



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: *Ulovlig tildelingskriterium*

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av medisinsk forbruksmateriell og eliminasjonsprodukter. Klagenemnda fant at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium ved å kreve at produktene skulle være miljømerket for å oppnå poeng under evalueringen av tildelingskriteriet "miljø". Som følge av dette skulle konkurransen vært avlyst.

Klagenemndas avgjørelse 22. februar 2017 i sak 2016/111

Klager: KS Drammen Papir Engros

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Karin Fløistad og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Bærum kommune (heretter innklagede) kunngjorde 8. februar 2016 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av medisinsk forbruksmateriell og eliminasjonsprodukter. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringens punkt II.1.4 estimert til kr 60 000 000 ekskl. mva. Tilbudsfrist ble i kunngjøringens punkt IV.3.4 angitt til 18. mars 2016, men ble senere endret til 21. mars 2016.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 1.2 fremgikk det at "*[a]nskaffelsen skal dekke Asker kommune og Bærum kommune sitt behov for kjøp av medisinsk forbruksmateriell og eliminasjonsprodukter*". Oppdraget var delt inn i to delområder, hvorav post 1 gjaldt medisinsk forbruksmateriell og post 2 gjaldt eliminasjonsprodukter. Det var adgang til å innlevere tilbud på ett eller begge delområder.
- (3) Tildelingen skulle etter konkurransegrunnlaget punkt 6.1 skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ut fra følgende tildelingskriterier:

"Post 1 Medisinsk forbruksmateriell

[...]

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
Pris	50 %	Utfylt prisskjema vedlegg 2. Ref. vedlegg 1 Kravspesifikasjon pkt. 5.1
Kvalitet, herunder • Implementering og service • Utvikling av sortiment • Sårbehandling	40 %	Beskrivelse i henhold til vedlegg 1 Kravspesifikasjon pkt. 5.2

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

<i>Miljø</i> • <i>Andelen av produktene i prisskjemaet som har miljømerke fra godkjente miljømerkeordninger.</i>	10 %	<i>Følgende skal fylles ut i vedlegg 2 Prisskjema;</i> <i>a) Egen kolonne med miljømerke for det enkelte produkt som er miljømerket.</i> <i>b) Egen kolonne med 1 (en) for produkter som har miljømerke og 0 (null) for produkter som ikke har miljømerke.</i> <i>Ref. vedlegg 1 Kravspesifikasjon pkt. 5.3</i>

- (4) Tildelingskriteriene var tilsvarende for post 2, men med den forskjellen at kvalitet skulle vektas med 25 % og miljø med 25 %. Videre ble det vist til vedlegg 1 i kravspesifikasjon pkt. 6.3, istedenfor punkt 5.3.
- (5) Kravspesifikasjonen punkt 5.3 og 6.3 var likelydende, og det ble der stilt opp nærmere miljøkrav til produktene:

"Kommunene ser det som viktig at bruken av miljøskadelige stoff blir redusert, og ønsker å inngå avtale med en leverandør som har tilsvarende holdning og praksis.

Tildelingskriteriet Miljø vurderes ut fra antall miljøpoeng. I prisskjema skal det settes 1 (en) i varelinjen for produkter som har miljømerke og 0 (null) hvis produktet ikke har miljømerke.

Tilbudte produkter skal i størst mulig grad oppfylle de offisielle nordiske miljømerkekravene (Svanemerket) eller de offisielle europeiske miljømerkekravene (EU-blomsten), eller tilsvarende miljømerker fra godkjente miljømerkeordninger. Produktene som har miljømerke føres opp med navn på merke i egen kolonne i prisskjema. Det godtas kun miljømerker som gjelder selve produktet. Se siste side for en kort oversikt over de mest kjente miljømerkene som gjelder selve produktene.

Tilbud med flest miljøpoeng vil få maksimal score."

- (6) Vedlagt fulgte en liste med eksempler på miljømerker som ville bli godtatt, og en liste med eksempler på miljømerker som ikke ville bli godtatt.
- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre tilbydere på delkontrakt for medisinsk forbruksmateriell (post 1), herunder fra KS Drammen Papir Engros (heretter klager) og fra OneMed AS. På delkontrakt for eliminasjonsprodukter (post 2) mottok innklagede tilbud fra fire tilbydere, herunder fra Abena Hygiene AS og fra klager.
- (8) I tildelingsbrev av 6. juni 2016 meddelte innklagede at OneMed AS ble tildelt kontrakt for post 1 og at Abena Hygiene AS ble tildelt kontrakt for post 2.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. juli 2016.
- (10) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør for post 1 og valgte leverandør for post 2 henholdsvis 6. juli og 13. juli 2016.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. februar 2017.

Anførsler:***Klager har i det vesentlige anført:***

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å kreve at produktene må være miljømerket for å få uttelling på miljøkriteriet. Det er i strid med regelverket å kreve at produktene er miljømerket, uten at det fremkommer hvilke krav som er satt til selve miljøegenskapene. Miljømerkene kan ikke i seg selv benyttes som poenggivende, men kan benyttes som dokumentasjon på at gitte miljøkrav er oppfylt. Det er produktets faktiske miljøegenskaper som skal legges til grunn for evalueringen.
- (13) Innklagede er videre forpliktet til å avlyse konkurransen, som følge av ovennevnte brudd på regelverket.
- (14) Nemnda bes om å uttale seg om det er grunnlag for å kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Klagers anførsler bestrides. Bakgrunnen for valget om å kreve at produktene skulle være miljømerket for at det skulle gi uttelling på tildelingskriteriet miljø, var at anskaffelsen skulle kunne gjennomføres på en hensiktsmessig og ressursvarende måte.
- (16) Det er uansett ikke grunnlag for klagers anførsel om avvisningsplikt. I forbindelse med behandlingen av klagen ble det foretatt en ny evaluering av klagers dokumentasjon. Dokumentasjonen ble oversendt Stiftelsen Miljømerking i Norge, som konkluderte med at produktene til klager ikke oppfylte vilkårene for Svanemerking.
- (17) Det er heller ikke grunnlag for erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av medisinsk forbruksmateriell og eliminasjonsprodukter som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.1.4 estimert til kroner 60 000 000 ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (19) Tildelingskriteriet miljø i foreliggende sak skulle vurderes ut fra "[a]ndelen av produktene i prisskjema som har miljømerke fra godkjente miljømerkeordninger". I prisskjemaet som skulle fylles ut var det en egen kolonne for miljømerker som skulle fylles ut "*med 1 (en) for produkter som har miljømerke og 0 (null) for produkter som ikke har miljømerke*", jf. kravspesifikasjonen punkt 6.3. Som dokumentasjon var Svanemerket, EU Ecolabel eller andre miljømerker som omhandlet selve produktet, etterspurt.
- (20) Lest i sammenheng fremgår det klart av konkurransegrunnlaget, inkludert vedlegg, at produktene måtte være tildelt et miljømerke for å få uttelling. Det var følgelig ikke tilstrekkelig at produktene tilfredsstilte kravene til et slikt miljømerke.

- (21) Spørsmålet er om det er adgang til å oppstille et tildelingskriterium hvor det kun gis uttelling for produkter som er tildelt et miljømerke. Dette ble tatt stilling til i EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 (Max Havelaar). Domstolen uttalte i premiss 97:

"Det følger af samtlige de foregående betragtninger, at provinsen Noord-Holland ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at den omstændighed, at visse af de produkter, som skulle leveres, var udstyret med mærkerne EKO og/eller MAX HAVELAAR, ville resultere i tildelingen af et vist antal point i forbindelse med valget af det mest økonomisk fordelagtige bud, uden at have opregnet de bagvedliggende kriterier for disse mærker eller tilladt, at det ved ethvert passende bevis blev godtgjort, at et produkt opfyldte disse bagvedliggende kriterier, har fastsat et tildelingskriterium, der er uforeneligt med artikel 53, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/18. Det tredje anbringende skal derfor i denne henseende tages til følge."

- (22) Innklagede har derfor brutt forskriften § 22-2 (2) ved å oppstille et tildelingskriterium hvor det kun ville gis uttelling for produkter som var tildelt et miljømerke.
- (23) Klagenemndas må videre ta stilling til om den feil som er konstatert ved at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, er en feil som innebærer at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.
- (24) I klagenemndas sak 2013/74 premiss (41), med henvisning til sak 2011/171 premiss (61), viser nemnda til følgende:

"Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."

- (25) I sak 2011/367 premiss (55) tok nemnda til orde for at det som et utgangspunkt bør legges til grunn at ethvert ulovlig tildelingskriterium kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. Bruk av et ulovlig kriterium vil derfor normalt utløse en plikt til å avlyse konkurransen.
- (26) Innklagede har i foreliggende sak benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Uttellingen på kriteriet fikk rent faktisk avgjørende betydning for hvilke tilbud som ble valgt. Det nevnes i denne forbindelse at hvilke produkter som tilbyderne velger å tilby, gjerne vil være et resultat av de tildelingskriterier som er fastsatt. Selv om tilbudene kanskje ville vært rangert på samme måte dersom det var de krav som er relevant for å oppnå et miljømerke som ble premiært, endrer ikke dette på at det ulovlige tildelingskriteriet skulle ha ført til at konkurransen ble avlyst.
- (27) Nemnda finner ikke grunn til å uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning er oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 annet ledd.

Konklusjon:

Bærum kommune har brutt forskriften § 22-2 (2) ved å oppstille et tildelingskriterium hvor det kun ville gis uttelling for produkter som var tildelt et miljømerke.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk