



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Ulovlig direkte anskaffelse. De grunnleggende prinsippene i § 4.

*Innklagede inngikk to avtaler om levering av antigen hurtigtester, henholdsvis 25. september og 1. oktober 2020. Klager anførte at avtalene utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at avtalene kunne unntas kunngjøring, jf. forskriften § 13-3 bokstav e, og at inngåelsen av disse avtalene dermed ikke utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt kravet til konkurranse i loven § 4 ved ikke å henvende seg til flere leverandører, førte ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 4. november 2021 i sak 2020/974

**Klager:** Nordic Laboratories AS

**Innklaget:** Sykehusinnkjøp HF

**Klagenemndas medlemmer:** Finn Arnesen, Bjørn Berg og Marianne Dragsten

#### Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) ble i september 2020 forespurt av Helsedirektoratet om å undersøke leveringsvilkår for tre ulike leverandører av covid-19 hurtigtester: Roche Diagnostics Norge AS (heretter *Roche*), Abbott Rapid Diagnostics AS (heretter *Abbott*) og Bergman Diagnostika AS (heretter *Bergman*).
- (2) I e-post korrespondanse med Helsedirektoratet, informerte Roche 17. september 2020 om deres leveringskapasitet:  
  
*«Roche åpner for å inngå avtaler om levering av vår Antigen test fortløpende. Avtalene blir prioritert likeledes ved en stock-out situasjon. Hvis norske myndigheter vurderer/ ønsker å kjøpe et volum som overstiger vårt forecast på 75', og 200' de påfølgende månedene så vil en tidlig inngått avtale sikre leveranse av et faktisk ønsket volum. Et forpliktende volum må kunne leveres over en gitt periode.»*
- (3) Roche bekreftet i e-post til innklagede 21. september 2020 at de hadde tilgjengelige hurtigtester, og at disse ble CE-godkjent 17. september 2020. Roche stilte samtidig spørsmål om anskaffelsen skulle gjennomføres *«via en direkte anskaffelse, eller anbud»*.
- (4) Abbott avtalte med innklagede i e-post korrespondanse 22. og 23. september at de skulle oversende et prøvekit til testing. Samtidig oversendte Abbott CE- og ISO-sertifikater for testkitene.

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

- (5) Bergman svarte i e-post til innklagede 22. september 2020 at produsenten av testene, Quidel Corporation, kunne prioritere levering til Norge, men at dette var «*avhengig av en relativt rask beslutning*». Om leveringskapasitet fremgikk:

*«Det er ikke mulig å levere 600 000 tester med en gang, men vi kan starte ukentlige leveranser i løpet av 1-2. I starten anslår Quidel at de kan levere ca 40 000 – 50 000 tester pr mnd, men etter 1. januar 2021 er det mulig med kraftig opptrapping.»*

- (6) Testene Bergman kunne tilby ble ikke vurdert som aktuell av innklagede. Bakgrunnen var at brukerne trengte et lite instrument for å kunne analysere testene. Innklagede har opplyst at Bergman fikk beskjed om dette muntlig.
- (7) Innklagede sendte en intensjonsavtale til Abbott 22. september 2020 med «*intensjon om å gå til innkjøp av mellom 1,5-2,5 millioner antigen hurtigtester for SARS CoV-2*» i 2020. Samme dag sendte innklagede en intensjonsavtale til Roche med «*intensjon om å gå til innkjøp av mellom 1-1,5 millioner antigen hurtigtest for SARS SARS CoV-2*» i 2020.
- (8) Påfølgende dag sendte Abbot tilbud til innklagede på Panbio COVID-19 antigen hurtigtester med to alternativer: 1,5 millioner tester i 2020 med opsjon på 1 millioner tester i 2021, eller 3 millioner tester i 2020 med opsjon på 1 millioner tester i 2021. Tilbudet var gyldig frem til 24. september 2020.
- (9) Roche sendte sitt tilbud på SARS-COV-2 Rapid antigen tester 24. september 2020. Frist for å godta tilbudet var satt til 28. september 2020.
- (10) Kontrakt med Abbott og Roche ble inngått henholdsvis 25. september 2020 og 1. oktober 2020.
- (11) Kontraktsinngåelsen ble kunngjort i Doffin og TED 23. oktober 2020. I punkt II.2.4 («*Beskrivelsen av anskaffelsen*») fremgikk det at anskaffelsen omfattet en leveranse av 3 millioner hurtigtester med opsjon på levering av 2 millioner hurtigtester. Anskaffelsens estimerte verdi var angitt til 280 millioner kroner ekskl. mva. Under punkt IV.11 («*Type prosedyre*») var det angitt følgende:

*«Anskaffelsen er gjort i henhold til FOA §13-3, bokstav e, og det er inngått kontrakt med to leverandører etter forhandlinger. Covid-19 pandemien og de etterfølgende utfordringene er et særlig forhold som oppdragsgiver ikke selv er skyld i og som man ikke kunne forutse. Utviklingen av medikamenter og tester tilknyttet dette går raskt og det var ikke mulig å forutse verken utviklingen eller behovene for dette. Videre fører uønsket spredning av viruset klart til fare for liv og helse.*

*Hastesituasjonen med løpende utvikling og nødvendigheten med tilgang til produktene gjør at det ikke er anledning til å overholde alle fristene i FOA kap 20. Bestillingen er her umiddelbar og seneste leveranse innen 6 måneder, det er normalt ikke mulig å få til om fristene skal overholdes.*

*Det må til sist være årsakssammenheng mellom den uforutsette begivenheten, Covid-19 og umuligheten til å overholde fristene. I dette tilfellet er det jo faren ved en ytterligere spredning av Covid-19, som gjør at fristene ikke kan overholdes, og at man trenger anledningen til å gjøre en raskere anskaffelse. En total bestilling på 3 millioner tester med opsjon på 2 millioner anses som nødvendig for å etablere den nødvendige*

*beredskapen ved fortsatt spredning. Omfanget av kontrakten anses dermed som nødvendig for å oppnå formålet.»*

(12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. desember 2020.

(13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 1. november 2021.

#### **Anførsler:**

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

(14) Vilkårene for fritak fra kunngjøringsplikten i forskriften § 13-3 bokstav e er ikke oppfylt. Innklagede kunne på et tidligere tidspunkt forutsett behovet for testene – det er ikke slik at det var umulig å gjennomføre en hasteprosedyre i tråd med regelverket. Kontraktinngåelsene utgjør dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

(15) Subsidiært anføres det at anskaffelsens omfang er for stor. Det er under ingen omstendighet grunnlag for å unnlate kunngjøring av avrop basert på opsjonene.

(16) Dersom klagenemnda skulle komme til at vilkårene for fritak fra kunngjøringsplikten er oppfylt, har innklagede uansett brutt anskaffelsesloven § 4 ved å ikke sikre reell konkurranse med flere leverandører.

##### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

(17) Vilkårene for fritak fra kunngjøringsplikten er oppfylt. Bakgrunnen for at anskaffelsen ikke ble igangsatt tidligere var at det ikke fantes antigen tester med akseptabel presisjon på markedet tidligere. Selv om forskriften § 20-2 tredje ledd åpner for å sette kortere tilbudsfrister, vil det i realiteten ta lengre tid enn 15 dager å gjennomføre en slik anskaffelse. Da det først begynte å komme akseptable tester på markedet, ble det nødvendig å skaffe testene raskt for å sikre tilgang.

(18) Kontraktene som ble inngått er ikke av et større omfang enn det som på det tidspunktet fremstod som nødvendig for å sikre beredskap den nærmeste tiden. Estimater ble gjort på bakgrunn av en teststrategi med 300 000 tester i uken. Strategien viser et omfattende behov, hvor det brukes store kvantum over kortere perioder. Det har også blitt nødvendig å utløse opsjonene.

(19) Det bestrides at anskaffelsen er gjennomført i strid med prinsippet om konkurranse. Innklagede har sørget for reell konkurranse ved at ulike hurtigtester på markedet ble vurdert opp mot saklige og faglige begrunnede kriterier.

#### **Klagenemndas vurdering:**

(20) Klagen er rettidig. Klager anfører primært at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. For slike anførsler gjelder det ikke noe krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (*klagenemndsforordningen*) § 13a første ledd.

(21) Lov av 7. juni 2016 nr. 73 (*anskaffelsesloven*) og forskriften av 12. august 2016 nr. 974 (*anskaffelsesforordningen*) regulerer spørsmålene.

- (22) En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (23) Anskaffelsesregelverkets utgangspunkt er at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres i Doffin, jf. anskaffelsesforskriften §§ 5-1 andre ledd og 8-17 første ledd. Anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien i forskriften § 5-3, skal i tillegg kunngjøres i TED-databasen. For statlige myndigheters varekontrakter var terskelen for kunngjøringsplikten i henholdsvis Doffin og TED 1,3 millioner kroner ekskl. mva. fra 6 april 2018.
- (24) Innklagede har estimert verdien på anskaffelsen om levering av antigen hurtigtester til totalt 280 millioner kroner ekskl. mva. Verdien av kontraktene er følgelig over nasjonal- og EØS-terskelverdi, og anskaffelsen skulle derfor i utgangspunktet ha vært kunngjort etter forskriftens regler.
- (25) Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.
- (26) Innklagede har i kunngjøringen av kontraktinngåelsene vist til forskriften § 13-3 bokstav e som hjemmelsgrunnlag for å kunne gjennomføre anskaffelsen uten kunngjøring.
- (27) I § 13-3 bokstav e første setning heter det at prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan brukes dersom «det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse». I andre setning fremkommer det at «[k]ontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig».
- (28) Bestemmelsen oppstiller fire vilkår som alle må være oppfylte for at anskaffelsen skal være unntatt kunngjøringsplikten. Det må foreligge et forhold som oppdragsgiver ikke selv er skyld i, og dernest som oppdragsgiver heller ikke kunne forutse. Videre må forholdet ha forårsaket et anskaffelsesbehov, som har gjort det umulig for oppdragsgiver å overholde fristene i forskriften kapittel 20. Til sist kan ikke kontraktens omfang være større enn strengt nødvendig.
- (29) Unntaksbestemmelsen skal forstås restriktivt, og det er oppdragsgiver som må vise at vilkårene er oppfylt, se eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-385/02 (Kommissjonen mot Italia), avsnitt 19.
- (30) Nemnda finner det klart at koronapandemien er et forhold som ikke skyldes innklagede. Årsaken til at anskaffelsen av antigen hurtigtester først ble igangsatt medio september, var at det ikke fantes antigen hurtigtester med akseptabel presisjon i markedet tidligere. Slik nemnda ser det, kunne ikke innklagede forutse den eksakte medisin- og produktutviklingen som følge av koronapandemien. Når det først ble vurdert at testene var gode nok, var det et behov for å handle raskt for å sikre tilgang. På dette tidspunktet var det stor global etterspørsel i markedet og begrenset tilgang til antigen hurtigtester. Implementering av hurtigtester ble ansett som strengt nødvendig for å kunne drive effektiv smittesporing, med sikte på å ivareta liv og helse. Nemnda finner derfor at det var «umulig» å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse eller begrenset

anbudskonkurranse som følge av markedssituasjonen forårsaket av koronapandemien. Vilkårene i § 13-3 bokstav e første setning er derfor oppfylt.

- (31) Spørsmålet er heretter om kontraktene om levering av hurtigtester har et større omfang «*enn strengt nødvendig*».
- (32) Dette må i likhet med bestemmelsens øvrige vilkår forstås restriktivt. Formålet er å stenge for kontraktsinngåelser med et større omfang enn det som er nødvendig for å forberede og gjennomføre en ny anskaffelse etter de alminnelige prosedyrene (inkludert hasteprosedyrene) i forskriften.
- (33) I kunngjøringen av kontraktinngåelsen med Roche og Abbott fremgår det at det gjelder levering av 3 millioner antigen hurtigtester med opsjon på levering av 2 millioner til, til totalt 280 millioner kroner ekskl. mva.
- (34) Høsten 2020 var det varslet økt smittebølge. Innklagede har forklart at behovet ble estimert ut fra en teststrategi med 300 000 tester i uken. Estimert viste et omfattende behov, der det skulle brukes store kvantum over kortere perioder. Gitt den uoversiktlige og uavklarte markedssituasjonen på anskaffelsestidspunktet, var en betryggende beredskap avhengig av at man sikret seg et tilstrekkelig antall antigenester av god nok kvalitet. Som vist over, ble leveringsvilkår og tilgjengelighet, bestemt av leverandørmarkedet. Kontrakt med Abbott og Roche ble inngått henholdsvis 25. september 2020 og 1. oktober 2020. Allerede i januar 2021 ble det nødvendig å utløse opsjonene for å sikre tilgang til hurtigtester i påvente av flere. Innklagede har opplyst at anskaffelse av ytterligere hurtigtester skal skje basert på en kunngjort konkurranse.
- (35) Med dette som bakgrunn, finner klagenemnda at innklagede har sannsynliggjort at avtalens omfang ikke er større «*enn strengt nødvendig*». De kumulative vilkårene i forskriften § 13-3 bokstav e er dermed oppfylt.
- (36) Klagenemnda har etter dette kommet til at kontraktinngåelsen med Abbott og Roche 25. september 2020 og 1. oktober 2020 om levering av antigen hurtigtester ikke er en ulovlig direkte anskaffelse.
- (37) Det neste spørsmålet er om innklagede likevel har brutt kravene til konkurranse i loven § 4 ved ikke å gå i dialog med flere leverandører. Klager viser til at det var flere leverandører som var CE-godkjent, men som ikke ble tatt i betraktning.
- (38) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at kravet til konkurranse innebærer at oppdragsgiver som hovedregel må invitere minst tre leverandører til å delta i konkurransen, forutsatt at det finnes så mange leverandører i markedet. Avgjørende må likevel være en konkret vurdering i det enkelte tilfelle, hvor hensynet til konkurranse må veies opp mot hensynet til effektivitet og ressursbruk. Det kan ikke være slik at en må gjennomføre en like omfattende forhandlingsprosess som etter den alminnelige forhandlingsprosedyren, når det først er dokumentert at vilkårene for hasteunntak er oppfylt.
- (39) Det ble gjennomført markedsundersøkelser knyttet til leveringssikkerhet og forventet presisjon på hurtigtester. Basert på undersøkelsene, tok innklagede kontakt med tre aktuelle leverandører til forhandlinger: Bergman, Roche og Abbott. Ut fra en faglig vurdering, ble det vurdert at det var kun Roche og Abbott som hadde tilgjengelige tester

av tilfredsstillende kvalitet og dermed reelle utsikter til å vinne kontrakten. Det var på dette tidspunktet stor usikkerhet knyttet til leveringskapasitet.

- (40) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at innklagede har brutt kravet til konkurranse i loven § 4 ved ikke å henvende seg til flere leverandører.
- (41) Klagers anførsel kan ikke føre frem.

***Konklusjon:***

Sykehusinnkjøp HF har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Sykehusinnkjøp HF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Finn Arnesen

*Dokumentet er godkjent elektronisk*