



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av legemidler, multidose og farmasøytiske tjenester. Klager anførte at innklagede hadde brutt de grunnleggende kravene til likebehandling og konkurranse ved å oppstille en for kort frist for implementering av nytt bestillingssystem. Videre anførte klager på flere grunnlag at innklagede hadde oppstilt et ulovlig tildelingskriterium. Nemnda kom til at ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 31. mai 2021 i sak 2021/618

Klager: Norsk Medisinaldepot AS

Innklaget: Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Kjersti Holum Karlstrøm.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. mars 2021 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av legemidler, multidose og farmasøytiske tjenester for flere av Oslo kommunes samarbeidende virksomheter. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til totalt 474 millioner kroner for en avtaleperiode på to år med opsjon på forlengelse 1+1 år. Tilbudsfrist var opprinnelig 9. april 2021, men ble utsatt til 21. april 2021.
- (2) Multidose er legemiddeldoser som pakkes maskinelt i poser som er skreddersydd til pasientene. Dette skal bidra til å sikre riktig legemiddelbruk og forenkle legemiddelhåndtering for brukeren.
- (3) I kunngjøringens beskrivelse av rammeavtalen fulgte det at den skulle «*dekke behov for både reseptpliktige og ikke reseptpliktige legemidler, (heretter benevnte legemidler) apotekspesifikke handelsvarer til institusjoner og driftssteder i kommunene, dosepakkede medisiner og pakking av disse, samt farmasøytiske tjenester. Leverandøren skal være totalleverandør av legemidler og skal til enhver tid kunne levere alle typer legemidler som finnes på markedet til kommunene jf. forskrift om apotek (apotekforskriften) § 26 om apotekets forhandlingsplikt. Et overordnet mål er at samkjøpsavtalen ivaretar pasient- og informasjonssikkerhet på en effektiv og forsvarlig måte.*»
- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 1.2.1 «*Samarbeidspartnere*» fulgte en oversikt over hvilke samarbeidende kommuner og virksomheter som innklagende gjennomførte anskaffelsen på vegne av, og når de enkelte ville tiltre avtalen. Det tidligste tiltredelsestidspunktet er 1. juli 2021. Eksisterende rammeavtale utløper 31. juli 2021.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (5) Av konkurransegrunnlagets punkt 1.3.2 «Omfang» fulgte det at:

«Leverandør skal være totalleverandør av varer og tjenester som er omtalt i konkurransen. Samkjøpsavtalen omfatter levering av alle typer legemidler, reseptfrie handelsvarer, pakking av multidose/endose og farmasøytiske tjenester. Avtalen vil omfatte alle kjøp av produkter og tjenester som naturlig omfattes av avtaleområdet.

Avtalen omfatter ikke:

- Medisinsk forbruksmateriell (inkludert inkontinensprodukter og ernæringsprodukter) og medisinsk utstyr/tester (det foreligger egne avtaler for disse områdene).*
- Medisiner som pakkes i multidose og øvrige medisiner til hjemmeboende (dekkes av brukeren selv)*
- Vaksiner»*

- (6) Konkurransens tildelingskriterier ble i konkurransegrunnlagets punkt 5.1 presentert slik:

Tildelingskriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
Priskriterier		
Pris - legemidler og multidose	28%	Ferdig utfylt bilag 3 Pris- og produktskjema
Pris - rabatt på øvrige varegrupper	4%	Ferdig utfylt bilag 3 Pris- og produktskjema
Pris - farmasøytisk revisjon/tilsyn	2%	Ferdig utfylt bilag 3 Pris- og produktskjema
Pris - integrering av lagerstyringssystem	1%	Ferdig utfylt bilag 3 Pris- og produktskjema
Kvalitetskriterier		
Bestilling av multidose	40%	Ferdig utfylt bilag 2 Løsningsbeskrivelse
Innovasjon	10%	Ferdig utfylt bilag 2 Løsningsbeskrivelse
Beredskap	7,5%	Ferdig utfylt bilag 2 Løsningsbeskrivelse
Service	7,5%	Ferdig utfylt bilag 2 Løsningsbeskrivelse

- (7) Tildelingskriteriet, «Bestilling av multidose», ble nærmere utdypet i konkurransegrunnlagets punkt 5.2.5. Her fulgte det at:

«Leverandørens bestillingsløsning av multidose skal fortrinnsvis være et elektronisk web-basert system.

Tilbudt elektronisk bestillingssystem bør tilrettelegge for effektiv ressursbruk og økt pasientsikkerhet. Innloggingsprosess er en viktig del av sikkerheten i en Web-løsning og derfor bør den ansatte identifisere seg gjennom elektronisk ID. Dette for å ha en sikker dokumentsending for kommunens ansatte og ivareta høy sikkerhet for brukerne.

I tillegg til hjemmetjenesten har også sykehjem en økende bruk av multidose. Oppdragsgiver vil vektlegge et elektronisk bestillingssystem for hjemmeboende pasienter høyst, deretter elektronisk bestillingssystem for andre virksomheter (institusjoner).

Dersom leverandør ikke har et elektronisk bestillingssystem per dags dato, teller det positivt dersom leverandøren har et pågående prosjekt og viser implementeringsplan hvor et elektronisk bestillingssystem kan tilbys innen fire (4) måneder etter signert kontrakt. Dersom leverandør ikke kan tilby et ferdig utviklet elektronisk bestillingssystem eller ikke har et pågående prosjekt for elektronisk bestillingssystem, skal leverandørens alternativ til bestillingsløsning av multidose beskrives.

Oppdragsgiver vil vektlegge funksjoner som:

- *Mulighet til å gjøre administrative endringer i multidose*
- *Mulighet til å kunne bestille alle typer apotekvarer, både reseptbelagte varer og andre varer*
- *Oversikt over tidligere bestillinger*
- *Oversikt over gyldige resepter og varsel ved utløp*
- *Mulighet for å bestille fornyelse av resept og varsling når resept er fornyet*
- *Oversikt over abonnementer*
- *Mulighet for elektronisk dialog med apoteket, som eksempelvis chat-funksjon*
- *Sikker overføring av pasientsensitive opplysninger*
- *Mulighet for å kunne hente ut statistikk og styringsdata slik at virksomhetene kan evaluere prosesser*
- *Mulighet til å kunne administrere tilganger for ansatte, samt legge til og fjerne brukere/pasienter fra systemet*
- *Mulighet til å gi ulike tilganger for bestillinger og lesetilgang*
- *Ulike muligheter for innlogging slik at også andre nordiske statsborgere kan logge inn*
- *Innebygget brukermanual*
- *Mulighet for å legge inn bestillinger med leveranser som utleveres direkte til brukers adresse*
- *Interaktiv opplæringsmodul (testbruker)/Elektronisk demoløsning for opplæring av bestillingsløsningen*
- *Effektive løsninger for bestilling, herunder haste- og akuttbestillinger*
- *Ved elektronisk system; oppdatert på flere tidspunkter i løpet av døgnet*

Dokumentasjonskrav:

Leverandør skal beskrive sitt totale bestillingssystem for multidose, herunder bilder som viser funksjonene i bestillingsløsningen. Eventuelt, en beskrivelse av utviklingsplaner for leverandørens elektroniske bestillingsløsning av multidose.»

- (8) I kravspesifikasjonens punkt 7.1 var det i dokumentasjonskravet vist til «Helsedirektoratets nasjonale faglige råd for multidose», der det av kapittel 6 fulgte at «Hvis kommunen inngår avtale med nytt multidoseapotek, bør overgangen planlegges og gjennomføres på en systematisk måte. Dette skal sikre at pasienter får korrekt legemiddelbehandling uavhengig av hvilket apotek som leverer multidosen.»
- (9) Av kravspesifikasjonens krav nr. 9.1 om «Implementering», fulgte det at:

«Ved implementering av denne avtalen skal ny kontraktfestet leverandør samarbeide med kommunenes avviklende leverandør for en mest mulig smidig overgang. Dette gjelder blant annet overlappende levering i en periode, glidende overgang av multidosepakking samt overføring/mottak av informasjon vedrørende leveringssteder og alle aktive/gyldige ordinasjonskort/multidosekort. Dette gjelder både for sykehjemspasienter og hjemmeboende pasienter. Leverandør skal lage en realistisk plan for implementering av avtalen, som ikke overstiger fire (4) måneder. Det forutsettes at implementeringen kan starte umiddelbart etter kontraktsigneringen. Eventuelle forsinkelser i prosessen som skyldes forhold på oppdragsgiversiden vil medføre tilsvarende forskyvning av implementeringen.

(...)»

- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser av Norsk Medisinaldepot AS (heretter *klager*) 6. april 2021, mens konkurransen enda pågikk.
- (11) Ved tilbudsfristens utløp forelå tilbud fra Apotek 1 Gruppen AS og Boots Apotek AS. Klager leverte ikke tilbud i konkurransen.
- (12) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor gitt prioritert behandling.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. mai 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt forskriften § 18-1 (4) første setning ved å oppstille et tildelingskriterium uten tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Under tildelingskriteriet «*Bestilling av multidose*» listes det opp flere funksjoner for varer som ikke er inkludert i konkurransen, og som dermed mangler den nødvendige tilknytningen til leveransen.
- (15) Tildelingskriteriet «*Bestilling av multidose*» er utformet i strid med kravene til likebehandling og konkurranse i loven § 4 ved at innholdet i kriteriet er basert på eksisterende leverandørs system. Ved å være så spesifikk og detaljert i sine ønsker og krav, brytes kravene til likebehandling og konkurranse. Også kravet til forholdsmessighet er brutt når vekten av dette kriteriet sammenlignes med priskriteriene og de øvrige kvalitetskriteriene.
- (16) Innklagede har videre brutt forskriften § 18-1 (5) ved å oppstille så skjønnspregede tildelingskriterier at de gir oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet. Kvalitetskriteriene er gitt en samlet vekt på 65 prosent, og de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling brytes når så skjønnspregede tildelingskriterier gis slik høy vekt.
- (17) Innklagede har brutt kravene til likebehandling og konkurranse i loven § 4 ved å oppstille et for strengt krav til implementeringstid for bestillingssystemet. En anskaffelse av dette omfang krever minimum seks måneder implementeringstid, beregnet fra tidspunkt for signering av kontrakt til oppstart av leveranse. Fristen som er satt, er uforsvarlig og i strid med Helsedirektoratets anbefalinger.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Klager forstår konkurransegrunnlaget feil når klager hevder at medisiner som pakkes i multidose og øvrige medisiner til hjemmeboende pasienter, ikke omfattes av leveransen. Det følger flere steder i konkurransegrunnlaget at dette er omfattet, og henvisningen til at dette «*dekkes av brukeren selv*», viser kun til at brukerne skal dekke kostnadene selv. Tildelingskriteriet har dermed den tilstrekkelige tilknytningen til leveransen, jf. forskriften § 18-1 (4) første setning.
- (19) Innklagede har ikke brutt kravet til likebehandling i loven § 4 ved utarbeidelse av innholdet i tildelingskriteriet, «*Bestilling av multidose*». Det er bedt om en elektronisk bestillingssystem fordi den har flere fordeler enn en papirbasert, herunder økt pasientsikkerhet og ressursbesparelser, som er funksjoner verdsatt av både helsepersonell og samarbeidende kommuner. Det medfører ikke i seg selv at det foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet at tilbyderne ikke har like muligheter til å oppfylle tildelingskriteriet som følge av ulike forutsetninger for å levere et optimalt tilbud.
- (20) Innklagede bestrider at det foreligger brudd på forskriften § 18-1 (5) ved at konkurransens kvalitetskriterier er gitt en samlet vekt på 65 prosent. Det ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å bestemme hvilken vekt de ulike tildelingskriteriene skal ha.
- (21) Det oppstilte krav til implementeringstid representerer ikke brudd på kravene til likebehandling og konkurranse i loven § 4. Kravet er forsvarlig sett i sammenheng med det estimerte antall multidosepasienter.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har ikke deltatt i konkurransen, men er en potensiell leverandør og har dermed saklig klageinteresse i å få avgjort de anførselene som er fremsatt, jf. klagenemndsloven § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av legemidler, multidose og farmasøytiske tjenester og er kunngjort som en varekontrakt. Anskaffelsens verdi er estimert til 474 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Ulovlige tildelingskriterier

- (23) Klagenemnda tar først stilling til om tildelingskriteriet «*Bestilling av multidose*» mangler tilstrekkelig tilknytning til leveransen ved at det legges opp til en evaluering av bestillingssystemets funksjonalitet ved bestilling av legemidler og apotekvarer som ikke skal pakkes i multidose.
- (24) Det følger av forskriften § 18-1 (4) første setning at tildelingskriteriene skal ha «*tilknytning til leveransen*». Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at et tildelingskriterium har tilknytning til leveransen «*når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys*», jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2021/60 avsnitt 29 med videre henvisninger.
- (25) Slik nemnda forstår klagers anførsel, bygger denne på en forutsetning om at legemidler og andre apotekvarer for hjemmeboende pasienter faller utenfor avtalen og dermed mangler den nødvendige tilknytningen. Til støtte for sitt syn har klager vist til konkurransegrunnlagets punkt 1.3.2 andre avsnitt hvor det heter at avtalen ikke omfatter

«medisiner som pakkes i multidose og øvrige medisiner til hjemmeboende (dekkes av brukeren selv)».

- (26) Formuleringen klager har vist til må sees i sammenheng med anskaffelsesdokumentene for øvrig. Det fremgår av konkurransegrunnlagets innledende bestemmelser om avtalens formål og omfang at den omfatter *«levering av alle typer legemidler, reseptfrie handelsvarer, pakking av multidose/endose og farmasøytiske tjenester»*. I følge konkurransegrunnlaget er også levering og administrasjon av multidosepakkede legemidler, andre legemidler og apotekvarer til hjemmeboende pasienter, en del av anskaffelsen. Det vises her til at det i konkurransegrunnlaget fremgår at Oslo kommunes virksomheter blant annet består av hjemmetjenesten, og at de hjemmeboende multidosebrukerne er medregnet i det totale antall multidosepasienter.
- (27) I lys av dette må formuleringen klager har vist til forstås som en presisering av hvem som skal dekke kostnadene for denne delen av leveransen. Nemnda legger derfor til grunn at alle typer apotekvarer; både reseptpliktige varer og andre varer for hjemmeboende pasienter, inngår i leveransen. Funksjonalitet ved bestilling av disse varene har dermed den nødvendige tilknytningen til leveransen, jf. forskriften § 18-1 (4) første setning.
- (28) Klagenemnda tar videre stilling til om tildelingskriteriet *«Bestilling av multidose»* er utformet på en slik måte at eksisterende leverandør er gitt en konkurransefordel i strid med hensynet til likebehandling og konkurranse i loven § 4.
- (29) I dette tilfellet hevder klager at funksjonene som vektlegges under tildelingskriteriet i detalj beskriver bestillingsløsningen til eksisterende leverandør. Klager har imidlertid ikke underbygget hvorfor man mener at dette gir leverandøren en urettmessig konkurransefordel.
- (30) De etterspurte funksjonene er funksjoner som etter nemndas syn naturlig hører hjemme i et elektronisk bestillingssystem. Ingen av funksjonene fremstår utypiske eller særskilt tilpasset eksisterende leverandørs bestillingsløsning. I de fleste konkurranser er det forhold som gjør at noen eller enkelte tilbydere har et bedre grunnlag enn andre for å levere et godt tilbud. Regelverket er ikke til hinder for at slike leverandører konkurrerer om anskaffelser sammen med leverandører som ikke har tilsvarende godt grunnlag for å delta, eller at kontraktene faktisk tildeles leverandører som har dette fortrinnet, se klagenemndas avgjørelse i sak 2014/24 avsnitt 58 der klager anførte at innklagede hadde plikt til å utjevne eksisterende leverandørs påståtte konkurransefordel. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (31) Når det gjelder klagers anførsel om at innklagede har oppstilt tildelingskriterier som er så skjønnspregede at de gir innklagede ubegrenset valgfrihet, har klager underbygget dette ved å vise til at kvalitetskriteriene er gitt en samlet vekt på 65 prosent. Klagenemnda bemerker at det ikke er i strid med regelverket å bruke skjønnspregede tildelingskriterier, og at fastsettelsen av vekten av disse ligger til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Klagers anførsel fører ikke frem.

Brudd på loven § 4

- (32) Klagenemnda tar videre stilling til om innklagede har handlet i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse i loven § 4 ved å oppstille et krav om at bestillingssystemet for multidose skal implementeres innen fire måneder fra kontraktsignering.

- (33) Klager mener en implementeringstid på fire måneder setter pasientsikkerheten i fare ved at det ikke er tilstrekkelig med tid til på forsvarlig vis å implementere pasienter i et nytt bestillingssystem. Klager har blant annet vist til at en stor andel av helsepersonalet som er nødvendig for å håndtere leveransene, har oppsigelsestid, må ansettes og gis opplæring hos potensiell ny leverandør. Implementeringstiden bør derfor være minst seks måneder.
- (34) Utgangspunktet er at det faller innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å bestemme på hvilken måte det er mest hensiktsmessig å gjennomføre en anskaffelse. Dette skjønnet kan i begrenset grad overprøves rettslig. Oppdragsgiver må imidlertid gjennomføre konkurransen i tråd med det som følger av konkurransedokumentene, og i samsvar med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/231 avsnitt 19 med videre henvisninger. Sistnevnte prinsipper medfører at implementeringstiden ikke kan være så kort at konkurransen begrenses unødvendig. I dette ligger blant annet at oppdragsgiver har plikt til å starte gjennomføringen av konkurransen i så god tid at det er mulig å gi leverandørene en tilstrekkelig implementeringstid.
- (35) Innklagede har forklart at man i tidligere konkurranser har mottatt tilbud som indikerer at to til tre måneder implementeringstid er tilstrekkelig, og at man i denne konkurransen har lagt opp til en lengre implementeringstid for å ta høyde for økt pasientvolum. I følge kravspesifikasjonen skal det gjennomføres en overgangsfase mellom eksisterende og potensiell ny leverandør, og innklagede har derfor vurdert det slik at fire måneders implementeringstid er tilstrekkelig. Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger mot innklagedes vurdering. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten