



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av medisiner og apotekvarer til enheter i innkjøpsordningen. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å vektlegge prisen på fem av de samme varenumrene både i evalueringen av prisskjema og ved stikkprøveevalueringen. Klagenemnda fant også at innklagede hadde brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved ikke å omregne prisene på de innkomne tilbudene til de pakningsstørrelser som innklagede etterspurte. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 3. september 2012 i sak 2012/172

**Klager:** Apotek 1 Norge AS

**Innklaget:** Interkommunal Innkjøpsordning Nedre Romerike

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Jakob Wahl, Gro Amdal

**Saken gjelder:** Motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget, evaluering av tildelingskriterier, dobbelvektning, ikke sammenlignbare tilbud.

### Bakgrunn:

(1) Interkommunal Innkjøpsordning Nedre Romerike (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. april 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av medisiner og apotekvarer til enheter i innkjøpsordningen. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.1 angitt til å være 3,85 millioner kroner per år. I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 fremkom det at kontrakten skulle ha en varighet på 3 år, med mulig forlengelse. Tilbudsfrist var i kunngjøringen angitt til å være 4. juni 2012 kl. 12.00.

(2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 "formål/omfang" at:

*"IINR heretter kalt Oppdragsgiver, innbyr til "Åpen anbudskonkurranse" i forbindelse med anskaffelse av medisiner og apotekvarer. I henhold til dette dokument med vedlegg".*

(3) Av konkurransegrunnlaget punkt 7.2 "tildelingskriterier" fremkom det at:

*"Det totaløkonomiske mest fordelaktige tilbud velges etter en totalvurdering ut i fra følgende kriterier:*

| <i>Tildelingskriterier:</i> | <i>Kommentar:</i>                              | <i>Vekt:</i> |
|-----------------------------|------------------------------------------------|--------------|
| <i>Pris</i>                 | <i>Spesifiseres i prisskjemaene, vedlegg 1</i> | <i>40 %</i>  |

|                                                |                                            |             |
|------------------------------------------------|--------------------------------------------|-------------|
| <i>Produktgrupperabatt</i>                     |                                            |             |
| <i>Pris multidose-pakning</i>                  | <i>Spesifiseres i prisskjema vedlegg 1</i> | <i>30 %</i> |
| <i>Farmasøytisk tilsyn og konsulentbistand</i> | <i>Spesifiseres i vedlegg 2 ark C</i>      | <i>30 %</i> |

*Det kreves at leverandør dokumenterer/kommenterer alle ovennevnte kriterier.*

*Det vil bli gitt score fra 0 til 10 der den beste i hvert kriterium får score 10.*

*Beregning av tildelingskriteriene framkommer i vedlegg 1 Prisskjema under Samlet beregnings oversikt".*

- (4) Om tildelingskriteriene "pris" og "produktgrupperabatt" fremkom følgende i konkurransegrunnlaget punkt 7.4:

*"Det skal oppgis en listepris og en nettopris på vedlagte prisskjema. På øvrig sortiment skal det oppgis en prosentrabatt på aktuelle produktgrupper ut fra gjeldende listepris for mai. Rabattene på den enkelte produktgruppe vil ved beregning sees i forhold til prisliste som skal vedlegges tilbudet. Prisliste vedlegges i PDF format og som Excel-fil på minnepinne. Alle priser skal være inkl. alle gebyrer og tilleggspriser. Priser som ikke fremkommer i prisskjemaet vil ikke være gyldig fakturerbart".*

- (5) I vedlegg 1 "prisskjema" under punktet "beregningsmodell tildelingskriteriet: pris – rabatt 40 %" fremkom følgende:

| <i>Beregningsmodell tildelingskriteriet: pris – rabatt 40 %</i> |                         |                                                                                                                                                                                                        |
|-----------------------------------------------------------------|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Vurderingskriterier:</i>                                     | <i>Intern vektning:</i> |                                                                                                                                                                                                        |
| <i>Prisskjema vedlegg 1</i>                                     | <i>60 %</i>             | <i>Lavest pris/tilbyderspris x 10</i>                                                                                                                                                                  |
| <i>Rabatt</i>                                                   | <i>40 %</i>             | <i>10 p = Beste nettopris (listepris minus oppgitte rabatt)</i><br><br><i>0 p = Dersom det ikke er mulig å beregne ut fra innsendte tilbud</i><br><br><i>(det tas stikkprøver fra produktgruppene)</i> |

- (6) I vedlegg 1 "prisskjema" var det laget en tabell hvor innklagede hadde fylt inn en rekke varer og pakningsstørrelsene på disse varene, som tilbyderne skulle oppgi offentlig maks pris, rabatt og tilbudspris på. I tabellen var det også plass for at tilbyderne i tillegg kunne oppgi synonymprodukter med varenummer, pakningsstørrelse/enhet, offentlig maks pris og tilbudspris for disse produktene.

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 7.3 "generelt" fremkom følgende:

*"Oppdragsgiver har forsøkt å fjerne alle merkenavn ved utarbeidelse av prisskjemaet. De steder der merkenavn allikevel fremkommer, skal dette kun forstås som en retningsgiver i forhold til ønsket kvalitet. Det er derfor viktig at Leverandør spesifiserer spesielle produkttegenskaper i prisskjemaet. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å be om prøver på de produkter Oppdragsgiver er i tvil om eller som er nye for Oppdragsgiver".*

- (8) I konkurransegrunnlagets vedlegg 2 "Oppdragsgivers kravspesifikasjon" punkt 3.1 "krav til bestilling levering og fakturering" hadde innklagede laget et skjema med krav som tilbyderne skulle krysse av på om var oppfylt, og gi en løsningsbeskrivelse av.

- (9) I skjemaets punkt 3.1.1 "totalleverandør" fremkom det at:

*"Leverandør skal være totalleverandør til Oppdragsgiver på legemidler. De skal ha fullsortiment hht. § 26 Forskrift om apotek".*

- (10) Om ordinasjonskort og multidosepakning fremkom følgende i skjemaet punkt 3.1.18 og 3.1.20:

| Oppdragsgivers krav                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                   | Leverandørens svar   |                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|----------------------|---------------------|
| Referanse og beskrivelse av krav                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Krav type (M/B/I) | Svar (Ja/Nei/Delvis) | Løsningsbeskrivelse |
| <p><b>3.1.18 Ordinasjonskort</b><br/>Oppdatert ordinasjonskort skal medfølge ved 1. multidoselevering, deretter ved hver endring.</p> <p>Produktinformasjon med bilde av innholdet i oppdaterte multidoseforpakningen skal medfølge.</p> <p>Ved synonympreparater skal det fremgå. Vedlegg eksempel på ordinasjonskort.</p> | M                 |                      | Beskriv her         |
| <p><b>3.1.20 Multidosepakning pris</b><br/>Pakkepris inklusive alle kostnader pr uke og 14 dag.<br/>Pris oppstart nye brukere og</p>                                                                                                                                                                                        | B                 |                      | Beskriv her         |

|                                                                                                   |  |  |  |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|--|--|--|
| <i>endring eksisterende brukere.<br/>Oppgi responstid for endring<br/>på eksisterende bruker.</i> |  |  |  |
| <i>Vedlegg. 1 Prisskjema fylles inn.<br/>Tildelingskriterium</i>                                  |  |  |  |

- (11) I vedlegg 1 "prisskjema" under punktet "Multidosepakning" skulle følgende fylles ut:

|                                                                                                                                           |                                |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|
| <i>Pakkepris pr uke pr bruker</i>                                                                                                         | <i>Kr.</i>                     |
| <i>Pakkepris pr 14 dg pr bruker</i>                                                                                                       | <i>Kr.</i>                     |
| <i>Endosepakninger / blister på A og B<br/>preparater ca 100 stk</i>                                                                      | <i>Kr.</i>                     |
| <i>Dersom systemet for identifikasjon av legemidler medfører ekstra kostnader ved<br/>oppstart eller endringer skal det spesifiseres.</i> |                                |
| <i>Oppstart ny bruker</i>                                                                                                                 | <i>Kr.</i>                     |
| <i>Endring eksisterende bruker</i>                                                                                                        | <i>Kr.</i>                     |
| <i>Ordinasjonskort</i>                                                                                                                    | <i>Pris pr avdeling pr mnd</i> |
| <i>Ajourhold av pasienters ordinasjonskort<br/>(også legemidler som ikke dosepakkes)</i>                                                  | <i>Kr.</i>                     |

- (12) Innklagede mottok 4 tilbud innen tilbudsfristen 4. juni 2012, deriblant to tilbud fra Apotek 1 (heretter kalt klager) og ett tilbud fra Boots Norge AS.
- (13) I det ene av klagers to tilbud var det i prisskjemaet i vedlegg 1, oppgitt pris for "oppstart ny bruker" og for "endring eksisterende bruker", i tillegg til pris for "pakkepris pr uke pr bruker" og "pakkepris pr 14 dager pr bruker". I det andre tilbudet var det ikke oppgitt pris for "endring eksisterende bruker", men prisen for "pakkepris pr uke pr bruker" og "pakkepris pr 14 dager pr bruker" var noe høyere i dette tilbudet.
- (14) I begge tilbudene fra klager var det levert utfylt prisskjema, samt en liste over hvilke av de tilbudte synonymproduktene som avvek i størrelse fra det etterspurte.
- (15) I brev av 13. juni 2012 ble tilbyderne meddelt at innklagede hadde til hensikt å tildele kontrakten til Boots Norge AS (heretter kalt valgte leverandør). Angående klagers tilbud nummer 2 skrev innklagede i dette brevet at Apotek 1 ble rangert som nummer 2 i konkurransen. Tilbud 1 ble rangert som nummer 4 i konkurransen.

- (16) I e-post datert 14. juni 2012 ba klager om en utvidet begrunnelse for tildelingen.
- (17) Innklagede svarte på denne e-posten 18. juni 2012, og vedlagt fulgte innklagedes evalueringsmatrise.
- (18) I evalueringsmatrisen ble valgte leverandør sitt tilbud og klager sine to tilbud evaluert på følgende måte under kriteriet "*pris og rabatt*":

| <i>Nr.</i> | <i>kriterier</i>             | <i>Vekt hovedkrit</i> | <i>Vekt subkrit</i> | <i>Boots Norge</i> | <i>Apotek 1</i> | <i>Apotek 1 (2)</i> |
|------------|------------------------------|-----------------------|---------------------|--------------------|-----------------|---------------------|
|            | <i>Endelig plassering</i>    |                       |                     | <i>1</i>           | <i>4</i>        | <i>2</i>            |
|            | <i>TOTALT</i>                |                       |                     | <i>9,38</i>        | <i>8,11</i>     | <i>8,48</i>         |
| <i>2</i>   | <b><i>Pris og rabatt</i></b> | <i>40 %</i>           | <i>100 %</i>        | <i>3,57</i>        | <i>3,36</i>     | <i>3,36</i>         |
|            | <i>Prisskjema vedlegg 1</i>  |                       | <i>60 %</i>         | <i>5,73</i>        | <i>6</i>        | <i>6</i>            |
|            | <i>Rabatt</i>                |                       | <i>40 %</i>         | <i>8</i>           | <i>6</i>        | <i>6</i>            |

- (19) Klager sendte den 21. juni 2012 en klage over tildelingsbeslutningen til innklagede. I denne klagen påpekte klager blant annet at det ikke var et representativt utvalg av legemidler som ble stikkprøveevaluert under rabatt på produktgrupper. Klager påpekte også at prisen på enkelte legemidler ble dobbelt vektet i poengberegningen ved at prisen på disse både ble vurdert ved evalueringen av produktene på innklagedes utarbeidede prisliste og ved stikkprøvekontrollen. Klager påpekte også at varer som ikke var en del av rammeavtalen ble evaluert ved stikkprøveevalueringen.
- (20) De produktene klager viste til som var vurdert to ganger var Symbicort Th Inh 160/4,5 mcg, Moxonidin Actavis Tab 0,2mg, Aromasin Tab 25mg, Pevisone Krem og Fucidin-Hydrocortison Krem.
- (21) Klager viste også i denne klagen til at antall legemidler i hver ATC gruppe som ble evaluert varierte fra 0 til 3. Av de 15 ATC gruppene, var det 5 grupper hvor ingen varer ble vurdert. I 3 av gruppene ble det vurdert 3 varer, i 5 av gruppene ble det vurdert 2 varer og i 2 av gruppene ble det vurdert 1 vare.
- (22) Innklagede svarte på klagen 26. juni 2012, og tok ikke klagers anførsler til følge.
- (23) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) 29. juni 2012.

- (24) Kontrakt er ikke inngått, og innklagede vil avvende kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

#### **Anførsler:**

##### ***Klagers anførsler:***

##### *Motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget*

- (25) Innklagede har brutt regelverket ved å åpne for at tilbyderne kunne prise "oppstart ny bruker" og "endring eksisterende bruker" i prisskjemaet, samtidig som det i konkurransegrunnlaget også var bedt om at det skulle oppgis en pakkepris "inklusive alle kostnader" (hvor disse kostnadene etter klagers mening altså skulle være inkludert).

##### *Anførsler knyttet til stikkprøveevalueringen*

- (26) Innklagede har brutt regelverket ved å vurdere fem av de samme varenumrene både i evaluering av prisskjema og ved stikkprøveevaluering av generell produktgrupperabatt. Dette gjelder produktene: Symbicort Th Inh 160/4,5 mcg, Moxonidin Actavis Tab 0,2mg, Aromasin Tab 25mg, Pevisone Krem og Fucidin-Hydrocortison Krem. Slik dobbeltvektning er klart ulovlig.
- (27) Innklagede har brutt regelverket ved å evaluere prisen på produkter som ikke var relevant for oppdragsgivers kjøp i stikkprøveevalueringen. Dette gjelder produktene: Holoxan, Inductos, Sulfatiaol Naf Vet 10 % Sinkpa og Porcilis App Vet Inj. Dette er produkter som utelukkende blir benyttet i spesialhelsetjenesten eller til dyr, og dermed ikke er omfattet av kommunehelsetjenestens ansvar.
- (28) Innklagede har brutt regelverket ved at det i enkelte ATC grupper ble vurdert opp til 3 produkter, mens det i andre ATC grupper ikke ble vurdert noen produkter.

##### *Anførsler knyttet til evalueringen av prisskjemaet*

- (29) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å omregne tilbyderens pris på synonymprodukter til de pakningsstørrelser som innklagede hadde oppstilt i prisskjemaet knyttet til de navngitte produktene. Siden innklagede ikke har tatt hensyn til at tilbyderne har tilbudt ulike pakningsstørrelser, var ikke tilbudene direkte sammenlignbare.
- (30) Innklagede har brutt regelverket ved å etterspørre pris på produkter i den utarbeidede prismatrisen, som ikke omfattes av rammeavtalen som skal inngås. Dette gjelder solkrem, støttestrømper og diverse kremer og salver og protesemidler. Dette er produkter som tilbys fra apotek, men som ikke er definert som apotekvarer da de ikke er kanaleksklusive. Disse produktene er omfattet av rammeavtale for medisinsk forbruksmateriell. Prismatrisen er dermed ikke representativ for kjøpet.

##### *Redegjørelse for minimumskrav*

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å kreve en redegjørelse for oppfyllelsen av minimumskrav, jf. konkurransegrunnlaget vedlegg 2 "kravspesifikasjon" punkt 3.1 "krav til bestilling levering og fakturering". All den tid dette er minimumskrav vil en bekreftelse på oppfyllelse av kravene etter klagers

oppfatning være tilstrekkelig, og klager mener at et krav om redegjørelse for dette gir usikkerhet rundt innklagedes motiver for innhenting av leverandørenes redegjørelser.

### ***Innklagedes anførsler:***

#### *Motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget*

- (32) Tildelingskriteriene er klargjort i de kunngjorte dokumentene, og samtlige tilbud er blitt vurdert i henhold til disse kriteriene.

#### *Anførsler knyttet til stikkprøveevalueringen*

- (33) Det er foretatt stikkprøver på prosentrabatt fra offentlig prisliste. Denne er den samme for alle tilbyderne, og alle har den samme pris, en offentlig maks pris. Prisrabatten er vurdert ut fra denne listen. Det informeres om at innklagede har tatt en skyggeevaluering hvor de varenummer klager mener er blitt dobbeltvektet er tatt bort, uten at dette endret resultatet av evalueringen.
- (34) Det bestrides at det er benyttet produkter som ikke er representative for innklagedes kjøp. Det bemerkes at det er oppdragsgivers faggruppe (brukere av avtalen) som har kommet med innspill til hvilke produktgrupper og produkter det skulle tas stikkprøver av.

#### *Anførsler knyttet til evalueringen av prisskjema*

- (35) Klager har ikke fulgt prisoppsettet ved å tilby produkter som ikke samsvarte med det etterspurte, og klagers tilbud skulle følgelig vært avvist. Det fremkom av prisskjemaets forside at tilbydere som ikke fulgte prisoppsettet ville få sitt tilbud avvist. I prisskjemaet fremkom det klart hva slags pakningsstørrelse tilbyderne skulle legge til grunn i sin prising.
- (36) Det bestrides at det ble etterspurt pris på produkter som ikke omfattes av avtalen. De varer som ble evaluert er varer som kjøpes over tilsvarende avtale i dag. Prisskjemaet er representativt.

### **Klagenemndas vurdering:**

- (37) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder anskaffelse av medisiner og apotekvarer til enheter i innkjøpsordningen, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 1.1 estimert til kroner 3,85 millioner per år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

#### *Motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget*

- (38) Klager anfører at det er et brudd på regelverket at innklagede i prisskjemaet åpnet for at tilbyderne kunne prise "oppstart ny bruker" og "endring eksisterende bruker", når det i konkurransegrunnlaget punkt 3.1.20 fremkom at det skulle oppgis en pakkepris inklusive alle kostnader per uke og per 14. dag.

- (39) Klagenemnda tolker denne anførselen slik at klager mener at det foreligger motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget.
- (40) I klagenemndas tidligere praksis, eksempelvis sak 2009/134 og 2011/249, er det lagt til grunn at konkurransegrunnlaget må være klart og utvetydig for å oppfylle de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5. Dette følger også av Fornyings-, administrasjons-, og kirkedepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser side 114. I sak 2009/134 ble det også presisert at klagenemnda ser på konkurransegrunnlaget i sin helhet, jf. premiss (21).
- (41) Av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon punkt 3.1.20 fremkom det at det som skulle oppgis om pris på multidosepakninger var *"Pakkepris inklusive alle kostnader pr uke og 14 dag. Pris oppstart nye brukere og endring eksisterende brukere. Oppgi responstid for endring på eksisterende bruker"*. Til slutt i punkt 3.1.20 fremkom det at: *"Vedlegg 1 Prisskjema fylles inn. Tildelingskriterium"*.
- (42) Formuleringen *"pakkepris inklusive alle kostnader pr uke og 14 dag"* kan være egnet til å gi tilbyderne inntrykk av at alle kostnader knyttet til multidosepakning skulle være inkludert i pakkeprisen som skulle oppgis i prisskjemaet. Leser en derimot formuleringen i sammenheng med neste setning hvor det het *"Pris oppstart nye brukere og endring eksisterende brukere"*, gir dette tilbyderne en klar indikasjon på at oppstart nye brukere og endring eksisterende brukere kunne prises særskilt. Ved at det i tillegg i punkt 3.1.20 var tatt inn en henvisning til prisskjemaet, hvor det i skjemaets punkt *"Multidose"* var uttalt følgende: *"Dersom systemet for identifikasjon av legemidler medfører ekstra kostnader ved oppstart eller endringer skal det spesifiseres."*, fremstår det som klart at det var adgang for tilbyderne til å prise oppstart nye brukere og endring eksisterende brukere særskilt.
- (43) Det forelå etter dette ikke motstridende opplysning i konkurransegrunnlaget, og klagers anførsel fører ikke frem.

#### *Anførsler knyttet til stikkprøveevalueringen*

- (44) Klager anfører at det er et brudd på regelverket at innklagede har vektlagt prisen på fem av de samme varenumrene både i evalueringen av prisskjema og ved stikkprøveevalueringen av generell produktgrupperabatt.
- (45) Klagenemnda har i sakene 2008/191 og 2012/25 fastslått vilkårene for når oppdragsgiver kan anvende evaluering ved bruk av stikkprøver ved tilbudsevalueringen. Idet klager ikke har anført at vilkårene for bruk av stikkprøveevaluering ikke er oppfylt går klagenemnda ikke inn på dette. Ved evalueringen av tilbudene utviser oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skjønnsutøvelse har vært usaklig eller vilkårlig, basert på feil faktum eller om skjønnet for øvrig er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav.
- (46) Spørsmålet blir dermed om det var forsvarlig av innklagede å vektlegge de samme produktene i både stikkprøveevalueringen av produktgrupperabatt og i evalueringen av prisskjemaet.

- (47) Av konkurransegrunnlaget punkt 7.4 "*Beregningsmodell, tildelingskriteriet. Pris – rabatt*", fremkom det at: "*Det skal oppgis en listepris og en nettopris på vedlagte prisskjema. På øvrig sortiment skal det oppgis en prosentrabatt på aktuelle produktgrupper ut fra gjeldende listepris for mai*". Formuleringen "*på øvrig sortiment*" tilsier at det som skulle oppgis av priser under "*produktgrupperabatt*", var priser på de resterende varene som ikke skulle prises i prisskjemaet, og det var da naturlig at det også var disse varene som skulle vurderes under punktet "*produktgrupperabatt*".
- (48) Klager vier til at produktene Symbicort Th Inh 160/4,5 mcg, Moxonidin Actavis Tab 0,2mg, Aromasin Tab 25mg, Pevisone Krem og Fucidin-Hydrocortison Krem ble vurdert både i evalueringen av prisskjemaet og i stikkprøveevalueringen. En gjennomgang av prisskjemaet viser at produktene Symbicort Th Inh 160/4,5 mcg, Aromasin Tab 25mg, Pevisone Krem og Fucidin-Hydrocortison alle ble etterspurt i prisskjemaet. Legemiddelet Moxonidin Actavis Tab 0,2mg ble ikke etterspurt, men ble tilbudt av klager som et synonymprodukt.
- (49) Innklagede bestrider ikke at fem av de samme produkter ble evaluert både i prisskjemaet og ved stikkprøveevalueringen. Innklagede viser også til at det ble foretatt en skyggeevaluering hvor de varenummer som var dobbeltvektet ble tatt bort, uten at dette endret på resultatet av evalueringen. Basert på dette legger klagenemnda til grunn at klagers anførsel om at fem av de samme produktene ble evaluert to ganger er riktig.
- (50) Konkurransegrunnlaget anga at det var de produktene som ikke skulle prises i prisskjemaet som skulle vurderes under "*produktgrupperabatt*". Innklagede har i evalueringen evaluert prisen på produkter fra prisskjemaet i stikkprøveevalueringen (altså evaluert prisen på de samme produkter to ganger). Dette er i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Innklagede har dermed brutt denne bestemmelsen ved evalueringen.
- (51) Klager anfører videre at det er et brudd på regelverket at innklagede i stikkprøveevalueringen har evaluert prisen på produkter som ikke var relevant for oppdragsgivers kjøp. Dette gjelder produkter som etter klagers mening utelukkende blir benyttet i spesialhelsetjenesten eller til dyr, og dermed ikke er omfattet av kommunehelsetjenestens ansvar.
- (52) Innklagede har opplyst at det er oppdragsgivers faggruppe (brukere av avtalen) som har kommet med innspill på hvilke produktgrupper og produkter som det skulle tas stikkprøver av, og at de produkter som er valgt ut er representative for innklagedes kjøp. Klagenemnda har ingen holdepunkter for at faggruppen ikke har plukket ut produkter som gir et representativt bilde på hvilke faktiske kostnader innklagede vil ha gjennom kjøp på rammeavtalen.
- (53) Det fremkommer videre av kravspesifikasjonen punkt 3.1.1 at "*leverandør skal være totalleverandør til Oppdragsgiver på legemidler. De skal ha fullsortiment ihht. § 26 Forskrift om apotek*".
- (54) I forskrift om apotek § 26 heter det at:
- "Apoteket har plikt til å forhandle:*
- a) alle legemidler som er godkjent for salg i Norge".*

- (55) Dette må etter nemndas oppfatning bety at den rammeavtalen som skal inngås, skal omfatte alle typer legemidler som apoteket har plikt til å forhandle, herunder også de produkter klager har påstått at det er irrelevant å vurdere prisen på. Klager har for så vidt heller ikke dokumentert at de etterspurte varene ikke er relevante for innklagede. Basert på dette kan klagers anførsel ikke føre frem.
- (56) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket ved at det i enkelte ATC grupper ble vurdert opp til 3 produkter, mens det i andre ATC grupper ikke ble vurdert noen produkter.
- (57) Klager har i sin klage til innklagede datert 21. juni 2012 vist at antall legemidler i hver ATC gruppe som ble evaluert varierte fra 0 til 3. Av de 15 ATC gruppene, var det 5 grupper hvor ingen varer ble vurdert. I 3 av gruppene ble det vurdert 3 varer, i 5 av gruppene ble det vurdert 2 varer og i 2 av gruppene ble det vurdert 1 vare.
- (58) Det fremgår av premiss (44) at innklagede ved evalueringen av tilbudene utviser et innkjøpsfaglig skjønn. Metoden som her ble anvendt for å vurdere pris på produktgrupper var stikkprøver. Når en skal anvende stikkprøver kan det ikke kreves at disse stikkprøvene tas likt innenfor hver gruppe. Det må være opp til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn hvordan stikkprøvene fordeles mellom de ulike produktene. Klagenemnda kan ikke se at måten innklagede har gjort dette på i denne saken fremstår som uforutberegnetlig. Basert på dette fører klagers anførsel ikke frem.

#### *Anførsler knyttet til evalueringen av prisskjema*

- (59) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å omregne tilbydernes pris på synonymprodukter til de pakningsstørrelser som innklagede hadde oppstilt i prisskjemaet knyttet til de navngitte produktene.
- (60) Innklagede på sin side hevder at klager ikke fulgte prisoppsettet ved å tilby produkter som ikke samsvarte med det etterspurte, og at klagers tilbud følgelig skulle vært avvist.
- (61) I prisskjemaet var det åpnet for at det kunne gis tilbud på synonymprodukter, og det var her en kolonne for "*pakningsstørrelse/enhet*". Basert på dette var det altså adgang til å tilby synonymprodukter i andre pakningsstørrelser enn det som var angitt for innklagedes etterspurte produkter.
- (62) Spørsmålet blir dermed om hensynene til forutberegnetlighet og likebehandling i loven § 5 ble ivaretatt når tilbydernes pris på synonymprodukter ikke ble omregnet til de pakningsstørrelser som innklagede hadde oppstilt i prisskjemaet knyttet til de navngitte produktene.
- (63) Tilbyderne har tilbudt synonymprodukter i ulike pakningsstørrelser. Ved å sammenligne pris per pakke blir resultatet derfor ikke representativt for hva en dosering eller nærmere angitt mengde medisin vil koste. Prisene per pakke blir dermed ikke sammenlignbar. Innklagede hadde etter dette en plikt til å omregne prisene på de innkomne tilbudene til de pakningsstørrelser som innklagede etterspurte. Innklagede har dermed brutt kravene til forutberegnetlighet og likebehandling i loven § 5 ved ikke å gjøre dette. Dette følger og av klagenemndas sak 2004/67 premiss (37) hvor klagenemnda viste til at evalueringen må foretas på et grunnlag som er økonomisk sammenlignbart.

- (64) Klager anfører videre at innklagede har brutt regelverket ved at de produkter det er bedt om pris på i innklagedes prismatrise ikke er representative for det innklagede skal kjøpe under den rammeavtalen som skal inngås. Det vises til at det ble etterspurt pris på produkter som solkrem, støttestrømper og diverse kremer og salver og protesemidler.
- (65) Den utlyste konkurransen gjaldt medisiner og apotekvarer. Det finnes så vidt klagenemnda kan se, ingen enhetlig rettslig definisjon på "apotekvarer" i verken lov eller forskrift, jf. lov og forskrift om apotek. Med apotekvarer er det derfor naturlig å forstå alle varer som selges på apoteket. For klagenemnda er det ikke opplyst hvilke produkter som inngår i tilsvarende avtale i dag, men ut fra konkurransegrunnlaget omfatter den utlyste avtalen for det første alle apotekvarer som apoteket har plikt til å selge, jf. forskrift om apotek § 26, og dermed ikke bare de varer som er kanaleksklusive for apotekene.
- (66) Det fremkommer videre av konkurransegrunnlaget punkt 7.4 at det skulle inngis pris på "øvrige sortiment", dette tilsier at også alle varer i tilbyderens sortiment kunne omfattes av avtalen.
- (67) Dette innebærer at rammeavtalen må forstås som å omfatte alle varer som selges på apotek, herunder solkrem, støttestrømper og diverse kremer og salver og protesemidler, og klagers anførsel fører derfor ikke frem.

#### *Redegjørelse for minimumskrav*

- (68) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å kreve en redegjørelse for oppfyllelsen av minimumskrav. All den tid dette er minimumskrav vil en bekreftelse på oppfyllelse av kravene etter klagers oppfatning være tilstrekkelig, og klager mener at et krav om redegjørelse for dette gir usikkerhet rundt innklagedes motiver for innhenting av leverandørenes redegjørelser.
- (69) Etter klagenemndas oppfatning vil et krav om redegjørelse for at, og eventuelt hvordan, fastsatte minimumskravene er oppfylt, ofte være nødvendig for at oppdragsgiver skal ha et forsvarlig grunnlag for å vurdere hvorvidt minimumskravene faktisk er oppfylt. Nemnda kan derfor ikke se at innklagedes krav om dette i foreliggende sak skulle være i strid med regelverket, og klagers anførsel fører ikke frem.

#### ***Konklusjon:***

Interkommunal Innkjøpsordning Nedre Romerike har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å vektlegge prisen på fem av de samme varenumrene både i evalueringen av prisskjema og ved stikkprøveevalueringen.

Interkommunal Innkjøpsordning Nedre Romerike har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5 ved ikke å omregne prisene på de innkomne tilbudene til de pakningsstørrelser som innklagede etterspurte.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 3. september 2012  
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl