" fremgår av evalueringsmatrisen at klager samlet fikk 88,95 poeng og er rangert som nummer 2. Valgte leverandør fikk 100 poeng og er rangert som nummer 1. Det fremgår at innklagede hadde evaluert "Nettoppris bleier/inkontinens", hvor klager fikk 37, 80 poeng og valgte leverandør fikk 38 poeng, og "Nettoppris medisinsk forbruksmateriell", hvor klager fikk 51,13 poeng og valgte leverandør fikk 62 poeng. Begge punkter var "medregnet ordrerabatt for store bestillinger. Dokumentert ved regnskapstall for 2010". Av matrisen "Oppsummering evalueringsarbeid i fht tildelingskriterier" fremgikk det at klager var gitt henholdsvis 53 og 40 poeng for tildelingskriteriene 1 og 2, mens valgte leverandør var gitt henholdsvis 60 og 38 poeng. Klager fikk en samlet totalsum på 93 poeng, og er rangert som nummer 2, og valgte leverandør er rangert som nummer 1 med 98 poeng. Under tabellen fremkom følgende:

"Brukergruppen mener at gode bestillingsrutiner ivaretar den fordel som ordrerabatten gir.

Tallene som er lagt til grunn for beregnet ordrerabatt er hentet fra årets regnskapstall – se skjema for prissammenligning.

Det er ikke beregnet full utnyttelse av ordrerabatten som Mediq Norge AS har tilbudt. Dette for å ivareta en rimelighet i forhold til de to øvrige tilbydere.

Leveringsbetingelser er vurdert likeverdige. Norengros Dahle Medical AS har fått noe høyere score pga mulighet for hasteleveranse på helg, og for døgnåpen vakttelefon. Brukergruppen har vurdert dette som et godt tilbud, men mener at behovet for en slik tjeneste er liten."

## **Anførsler:**

### ***Klagers anførsler:***

- (29) Klager anfører at innklagede har brutt lovens § 5 og at konkurransen må avlyses etter forskriftens § 22-1.

### *Manglende angivelse av volum*

- (30) Det foreligger mangler ved konkurransegrunnlagets angivelse av volum. Valgte leverandør har et konkurransefortrinn i strid med lovens § 5, ved å kjenne enhetsprisene og dermed kunne regne seg frem til volum, jf. klagenemndas avgjørelser i 2005/116, 2008/177 og 2009/23. Volum for de enkelte varelinjer vil være av betydning når den enkelte enhetspris skal fastsettes, og innklagede kunne lett ha fremlagt volum i antall produkter for den enkelte varelinje. Innklagede har benyttet historiske tall ved den nye evalueringen, hvor omsetningstallene avviker vesentlig fra fordeling av omsetningstall opplyst i konkurransegrunnlaget. Informasjon om omsetning er sentral for tilbyderne. Kjennskap til faktiske kjøpte varer innenfor de enkelte linjer vil stille tilbyderne ulikt, som igjen åpner for taktisk prising.

### *Feil ved evalueringsmetoden*

- (31) Klager anfører videre at rangeringen av tilbyderne er basert på en evaluering som var totalt uegnet for å vurdere den pris som var angitt i tilbudene. Innklagede har ikke foretatt en evaluering av tilbudene basert på volum innenfor den enkelte varelinje, men har kun lagt til grunn enhetsprisen og ganget dette opp med prosenten varelinjen er oppført med. Dette medfører at den prosent som nyttes kun er en angivelse av hvor mange produkter av denne varelinje som forventes kjøpt. Denne feilen gir svært store utslag, og er så åpenbart at innklagede har vanskelig for å forstå at den ikke er oppdaget tidligere. Det er ikke mulig for innklagede å vurdere hvilke av tilbudene som har den beste pris basert på den evalueringen som er benyttet.
- (32) Videre kan ikke den nye vurderingen legges til grunn, da den ikke er forutberegnelig, den er i strid med prinsippet om likebehandling og den er ikke etterprøvbare. Det er et brudd på kravet til likebehandling når innklagede lager en ny vurdering basert på de faktiske antall produkter, da det kun er innklagede og valgte leverandør, som hadde disse tallene for alle varer unntatt bleier. Evalueringen er også feil i forhold til informasjonen som ble gitt i konkurransegrunnlaget. Videre er det kun utvalgte produkter som er priset under varegruppen for bleier, selv om prisene er varierende innenfor en kategori. Innklagede har konsekvent vurdert ut fra de produkter innefor gruppen som har lav verdi. Klager har de laveste enhetsprisene innenfor varegruppen bleier, og differansen til valgte leverandør kunne blitt langt større dersom de enkelte produkter var oppgitt med antall og pris. Innklagede opplyser at det er kjøpt bleier for kr 1 633 167,- i 2009, noe som er over 2,5 ganger beregningen i den nye evalueringen. Evalueringen er dermed ikke etterprøvbare. I den nye vurderingen er klager vurdert til å ha lavere pris enn valgte leverandør, mens de hadde høyere pris i forrige evaluering. Det motsatte er tilfelle for ernæring, og størrelsene på avvikene er vesentlig endret.

### *Vurdering av rabatt - Ulovlig tildelingskriterium*

- (33) Klager anfører at rabatt på øvrig sortiment, jf. kravspesifikasjonens punkt 7, innebærer et ulovlig tildelingskriterium. En rabatt i seg selv kan ikke avdekke det mest fordelaktige tilbudet når det ikke er klarlagt hvilken pris rabatten beregnes ut fra.

- (34) Når rabatt på øvrig sortiment imidlertid er gjort til et tildelingskriterium hadde ikke innklagede adgang til å se bort fra rabatter ved sin vurdering av tilbudene, jf. forskriften § 17-2 og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Innklagede opplysning om at rabatter likevel er vurdert er på ingen måte etterprøvbare, da innklagede ikke har noen pris å vurdere rabatten ut fra. Hadde tilbyderne vært kjent med at rabatter ikke ble vurdert kunne dette hatt betydning for hvordan man priset de enkelte deler av tilbudet. Det er kjent at ved inngivelse av tilbud er prisene som oppføres så lave at tilbyderne nesten ikke tjener på dette, men søker å få høyere fortjeneste på de produkter som kan leveres i tillegg.

#### *Feilaktig vektlegging av "ordrerabatt" i valgte leverandørs tilbud*

- (35) Klager anfører at innklagede har brutt lovens § 5 ved å vurdere "ordrerabatt" i valgte leverandørs tilbud, da dette er i strid med konkurransegrunnlaget, og stiller en av tilbyderne i en bedre stilling enn de øvrige. Det er ikke opplyst hvordan rabatten er beregnet. Det fremkommer imidlertid av den nye evalueringen at det er lagt inn 6 % rabatt på "ordrerabatt av 75 %" og 0,5 % av "ordrerabatt 25", samlet 6,5 % av den totale omsetning. Klager stiller spørsmål ved beregningen, da "ordrerabatt" vanligvis gis på enkeltordre over et bestemt kvantum eller over et bestemt beløp, og ikke av den totale omsetning. Det måtte vært spesifisert i konkurransegrunnlaget at "ordrerabatt" skulle vurderes, herunder hvilke kvantum som måtte oppfylles før innslag av rabatten. En leverandør som kjenner innklagedes bestillingsmønster vil åpenbart ha en fordel når slik rabatt skal gis. Klager er lavest på pris i bleier, dersom man ser bort fra "ordrerabatten". Basert på at innklagede i konkurransegrunnlaget har forbeholdt seg retten til å inngå mer enn en rammeavtale, er det av stor betydning at innklagede har adgang til å medregne "ordrerabatt" i evalueringen. Klager hadde lavest pris på bleier før rabatten ble lagt til, både i 1. og 2. evaluering, og kunne også inngitt slik rabatt dersom det var etterspurt i konkurransegrunnlaget.

#### *Erstatning*

- (36) Det bes om at klagenemnda tar stilling til om det er grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse.

#### ***Innklagedes anførsler:***

- (37) Innklagede bestrider at det er grunnlag for å avlyse konkurransen. Innklagede anfører å ha gjennomført en konkurranse hvor de grunnleggende kravene i lovens § 5 er ivarettatt, og har identifisert det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det er ikke saklig grunnlag for å avlyse konkurransen.

#### *Manglende angivelse av volum*

- (38) Innklagede hevder å ha objektivt og tilstrekkelig spesifisert volum i ytelsen. Volum er angitt i konkurransegrunnlaget på side 3 under pkt 1.2, på side 4 under pkt. 1.4, i kravspesifikasjonen side 1 pkt 1, og pris og produktskjema der kolonne "Fordeling" angir volum per varelinje og varegruppens andel av totalt er angitt for hver varegruppe. I kunngjøringen fremgår ytelsens spesifisering under kontraktens gjenstand II.1.4, II.1.5, II.1.6 og under kontraktens mengde eller omfang i II.2.1. Videre vises til spørsmål 3 og svar 3, tema er behandlet i svar på klage datert 4. januar 2011, samt i møte med klager. Prisskjema til konkurransegrunnlaget må ses som en handlekurv som er representativ i forhold til forbruk i 2009, og innkjøpsvolumet er fordelt på varegrupper med angivelse av denne varelinjens andel av den enkelte varegruppen.

Samtlige tilbydere var i stand til å beregne sitt tilbud ut fra de opplysninger som fremkom i konkurransegrunnlaget. Innklagede ser i ettertid at et regneark basert på faktisk antall kjøpte enheter kunne vært enklere å kommunisere, men etter at volum først var opplyst var det ikke mulig å reversere evalueringen ved å angi antall, da enhetsprisene ville kunne beregnes. Ingen av metodene er mer korrekt eller forutsigbar enn den andre. Innklagedes evalueringer viser et forhold mellom tilbyderne basert på vekten av hvert produkts historiske forbruk. Dette er en forskjell mellom relative og absolutte tall, og begge metoder har samme relative forskjeller og rangering mellom tilbudene. Det er vanskelig å unngå fullt ut at tidligere leverandører kan ha et fortrinn ved at denne kjenner oppdragsgivers virksomhet og forutsetninger bedre enn andre. Innklagede har i dette tilfellet likebehandlet tilbyderne, da det prinsipielle må være at evaluering av tilbud skjer i henhold til de opplysninger som er gitt i konkurransegrunnlaget.

#### *Feil ved evalueringsmetoden - Ulovlig tildelingskriterium*

- (39) Innklagede bestrider å ha benyttet et ulovlig tildelingskriterium og at det foreligger feil ved evalueringsmetoden. I konkurransegrunnlaget fremkommer det under pkt 4.7 "*Det skal tydelig fremkomme hvordan nettopriser fremkommer, dvs hvordan tilbyder priser og rabatterer det enkelte produkt*". Videre fremkommer det av kravspesifikasjonen punkt 7 at tilbudspris skal fremkomme som nettopriser, og at nettopris forstås som nettopris per enhet, og at enhet må oppgis, samt at "*nettopris og rabatt på øvrig sortiment vektlegges ved evaluering*". Nettopris og rabatt på øvrig sortiment er vektlagt ved evalueringen ved at dette måtte opplyses i prisskjema, som også ble presisert i spørsmål og svar kunngjort i Doffin. Dette er et skal-krav og ikke en del av tildelingskriteriene. Innklagedes hensikt var å få forpliktende rabatter for produkter innen samme varegruppe, og er overbevist om at tilbyderne også forsto dette.
- (40) Ved evalueringen av Tildelingskriterium 1 "*Pris på produkter iht. utfylt prisskjema 60 %*" ble tilbudene først sammenlignet ut fra tilbudt produkt, kvalitet og størrelse for hver varelinje. Det ble deretter foretatt en kontroll av at rabatter på øvrig sortiment faktisk forelå, og av tilbudte priser mot nåværende avtalepriser for å få et bilde av prisnivået på hver varelinje. Det ble utført en gjennomgående sammenligning for varegruppen sårbehandling, samt stikkprøver i andre varegrupper, som viste at tilbudte priser i hovedsak var betydelig lavere enn priser i nåværende kontrakter. Etter å ha kontrollert varelinje mot varelinje for hver tilbyder, ble hver enkelt enhetspris omregnet til vektet pris (i hht den andel av volum som var oppgitt per varelinje i prisskjema), og deretter summert per varegruppe. Sum per varegruppe ble overført til samlet oppstilling av kriteriet pris, og ble deretter vektet med oppgitt volum for varegruppen. Innklagede la likhetsprinsippet til grunn og kontrollerte samtlige tilbud på samme måte, og har evaluert de varelinjer det var bedt om tilbud på ut fra volum angitt i konkurransegrunnlaget. Det vises til innklagedes svar på klage brev datert 4. januar 2011. Innklagede enig i at det ikke er mulig å benytte rabatt på øvrig sortiment som et tildelingskriterium, noe innklagede heller ikke har gjort. Innklagede mistenker at klager og innklagede legger forskjellig tolkning til grunn for "*å vekte*" og "*å vektlegge*". Innklagede har sagt "*å vektlegge*", som er gjort, men har ikke sagt at det skal "*vektes*". Valgte leverandør har levert et tilbud med totalt sett lavere priser enn klager, men det er korrekt at klager hadde lavere priser for 2 av 8 varegrupper. Innklagede ønsket etter konkurransegrunnlaget punkt 1.2 og 1.3 primært å inngå rammeavtale med en leverandør, og anså dette som økonomisk mest fordelaktig.

#### *Vurdering av rabatt /Feilaktig vektlegging av "ordrerabatt" i valgte leverandørs tilbud*

- (41) Innklagede bestrider å ha tilført evalueringen et nytt tildelingskriterium "*ordrerabatt*", men har evaluert tilbudet som forelå ved tilbudsfristens utløp. Tilbudet hadde en gradert rabatt som gav ulike nettopriser avhengig av ordrestørrelse, og det er tilbyders nettopriser i utfylt prisskjema som er evaluert. For å beregne faktisk nettopris foretok innklagede en fakturakontroll for 2009, som viste at valgte tilbud basert på ordrestørrelser i 2009 ville vært enda bedre enn hva som ble lagt til grunn i evalueringen. Valgte leverandør har gitt det beste tilbudet basert på pris både med og uten gradert rabatt. Klagenemndas saker 2009/23, 2005/116 og 2008/177 er ikke relevant i det foreliggende tilfellet.

#### *Erstatning*

- (42) Innklagede bestrider at det er grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Markedet for medisinsk forbruksmateriell er under sterk konkurranse, og innklagede finner det svært lite sannsynlig at klager ikke ville deltatt i konkurransen, selv om klagenemnda skulle finne at innklagede har begått feil etter regelverket om offentlige anskaffelser.

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (43) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder rammeavtaler om kjøp av medisinsk forbruksmateriell som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.1.4 estimert til kroner 17 200 000. Etter opplyst art og verdi følger anskaffelsen lov om offentlige anskaffelser og reglene om åpne anbudskonkurranser i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).
- (44) Klager har anført flere grunnlag for at innklagede har brutt lovens § 5 og dermed må avlyse konkurransen etter forskriftens § 22-1. Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å ta stilling til klagers anførsel om at "*rabatt på øvrig sortiment*" etter kravspesifikasjonen punkt 7 er et ulovlig tildelingskriterium.
- (45) Det følger av konkurransegrunnlagets punkt 6.2 at tildelingskriteriet "*Pris på produkter iht. utfylt prisskjema*" skulle vektas 60 % ved tilbudsevalueringen. Spørsmålet blir da om "*rabatt på øvrig sortiment*" må anses som en del av tildelingskriteriet "*Pris på produkter iht. utfylt prisskjema*".
- (46) Det følger av kravspesifikasjonen punkt 7 at "*Nettopriser og rabatt på øvrig sortiment vektlegges ved evalueringen*" og at "*Prisskjemaet skal fylles ut etter opplysningene i kravspesifikasjonen*". Av prisskjemaet fremgikk det at tilbyderne skulle oppgi "*Rabatt på veiledende pris på øvrige produkter i gruppen*" for hver hovedgruppe.
- (47) Innklagede har anført at "*rabatt på øvrig sortiment*" er et "*skal-krav*" og ikke en del av tildelingskriteriene. Innklagedes hensikt var å få forpliktende rabatter innenfor samme varegruppe, noe innklagede er sikker på samtlige tilbydere forsto. Av innsendte evalueringsmatriser fremgår at "*rabatt på øvrig sortiment*" ikke er evaluert som en del av tildelingskriteriet "*Pris på produkter iht. utfylt prisskjema*".
- (48) Klagenemnda bemerker at prisskjemaet dannet grunnlaget for evalueringen av tildelingskriteriet "*Pris på produkter iht. utfylt prisskjema*". Når tilbyderne blir bedt om å oppgi rabatt, og det blir presisert i kravspesifikasjonen at dette skulle "*vektlegges ved evalueringen*", var det nærliggende for tilbyderne å forstå at "*rabatt på øvrig*"

*sortiment*” ville få betydning for evalueringen av tilbudene. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at *”rabatt på øvrig sortiment”* må anses som en del av tildelingskriteriet *”Pris på produkter iht. utfylt prisskjema”*.

- (49) Spørsmålet blir da hvorvidt *”rabatt på øvrig sortiment”* lovlig kunne vært benyttet som tildelingskriterium i foreliggende sak.
- (50) Det følger av forskriften § 22-2 (2) at når kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må tildelingskriteriene ha tilknytning til kontraktens gjenstand. Tildelingskriteriet må videre være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (51) Klagenemnda har i tidligere saker etter konkrete vurderinger har ansett *”rabatt på øvrig sortiment”* og *”Påslagsprosent”* for å ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand, jf. henholdsvis 2010/241 premiss (28) og 2009/158 premiss (23). Innklagede har imidlertid erkjent at det i dette tilfellet ikke var mulig å benytte rabatt på øvrig sortiment som tildelingskriterium, og opplyste i brev datert 18. januar 2010 at *”Om rabatt skulle vært evaluert slik måtte vi ha bedt om at veiledende prisliste skulle følge tilbudene, hvilket vi ikke har gjort.”* Det er dermed klart at *”rabatt på øvrig sortiment”* ikke lovlig kunne vært benyttet som tildelingskriterium i foreliggende sak.
- (52) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriftens § 17-2 (1), er bruk av ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet ulovlig tildelingskriterium har plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og fra klagenemndas praksis i sakene 2010/302, 2010/100, 2009/182, 2009/181.
- (53) På bakgrunn av at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler. Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet, jf. klagenemndsforordningen §12.

### **Konklusjon:**

Kommunene Lillehammer, Gausdal og Øyer har brutt forskriften § 22-2 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

4. april 2010

Andreas Wahl