



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for kjøp av forskjellige behandlingshjelpemidler. To dager etter at meddelelse om valg av tilbud var sendt ut, men før klagefristen og før kontraktsinngåelse, utløp tilbyderens vedståelsesfrist. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at de øvrige tilbyderne ikke var gitt en oppfordring til å forlenge sin vedståelsesfrist, men at dette ikke hadde hatt noen betydning for klager, da det ikke var grunnlag for omgjøring av kontraktstildelingen. Klagers tilbud inneholdt ingen bindende opplysninger om leveringstid, og klagenemnda hadde derfor ingen bemerkninger til at klager fikk 0 poeng på tildelingskriteriet leveringstid.

Klagenemndas avgjørelse 6. mars 2006 i sak 2005/201

Klager: Scan-Med AS

Innklaget: Helse Sør RHF og Helse Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Svein Dahl, Bjørg Ven

Saken gjelder: Vedståelsesfrist. Evaluering. Etterprøvbarehet.

Bakgrunn:

- (1) Sykehuspartner Helse Sør v/Sykehuset i Buskerud HF kunngjorde 24. januar 2005 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av behandlingshjelpemidler. Det var oppgitt at kontrakten var en felles rammekontrakt på utstyr til Helse Sør RHF og Helse Øst RHF. Avtalen skulle omfatte nærmere angitte helseforetak i de to helseregionene. Oppdragsgiverne er heretter kalt innklagede.
- (2) Kontrakten hadde 12 måneders varighet, og anslått verdi var mellom 70 og 90 millioner kroner.
- (3) Konkurranses grunnlaget opplyste at innklagede ville inngå avtaler med den eller de leverandørene som hadde det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Forespørselen var delt inn i 22 produktgrupper, med enkelte undergrupper. Tilbud kunne inngis på hver enkelt del.
- (4) Det var videre oppgitt at:

"Helse Sør og Helse Øst vil i størst mulig utstrekning inngå fellesavtaler som dekker hele behovet (produktspesikteret) for kontraktsytelsen [...]. Dette innebærer at det i utgangspunktet vil bli inngått få avtaler, men det kan også bli aktuelt med delte regionsvise avtaler på enkelte produkter."

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

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

(5) Tildelingskriteriene var angitt slik:

- *"Pris og totalkostnad/driftskostnad:*
 - *Pris og betingelser utstyr*
 - *Pris og betingelser på tilbehør og reservedeler*
 - *Pris og betingelser på servicetjenester*
 - *Pris og betingelser resirkulering/bytte/leiekomponenter*
- *Leveringstid/beredskap på utstyr, tilbehør og deler*
- *Leverandørens sortiment - bredde og dybde*
- *Funksjonsmessige egenskaper*
- *Produktopplæring medisinsk og teknisk personell"*

(6) Kriteriene var listet i prioritert rekkefølge.

(7) Det var stilt krav om at tilbyderne vedsto seg sine tilbud frem til 31. mai 2005.

(8) 25 leverandører innga tilbud, blant dem Scan-Med (heretter kalt klager). Klagers tilbud dekket produktgruppe 2, alle underkategorier av produktgruppe 3 og produktgruppe 22.

(9) I klagers tilbud het det under punkt 3.3 *"Leveringstid"*.

"Vedlagt følger oversikt over

a) Lagerførte produkter i henhold til tilbud

b) Leveringstid fra lager

c) Leveringstid på ikke lagerførte varer"

(10) Dokumentene om leveringstid var imidlertid ikke vedlagt tilbudet.

(11) I et eget dokument med overskriften *"Bedriftsinformasjon"* het det blant annet følgende:

"Lagersituasjon/Leveringsevne

Vårt normale lager er på ca. 3 mndr. forbruk.

Levering pr. post - normalt samme dag

Levering pr. bil - normalt samme dag/neste virkedag

Express levering - kan foretas

Differansen mellom normal forsendelse/express sendelse vil bli fakturert kunde."

(12) I e-post av 1. mai 2005 ba innklagede om at klager forlenget sin vedståelsesfrist til 30. juni 2005. Dette ble bekreftet av klager.

(13) Evalueringen ble foretatt av en brukergruppe bestående av ni personer. Under evalueringen fikk hvert tilbud en karakter fra 0 til 6 for hver produktgruppe/undergruppe.

(14) Gruppe 3 CPAP ble vurdert slik:

Kriterie	Vekt	Normed	Scan-Med	Polarmed
1 Pris og total kostnad/driftskostnad	55%	5	5	4
2 Leveringstid/beredskap på utstyr, tilbehør og deler	14%	5	0	5
3 Leverandørens sortiment – bredde og dybde	14%	5	6	3
4 Funksjonsmessige egenskaper	14%	6	3	6
5 Produktopplæring medisinsk og teknisk personell	3%	5	5	6
Vektet totalscore		5,1	4,2	4,3

(15) Gruppe 3 BiPAP/VPAP ble vurdert slik:

Kriterie	Vekt	Normed	Scan-Med	Polarmed
1 Pris og total kostnad/driftskostnad	55%	6	4	4
2 Leveringstid/beredskapstid	14%	5	0	5
3 Leverandørens sortiment	14%	5	4	5
4 Funksjonsmessige egenskaper	14%	6	5	6
5 Produktopplæring medisinsk og teknisk personell	3%	5	5	6
Vektet totalscore		5,7	3,6	4,6

(16) Tilsvarende matriser ble laget for alle produktgrupper/undergrupper.

(17) I brev av 28. juni 2005 meddelte innklagede kontraktstildelingen. Klager fikk kontrakt for gruppe 2 – blodtrykksapparat og pulsoksymeter, men nådde ellers ikke opp. Innklagede skrev blant annet:

”På bakgrunn av ovennevnte kriterier har prosjektgruppa innstilt på at det vil bli inngått kontrakt med totalt 17 leverandører fordelt på 22 grupper som følger:

*Gruppe 3 CPAP
Normed*

Leverandøren fikk tildelt kontrakt med bakgrunn i meget konkurransedyktig pris og at det tilbys 3 års garanti på produktene. Kort leveringstid og de funksjonsmessige egenskapene er vurdert som eksellent.

*Polarmed
Leverandøren fikk tildelt kontrakt med bakgrunn i kort leveringstid, de funksjonsmessige egenskapene samt opplæringen som tilbys.*

*Gruppe 3 BIPAP/VPAP
Normed*

Leverandøren fikk tildelt kontrakt med bakgrunn i meget konkurransedyktig pris, det tilbys 3 års garanti på produktene. Kort leveringstid og de funksjonsmessige egenskapene er vurdert som eksellent.

Polarmed

Leverandøren fikk tildelt kontrakt med bakgrunn i de funksjonsmessige egenskapene ved produktene samt opplæringen som tilbys.

Gruppe 3 Varmefuktere

Leverandøren fikk tildelt kontrakt med bakgrunn i lave priser, kort leveringstid, de funksjonsmessige egenskapene samt opplæringen som tilbys.

Gruppe 3 Masker

Futma

Leverandøren fikk tildelt kontrakt med bakgrunn i meget konkurransedyktig pris, kort leveringstid og meget god bredde i sortimentet.

Polarmed

Leverandøren fikk tildelt kontrakt med bakgrunn i tilbudte priser, leveringstid/beredskap samt opplæring. Leverandøren rangeres som nr. 2 innenfor gruppen av totalt 10 leverandører.

[...]

Bakgrunnen for at Scan-Med ikke fikk kontrakten er følgende:

Gruppe 3 CPAP

Deres firma fikk ikke tildelt kontrakt med bakgrunn i leveringstider som ikke er oppgitt samt de funksjonsmessige egenskapene til produktene.

Gruppe 3 BIPAP/VPAP

Deres firma fikk ikke tildelt kontrakt med bakgrunn i tilbudte priser, leveringstider som ikke er oppgitt samt sortiment som er tilbudt.

Gruppe 3 Varmfuktere

Deres firma fikk ikke tildelt kontrakt med bakgrunn i tilbudte priser, leveringstider som ikke er oppgitt samt sortiment som er tilbudt.

Gruppe 3 Masker

Deres firma fikk ikke tildelt kontrakt med bakgrunn i tilbudte priser, leveringstider som ikke er oppgitt samt sortiment som er tilbudt.

[...]”

- (18) Det ble videre opplyst at klagefristen var 8. juli 2005 kl 12.
- (19) I brev av 4. juli 2005 ba klager innklagede om en nærmere begrunnelse for valg av tilbud, og hadde i den forbindelse en rekke konkrete spørsmål. Videre ble det gjort oppmerksom på at konkurransen var klaget inn for klagenemnda. En slik klage ble levert samme dag.
- (20) Den 6. juli 2005 begjærte klager midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelse frem til klagenemndas avgjørelse i klagesaken forelå. Begjæringen ble tatt til følge i kjennelse av 7. juli 2005. Samme dag fikk klager en nærmere begrunnelse for kontraktstildelingen.

- (21) Den 8. juli 2005 krevde innklagede muntlige forhandlinger til prøvning av forføyningen, og forhandlingene ble avholdt 14. juli 2005. I kjennelse av 22. juli 2005 ble kjennelsen av 7. juli 2005 opphevet og begjæringen av 6. juli 2005 ble ikke tatt til følge. Kjæremålet ble ikke gitt oppsettende virkning, og kontrakt ble inngått før saken ble tatt til behandling av lagmannsretten.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (23) Klager skulle vært gitt bedre uttelling enn 0 poeng på kriteriet "leveringstid". Klager hadde beskrevet leveringstid, selv om beskrivelsen kan ha vært noe uklar.
- (24) Karakterskalaen går fra null til seks. Dette er en så grovmasket inndeling at det kan skjule seg betydelige prisforskjeller innenfor hvert intervall, særlig på en så stor kontrakt som denne. Innklagede har brutt forskriftens § 10-2 og kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å benytte et karaktersystem som overser relevante nyanser mellom tilbudene.
- (25) Klager tilbød seks modeller BiPAP. To uavhengige dokumenter viser at innklagede bare har vurdert fire av apparatene. Innklagede har dermed lagt feil faktum til grunn ved evalueringen.
- (26) Begrunnelsen er mangelfull. Det er oppgitt hvilken uttelling tilbudene fikk, men ikke på hvilket grunnlag poengene ble gitt. Skal begrunnelsen ha en verdi, må ikke bare poengsummene oppgis, det må også forklares hvorfor tilbudene ble premiært slik.
- (27) Endelig er vedståelsesfristen utløpt uten at kontrakt er inngått. Varsel om hvem innklagede ønsket å inngå kontrakt med ble gitt to dager før vedståelsesfristen utløp, men selve kontraktsinngåelsen skjedde etterpå. Vedståelsesfristen løp også ut før klagefristen. Dersom klagenemnda skulle godta at det er tilstrekkelig at varsel om hvem som skal tildeles kontrakten, sendes ut innen vedståelsesfristen, vil dette effektivt frata leverandørene en klagemulighet. Ved å inngå kontrakt etter utløpet av vedståelsesfristen har innklagede brutt lovens § 5.

Innklagedes anførsler:

- (28) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (29) Klager fikk 0 poeng for leveringstid fordi konkurransegrunnlaget ikke var besvart på dette punkt. Den generelle og til dels motstridende informasjonen som ble gitt, er ikke egnet til å skape rettslige forpliktelser.
- (30) Innklagede har gitt hvert tildelingskriterium en karakter fra 0 til 6, der 0 tilsvarer at spørsmålet ikke er besvart, mens karakteren 6 tilsvarer en eksellent ytelse på dette punktet. Fastleggelsen av en slik vektingsmodell må ligge innenfor oppdragsgiverens innkjøpsfaglige skjønn, og denne modellen er på ingen måte vilkårlig eller usaklig.
- (31) Kontrakten er av en slik art at det ikke lar seg gjøre å beregne noen fast totalpris for hvert produktområde. Ingen av leverandørene har tilbudt likt antall produkter innenfor

hver enkelt varegruppe. Innklagede har i stedet sammenlignet prisen på de enkelte produkter. Enhetsprisene for de enkelte produkter må anses som forretningshemmeligheter, og kan derfor heller ikke angis ved prosentvise forskjeller i forhold til klagers tilbud.

- (32) Den opprinnelige begrunnelsen tilfredsstilte forskriftens krav, og innklagedes utdypende begrunnelse besvarte fullt ut klagers spørsmål.
- (33) Innklagede har vurdert alle de seks modellene klager har tilbudt av BiPAP, til tross for at klager bare har gitt konkret informasjon om fire modeller. Årsaken til dette er vel at det bare er snakk om to modeller av samme apparat. Modellene har samme pris og de tekniske spesifikasjonene er ganske like. Bakgrunnen for at det bare er angitt fire priser i evalueringsskjemaet, er at klager selv har oppgitt prisen på denne måten.
- (34) Alle de valgte leverandørene (inkludert klager for kategori 2) hadde fått tildelingsbrev før vedståelsesfristen var utløpt, men klagefristen utløp var noen dager etter vedståelsesfristen, og den formelle kontraktundertegningen fant sted enda noe senere. Dette representerer likevel ikke et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Tildelingsbeslutningen kan bare omgjøres dersom det foreligger feil eller mangler ved beslutningen om valg av tilbud som kan ha påvirket resultatet. Det oppstår dermed en betinget kontraktsforpliktelse allerede ved tildelingsbrevet, og problemstillingen knyttet til vedståelsesfristen er ikke lenger relevant. Alternativet til å inngå kontrakt ville vært å avlyse konkurransen for å starte helt på nytt. Dette ville ikke være rettfærdig overfor de leverandørene som faktisk hadde levert de beste tilbudene, og ville i tillegg være ressursødende, i strid med lovens hovedformål.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Kontrakten gjelder en vareanskaffelse med en høyere verdi enn EØS/WTO-terskelverdiene, og konkurransen følger derfor forskrift om offentlige anskaffelser del I og II, jf § 2-2.
- (36) Klagenemnda behandler først spørsmålet om innklagede brøt regelverket for offentlige anskaffelser ved å inngå kontrakt etter at vedståelsesfristen var utløpt.
- (37) Partene er enige om at meddelelse om valg av tilbud ble gitt to dager før utløpet av vedståelsesfristen, men at både klagefristen utløp og kontraktsundertegningen skjedde etter at vedståelsesfristen var utløpt.
- (38) Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 10-3 (1) er avtale inngått først når begge parter har undertegnet kontrakten, og forskriften legger med dette opp til et avvik fra det som ellers følger av alminnelig avtalerett. Etter en meddelelse om aksept av et tilbud kan oppdragsgiveren fortsatt omgjøre beslutningen og avlyse konkurransen, jf klagenemndas avgjørelser i sakene 2003/183 og 2004/165. Meddelelsen innebærer likevel visse rettslige bindinger; omgjøring kan bare skje som følge av feil i anskaffelsesprosessen, og avlysning krever saklig grunn.
- (39) Dersom tilbyderens vedståelsesfrist er i ferd med å løpe ut, må oppdragsgiver innen vedståelsesfristens utløp gi leverandørene en oppfordring til å forlenge sin vedståelsesfrist, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2005/267. Bare så lenge

leverandørenes tilbud er bindende, kan oppdragsgiver omgjøre sin tildelingsbeslutning. En oppfordring om forlengelse av tilbyderens vedståelsesfrist er derfor nødvendig for å sikre likebehandling og en reell klageadgang.

- (40) I dette tilfellet tok ikke innklagede initiativ til å få tilbyderens vedståelsesfrist forlenget, og innklagede brøt dermed regelverket for offentlige anskaffelser. Imidlertid var det i dette tilfellet ikke grunnlag for omgjøring, og det at tildelingen ble etterfulgt av kontraktsinngåelse, har derfor ikke hatt betydning for de øvrige tilbyderne.
- (41) Når det gjelder evalueringen, har klagenemnda ingen kommentar til at klager fikk karakteren 0 på kriteriet leveringstid. Klagenemnda kan ikke se at klagers tilbud inneholder noen forpliktelse om en bestemt leveringstid, og innklagede kan derfor ikke regne med at leveringstiden vil være kortere enn det som følger av konkurransegrunnlagets minstekrav.
- (42) Når det gjelder verdsettelsen av forskjeller mellom tilbudene, herunder karaktersetting av prisene, har oppdragsgiveren et visst skjønn. Poengskalaen som benyttes, må imidlertid være egnet til å premiere forskjeller av betydning i tilbyderens priser, jf forutsetningsvis klagenemndas avgjørelse i sak 2003/201, ellers blir karaktersettingen vilkårlig. Klagenemnda har ingen kommentar til at prisene er sammenlignet produkt for produkt. Videre har klagenemnda ingen bemerkninger til at innklagede betrakter tilbyderens detaljpriser som forretningshemmeligheter, og at det derfor ikke er gitt innsyn i disse. Klager har heller ikke provosert disse opplysningene fremlagt. Klagenemnda kan derfor ikke overprøve om karaktersettingen i dette tilfellet har vært saklig og forsvarlig. Klagenemnda vil imidlertid bemerke at den poengskalaen som ble benyttet, ikke i seg selv er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (43) Klagenemnda har ingen forutsetninger for å kunne vurdere om innklagede har lagt riktig faktum til grunn ved evalueringen av klagerens VPAP/BI-PAP.
- (44) Etter klagenemndas oppfatning har innklagede oppfylt begrunnelsesplikten både etter § 10-3 (2) og § 3-8 (4). Klagenemnda vil bemerke at kravet til etterprøvbarhet, jf lovens § 5, kan innebære at oppdragsgiveren er forpliktet til å gi ytterligere informasjon dersom en leverandør har konkrete spørsmål av betydning for å vurdere om klageadgangen skal benyttes og hvordan en eventuell klage skal utformes. Hvis leverandøren spesifikt ber om å få oppgitt hvorfor tilbudene ble vurdert forskjellig på et bestemt tildelingskriterium, vil oppdragsgiveren normalt være forpliktet til å oppgi dette. Kravet til etterprøvbarhet må imidlertid avgrenses mot plikten til å hemmeligholde leverandørenes forretningshemmeligheter.
- (45) Under klagebehandlingen for klagenemnda har klager kommet med ytterligere spørsmål som innklagede har besvart. Klager har ikke anført konkrete mangler med hensyn til etterprøvbarheten, og klagenemnda har derfor ingen bemerkninger til dette.

Konklusjon:

Helse Sør RHF og Helse Øst RHF har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å oppfordre tilbyderne til å forlenge sin vedståelsesfrist.

For klagenemnda,

6. mars 2006

Svein Dahl