



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

---

**Saken gjelder:** Avlysning. De grunnleggende prinsippene i loven § 4.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale om kjøp av legemidler og pakking av endose/multidose på vegne av en rekke kommuner. Klager anførte at implementeringstiden var for kort, og at dette utgjorde et brudd på de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling i loven § 4, og at konkurransen av den grunn måtte avlyses. Klagenemnda kom til at klagers anførsel førte frem.*

### **Klagenemndas avgjørelse 8. november 2022 i sak 2022/1096**

**Klager:** Apotek 1 Gruppen

**Innklaget:** Bergen kommune

#### **Klagenemndas**

**medlemmer:** Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Sverre Nyhus.

#### **Bakgrunn:**

- (1) Bergen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. juni 2022 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av legemidler til lager, og pakking av multidose og endose. Konkurransen ble kunngjort på vegne av en rekke kommuner og deres samarbeidspartnere, og totalt 1058 ulike enheter skulle kunne gjennomføre bestillinger under rammeavtalen. Det ble videre opplyst at avtalen omfattet 20 486 pasienter. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til totalt 500 millioner kroner for en avtaleperiode på to år med opsjon på forlengelse 1+1 år. Tilbudsfrist var 26. august 2022.
- (2) Anskaffelsen er det tredje såkalte storbyanbudet for kjøp av legemidler i Bergen, Trondheim og Stavanger i perioden 2013 og frem til i dag. Storbyanbudet ble først vunnet av Apotek 1 Gruppen AS (heretter *klager* eller *Apotek 1*) i 2013, mens Norsk Medisinaldepot AS (NMD) vant neste konkurranse som ble gjennomført av Stavanger kommune i 2018 (heretter *Stavangerkontrakten*).
- (3) I forbindelse med leverandørbyttet i 2018, oppstod det uenighet knyttet til overføringen av pasientenes ordinasjonskort. Kontrakten fra 2013 inneholdt ikke databehandleravtale, og Apotek 1 mente de var dataansvarlige for pasientenes ordinasjonskort i henhold til gjeldende personvernregelverk. Apotek 1 ønsket derfor ikke å overføre disse til NMD som ny leverandør. Denne uenigheten ble løst i desember 2018.
- (4) På grunn av tvisten valgte imidlertid Stavanger kommune på vegne av kommunene i storbyanbudet å varsle Datatilsynet om mulig brudd på personvernbestemmelsene i

#### **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)

tilknytning til legemiddelavtalen. Den 19. august 2021 sendte Datatilsynet varsel om irrettesettelse til kommunene og Apotek 1.

- (5) Den 21. desember 2021 sendte innklagede konkurransedokumentene for storbyanbudet 2022 ut på høring. Innklagede la også ut oversikten over de deltakende kommunene og deres respektive samarbeidspartnere, med anslått verdi for hver enkelt kommune. Videre ble det gitt en oversikt over alle kjente leveringssteder fordelt per kommune, en oversikt over antall multidosepasienter fordelt på institusjonspasienter og hjemmeboende, en oversikt over frekvens på multidosepakkingen og komplett statistikk for kjøp av legemidler på den eksisterende avtalen for 2019 til og med april 2022. I høringsdokumentene ble det også skissert en fremdriftsplan der innklagede tok sikte på signering av kontrakt i mai/april 2022, med implementering i perioden juni – desember 2022.
- (6) I perioden 22. februar til 8. juni 2022 purret innklagede til sammen fire ganger på Datatilsynet med spørsmål om når endelig vedtak ville foreligge.
- (7) Konkurransen ble kunngjort 25. juni 2022, med følgende ordlyd i konkurransegrunnlaget punkt 22.0 «*Databehandleravtale*»:

*«Datatilsynet har ikke kommet med endelig vedtak i saken mellom Apotek 1 og Stavanger kommune med alle samarbeidsparter som gjelder behandling av personopplysninger i forbindelse med multidosepakking. Det er foreløpig sendt ut et varsel om irrettesettelse, og dette har vi sett til når vi har utarbeidet databehandleravtalen. Bergen kommune med samarbeidsparter vil rette seg etter endelig vedtak når dette foreligger, og vil eventuelt tilpasse databehandleravtalen ved behov.»*

- (8) Av konkurransegrunnlaget punkt 8 «*Tildelingskriterier*» fulgte det at rammeavtalen skulle tildeles leverandøren som hadde tilbudet med lavest pris.
- (9) Det fulgte av konkurransegrunnlaget punkt 17.2 «*Tidspunkt for gjennomføring av implementering/opplæring*» at:
  - *«Oppdragsgivers nåværende avtale er gjeldende ut 2022.*
  - *Oppdragsgiver ser for seg signering av kontrakt i oktober 2022, og implementering og opplæring vil foregå frem til 01.01.2023, med en glidende overgang frem mot 01.03.2023.*
  - *Tidspunkt for implementering er kun veiledende. Kortere tidsrom for implementering enn her nevnt er ikke ønskelig for kunden, men dersom kunden mottar klager eller lignende på tildeling av kontrakt, kan tidspunktet for signering bli noe forskjøvet. Det tas derfor her forbehold om mindre justeringer av tidsrommet for implementering dersom kontrakt ikke lar seg signere i løpet av oktober 2022.*
  - *Oppdragsgivers nåværende avtale om legemidler og multidose, inneholder krav om elektronisk overføring av ordinasjonskort/medisinkort mellom ny og tidligere leverandør.»*
- (10) Videre fulgte det av konkurransegrunnlaget punkt 17.3 en rekke krav til implementering og opplæring. I følge disse kravene skulle implementering finne sted for kontraktsoppstart 1. januar 2023, noe som blant annet innebar at pasientenes ordinasjonskort måtte være oppdaterte og tilgjengelige i leverandørens multidosesystem

innen dette tidspunktet. Det samme gjaldt leveringssteder og adresser, fakturainformasjon med videre. Det ble også stilt en rekke krav til den opplæringen leverandøren måtte tilby bestillerne.

- (11) I kravspesifikasjonen punkt 4.0 «ROS-analyse» fremgikk følgende:

*«Oppdragsgiver erkjenner at kontraktens omfang og kompleksitet er av betydelig grad. Oppdragsgiver ber derfor leverandøren om å fremstille en skriftlig ROS-analyse for gjennomføring av kontrakten.»*

- (12) Konkurransesgrunnlaget besto i tillegg av bilaget «Eventuelt leverandørbytte ved avvikling av Stavangerkontrakten», hvor det fremkom at:

*«Størrelsen på Stavangerkontrakten gjør at et eventuelt leverandørbytte kan være krevende både for ny leverandør og kommunene selv. For å sikre pasientsikkerheten og forebygge eventuelle utfordringer ved overgang til ny leverandør, ønsker kommunene en gradvis overføring av tjenestene i kontrakten. Det er spesielt det store antallet multidosepasienter som utgjør den største risikoen og basert på nasjonale faglige råd om multidose fra Helsedirektoratet, skal kontraktens multidosepasienter derfor flyttes gradvis over en angitt tidsperiode fra eksisterende leverandør til en eventuell ny leverandør.*

*Ved et eventuelt leverandørbytte ved avvikling av Stavangerkontrakten per 31.12.22, forplikter eksisterende leverandør og ny leverandør seg til å gjennomføre følgende:*

*1. Alle institusjoner med leveranse av lagermedisin og all multidose til institusjonspasienter skal overtas av ny leverandør per 1.1.2023.*

*- Eksisterende leverandør leverer legemidler og multidose frem til første leveranse og pakking i 2023.*

*- Ny leverandør leverer legemidler og multidose fra og med første leveranse i 2023.*

*- Der hvor bestillingsfrister og leveringstidspunkt faller på helligdag er eksisterende leverandør forpliktet til å sikre leveranse av legemidler og multidose til å dekke opp for helligdagene, frem til ny leverandør kan ta over.*

*2. Multidosepakkede legemidler og legemidler utenom multidose ordinert på ordinasjonskortet overføres gradvis innen 1.3.2023.*

*- Overføring av alle multidosepasientene skal gjøres gradvis med en jevn mengde lokasjoner/kommuner per overføring.*

*- Eksisterende leverandør grupperer aktuelle lokasjoner for overføring per oppgitt tidsintervall (f.eks. ukentlig eller annenhver uke).*

*- Overføringsplanen skal fremlegges av eksisterende leverandør to måneder før oppstart av overføringen.*

*Da denne kontrakten er kompleks og overføring innebærer en høy risiko for svikt i pasientsikkerheten, forventer kommunene at både ny og eksisterende leverandør samarbeider konstruktivt om en smidig overgang.*

*Leverandører som leverer tilbud i ny konkurranse, skal bekrefte skriftlig at de godtar alle betingelsene i denne avtalen.*

*Betingelsene beskrevet over er godtatt av eksisterende leverandør, Norsk Medisinaldepot AS (avtale signert og datert xx.xx.xx).»*

- (13) Endelig vedtak om irrettesettelse ble fattet av Datatilsynet 26. juli 2022. Dette vedtaket samsvarte i all hovedsak med det som fremkom i varselet.
- (14) Apotek 1 tok 2. august 2022 kontakt med innklagede, og rettet følgende bemerkninger til bilaget om Stavangerkontrakten, og til konkurransegrunnlagets krav til implementering og opplæring:

*«(...) I praksis innebærer dette at ved et eventuelt leverandørbytte vil ny leverandør få 2 måneder til å forbedre oppstart. En avtale av dette omfanget innebærer omfattende rekruttering og forberedelser. Da utfallet av konkurransen er umulig å forutse vil det være umulig for nye tilbydere å sitte på den mengde personell som denne leveransen krever før man vet endelig utfall av konkurransen.*

*Oppsatt tidsramme vil ekskludere andre tilbydere enn nåværende leverandør til deltagelse i konkurransen.*

*I publisert høringsdokument fra 21.12.21 har oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget «Kjøp av legemidler og pakking av multidose/endose» - punkt 17.2 informert at nåværende avtale gjelder ut 2022, med signering av kontrakt i april/ mai 2022, med implementering i perioden juni – desember. Basert på forsinkelse av utlysningen vil nåværende tidsramme reduseres med 5 måneder, noe som vil gjøre implementeringen av et så omfattende anbud utfordrende med tanke på:*

*Rekruttering - det vil kreves mer enn 3 måneder å rekruttere og ansette nok personell for gjennomføring av en så omfattende leveranse.*

*God opplæring av ansatte - det krever opplæring av eksisterende og nytt personell for kommunal anbudsleveranse.*

*Rekruttering av tilstrekkelig personell med nødvendig farmasifaglig kompetanse, samt god opplæring er helt essensielt både med tanke på pasientsikkerhet og leveringssikkerhet i en avtale av denne størrelsen. Vi ber derfor Bergen kommune forskyve avtaleoppstart med tilsvarende intervall som utlysningen er forsinket.»*

- (15) Innklagede svarte samme dag at:

*«Vi står uten avtale fra 01.01.2023, men har en avtale med nåværende leverandør om en glidende overgang for multidosepasientene. Se dokumentet «Eventuelt leverandørbytte ved avvikling av Stavangerkontrakten» for nærmere informasjon om overgangen.»*

- (16) Apotek1 fulgte opp innklagedes besvarelse den 4. august 2022, med følgende spørsmål:

*«Det vises til spørsmål til konkurransen der det bes om at Bergen kommune forskyver avtaleoppstart med tilsvarende intervall som utlysningen er forsinket, slik at implementeringsfasen forlenges. Slik vi forstår tilbakemeldingen fra Bergen kommune,*

*vil Bergen kommune ikke utsette oppstartstidspunktet i tråd med forespørselen. Vi mener at dette er svært uheldig og ber om at Bergen kommune foretar en fornyet vurdering.*

*Som angitt i spørsmålet, er vår oppfatning at en manglende utsettelse av oppstartstidspunktet vil gjøre implementeringen av kontrakten svært utfordrende for potensielle nye leverandører. Dette gjelder særlig med hensyn til rekruttering og opplæring av personell. Vi understreker at rekrutteringsprosessen alene vil ta mer enn tre måneder. Videre vil også opplæringen være tidkrevende sett hen til de omfattende og detaljerte kravene som stilles til kontraktarbeidet.*

*På grunn av dette er det videre vår oppfatning at kravet til kontraktsoppstart er i strid med det grunnleggende prinsippet om likebehandling og konkurranse i anskaffelsesloven § 4. Vi understreker at den korte implementeringsperioden innebærer at det kun er eksisterende leverandør som har en reell mulighet til å vinne konkurransen, og at oppdragsgiver dermed ikke sikrer en reell konkurranse om oppdraget.*

*En manglende utsettelse av tidspunktet for kontraktsoppstart er videre i strid med oppdragsgivers plikt til å redusere og utjevne de konkurransefordelene som eksisterende leverandør har fått i kraft av å være eksisterende leverandør, se for eksempel Eidsiva lagmannsretts dom i sak LE-2015-149169 og KOFA-sak 2021/1148 (36). Dette utgjør et brudd på kravet til likebehandling og konkurranse i anskaffelsesloven § 4.*

*På denne bakgrunn er det vår oppfatning at Bergen kommune er forpliktet til å utsette tidspunktet for kontraktsoppstart i tråd med forespørselen.*

*Vi ber derfor om at Bergen kommune forskyver avtaleoppstart med tilsvarende intervall som utlysningen er forsinket.»*

- (17) Henvendelsen ble ikke besvart, og den 11. august 2022 påklaget Apotek 1 konkurransen. I klagen ble det gjort gjeldende at innklagede hadde plikt til å omgjøre kravet til kontraktsoppstart eller å avlyse konkurransen.
- (18) Innklagede svarte 15. august 2022, og tok ikke klagen til følge. Begrunnelsen var at det ikke var praktisk mulig å forlenge implementeringstiden på grunn av forsinkelse i anskaffelsesprosessen. Innklagede informerte samtidig om at de i tilknytning til kunngjøringen av konkurransen hadde anmodet eksisterende leverandør om å forlenge avtalen, slik at oppstartstidspunktet kunne forskyves, men at eksisterende leverandør ikke aksepterte dette.
- (19) Den 25. august 2022 publiserte innklagede en tilleggsmelding der de orienterte interesserte leverandører om at det som følge av Datatilsynets endelige vedtak ikke var nødvendig å gjøre endringer i det publiserte konkurransegrunnlaget.
- (20) Innen tilbudsfristens utløp 26. august 2022 forelå det ett tilbud, fra NMD (heretter *valgte leverandør*).
- (21) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda 26. september 2022.
- (22) Innklagede har opplyst at kontrakt ble inngått med valgte leverandør 6. september 2022.
- (23) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. november 2022.

## **Anførsler:**

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

- (24) Innklagede har plikt til å avlyse konkurransen fordi kravet til implementeringstid er utformet i strid med kravet til konkurranse og likebehandling i loven § 4. Den korte implementeringstiden gir en betydelig konkurransefordel for eksisterende leverandør, og innebærer at andre tilbydere ikke har en reell mulighet til å vinne frem i konkurransen.
- (25) Denne feilen har påvirket deltakerinteressen, og vil derfor bare kunne repareres ved å avlyse konkurransen og kunngjøre en ny konkurranse med tilstrekkelig lang implementeringstid. Det kan heller ikke utelukkes at konkurransen ville fått et annet utfall dersom implementeringstiden var lenger.

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

- (26) Prinsipielt anføres det at implementeringstiden er tilstrekkelig, og dermed ikke i strid med de grunnleggende kravene til konkurranse og likebehandling i loven § 4.
- (27) Dersom klagenemnda kommer til at implementeringstiden er for kort, anføres det subsidiært at denne er begrunnet i et saklig behov. Avtalens kritiske viktighet for en rekke kommuners lovpålagte tjenesteytelser, sett opp mot ønsket om tilstrekkelig implementeringstid ved eventuelt leverandørbytte, innebærer en konkurransebegrensning som må anses saklig begrunnet.

## **Klagenemndas vurdering:**

- (28) Klager har ikke deltatt i konkurransen, men er potensiell leverandør i konkurransen. Klagenemnda finner derfor at klager har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av medisiner og pakking av multidose, og er kunngjort som en varekontrakt. Anskaffelsens totalverdi er estimert til 500 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.
- (29) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling i loven § 4 ved ikke å gi leverandørene tilstrekkelig implementeringstid.
- (30) 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 samsvar med det som følger av konkurransedokumentene, og i samsvar med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Prinsippene 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 tilstrekkelig tid fra konkurransen avsluttes til oppdraget starter opp, se klagenemndas avgjørelser i sakene 2021/618 avsnitt 34 og 2022/868 avsnitt 40.
- (31) Klagenemnda bemerker innledningsvis at nemndas avgjørelse i sak 2021/618, hvor nemnda ikke hadde rettslige innvendinger mot en implementeringstid på fire måneder beregnet fra kontraktsinngåelsen, ikke kan forstås som en generell uttalelse om hva som

er tilstrekkelig implementeringstid for avtaler om kjøp av legemidler. Dette må vurderes konkret for hver anskaffelse.

- (32) Avtalen denne saken gjelder er omfattende og kompleks, og stiller store krav til administrasjon og samhandling, samt håndtering av sensitiv informasjon. Ifølge konkurransegrunnlaget er det 1058 ulike enheter som skal kunne gjennomføre bestillinger under avtalen, og totalt 20 483 pasienter berøres av avtalen. Av denne grunn er det også klart at utskifting av leverandør vil kreve en del forarbeid før kontraktsoppstart, og at risikoen for svikt i pasientsikkerheten øker i forbindelse med utskifting av leverandør. Det var i tråd med dette stilt en rekke krav til hvordan implementering av avtalen skulle gjennomføres ved et eventuelt leverandørbytte.
- (33) Ifølge opplysningene i konkurransegrunnlaget ville kontrakt signeres i løpet av oktober 2022, med kontraktsoppstart 1. januar 2023. Det var ikke nærmere spesifisert om signering ville skje i begynnelsen eller slutten av måneden. Innklagede har imidlertid erkjent at en realistisk tidsplan ville medført signering i uke 39 eller 40, som ville gitt en implementeringstid på drøye tre måneder. Til sammenligning la innklagede i sitt opprinnelige forslag til konkurransedokumenter opp til at denne implementeringsperioden skulle være på rundt seks måneder.
- (34) Slik nemnda forstår det, skulle leverandøren innen 1. januar ha overtatt leveranser av alle legemidler til pasienter på institusjoner, herunder legemidler som skulle pakkes i multidose. Før dette tidspunkt måtte det dermed innføres ny bestillingsløsning, opprettes tilganger, og gjennomføres opplæring med bestillerne på avtalen. I tillegg skulle pasientenes ordinasjonskort overføres til og kontrolleres av ny leverandør. Samtidig skulle det også lages en plan for overføringen av leveransene til de resterende pasientene, altså de hjemmeboende multidosepasientene, som deretter skulle skje gradvis og i samarbeid med eksisterende leverandør over en periode på tre måneder, fra 1. januar til 1. mars 2023.
- (35) Sett i lys av at avtalen før oppstart krever overføring av en stor mengde sensitiv informasjon fra eksisterende til ny leverandør, samt implementering av og opplæring i en bestillingsløsning som skal ivareta pasientsikkerhet, kan ikke nemnda se at innklagede har sannsynliggjort at det var mulig for en ny leverandør å implementere avtalen på drøye to måneder. Kort implementeringstid gir videre høyere risiko for svikt i pasientsikkerheten, og nemnda ser ikke bort fra at slike risikobetraktninger også kan ha påvirket leverandørenes interesse for å delta i konkurransen. Det at innklagede kun mottok tilbud fra eksisterende leverandør, underbygger for øvrig at implementeringstiden har vært konkurransebegrensende. Klagenemnda er heller ikke enig med innklagede i at utfordringene knyttet til den korte implementeringstiden avhjelpest av at konkurransedokumentene ble sendt ut på høring i desember 2021, eller at statistikk og øvrig tallmateriale ble tilgjengeliggjort for interesserte leverandører. Klagenemnda finner dermed at det ikke er gitt tilstrekkelig tid fra avslutningen av konkurransen til oppstart av avtalen.
- (36) Innklagede har imidlertid anført at den konkurransebegrensende implementeringstiden var saklig begrunnet, fordi man ønsket å avvente kunngjøring av konkurransen til det endelige vedtaket fra Datatilsynet om plassering av dataansvar i Stavangeravtalen fra 2019, forelå.

- (37) Innklagedes usikkerhet knyttet til plasseringen av dataansvar etter personvernregelverket, og deres ønske om tilsynsmyndighetens syn på dette før man ferdigstilte sin egen databehandleravtale, kan uansett ikke gi en saklig begrunnelse for å begrense konkurransen om legemidlene avtalen gjaldt. Det er innklagedes ansvar å sette av nok tid til å utarbeide en databehandleravtale som er i samsvar med gjeldende regelverk, og om nødvendig innhente faglige råd. Innklagede har for øvrig ikke sannsynliggjort at ønsket om en databehandleravtale som i størst mulig grad fordelte dataansvar i tråd med Datatilsynets forståelse av personvernregelverket, ikke var mulig å ta høyde for i konkurransedokumentene. Klagenemnda viser i den forbindelse til at avtalen til slutt ble kunngjort før Datatilsynets vedtak forelå, med forbehold om eventuelle justeringer. Innklagede har heller ikke underbygget at eventuelle etterfølgende endringer i databehandleravtalen for å få den i samsvar med Datatilsynets regeltolkning, ville vært i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (38) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi tilstrekkelig implementeringstid ved overgang til ny leverandør, har dermed ført frem. Bruddet har påvirket deltakerinteressen, og kunne ikke ha vært rettet på annen måte enn å avlyse konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

***Konklusjon:***

Bergen kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å ha utformet et ulovlig krav til implementeringstid.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

*Dokumentet er godkjent elektronisk*