



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Endring av evalueringsmodell, omgjøring, avlysning

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp og pakking av legemidler. Klagerne anførte at innklagedes oppjustering av tilbudsprisene, med sikte på å gjøre tilbudsprisene sammenliknbare i en på forhånd meddelt evalueringsmodell, utgjorde et brudd på regelverket. En av klagerne anførte at evalueringsmodellen var ulovlig. Den andre klageren anførte at evalueringsmodellen var lovlig og at tilbud som ikke passet inn i evalueringsmodellen måtte avvises. Klagenemnda kom til at oppjusteringen av tilbudsprisene utgjorde en ulovlig endring av en på forhånd meddelt evalueringsmodell. Klagenemnda kom til at innklagedes regelbrudd bare kunne avhjelpes ved å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 30. januar 2018 i sakene 2017/169 og 2017/176

Klagere: Norsk Medisinaldepot AS og Boots Norge AS

Innklaget: Stavanger kommune m.fl.

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) På vegne av totalt 71 kommuner og 20 andre rettssubjekter kunngjorde Stavanger kommune (heretter innklagede) 3. juli 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp og pakking av legemidler. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 estimert til 496 millioner kroner. Tilbudsfrist var 1. september 2017.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at det tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris eller kostnad og øvrige tildelingskriterier skulle tildeles rammeavtalen. Evalueringen skulle gjøres etter følgende tre kriterier: Pris (75 prosent), bestillingsløsning (10 prosent) og kvalitetssikring (15 prosent).
- (3) Kriteriet om pris skulle evalueres på bakgrunn av tre underkriterier.
- (4) Fast prosentvis rabatt fra Legemiddelverkets fastsatte maksimalpriser på ulike ATC-grupper (anatomisk terapeutisk kjemisk klassifikasjon) skulle telle 65 prosent. Det fremgikk av prisskjemaet at det skulle oppgis en rabatt i prosent av maksimalprisene for i alt 89 ulike ATC-grupper. Dersom det ikke ble tilbudt rabatt ville evalueringssummen utgjøre 8900 kroner.
- (5) Pris på pakking av multidose-/endose-/flerdosepakninger skulle telle 30 prosent. Evalueringssummen ville være summen av pris på pakking av multidosepakninger for et estimert antall pasienter (for henholdsvis en, to og fire ukers pakker), i tillegg til summen for pakking av 20 000 endose- og flerdosepakninger.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

- (6) Pris på haste- og akuttbestillinger skulle telle fem prosent. Prisskjemaet la opp til at det skulle inngis enhetspriser for tre typer hastebestillinger. Disse ble multiplisert med et gitt volum og så lagt sammen til den summen som skulle evalueres.
- (7) Etter kunngjøringen av konkurransen ble det stilt spørsmål fra tilbyderne knyttet til valg av evalueringsmodell. Etter flere runder med spørsmål og svar knyttet til detaljene rundt valget av evalueringsmodell uttrykte innklagede følgende i spørsmål- og svarrunden publisert i Merccell 24. august 2017:

«Oppdragsgiver har per dags dato ikke mottatt ytterligere spørsmål fra markedet om evalueringsmodell, men ønsker på bakgrunn av ovennevnte korrespondanse å kommentere følgende:

Det beste tilbudet innenfor hvert tildelingskriterium vil få 10 poeng (ganget med vekt). Øvrige tilbud vil gis poeng ut fra avstanden til beste tilbudet.

De to kvalitative tildelingskriteriene (bestillingsløsning og kvalitetssikring) vil bli poengsatt ut fra en skjønnsmessig vurdering. Skalaen er her 0-10.

Når det gjelder tildelingskriteriet pris, benyttes som tidligere nevnt en lineær modell, jf. tidligere publiserte spørsmål og presisering av dette publisert 22.8. Det følger av den lineære modellen at tilbud som er mer enn dobbelt så dyrt som laveste pris, vil få minuspoeng.»

- (8) Innklagede viste så til at den lineære modellen ble uttrykt på følgende måte matematisk: « $Poengscore = 10 - 10 \times (Pe - Pb) / Pb$ der Pe er den prisen som evalueres og Pb er beste (laveste) pris».
- (9) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Apotek 1 Gruppen AS (heretter valgte leverandør), Boots Norge AS (heretter Boots) og Norsk Medisinaldepot AS (heretter NMD).
- (10) Innklagede meddelte tilbyderne 24. oktober 2017 at rammeavtalen var tildelt valgte leverandør.
- (11) På posten for fast prosentvis rabatt per ATC-gruppe tilbød NMD rabatter som ga en sum på 244. Dette resulterte i en vektet poengsum på 6,5 poeng. Valgte leverandør tilbød rabatter som ga en sum på 1245,52. Dette resulterte i en vektet poengsum på -20,18. Boots tilbød rabatter som ga en sum på 2454. Dette resulterte i en vektet poengsum på -52,37.
- (12) På posten om pakkepris tilbød valgte leverandør priser som ga en evalueringspris på -240 000 kroner. NMD tilbød priser som ga evalueringspris på null kroner og Boots hadde en evalueringspris på 0,538 kroner. Før sammenlikningen av prisene la innklagede til 240 001 kroner på hvert av tilbudene, slik at alle tilbudsprisene ble positive. For underkriteriet om pakkepris fikk valgte leverandør tre vektete poeng, NMD fikk -719 997 vektete poeng og Boots fikk -719 999 vektete poeng.
- (13) På posten om haste- og akuttbestillinger tilbød valgte leverandør priser som ga en evalueringssum på 20 kroner, NMD tilbød priser som ga sum på null kroner og Boots tilbød priser som ga sum på to kroner. Før sammenlikningen av prisene la innklagede til én krone på hvert av tilbudene, slik at alle prisene var over null kroner. På dette

underkriteriet fikk valgte leverandør -9,5 vektete poeng, NMD fikk 0,5 vektete poeng og Boots fikk -0,5 vektete poeng.

- (14) De vektete poengene for hvert av underkriteriene ble så lagt sammen. Valgte leverandørs tilbud, som var det tilbudet som hadde flest vektete poeng totalt for de tre underkriteriene til priskriteriet, fikk ti poeng på tildelingskriteriet pris. Valgte leverandør ble totalt gitt 7,5 vektete poeng på priskriteriet, mens NMD fikk totalsum på -207 674 vektete poeng og Boots -207 692.
- (15) NMD brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. november 2017. Boots brakte saken inn for nemnda 16. november 2017. Innklagede avventer kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas behandling av sakene. Klagenemnda prioriterer derfor sakene.
- (16) Siden sakene gjelder samme konkurranse og at anførslene til en viss grad gjelder de samme forholdene, forenes sakene til felles behandling.
- (17) Nemndsmøte i sakene ble avholdt 29. januar 2018.

Anførsler:

NMD har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede la til grunn uriktige tilbudspriser ved evalueringen av kriteriet om pakkepriser.
- (19) Tildelingsbeslutningen er ulovlig fordi evalueringsmodellen ikke var egnet til å identifisere de reelle relative forskjellene i pris i de ulike tilbudene. Kriteriet om pakkepris fikk en uforholdsmessig stor betydning i evalueringen.
- (20) Konsekvensen er at feilene må rettes ved at det foretas en ny evaluering med en evalueringsmodell som ligger innenfor de rettslige rammene.

Boots har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede la til grunn uriktige tilbudspriser ved evalueringen av kriteriet om pakkepriser.
- (22) Innklagede hadde bundet seg til valget av evalueringsmodell og hadde ikke anledning til å gjøre endringer i denne etter at tilbudene ble åpnet. Tilføyelsen av 240 001 kroner på tilbudsprisene medførte en ulovlig endring av evalueringsmodellen.
- (23) Den meddelte evalueringsmodellen var lovlig. Innklagede skulle avvist valgte leverandørs og NMDs tilbud som følge av vesentlige avvik fra konkurransedokumentene. Konkurranses grunnlaget må forstås slik at det inneholdt et forbud mot priser på null kroner og negative priser da slike priser ikke lot seg evaluere med den evalueringsmodellen innklagede opplyste at man ville benytte.
- (24) Dersom klagenemnda skulle komme til at det ikke forelå noen avvisningsplikt, må konkurransen avlyses.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (25) Tildelingsvalueringen ble ikke gjennomført med uriktige pakkepriser. Den justeringen som ble gjort medførte ingen endring av det tallmessige forholdet mellom prisene.
- (26) Evalueringsmodellen var lovlig. Den lineære modellen er anerkjent av gjeldende rett og samtlige leverandører forsto modellen og kalkulerte sine tilbud deretter.
- (27) Det bestrides at innklagede gjorde justeringer i evalueringsmodellen etter tilbudsfrist for å unngå avvisning av NMD og valgte leverandør. Innklagede foretok kun en justering av nullpunktet for å kunne anvende den lineære modellen som det var opplyst om.
- (28) NMD og valgte leverandør kunne ikke avvises. Anskaffelsesdokumentene ga ikke uttrykk for et forbud mot inngivelse av negative tilbudspriser eller pris på null kroner. Tilbyderne kan derfor ikke avvises på det grunnlag.
- (29) Oppdragsgiver har ikke saklig grunn til avlysning av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klagerne har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for pakking og levering av legemidler, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 496 millioner kroner. Konkurransen ble kunngjort 3. juli 2017. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (31) I perioden mellom kunngjøring og tilbudsfrist ble det reist en rekke spørsmål fra tilbyderne som ble besvart av innklagede. Flere av dem gjaldt hvilken evalueringsmodell innklagede ville benytte. Den 24. august 2017 ga innklagede etter nemndas syn utvetydig uttrykk for at følgende modell ville benyttes ved evalueringen av tildelingskriteriet pris: « $Poengscore = 10 - 10x(Pe - Pb) / Pb$ der Pe er den prisen som evalueres og Pb er beste (laveste) pris».
- (32) Valgte leverandør tilbød pakkepriser på -240 000 kroner. NMD tilbød å utføre denne tjenesten for null kroner. En evaluering av tilbudssummene ved bruken av den aktuelle modellen ville ført til at valgte leverandør ble gitt ti poeng for underkriteriet om pakkepriser. NMD ville fått 20 poeng for en pris som var 240 000 høyere. Boots ville også fått ca. 20 poeng. Med sikte på å gjøre prisene sammenliknbare valgte innklagede å tillegge samtlige tilbud en sum på 240 001 kroner for posten om pakkepriser.
- (33) Begge klagerne har anført at dette er i strid med regelverket.
- (34) Klagenemnda har i en rekke tidligere saker uttalt at dersom evalueringsmodellen er meddelt tilbyderne på forhånd, har ikke oppdragsgivere adgang til å endre denne, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2016/188 avsnitt 22 med videre henvisninger. Som det fremgår ovenfor ville tilbudene vært tildelt helt andre poengsummer dersom innklagede hadde anvendt den modellen som innklagede den 24. august 2017 oppga at man ville benytte. Det kan derfor ikke være tvilsomt at innklagedes oppjustering av tilbudssummene representerer en endring av evalueringsmodellen. I lys av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, kan det forhold at modellen ikke var egnet vanskelig rettferdiggjøre at en forhåndsmeddelt modell ikke følges.

- (35) Klagenemnda er for øvrig enig med klagerne i at den relative forskjellen mellom tilbudsprisene ved en oppjustering ikke forblir den samme etter justeringen, selv om det er det samme antallet kroner som skiller summene.
- (36) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at evalueringsmodellen ble endret i strid med regelverket.
- (37) Spørsmålet er hvilken betydning dette har for den kunngjorte konkurransen. Ettersom den kunngjorte modellen ikke var egnet, er det klart at det ikke er mulig å basere en tildeling i konkurransen på denne modellen.
- (38) Nemnda kan for øvrig ikke se at det er grunnlag for Boots' anførsel om at tilbud med negativ evalueringspris eller evalueringspris på null kroner skulle vært avvist i henhold til forskriften § 24-8 første ledd bokstav b. Anskaffelsesdokumentene gir ikke entydig uttrykk for et forbud mot negative priser. At modellen kun fungerte som tiltenkt med positive priser, er først synlig dersom ulike kombinasjoner av tilbudspriser legges inn i regnestykket. Klagenemnda kan ikke se at dette var noe den rimelig opplyste og påpasselige tilbyder måtte forstå. Det kan derfor heller ikke påvises noen avvisningsplikt på dette grunnlag. Boots' anførsel kan derfor ikke føre frem.
- (39) Slik saken nå står, er det klart at oppdragsgivers regelbrudd ikke kan avhjelpes på annen måte enn ved at konkurransen avlyses. Som følge av dette finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til om evalueringsmodellen, på bakgrunn av de innkomne tilbud, ikke er egnet til å utpeke tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet.
- (40) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert ovenfor, har påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyrene, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Stavanger kommune m.fl. har brutt regelverket ved å endre en kunngjort evalueringsmodell etter utløpet av tilbudsfristen.

Klagers øvrige anførsler har enten ikke ført frem eller ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk