



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Endring i konkurransegrunnlag, tildelingsevaluering, de generelle kravene i § 4

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av inntil 17 operasjonsbord, hvorav 14 bord var opsjonsbaserte. Klagenemnda kom til at innklagede hadde foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, og at konkurransen derfor måtte avlyses og kunngjøres på nytt. Klagers anførsel om at anskaffelsen skulle ha vært kunngjort som en rammeavtale førte ikke frem. Heller ikke klagers anførsler om at det var fastsatt en ulovlig fremgangsmåte for beregning av totalkostnad, eller at innklagede hadde begått feil ved tildelingsevalueringen, førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. august 2022 i sak 2022/702

Klager: Dico AS

Innklaget: Oslo Universitetssykehus HF

Klagenemndas medlemmer: Sverre Nyhus, Kristian Jåtog Trygstad, Bjørn Berg

Bakgrunn:

- (1) Oslo Universitetssykehus HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. oktober 2021 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av operasjonsbord. Tilbudsfristen var 6. desember 2021.
- (2) I kunngjøringen gikk det frem at det skulle inngås en varekontrakt om kjøp av tre mobile operasjonsbord, med en opsjon på ytterligere 14 bord. Den etterspurte vareleveransen inkluderte opplæring i bruk av bordene for sykehusets ansatte.
- (3) I konkurransegrunnlaget betinget innklagede seg to års garanti på bordene, med kostnadsfri service i garantiperioden i henhold til en vedlagt serviceavtale. I tillegg til opsjoner på 14 operasjonsbord, var det også anledning for leverandørene å tilby egne serviceavtaler som opsjoner. Opsjonene gjaldt i fem år (garantiperiode, pluss tre år).
- (4) Det fremgikk videre at opsjonene også kunne benyttes av «Helse Sør-Øst RHF for anskaffelser i forbindelse med nytt klinikkbygg og protonsenters på OUS Radiumhospitalet og Oslo kommune i forbindelse med ny Storbylegevakt».
- (5) Det ble konkurrert om å levere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende kriterier:

Nr.	Kriterier	Vekt
1	Totalkostnad	30 %

2.1	Kvalitet/Funksjonalitet	60 %
2.2	Servicenivå	10 %

- (6) Det var opplyst at beregningen av totalkostnad var basert på følgende:

«1. I totalkostnad beregnes:

- Innkjøpspris på utstyret
- Kostnad for serviceavtale
 - i. Alternativ 2 i 8 år, fra og med år 3 til og med år 10.
- Opsjoner».

- (7) Vedlagt konkurransegrunnlaget var et skjema med krav til operasjonsbordene med rubrikker for utfylling av leverandørene. Kravene var inndelt etter følgende typer:

Kravtype	
A	Skal krav. <i>Obligatorisk krav som skal oppfylles. Manglende evne til å etterleve kravet kan medføre at tilbudt løsning avvises. LOA 24-8</i>
B	Evalueringskrav
BD	Evalueringskrav, vektlegges 3x
C	Dokumentasjon <i>Kan kombineres med A/B/D-angivelse av kravtype. Understreker da at Oppdragsgiver forventer et mer omfattende svar (>100 ord) som utdypes/dokumenteres i vedlegg.</i> <i>Hvis C står alene er dette kun et informasjonspunkt som ikke krever besvarelse eller evalueres.</i>

- (8) I kravspesifikasjonen punkt 1.1.6 var det stilt krav til at bordet kunne regulere hode- og ryggplate opp i 90 graders vinkel under inngrep.
- (9) Innklagede informerte 2. november 2021 om at en leverandør, som senere er opplyst å være Puls AS, hadde stilt spørsmål til kravet i punkt 1.1.6, og at kravet var endret på bakgrunn av spørsmålet:

Pkt. 1.1.6

Vi har ikke anledning til å tilby et bord med 90 grader på ryggen. Er det mulig å endre kravet?

SVAR: Kravet endres til:

Bordet skal ha mulighet for å kunne regulere hode og ryggplate opp i 80 gr. vinkel under inngrepet.»

- (10) Den 8. november 2021 mottok innklagede på ny spørsmål fra en potensiell leverandør om kravet i punkt 1.1.6, denne gangen fra Svas Svalland AS. Innklagede publiserte i Merzell neste dag at kravet var endret til følgende:

«Bordet skal ha mulighet for å kunne regulere hode og ryggplate opp i 70 gr.vinkel under inngrepet.»

- (11) Fem leverandører ga tilbud innen tilbudsfristen. Disse var Puls AS, Svas Svalland AS, Fysiopartner AS, Petter Tellefsen AS og Dico AS (heretter *klager*). Svas Svalland AS' tilbud ble avvist fordi det ble vurdert å inneholde vesentlige avvik.
- (12) Kontrakt ble tildelt Puls AS (heretter *valgte leverandør*) 6. april 2022. Fysiopartner AS ble innstilt som nummer to, mens klager ble nummer tre i konkurransen. Innklagede sendte 3. mai 2022 ut en ny tildelingsmeddelelse hvor man hadde rettet opp en feil i evalueringsmatrisen. Rettelsen endret ikke utfallet av konkurransen.
- (13) Av tildelingsbegrunnelsen gikk det frem at klagers tilbud skilte seg fra valgte leverandørs tilbud på følgende underpunkter ved vurderingen av kvalitet/funksjonalitet:

«2.1.8 – Beskriv tilbuds støtteanordning som stabiliserer pasienten i kne/albue-leie:

- a. Tilbudt løsning har setefeste som er festet med klosser på hver side av bordet. Ved tunge pasienter kan disse løsne, noe som setter pasientsikkerheten i fare. Ved snuing av pasient (i narkose) kreves det at 2 personer må hjelpe til for å sikre at setefestet treffer i hver sin kloss på sidene og skru ordentlig til for at disse ikke skal løsne underveis i operasjonen. Dette krever en person ekstra ift. det som kreves ved andre løsninger. I kne- albueleie har man ingen mulighet for støtte av pasientens lår ifølge brosjyre, og det er fare for at pasienten sklir sidelengs. For at kirurgen skal ha optimale forhold underveis i operasjonen tipper man bordet fra side til side og pasienten sklir mot siden av stangen på setefestet, som heller ikke har noen polstring. Det er ikke mulighet for å sette på setestøtte før pasienten er flyttet over på bordet. Dette trakk ned i evalueringen.*

- b. 2.1.12 - Beskriv vekt på følgende moduler: benplater, armbord, rygg:*

i. Dicos tilbudte ryggdel var lettere enn valgte tilbyder, noe som trakk opp i evalueringen.

- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. mai 2022. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes inntil saken er avgjort. Saken har derfor vært prioritert for nemnda.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. august 2022.

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

- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å utlyse en kontrakt med opsjon på 14 bord, der man i utgangspunktet skal anskaffe tre bord. Anskaffelsen skulle ha vært kunngjort som en rammeavtale, noe som underbygges av at det ikke er stilt samme krav til bordene som er omfattet av henholdsvis hovedleveransen og opsjonene.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget. Innklagede endret et minstekrav om regulering av hode- og ryggplate underveis i konkurransen, for å tilpasse konkurransegrunnlaget til fordel for valgte leverandør.
- (18) Innklagede har brutt regelverket ved fastsettelsen av fremgangsmåte for å beregne pris på operasjonsbordene og tilleggskomponenter. Ved å legge til opsjoner som en del av beregningen av totalkostnad, har innklagede lagt til rette for å kunne styre utfallet av konkurransen.
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved tildelingsevalueringen. For det første har innklagede lagt vekt på egen kunnskap om valgte leverandørs operasjonsbord. For det andre har klagers operasjonsbord motorisert funksjon, høyere grense for pasientvekt og bedre trykkavlastning. Likevel har valgte leverandør fått høyere uttelling enn klager.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) At man valgte å kunngjøre anskaffelsen som én kontrakt for kjøp av inntil 17 operasjonsbord, hvorav 14 bord utgjør opsjoner, beror på en innkjøpsfaglig vurdering. De kravene som er stilt til operasjonsbordene gjelder for samtlige bord som er omfattet av kontrakten.
- (21) Minstekravet til regulering av hode- og ryggplate ble endret i god tid før tilbudsfrist, og utgjør ingen vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Endringen har heller ikke påvirket konkurransen i favør av en bestemt leverandør.
- (22) Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at man ved beregningen av totalkostnaden under priskriteriet, ville medta opsjonene, noe som er vanlig ved beregningen av totalkostnad. Beregningen av totalkostnad er for øvrig foretatt med utgangspunkt i de fire tilbudene som har levert komplette prislister med produkter og komponenter som oppfyller sykehusets behov.
- (23) Det fremgår av evalueringskravene at innklagede ville legge ekstra vekt på kravene til antall kilo bordet tåler i kne- og albueleie, samt støtteanordning som stabiliserer pasienten i kne- og albueleie. At klager mener man tilbyr en bedre løsning enn valgte leverandør har ingen betydning for om innklagede, ved tilbudsevalueringen, har forholdt seg til tildelingskriteriene slik disse var fastsatt i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av operasjonsbord som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke estimert i anskaffelsesdokumentene. 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 del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (25) Klagenemnda skal først ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å kunngjøre anskaffelsen som en kontrakt om kjøp av inntil 17 operasjonsbord, hvorav 14 bord utgjør opsjoner.
- (26) Klager fremholder at anskaffelsen skulle ha vært kunngjort som en rammeavtale, ettersom det reelle omfanget av kontrakten ikke er fastsatt.
- (27) Anskaffelsesregelverket legger ingen direkte begrensning på oppdragsgiveres frihet til å velge mellom kontraktstypene kontrakt eller rammeavtale. Kontraktstypene er definert i forskriften § 4-1. En rammeavtale er definert som en avtale som *«har til formål å fastsette kontraktsvilkårene for de kontrakter som oppdragsgiveren skal inngå i løpet av en bestemt periode, særlig om pris og mengde»*, jf. bokstav i. Kontrakt er *«en gjensidig bebyrdende avtale»* som inngås mellom oppdragsgiver og leverandør, jf. bokstav a. En sentral forskjell mellom kontraktstypene er dermed at man ved å inngå en rammeavtale fastlegger rammer med sikte på å inngå gjensidig bebyrdende avtaler for fremtiden, mens man ved å signere kontrakt forpliktes til å levere konkrete ytelser.
- (28) I denne saken er anskaffelsen kunngjort som en kontrakt bestående av en hovedleveranse på tre operasjonsbord, og en betydelig større opsjon på inntil 14 tilsvarende bord. Innklagede har en ensidig rett, men ingen plikt, til å utløse opsjonene over en periode på fem år. En slik avtale har visse fellestrekk med en rammeavtale. Ved avtaleinngåelsen forplikter imidlertid innklagede seg til å kjøpe de tre operasjonsbordene som er omfattet av hovedleveransen. Med andre ord inngås det en gjensidig bebyrdende avtale ved kontraktsinngåelsen, og nemnda kan derfor ikke se at det var en feil å kunngjøre anskaffelsen som en kontrakt.
- (29) Klager fremholder også at regelverket er brutt ved at det ikke er stilt samme krav til funksjon for opsjonene som for hovedleveransen.
- (30) Opsjoner skal angis i anskaffelsesdokumentene og er en del av anskaffelsen. Dette synliggjøres blant annet ved at verdien av opsjonen skal tas med i beregningen av kontraktens verdi, jf. forskriften § 5-4 (1). Etter hva klagenemnda kan se, var det i konkurransegrunnlaget stilt de samme kravene til operasjonsbordene i hovedleveransen som for bordene som kunne kjøpes gjennom opsjonen. Regelverket krever uansett ikke at det må stilles samme krav til funksjon for opsjonsleveranser som for hovedleveranser. Hvilke krav som skal stilles til de ulike leveransene, kommer an på oppdragsgivers behov. Opsjonen på operasjonsbordene har i denne saken vært klart angitt som en del av anskaffelsen. Leverandørene har videre konkurrert på opsjonene ved at tilbudenes totalkostnad skulle beregnes med opsjonene inkludert. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (31) Klagenemnda tar deretter stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å endre minstekrav til regulering av hode- og ryggplate på operasjonsbordene.
- (32) Det følger av forskriften § 14-2 (1) at oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp kan gjøre endringer i konkurransegrunnlaget *«som ikke er vesentlige»*. Endringer som ikke er vesentlige, skal umiddelbart sendes til samtlige leverandører som har mottatt konkurransegrunnlaget.

- (33) Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering. EU-domstolen uttalte i sak C-298/15 (Borta) premiss 70 flg. at oppdragsgiver «*ikke kan ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en afgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure*». Domstolen la til grunn at oppdragsgiver kan korrigere og presisere opplysningene i konkurransegrunnlaget dersom dette er nødvendig, og at andre endringer kan være tillatt om de ivaretar hensynet til likebehandling og forutberegnelighet. Endringene kan være betydelige, men ikke så vesentlige at de kan ha betydning for hvilke leverandører som er interessert i å delta i konkurransen. Også i norsk rett er det lagt til grunn at en endring som utgangspunkt vil være ulovlig om endringen har som konsekvens at andre leverandører ville kunne hatt interesse av å levere inn tilbud i konkurransen, se for eksempel NOU 2014:4 punkt 19.5.1 og klagenemndas avgjørelse i sak 2021/1600 avsnitt (38) flg.
- (34) I vår sak endret innklagede det obligatoriske kravet til at hode- og ryggplate skulle kunne reguleres opp i 90 grader under inngrep, til at hode- og ryggplate skulle kunne reguleres opp i 70 grader. At kravet var obligatorisk skulle ifølge konkurransegrunnlaget forstås som at manglende etterlevelse «*kan medføre at tilbudt løsning avvises. LOA 24-8.*» Selv om dette kan forstås slik at mindre avvik fra de obligatoriske kravene ikke måtte medføre avvising, fremstår det lite sannsynlig at et operasjonsbord som bare kunne reguleres opp i 70 grader ville ha blitt akseptert slik kravet opprinnelig sto.
- (35) Kravet ble først endret fra 90 graders regulering, til 80 grader. Endringen ble gjort som følge av at valgte leverandør spurte innklagede om det obligatoriske kravet kunne endres, fordi man ikke hadde anledning til å tilby et operasjonsbord som kunne reguleres opp i 90 grader. I etterkant stilte Svas Svalland AS spørsmål til kravet, og innklagede endret deretter kravet på ny, denne gangen til 70 graders regulering. Endringen av kravet har hatt betydning for hvilke produkter som kunne tilbys, og slik saken er opplyst kan endringen også ha hatt betydning for hvilke leverandører som kunne levere tilbud i konkurransen. Endringen var derfor «*vesentlig*». For at endringen skulle ha vært lovlig, måtte konkurransen ha vært avlyst og kunngjort på ny med den aktuelle endringen. Klagers anførsel har dermed ført frem.
- (36) Klager har videre anført at innklagede fastsatte en ulovlig fremgangsmåte for beregning av totalkostnad, fordi den var egnet til å skape tilfeldige utfall. Klagenemnda forstår det slik at klager mener prisskjemaet åpner for at tilleggskomponenter kan prises i egne prislinjer, slik at totalkostnaden kan tilpasses ved at man ikke medregner alle komponenter for alle 17 operasjonsbord som er omfattet av kontrakten.
- (37) Prisskjemaet var bygget opp slik at leverandørene måtte gi priser på operasjonsbordene, samt de komponentene som i henhold til kravspesifikasjonen var obligatoriske. Samtidig var det åpnet for å prise inn eventuelle tilleggskomponenter utover dette. Klagenemnda kan derfor ikke se at prisskjemaet åpnet for å gi tilbudspriser basert på avvik fra de obligatoriske kravene i konkurransen. Innklagede har videre forklart at man har benyttet en standard fremgangsmåte for å beregne totalkostnader, som inkluderer opsjoner. Dette fremgår også av konkurransegrunnlaget. Klagenemnda har heller ingen holdepunkter for at valgte leverandør har unnlatt å prise en tilleggskomponent for kne- og albueleie, slik klager synes å anføre. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (38) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene. Klager fremholder for det første at innklagede har vektlagt egen erfaring med valgte leverandørs tilbudte operasjonsbord. For det andre ble klager angivelig ikke gitt tilstrekkelig uttelling for å tilby et operasjonsbord med motorisert funksjon, som tåler høyere pasientvekt og har bedre trykkavlastning enn valgte leverandørs tilbudte operasjonsbord.
- (39) Klagenemnda har ingen holdepunkter for å konstatere at innklagede har bygget på egen erfaring med valgte leverandørs tilbudte operasjonsbord. Hva gjelder sammenligningen av funksjoner ved klagers og valgte leverandørs operasjonsbord, går det frem av tildelingsbegrunnelsen at den sentrale kvalitative forskjellen knyttet seg til tilbudt støtteordning som stabiliserer pasienten i kne/albue-leie, hvor klagers løsning ble gitt poengtrekk. Dette evalueringskravet var angitt som et BD-krav som hadde spesielt stor vekt ved evalueringen. Klagers anførsel gir ingen holdepunkter for at det foreligger rettslige mangler ved vurderingen av tilbudene på dette punktet. Slik evalueringskravene var utformet, var innklagede ikke forpliktet til å legge avgjørende vekt på bordenes tåleevne eller egenskaper knyttet til trykkavlastning. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (40) Bruddet som er konstatert kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Oslo Universitetssykehus har brutt regelverket ved å foreta en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk