



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for levering av apotektjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt lovens § 5 ved å benytte et uklart tildelingskriterium.

Klagenemndas avgjørelse 7. mars 2011 i sak 2011/32

Klager: Apotek 1 Norge AS

Innklaget: Helgelandssykehuset HF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Uklart tildelingskriterium, etterprøvnbarhet, likebehandling

Bakgrunn:

- (1) Helgelandssykehuset HF kunngjorde 2. november 2010 en åpen anbudskonkurranse for levering av apotektjenester. I kunngjøringens punkt II.1.6 var det oppgitt følgende CPV-klassifisering:

”33600000 Farmasøytiske produkter

33690000 Diverse legemidler

85149000 Apotekvirksomhet”

- (2) Det fremgikk av kunngjøringens punkt IV.3.4 at tilbudsfristen var 10. desember 2010. Videre fulgte det av punkt IV.2 ”Tildelingskriterier” at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vurdert på grunnlag av ”Kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget.”
- (3) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilbudsfristen var 8. november 2006, som må skyldes en inkurie. Innklagede benyttet konkurransegjennomføringsverktøyet Mercell for gjennomføringen av konkurransen.
- (4) Følgende fremgikk under konkurransegrunnlagets punkt 3 ”Krav til tilbudsbesvarelsen”:
- ”Komplett tilbud skal bestå av følgende dokumenter:*
- Eventuelle rabatter spesifisert på produktgrupper.*
- Eventuelle rabatter i henhold til LIS-avtalen på produktgrupper.*
- Eventuelle spesifiserte priser på tjenester.*

Dersom tilbudet er ment å avvike fra konkurransegrunnlaget, skal dette klart fremgå av tilbudet. Avvikene skal spesifiseres, være presise og entydige, samt beskrevet slik at Helgelandssykehuset kan vurdere avvikene uten kontakt med tilbyder."

- (5) Videre fulgte det av konkurransegrunnlagets punkt 5 "Tildelingskriterier":

"Tildeling av kontrakt vil bli basert på en samlet vurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud for Helgelandssykehuset.

Utvelgelsen vil skje på bakgrunn av følgende kriterier i prioritert rekkefølge:

- *Pris*
- *Tilgjengelighet*
- *Betingelser*
- *Service*

5.1 Levering

Leveringsbetingelser skal være levert DDP, Incoterms 2010 det enkelte foretak ved Helgelandssykehuset

5.2 Service

- *Leverandøren skal redegjøre for serviceapparatet og organisasjon som kan tilbys.*
- *Redegjøre for eventuelle planer for å kunne levere elektronisk faktura.*

5.3 Pris

Pris skal oppgis i norske kroner, inkl mva, og være inkludert toll og avgifter

Tilbyder må opplyse dersom prisen er valutaavhengig. Det skal oppgis hvilken valuta, hvor stor andel av prisen som er valutaavhengig og hvilken kurs prisen er regnet ut fra.

5.4 Betalingsbetingelser

Leverandøren skal tilby sine mest konkurranse dyktige betalingsbetingelse. Helgelandssykehuset HF har utgangspunkt i minimum betalingsfrist på 30 dager på alle faktura. "

- (6) Kravspesifikasjonen var vedlagt konkurransegrunnlaget. Det ble blant annet stilt krav til "5 Levering og tilgjengelighet på legemidler som avviker fra normal levering", "6 Lagerhold", "7 Transport", "8 Statistikk", "9 Retur" og "10 Destruksjon av legemidler".
- (7) Tilleggsinformasjon og svar på spørsmål ble gjort tilgjengelig for partene 3. desember 2010. desember 2010 gjennom Mercell. Under feltet "Beskrivelse" fremgikk det følgende:

"Oversikt over kostnader for LIS-varer i forhold til totalkostnaden for hver ATC hovedgruppe for 2009. Dette er inkl TNF-hemmere

[...]

Total omsetningen er litt over 30 millioner for alle 3 avdelingene, inkl. TNF-hemmere. Den er fordelt med over 50 % på Mo i Rana og resten ca likt fordelt mellom Mosjøen og Sandnessjøen.

Avtale perioden er 2 år med mulighet til å prolonger 1+1 år.

Vekting tildelingskriteriene:

Pris ca. 60-70 %

Tilgjengelighet ca 10-15 %

Betingelser ca 10-15 %

Service ca 10-15 %

Hvis det er sagt annet i tilleggskravdokumentasjon utover konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjon går konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjon foran de andre dokumenter.

Tilleggsinformasjon er den sist gjeldende.

Hvis der leveres alternative tilbud skal dette tilfredsstillende minimum de krav som er satt i konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjon. Utformingen skal være slik at det skal kunne sammenlignes med det opprinnelige tilbudet.

I forkant av en eventuell prolongering kan det forhandles for å gi et grunnlag i vurderingen om avtalen skal prolongeres.

Tilbyder må opplyse om hvilket eller hvilke leveringssteder tilbudet er omfattet av.

Vi forutsetter at pristilbudet fremkommer som en rabattsats på følgende varegrupper:

- *Legemidler omfattes av LIS-avtale.*
- *Legemidler uten LIS-avtale*
- *Reseptfrie legemidler*
- *Andre handelsvarer*

Rabatt skal gis på den pris oppdragsgiver betaler, det vil si AUP.

Vekting på pris/rabatt vil bli gitt slik at tilbyder med best rabatt/lavest pris oppnår høyest score. For beregning av rabatt legger foretaket maksimalpris godkjent av Statens Legemiddelverk til grunn.

Dersom rabatten skal beregnes på annen måte må dette opplyses på en klar og entydig måte, slik at enkel sammenligning av de forskjellige tilbud er mulig.

Apoteket må forplikte seg til å levere legemidler i henhold til den til enhver tid gjeldende LIS-avtale, samt øvrige legemidler som sykehuset har behov for.

Gjennom LIS-avtalen(e) er det også inngått av grossistavtale. Apoteket skal forholde seg til den til enhver tid gjeldende grossistavtale. For tiden er dette en avtale med NMD [Norsk Medisinaldepot AS].

For ikke LIS-avtalte varer kan den enkelte leverandør/apotek forholde seg til egen leveringsavtale.”

- (8) Innen fristen mottok innklagede to tilbud, herunder fra Apokjeden AS/Apotek 1 Norge AS (heretter kalt klager), og fra Norsk Medisinaldepot AS.
- (9) Tilbyderne ble meddelt tildelingsbeslutning i brev datert 21. januar 2011, hvor det fremgikk at Norsk Medisinaldepot AS (heretter kalt valgte leverandør) skulle tildeles kontrakt. Det fremgikk følgende:

”Tildeling av kontrakt er basert på en samlet vurdering av det mest fordelaktige tilbudet for Helgelandssykehuset, vurdert ut fra følgende kriterier:

Vekting delingskriteriene:

Pris ca 60-70 %

Tilgjengelighet ca 10-15 %

Betingelser ca. 10-15 %

Service ca 10-15 %

Vurdering er gjort ut i fra leverte dokumentasjon, presentasjon/avklaringsmøte

Vurdering.

Pris: *Valgte leverandør var klart beste pris*

Tilgjengelighet: *Begge leverandørene tilfredsstillt kravene til tilgjengelighet, men valgte leverandør var best.*

Betingelser: *Begge leverandørene tilfredsstillt kravene, men valgte leverandør hadde de beste betingelsene.*

Service: *På service er begge vurdert likt.”*

- (10) I anskaffelsesprotokollen var det inntatt følgende kommentar:

”Det er gjennomført avklaringsmøte med hver av tilbyderne.

Begge tilbyderne presenterte tilbudene og presiserte momenter som var viktig for dem.

Det ble tatt opp problemstillinger rundt dette med hvis det ble et leverandørskifte. Det var enighet om at det måtte til en overgangsperiode for begge hvis det kommer til å bli skifte av kontraktspartner.

Apotek 1 ble gjort oppmerksom på at punktene: Apoteketablering og endoseforpakninger ikke ville bli vektlagt.

Begge redegjort for E-faktura mulighetene sine.”

- (11) Klager sendte e-post til innklagede 24. januar 2011 hvor det fremkom følgende:

”Vi ber om nærmere begrunnelse om evalueringen som er gjort til forbindelse med tildelingen, ref. § 20-16 i Forskrift om offentlige anskaffelser.

Pris vektet med ca 60-70 %

Her oppgir Oppdragsgiver kun at ”Valgte leverandør var klart beste pris”. Vi ber om en nærmere kvantifisering av hva som ligger i ”klart best” i form av poeng og/eller total sum.

Oppdragsgiver har ikke bedt om rabatt på enkeltprodukter, kun rabatt på fire elementer:

- Legemidler omfattet av LIS-avtale*
- Legemidler uten LIS-avtale*
- Reseptfrie legemidler*
- Andre handelsvarer*

Vi ber om en nærmere redegjørelse på hvordan de fire ulike elementene under pris er vektet:

1. Hvilken AUP er det tatt utgangspunkt i når evalueringen er gjort på legemidler omfattet av LIS-avtale? Den pris som følger av LIS avtalen og forskriftsfestet prisberegning ("den pris oppdragsgiver betaler" ref. tilleggsinfo gitt 3.12.2010) eller maksimal AUP satt av Statens legemiddelverk?

2. Hvilken AUP er det tatt utgangspunkt i når evalueringen er gjort på legemidler uten LIS-avtale? Maksimal AUP for alle varer eller trinnpris for varer som er omfattet av trinnprismodellen ("den pris oppdragsgiver betaler" ref. tilleggsinfo gitt 3.12.2010) og maksimal AUP for varer som ikke er omfattet av trinnpris? Trinnpris ligger 30-90 % under maksimal AUP og det er i praksis ulovlig for apoteket å selge legemidler til en pris høyere enn trinnpris.

3. Det foreligger ingen myndighetsregulering av pris på reseptfrie legemidler, og en rabattsats vil ikke danne beslutningsgrunnlag med mindre leverandører blir bedt om å oppgi faktisk (veiledende) AUP. Hvilken AUP er det tatt utgangspunkt i når evalueringen er gjort på reseptfrie legemidler?

4. Det foreligger ingen myndighetsregulering av pris på andre handelsvarer, og en rabattsats vil ikke danne beslutningsgrunnlag med mindre leverandører blir bedt om å oppgi faktisk (veiledende) AUP. Hvilken AUP er det tatt utgangspunkt i når evalueringen er gjort på andre handelsvarer?"

(12) Innklagede besvarte klagers henvendelse i e-post datert 27. januar 2011. Følgende hitsettes:

"I sammenheng med tildelingen ønsker dere nærmere en begrunnelse.

I dette svaret er det lagt til grunn blant annet:

*Fra konkuranssegrunnlaget, **Dersom rabatten skal beregnes på annen måte må dette opplyses på en klar og entydig måte, slik at enkel sammenligning av de forskjellige tilbud er mulig.** Dette er knyttet til punktet pris og dette vil si at spørsmålene 1,2,3 og 4 skulle dere ha redegjort for i tilbudet. Men jeg har valgt å kommentere punktene allikevel.*

Viser til reglene om offentlighet: En oppdragsgiver har taushetsplikt om "opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde".

Begge parter har levert med i tilbudet et dokument som sier hvilken informasjon som er unntatt offentligheten. Da vektingen er tatt utgangspunkt i omsetningen (omsetningstallene har jo bakgrunn i Apotek 1 sin omsetning det siste året) for de enkelte elementene så kan jeg ikke opplyse om poengverdier fordi da har dere mulighet til å regne dere tilbake.

Spørsmål 1: AUP har ingenting med LIS avtalen å gjøre.

Spørsmål 2: Trinnpris forstår jeg slik at det har kun med folketrygden å gjøre, og derfor ikke relevant i denne sammenhengen.

Spørsmål 3 og 4: Reseptfrie legemidler og andre handelsvarer er elementer som vi ønsker å ha avtale på for de tilfellene som oppstår når det er aktuelt å handle disse produktene på denne avtalen. I omsetningssammenheng så er disse elementene nesten uten betydning."

- (13) Klager sendte 27. januar 2011 e-post til innklagede hvor det fremgikk følgende:

”Denne besvarer enkelte av våre spørsmål, men er på langt nær tilstrekkelig til å ta stilling til om vurderingene har vært saklige og forsvarlige, og i samsvar med angitte tildelingskriterier. Vi mener helt klart at vi hittil ikke har mottatt tilstrekkelig informasjon som følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-16 første ledd, jf § 22 første ledd.

Tabell med oversikt over poeng samt totalpris

Vi ber konkret om å få tilsendt en tabell med oversikt over Apotek1 og NMDs poeng på hvert enkelt tildelingskriterium (pris, betingelser, tilgjengelighet og service). Opplysning om totalprisen (evt totalpoengsum) den enkelte tilbyder fikk ved evaluering av pris anser vi som å være en forutsetning for å kunne kontrollere om tildelingen er fattet på riktig faktisk grunnlag (ref KOFA 2006/118 og KOFA 2005/78)

Bruk av referansepunkt og innbyrdes vektning innenfor pris

Dersom vi forstår tilbakemeldingen rett er det benyttet maksimal AUP fra Legemiddelverket som referansepunkt både for evaluering av ”Legemidler omfattet av Lis avtale” og for ”Legemidler uten Lis avtale”. Kan dette bekreftes?

Vi savner også tilbakemelding på hvor stor vekt de enkelte elementene av pris har hatt ved evalueringen. Er det slik å forstå at Reseptfrie legemidler og Handelsvarer ikke har vært vektlagt under evaluering (med andre ord at det kun har vært reseptpliktige varer som har vært evaluert?). Hvis ikke – hvor stor andel av priskriteriet har disse varegruppene blitt tillagt?

Redegjørelse for forståelsen av rabatt og prisbegrep i konkurransen

I tilleggsginfo gitt 3.12.2010 skriver Oppdragsgiver følgende: ” Rabatt skal gis på den pris oppdragsgiver betaler, det vil si AUP. Vekting på pris/rabatt vil bli gitt slik at tilbyder med best rabatt/lavest pris oppnår høyest score. For beregning av rabatt legger foretaket maksimalpris godkjent av Statens Legemiddelverk til grunn.” . Gjennom LIS avtalen har en lang rekke legemidler svært høye rabatter (opp mot 90 % sammenliknet med maksimal AUP fra Legemiddelverket).

Myndighetsreguleringen av prisfastsettelse i apotek gjør det ulovlig å selge rabatterte legemidler til maksimal AUP (minst halve rabatten må tilflyte kunde). Det er derfor selvsagt for oss som tilbyder å tolke setningen ”rabatt skal gis på den pris oppdragsgiver betaler, det vil si AUP” dit hen at sammenlikningsgrunnlaget for legemidler omfattet av Lis avtale er maksimalt tillatte pris. Dette har da også vært praktisert gjennom hele foregående anbudsperiode.

Dette underbygges av oppdragsgivers uttalelser i telefonsamtale 26.01.11 der oppdragsgiver opplyste at evaluering av legemidler omfattet av LIS avtale ”selvsagt hadde tatt utgangspunkt i LIS AUP”.

Vi ber om nærmere redegjørelse for hva Oppdragsgiver mener er forskjellen på ”den pris oppdragsgiver betaler” og ”maksimalpris godkjent av Statens Legemiddelverk”.

- (14) Innklagede svarte klager i e-poster datert 28. januar 2011. Det var vedlagt en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud, samt vektingstabell og anskaffelsesprotokoll. Følgende hitsettes fra e-posten:

”Svar 2 fra Helgelandssykehuset HF

Tabell med oversikt over poeng

Vektingstabell med tildelingskriterier ligger vedlagt.

Punktene ” Bruk av referansepunkt og innbyrdes vektning innenfor pris” og ”Redegjørelse for forståelsen av rabatt og prisbegrep i konkurransen” henviser jeg til tilleggs informasjon, konkurransegrunnlaget, det forrige svaret og vil nok engang presisere at: ” Dersom rabatten skal beregnes på annen måte må dette opplyses på en klar og entydig måte, slik at enkel sammenligning av de forskjellige tilbud er mulig”. Jeg legger også til grunn likhetsprinsippet her. Dere refererer til telefonsamtalen den 26.01.11. Den velger jeg å se borti fra da det kun vil medføre en diskusjon på hva som egentlig ble sagt og hva som ble oppfattet.”

- (15) Klager sendte klage på tildelingen i brev datert 31. januar 2011.
- (16) Innklagede avviste klagen i brev datert 1. februar 2011.
- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. februar 2011.
- (18) Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har truffet avgjørelse i saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved tildelingsevalueringen, da innklagede har benyttet andre tildelingskriterier i tildelingsevalueringen enn beskrevet i konkurransegrunnlaget. Under tildelingskriteriet ”Service” er det ikke vektet organisasjon/serviceapparat i samsvar med konkurransegrunnlaget, mens i stedet vektlagt ”Statistikker, Destruksjon, Levering og Prosedyrer”, som ikke er omtalt i konkurransegrunnlaget. Under tildelingskriteriet ”Betingelser” angir konkurransegrunnlaget at det er betalingsbetingelser som inngår, mens poengmatrisen viser at også ”Leveringsbetingelser” er vektlagt. Under ”Tilgjengelighet” er det henvist til DDP Incoterms 2010, mens poengmatrisen viser at ”Beliggenhet”, ”Tilgjengelighet utenom åpningstid” og ”Levering ved akuttbehov” er vektlagt. Videre er det opplyst at ulik poengangivelse under punktet ”Beliggenhet” skyldes ulik avstand fra det enkelte leveringssted hos leverandørene, mens det ikke fremgår av konkurransegrunnlaget at geografisk avstand skal evalueres.
- (20) Videre anfører klager at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet, jf. forskriften § 20-16 (1) og (4). Det er på bakgrunn av poengmatrisen ikke mulig for klager å etterprøve på hvilken måte innklagede har regnet for å få poengene som er tildelt hvert av underpunktene for tildelingskriteriet ”Pris”. På spørsmål om hva som er utgangspunktet for beregningen har innklagede bare henvist til konkurransegrunnlaget.
- (21) Det anføres videre at poenggivningen av varekategoriene ”Reseptfrie legemidler” og ”Andre handelsvarer” er ugyldig, da varegruppene ikke er prisregulert av myndighetene og hver tilbyder har egen prissetting på disse varene. En sammenligning av rabatt på ukjente veiledende priser fra forskjellige tilbydere fremstår derfor som lite relevant.
- (22) Videre påpekes det at det er en summeringsfeil i poengmatrisen under punkt ”Service”, da begge tilbyderne har fått summert opp 40 poeng, mens matrisen viser 100.
- (23) Innklagede har også brutt regelverket ved at angivelsen av hva som er utgangspunktet for rabatten er upresis. Klager har oppfattet at innklagede har vist til hvordan avtalen har fungert frem til den nye konkurransen, herunder at rabatt på ”legemidler uten LIS avtale” er gitt på maksimal AUP, mens ”legemidler omfattet av LIS-avtale” er gitt

rabatt basert på apotekets allerede rabatterte LIS-utsalgspris (LIS-AUP). Klager anså derfor ikke at rabatten i tilbudet var beregnet på en annen måte enn i konkurransegrunnlaget. Det er dermed grunn til å stille spørsmål om innklagede har tildelt flest poeng til den tilbyder som reelt sett har den laveste pris. Innklagedes angivelse av at *"dersom rabatt skal beregnes på annen måte må dette opplyses på en klar og entydig måte"*, fritar ikke innklagede for plikt til å beskrive entydig på hvilken måte pris er tenkt angitt. Klager kan vanskelig se at det skal være mulig å sammenligne *"rabatt"* dersom ikke alle tilbydere har samme forståelsen av hva det spørres etter.

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved at konkurransens utforming er konkurransevridende, og konkurransen må dermed avlyses. Valg av evalueringskriterier innen *"Pris"* medfører at valgte leverandør får et konkurransefortrinn som ikke kan kompenseres. Valgte leverandør er også grossist for sykehusapotekene, og regulerer dermed apotekets innkjøpspris når tilbyderne pålegges å handle alle LIS-varer fra valgte leverandør. Valgte leverandør vil ikke opplyse hvor stort påslag de tar på LIS-varer eller inngå leveringsavtale som regulerer dette, og klager har dermed ingen kunnskap eller garanti for hvilken pris LIS-varene har eller kommer til å ha. Valgte leverandør sitter dermed med en større grad av sikkerhet og informasjon om inntjeningsgrunnlaget for den enkelte vare, og kan dermed i større grad rabattere disse produktene, men med langt mindre risiko. Dersom konkurransen skulle vært utformet på en måte som sikret likebehandling av tilbydere måtte innklagede sikret en avtale med valgte leverandør som regulerte grossistens påslag på LIS-Gis (det vil si LIS-Aip) og innklagede måtte deretter bedt om tilbud på tilbydernes påslag på denne LIS-Aip. Klager er grunnleggende uenig i at innklagede skal kunne fraskrive seg en plikt til å gjennomføre en konkurranse uten konkurransevridning ved å henvise til tidligere konkurranse under gammel forskrift etter pågående leveranser fra klager.

Innklagedes anførsler:

- (25) Innklagede anfører at tildelingskriteriene er *"Pris"*, *"Tilgjengelighet"*, *"Betingelser"* og *"Service"*, og at punkt 5.1 til 5.4 er de minimumskrav som stilles til disse elementene. Det er ikke noe i oppsettet som sier noe annet om sammenhengen mellom tildelingskriteriene og underpunktene. En annen sak er at underkriteriene burde ha vært med i konkurransegrunnlaget. Klagers oppsett av underkriterier i tilbudet avviker ikke fra poengmatrisen bortsett fra at der er færre underkriterier i matrisen. Det avgjørende er at det ikke vil ha noe utslag på poengberegningen eller konsekvenser for tildelingen, da elementene utenom pris har for liten betydning i forhold til det store utslaget som pris gir.
- (26) Innklagede viser til at summeringsfeilen skyldes en formelfeil, som er rettet opp og gir ingen utslag på den totale poengsummen.
- (27) Vedrørende manglende etterprøvbarehet for tildelingskriteriet *"Pris"* vises det til at utgangspunktet for beregning av tildelingskriteriet er omsetningen. Innklagede henviser videre til e-postkorrespondanse hvor det fremkommer at reseptfrie legemidler og andre handelsvarer var ønskelig å ha avtale på, men at disse elementene var nesten uten betydning i omsetningssammenheng.
- (28) Innklagede bestrider at det lagt til grunn noe annet enn det som står i konkurransegrunnlaget for rabatt. Tjenesten består av levering av medikamenter på etablerte avtaler som LIS (legemiddelinnkjøpssamarbeidet) har hatt egne konkurranser på, og hvor det er etablert egne LIS-avtaler og en grossistavtale som de konkurrerende apotek skal konkurrere i henhold til. Dette vil si at det konkurreres om en rabatt ut over

disse avtalene som tar utgangspunkt i AUP (Apotekenes utsalgspris). For beregning av rabatten skal apotekene legge til grunn maksimalpris godkjent av Statens Legemiddelverk, ellers vises det til tilleggsinformasjon, kravspesifikasjon og konkurransegrunnlaget. Ingen av tilbyderne har sagt noe om at de hadde lagt til grunn noen annen form for beregning, og klager burde som tidligere leverandør ha de beste forutsetninger og en fordel framfor konkurrentene. Klager skulle også ha avklart og vært tydelig på dette i konkurransen i henhold til krav til tilleggsinformasjon, herunder henvises til: *"Dersom rabatten skal beregnes på annen måte må dette opplyses på en klar og entydig måte, slik at enkel sammenligning av de forskjellige tilbud er mulig"*. Det vises videre til e-post korrespondanse hvor det fremgår at vektingen er tatt utgangspunkt i omsetningen, men at det for de enkelte elementene ikke kunne opplyses om poengverdier, da dette kunne avsløre taushetsbelagt informasjon. Det er videre vist til at reseptfrie legemidler og andre handelsvarer er elementer innklagede ønsker å ha avtale på, i omsetningssammenheng er disse elementene nesten uten betydning.

- (29) Vedrørende klagers anførsel om konkurransevridende utforming av konkurransen viser innklagede til at klager har vært valgte leverandør de siste 4 år, og det er ikke sagt i konkurransegrunnlaget at det skal være endringer på dette området. Klager har levert LIS-varer i 4 år uten at det har vært et problem innklagede er blitt gjort oppmerksom på. Dette har da vært en forutsetning når konkurransegrunnlaget ble laget. Dette har heller ikke noe med denne konkurransen å gjøre, da disse avtalene er etablert gjennom egne konkurranser.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften § 2-1 (2), jf. § 2-2 (1).
- (31) Klagenemnda finner det hensiktsmessig først å ta stilling til klagers anførsel om at det var upresist angitt hva som skulle være utgangspunktet for beregning av rabatt. Anførselen knytter seg til utformingen av tildelingskriteriet *"Pris"*.
- (32) 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. Det er både i tidligere avgjørelser fra klagenemnda, jf. blant annet klagenemndas sak 2008/98 premiss (76), og i en rekke dommer fra EF-domstolen, jf. blant annet sak C-19/00 SIAC Construction, fastslått at det gjelder et klarhetskrav ved utformingen av tildelingskriteriene. Dette innebærer at et tildelingskriterium skal være så klart at det *"allows all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way"*.
- (33) Det fremgikk i konkurransegrunnlaget under punkt 5.3 *"Pris"* at *"Pris skal oppgis i norske kroner, inkl mva, og være inkludert toll og avgifter"*. Videre måtte tilbyderne *"opplyse dersom prisen er valutaavhengig"* og det skulle *" oppgis hvilken valuta, hvor stor andel av prisen som er valutaavhengig og hvilken kurs prisen er regnet ut fra "*.
- (34) Av tilleggsinformasjonen, som ble tilgjengelig gjennom Merzell 3. desember 2010, fremgikk at innklagede *"forutsetter at pristilbudet fremkommer som en rabattsats på følgende varegruppe [...] Rabatt skal gis på den pris oppdragsgiver betaler, det vil si AUP."* Videre fremgikk det at tilbyder med *"best rabatt/lavest pris oppnår høyest*

score. For beregning av rabatt legger foretaket maksimalpris godkjent av Statens Legemiddelverk til grunn.” Det fremgikk også at ”*Dersom rabatt skal beregnes på annen måte må dette opplyses på en klar og entydig måte, slik at enkel sammenligning av de forskjellige tilbud er mulig.*”

- (35) Klagenemnda har oppfattet det slik at den praktiske hovedregelen er at det for alle reseptbelagte legemidler er fastsatt makspriser av Statens legemiddelverk. I tillegg er det for enkelte reseptbelagte legemidler en Legemiddelinnkjøpssamarbeidsavtale (LIS-avtale), som bestemmer prisen. For legemidler som ikke er reseptbelagt, og andre handelsvarer, er det ingen overordnet prisfastsettelse.
- (36) I det opprinnelige konkurransegrunnlaget fremgikk det at ”*eventuelle*” rabatter skulle oppgis. Ut fra den tilleggsinformasjonen som ble gjort tilgjengelig i Merzell 3. desember 2010 bestod imidlertid tildelingskriteriet ”*Pris*” utelukkende av tilbudte rabattsatser for de ulike varegruppene. Rabattsatsen skulle oppgis for forskjellige varegrupper, herunder for varer med prisregulering som også omfattet varer med LIS-avtale. Det skulle også oppgis rabattsats for varer uten overordnet prisfastsettelse.
- (37) Det er som utgangspunkt anledning til å vurdere inngitte rabatter ved prisevalueringen, det spesielle i foreliggende sak er imidlertid at prisevalueringen utelukkende er basert på inngitte rabattsatser.
- (38) Som nevnt i premiss (34) fremgikk det av tilleggsinformasjonen som ble gjort tilgjengelig i Merzell at rabatt skulle gis på den prisen som oppdragsgiver betaler (AUP). Senere fremgikk det at for beregning av rabatt ville innklagede legge maksimalpris godkjent av Statens legemiddelverk til grunn. For øvrig gjaldt også konkurransen andre varegrupper, som ikke var gjenstand for overordnet prisfastsettelse, og for disse er det klarligvis ikke relevant med en rabattberegning ut fra maksimalpriser fastsatt av Statens legemiddelverk.
- (39) Det er på bakgrunn av overstående uklart hva som skulle danne utgangspunktet for beregningen av rabatten, både for varer med LIS-avtale, reseptfrie legemidler, og andre handelsvarer. Klagenemnda bemerker at innklagede heller ikke i etterkant har evnet å forklare hvordan tildelingskriteriet faktisk har blitt evaluert. Innklagede har på denne bakgrunn brutt lovens § 5 ved å benytte et uklart tildelingskriterium. Feilen kan ikke rettes på en annen måte enn å avlyse konkurransen, jf. blant annet EU-domstolens sak C-448/01(Wienstrom) premiss (94)-(95).
- (40) På bakgrunn av resultatet blir klagers øvrige anførsler ikke behandlet.

Konklusjon:

Helgelandssykehuset HF har brutt loven § 5 ved å benytte et uklart tildelingskriterium.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

7. mars 2011

Magni Elsheim