



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om kjøp av operasjonsprodukter. Klagenemnda fant at kravene til et av produktene i delleveransen for leiringsprodukter, puter og madrasser inneholdt henvisning til merkevare i strid med forskriften § 15-1 fjerde ledd. Klagenemnda tok ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 3. mars 2022 i sak 2022/6

Klager: Dico AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Karin Fløistad og Arnt Skjefstad

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 30. september 2021 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av operasjonsprodukter. Innklagede gjennomførte konkurransen på vegne av foretakene i Helse Sør-Øst. Avtalens varighet var to år med opsjon på forlengelse 1 + 1 år. Tilbudsfrist var 1. november 2021.
- (2) Anskaffelsen var inndelt i 41 delleveranser. Det skulle inngås rammeavtaler med én leverandør per delleveranse. Denne saken gjelder delleveranse nummer 41 «*Leiringsprodukter, puter og madrasser*».
- (3) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Pris*» (40 prosent), «*Kvalitet*» (50 prosent) og «*Miljø*» (10 prosent).
- (4) Evalueringen av kvalitetskriteriet skulle gjennomføres av fagpersoner, og være basert på leverandørens besvarelse av kravspesifikasjonen, innleverte vareprøver, fagpersonenes eventuelle tidligere erfaring med tilbudte produkter fra klinisk virksomhet og eventuelt demonstrasjon og/eller ytterligere klinisk utprøving av produktene.
- (5) I kravspesifikasjonen var det gitt følgende generelle veiledning til leverandørene:

«Dette dokumentet (Vedlegg 02) består av 3 arkfaner:

1. Forklaring til kravspesifikasjonen

2. Omfang - definerer omfanget av anskaffelsen

3. Kravspesifikasjon - består av 2 deler: Generelle krav og Spesifikke krav til produktene.

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

Generelle krav må alltid fylles ut, og spesifikke krav må fylles ut for de delkontrakter/produkter som tilbys.»

- (6) Av de generelle kravene er følgende skal-krav relevant for saken:

«Tiltenkt bruk:

Produktene skal minimum kunne benyttes til tiltenkt bruk (intended use)»

- (7) De spesifikke kravene til delleveranse 41 besto av seks bør-krav. Et av bør-kravene var at «*Madrasser bør ivareta antiskli-funksjon og være trykkavlastende*».
- (8) Den nærmere beskrivelsen av produktene som skulle tilbys som referansesortiment i de forskjellige delkontraktene fremgikk av vedlegg 3 «*Prisskjema*».
- (9) Prisskjemaet var videre inndelt i «*Referansesortiment*» og «*Tilleggssortiment*». Det var bare produktene i referansesortimentet som skulle inngå i evalueringen av produktenes materialkvalitet og brukervennlighet/funksjonalitet, mens tilleggssortimentet ville få betydning for evalueringen av sortimentsbredde.
- (10) Følgende fire produktene skulle tilbys som referansesortimentet for delleveranse 41:

«0410001 Hodepute, engangs

0410002 Madrass Trendelenburg-leie «Pink Pad» eller tilsvarende

0410003 Madrass «eggekartong» ca 190x50x50cm

0410004 Armpute til armbord, engangs»

- (11) Av spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget er følgende spørsmål relevante for saken:

«3. Når det gjelder madrass Trendelenburg leie- Pink pad eller liknende. Det skal være med slike bånd som er festet fast i madrassen? Eventuelt er det kun selve madrassen dere vil ha? Størrelse?

Svar: Det er anført «eller tilsvarende» i prisskjema for å tydeliggjøre at Oppdragsgiver etterspør en funksjon, og ikke en bestemt type produkt/fabrikat. Eventuelle varianter i sortiment kan tilbys under fanen «Tilleggssortiment». Madrassen bør være ca 100x50cm.»

(...)

4. Vil det åpnes for å kunne dele opp delkontrakt 41, slik at man kan levere på alle produkter, så nært som det nevnte produkt. Dette dere etterspør er jo ett patentert produkt og derfor kanskje ikke helt enkelt for oss å lage ett likt produkt..

Svar: Nei, delkontrakten vil ikke deles opp. Se også svar til spørsmål 3.

(...)

«9. Vi har funnet andre tilsvarende produkter til Trendelenburg leie- pink pad eller linkenede.. Men- skal dem bli levert med reimer og full pakke, eller kun selve madrassen?

Svar: Se også svar til spørsmål 3, det er opp til tilbyder å vurdere hvordan etterspurt funksjon gjennom «eller tilsvarende» blir dekket gjennom et tilbudt produkt, og det er opp til Oppdragsgiver å evaluere kvalitet på innkomne tilbud.»

- (12) Innklagede mottok tre tilbud på delleveranse 41, herunder fra Dico AS (heretter *klager*)
- (13) Som svar på bør-kravet til antisklifunksjon hadde klager oppgitt at kravet var oppfylt og beskrevet:

«Madrassene ivaretar antiskli-funksjon samt innehar trykkavlastende egenskaper. Om ekstra gode egenskaper for antiskli ønskes, utover hva produktene leverer, kan man på undersiden av madrassene benytte en antiskli-folie. Denne er priset i tilleggssortimentet. Les mer om tilbudte produkter i vedlagt dokument «Vedlegg til kravspesifikasjon_Løsningsbeskrivelse», vedlagt i «Dok 02 Kravspesifikasjon».»

- (14) I klagers prisskjema var det i referanselinjen «0410002 Madrass Trendelenburg-leie «Pink Pad» eller tilsvarende» tilbudt en trykkavlastende pad fra Sinmed kalt «Universal pad». I referanselinjen «0410003 Madrass «eggekartong» ca 190x50x50cm» var det også tilbudt en trykkavlastende «Universal pad» fra Sinmed. Det var spesifisert at madrassen hadde de ønskede målene.
- (15) I klagers tilleggssortiment var det tilbudt en rekke produkter til bruk ved operasjoner i Trendelenburg-leie i tillegg til de nevnte antiskli-foliene.
- (16) Klager ble avvist fra konkurransen 1. desember 2021 under henvisning til at tilbudet inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b). Det ble gitt følgende begrunnelse for avvisningen:

«Delkontrakt 41 – tilbudt produkt på referanselinjen madrass Trendelenburg-leie «Pink Pad» eller tilsvarende vurderes til å være samme type madrass som tilbudt på referanselinjen madrass «eggekartong» Den eneste forskjellen på de to tilbudte produktene er at de har noe ulike mål. Tilbudt madrass anses som mer passende for referanselinjen madrass «eggekartong» da den ikke har de samme trykkavlastende og anti-skli egenskapene som er nødvendig for en «pink pad». Det vurderes at det er tilbudt feil produkt hvilket utgjør et vesentlig avvik og tilbudet avvises.»

- (17) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. januar 2022.
- (18) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. februar 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Klagers tilbud er urettmessig avvist fra konkurransen. Klagers tilbudte produkt oppfyller kravene innklagede har satt i konkurransen. Klager har uansett tilbudt en alternativ løsning i tilleggssortimentet.
- (21) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte et produktspesifikt navn i prisskjema for «*Madrass Trendelenburg-leie «Pink Pad» eller tilsvarende*». Dette har begrenset konkurransen til tross for at andre produkter kan vise til bedre dokumenterbar kvalitet på den respektive posisjoneringen.
- (22) Innklagede har brutt prinsippet om konkurranse i anskaffelsesloven § 4 ved å lage en unødvendig snever konkurranse som utelukkende dreier seg om et spesialprodukt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Klagers tilbud er rettmessig avvist da tilbudet inneholdt et vesentlig avvik. Klagers tilbudte produkt for «*Madrass Trendelenburg-leie «Pink Pad» eller tilsvarende*» oppfyller ikke minimumskravet om at produktet skal kunne benyttes til tiltenkt bruk. Det var opp til leverandøren selv å vurdere hvilke produkter som skulle tilbys på referansesortiment og dermed evalueres under tildelingskriteriet kvalitet.
- (24) Eksemplifiseringen «*Pink Pad*» i prisskjema var ment som et signal til leverandørene på hva slags type produkt/typen funksjoner innklagde sikter til når det bes om tilbud på en madrass for trendelenburg-leie. At det er Pink Pad-ens funksjoner som ble etterspurt, ble også presisert av innklagede gjennom spørsmålene til konkurransegrunnlaget før tilbudsfristens utløp.
- (25) At et krav kun kan oppfylles av et mindre antall leverandører innebærer ikke at kravet i seg selv er ulovlig. Innklagde har ikke mottatt tilbud fra leverandøren av det patenterte produktet det vises til. Innklagde har likevel mottatt tilbud fra andre leverandører som vurderes til å være «*tilsvarende*», og som er vurdert til å ha god kvalitet. Innklagede er derfor av den oppfatning at utformingen av prisskjema ikke har hatt en unødvendig konkurransebegrensende effekt, og utformingen av prisskjema er følgelig ikke i strid med det grunnleggende hensynet til konkurranse.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av operasjonsprodukter, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst, men anskaffelsen er gjennomført etter lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 og forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Henvisning til varemerke

- (27) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har utformet kravene til produktene i delleveranse 41 i strid med forskriften § 15-1 fjerde ledd.

- (28) Det følger av denne bestemmelsen at angivelsen av de krav som stilles til en vare, ikke kan «*vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*». Dette gjelder likevel ikke dersom «*det ikke er mulig for oppdragsgiveren å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig etter tredje ledd*», jf. bokstav b.
- (29) Den omstridte henvisningen fremgår av prisskjemaet, og gjelder for produktet «*Madrass Trendelenburg-leie «Pink Pad» eller tilsvarende*». Slik konkurransegrunnlaget er utformet fremgår kravene til produktene delvis av kravspesifikasjonen, og delvis av prisskjemaet. Henvisningen inngår dermed i angivelsen av kravene til varens egenskaper.
- (30) Det er ikke bestridt at Pink Pad er et varemerke, som er patentert av selskapet Xodus Medicals. Henvisningen til merkenavnet er etterfulgt av «*eller tilsvarende*», og innklagede har anført at dette viser at det ikke er det patenterte produktet man er ute etter, men produkter av denne typen med tilsvarende egenskaper.
- (31) Det første spørsmålet er dermed om henvisningen til merkenavnet fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes.
- (32) Terskelen for når bruk av merkenavn eller lignende skal anses å ha konkurransevidende virkning er lav, se eksempelvis klagenemndas sak 2017/123, avsnitt 20 med videre henvisninger.
- (33) Utover angivelsen av at madrassen skal brukes i Trendelenburg-leie, utgjør henvisningen til Pink Pad selve beskrivelsen av egenskapene madrassen skal ha. Når henvisningen til merkenavn beskriver produktets forventede egenskaper, kan det være utfordrende for andre leverandører enn innehaveren av merkenavnene å klarlegge hvilke egenskaper produktet forventes å ha, og hva som vil bli premiert ved evalueringen av produktets kvalitet. At dette har vært utfordrende, er noe leverandørene har gitt uttrykk for i sine spørsmål til oppdragsgiver. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke utelukke at leverandører avsto fra å levere tilbud på grunnlag av kravets formulering, eller at dette påvirket tilbudene innklagede mottok. Det faktum at innklagede ikke mottok tilbud på madrasser med det bestemte varemerket kan i lys av dette ikke være avgjørende.
- (34) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at henvisningen «*fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes*».
- (35) En slik henvisning vil likevel være tillatt dersom «*det ikke er mulig for oppdragsgiveren å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig*» ved bruk av ytelses- og funksjonskrav, tekniske spesifikasjoner eller kombinasjoner av disse, jf. anskaffelsesforskriften § 15-1 fjerde ledd bokstav og b), jf. tredje ledd.
- (36) Unntaket har etter sin ordlyd et svært snevert anvendelsesområde, ved at annen beskrivelse «*ikke er mulig*». Bestemmelsen bygger på EU-direktiv 2014/24/EU artikkel 42 (4), som presiserer at unntaket gjelder «*on an exceptional basis*».
- (37) Innklagede har forklart at henvisningen ble gitt som et signal til leverandørene på hva slags type produkt/funksjoner innklagede ønsket, fordi det var første gang det ble gjennomført en regional anskaffelse av produktet. Klagenemnda kan ikke se at innklagede ved dette har belyst hvilke egenskaper ved det aktuelle produktet som ikke lot

seg spesifisere gjennom funksjons- og/eller ytelseskrav. Klagenemnda legger derfor til grunn at det var mulig å beskrive produktet gjennom tekniske spesifikasjoner. Det vises i den forbindelse til at innklagede i forbindelse med den administrative klagen har beskrevet flere av produktets forventede funksjoner.

- (38) Klagenemnda kan for øvrig ikke se at henvisningen var «*nødvendig ut fra anskaffelsens formål*», jf. § 15-1 fjerde ledd bokstav a).
- (39) Kravene er dermed utformet i strid med forskriften § 15-1 fjerde ledd.
- (40) Bruddet klagenemnda har konstatert ovenfor kan ikke rettes på en annen måte enn ved å avlyse konkurransen for delleveranse 41. Klagenemnda finner dermed ikke grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.
- (41) Bruddet gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har brutt forskriften § 15-1 fjerde ledd ved utformingen av kravene til produktene.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk