



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale med flere leverandører for anskaffelse av blant annet høreapparater. Slik saken var opplyst, hadde ikke klagenemnda holdepunkter for at innklagede ikke hadde fulgt avropsmekanismen i rammeavtalen. Innklagede hadde brutt prinsippene om likebehandling og etterprøvnbarhet i loven § 4, ved at leverandørene ikke kunne kontrollere at avropsmekanismen i rammeavtalen var fulgt.

Klagenemndas avgjørelse 27. juni 2024 i sak 2023/1148

Klager: Medus AS

Innklaget: Arbeids- og velferdsetaten (NAV)

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Kjersti Holum Karlstrøm og Christina Paludan Melson

Bakgrunn:

- (1) Arbeids- og velferdsetaten (NAV) (heretter *innklagede*) kunngjorde 26. januar 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med flere leverandører, for anskaffelse av høreapparater, ørepropper, tinnitusmaskerere, reparasjonstjenester, tilbehør og reservedeler. Anskaffelsens samlede verdi var estimert til 2 833 700 000 kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 28. februar 2023.
- (2) Anskaffelsen var delt inn i 11 delkontrakter. Denne klagesaken gjelder delkontrakt 1, 2 og 3:
 - Delkontrakt 1 – Mildt til alvorlig hørselstap – høreapparat BTE
 - Delkontrakt 2 – Mildt til alvorlig hørselstap – høreapparat «alt i øret» (ITE)
 - Delkontrakt 3 – Svært stort hørselstap – høreapparat BTE
- (3) Rammeavtaler ville tildeles basert på hvilke tilbud som hadde den laveste totalprisen i henhold til utfylt produkt- og prisskjema per delkontrakt.
- (4) I konkurransegrunnlaget del I, «*Betingelser for konkurransen*», var det i punkt 1.5 angitt at det ville inngås avtaler «*med et tilstrekkelig antall leverandører for å dekke majoriteten av brukerens behov*». For de aktuelle delkontrakter fremgikk det at det ville «*inngås parallelle rammeavtaler med minimum 5 leverandører*». Det var videre angitt at avropsmekanismen var beskrevet i rammeavtalen punkt 2.
- (5) I rammeavtalens beskrivelse av avtalens formål var det blant annet angitt at:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

«Avtalen forutsetter at Leverandøren forholder seg til alle rutiner tilknyttet bestilling, utprøving, bytte, tildeling med mer slik det til enhver tid er beskrevet i Rundskriv til forskrift om stønad til høreapparat og tinnitusmaskerer § 10-7 Bokstav b – Høreapparat og tinnitusmaskerer.»

- (6) Rammeavtalens punkt 2.1.2 gjaldt fordelingsmekanismen ved avrop:

«Fordelingsmekanismen ved avrop i delkontrakter med parallelle rammeavtaler er at det produktet eller produktene i høreapparatfamilie som er rangert som nummer 1, først skal vurderes i forhold til brukers behov for et nødvendig og hensiktsmessig hjelpemiddel. Dersom dette produktet tilfredsstiller behovet, velges det. Dersom det ikke tilfredsstiller behovet, skal hjelpemidlet som er rangert som nummer 2, vurderes opp mot behovet osv.

Det er høreapparatformidler i samråd med bruker og eventuelt kommunehelsetjenesten, som skal definere brukers behov. For tilbehør formidlet av NAV Hjelpemiddelsentraler er det hjelpemiddelsentralens personell, i samråd med bruker og kommunehelsetjenesten, som skal definere brukers behov.»

- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra 12 leverandører. Innklagede ga sin tildelingsmeddelelse i Merzell 17. april 2023. Åtte leverandører ble tildelt delkontrakt 1 og 2, og syv leverandører ble tildelt delkontrakt 3.
- (8) I delkontrakt 1 ble klagers produkter rangert som nummer 3. Produktene fra leverandøren GN Hearing Norway AS ble rangert som nummer 1 og 2, og Sonova Norway AS' produkter som nummer 9 og 10.
- (9) I delkontrakt 2 ble klagers produkter rangert som nummer 4. Produktene fra GN Hearing AS ble rangert som nummer 1 og 2, og Sonova Norway AS' produkter som nummer 6.
- (10) I delkontrakt 3 ble klagers produkter rangert som nummer 1. Produktene fra GN Hearing AS ble rangert som nummer 2 og 3, og produktene fra Sonova Norway AS som nummer 6.
- (11) Rammeavtalen ble inngått med leverandørene i mai 2023, og trådte i kraft 15. juni 2023.
- (12) Ved avrop på rammeavtalen, må høreapparatformidlerne signere et skjema hvor det blant annet skal bekreftes at produktene er vurdert i den rangeringsrekkefølgen som fremgår av rammeavtalen.
- (13) Innklagede gjennomførte 21. juni 2023 et digitalt møte med høreapparatformidlere ved høresentraler på sykehusene, audiografforbundet og Hørselshemmedes Landsforbund. På møtet ble den nye rammeavtalen gjennomgått, og hvordan høreapparatformidlerne skulle gjennomføre avrop. Det ble presisert at det fremgår av Rundskriv til lov om folketrygd (ftrl) § 10-7 første ledd bokstav b: Høreapparat og tinnitusmaskerere, at *«Høreapparatformidlerne skal lojalt medvirke til gjennomføring av avtalen og de enkelte avrop»*.
- (14) Den 5. desember 2023 ble det avholdt et samhandlingsmøte med høreapparatansvarlige ved hørselssentraler, prosessansvarlige i helseforetakene, og fagpersoner i NAV. Formålet med møtet var å ha dialog om avtalens innhold og fungering, som et ledd i oppfølgingen av avtalen.

- (15) I perioden juni – september 2023 var det korrespondanse mellom klager og innklagede knyttet til hvilke tiltak innklagede hadde satt i verk for å sikre at avropsmekanismen i rammeavtalen ble fulgt. Klager stilte også spørsmål ved om avropsmekanismen faktisk ble fulgt ved kontraktstildelingene under rammeavtalen.
- (16) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. november 2023.
- (17) Nemndsmøte i saken ble avholdt 24. juni 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at avropsmekanismen i delkontrakt 1, 2 og 3 ikke følges. Klagenemnda kan behandle klagen, da den gjelder gjennomføringen av anskaffelsen. I denne saken er det innklagedes ansvar å sørge for at den vedtatte avropsmekanismen etterleves.
- (19) Dersom fordelingsmekanismen i rammeavtalen hadde blitt fulgt, skulle klager ha fått en kraftig økning i salg av sine høreapparater. På tross av klagers høye rangering i delkontrakt 1, 2 og 3, er det kun 27 prosent av sykehus/høresentraller og 23 prosent av private klinikker som overhode har bestilt høreapparat fra klager. Det er åpenbart at beslutningstakernes valg av produkter ikke er basert på en faglig vurdering av brukerens behov, men på beslutningstakernes egne personlige preferanser. Klager har fått muntlig bekreftet fra flere høreapparatformidlere, og skriftlig fra Nesttun Øre Nese Hals, at avropsmekanismen ikke følges.
- (20) Da klager ikke har tilgang til alle salgstall etter den nye rammeavtalens ikrafttreden, bes klagenemnda om å pålegge innklagede å dokumentere antall bestillinger til leverandørene under rammeavtalene, jf. klagenemndsforordningen § 11.
- (21) Høreapparatformidlerne vil aldri ha et faglig grunnlag for å velge et høreapparat som er lavere rangert enn klagers produkter. Klagers produkter er tilnærmet identiske med de produkter som selges av Sonova Norway AS, idet produktene har de samme egenskaper, utstyr og tilbehør, og er produsert av samme selskap. Årsaken til at det er kjøpt produkter fra Sonova Norway AS er, slik klager ser det, at høreapparatformidlerne ikke følger avropsmekanismen i rammeavtalen, men selv velger produkter uavhengig av produktenes rangering under delkontrakten. Kvaliteten på klagers produkter tilsier også at disse i mange tilfeller bør velges foran produktene til leverandøren som er rangert som nummer 1.
- (22) Innklagede må pålegges å iverksette ytterligere tiltak for å sikre at avropsmekanismen følges, herunder å iverksette en kartlegging av tildelingene under rammeavtalene, og kreve en skriftlig faglig og etterprøvbart begrunnelse i de tilfeller der høreapparatformidlere har valgt et lavere rangert produkt. Innklagede må også prøve om den faglige begrunnelsen for valg av et lavere rangert produkt er korrekt.
- (23) Klagenemnda bes om å uttale seg om vilkårene for erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede anfører prinsipalt at klagen må avvises fra behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Klagen gjelder ikke brudd på anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter. Sakens omtvistede punkt er hvorvidt avrop som foretas på avtalen er i samsvar med avtalens avropsbestemmelser. Klagen inneholder ingen anførsler knyttet til selve gjennomføringen av anskaffelsen. Kontrakter er signert og avtalen trådte i kraft 15. juni 2023. Det er dermed den alminnelige kontraktsretten, og ikke anskaffelsesretten, som regulerer saksforholdet. Klagenemnda er dermed ikke rett organ til å overprøve saken.
- (25) Det eneste aktuelle rettsgrunnlaget er anskaffelsesforordningen § 28-1, jf. § 28-2 om vesentlig endring av kontrakt, og innklagede kan ikke se at avtalen er vesentlig endret. Rammeavtalens avropsmekanisme benyttes i tråd med det som følger av avtalen.
- (26) Innklagede har ingen informasjon eller dokumentasjon som tilsier at høreapparatformidlerne ikke følger avtalens avropsmekanisme. Det må derfor legges til grunn at klagers påstand ikke er riktig. Det foreligger ikke hjemmel for å kreve at innklagede innhenter opplysninger og utarbeider en oversikt over avrop på avtalen.
- (27) Ettersom tildelingskriteriet for denne anskaffelsen kun var totalpris, kan ikke innklagede se relevansen av klagers beskrivelser av kvaliteten på deres egne produkter som er på dagens rammeavtale. Produktene er ikke gjenstand for en kvalitetsevaluering. Det finnes heller ikke grunnlag for å si at klagers produkter har bedre kvalitet enn produktene til de øvrige leverandørene på avtalen.
- (28) Hvilket høreapparat som dekker brukers behov, er en kompleks vurdering som krever særskilt kompetanse. Eksempelvis kan en brukers individuelle behov medføre at høreapparater med samme tekniske spesifikasjoner vil kunne oppleves ulikt, som igjen vil kunne få betydning for avropene. Formidlingen av høreapparater baserer seg ikke alene på rangeringen i rammeavtalen, men er også avledet av brukerens subjektive opplevelse/vurdering, uten at dette endrer avropsmekanismen og kravet til å vurdere produktene i rangert rekkefølge.
- (29) Innklagede kan ikke se at klagenemnda har hjemmel til å pålegge at innklagede skal pålegge høreapparatformidlerne å utarbeide skriftlige begrunnelser. Innklagede har ingen myndighet eller mulighet til å overprøve faglige begrunnelser foretatt av høreapparatformidlere. Det å oppfordre til merarbeid for høreapparatformidlerne er heller ikke hensiktsmessig, blant annet på grunn av lang ventetid for brukerne. En begrunnelse ville uansett trolig blitt svært teknisk, og dermed vanskelig tilgjengelig for andre enn høreapparatformidlerne.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av høreapparater, ørepropper, tinnitusmaskerere, reparasjonstjenester, tilbehør og reservedeler som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens samlede verdi er estimert til 2 833 700 000 kroner ekskl. mva. 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.

- (31) Innklagede anfører at klagen skal avvises fra behandling i klagenemnda, og viser til at klagen ikke inneholder anførsler knyttet til selve gjennomføringen av anskaffelsen som ledet til inngåelsen av rammeavtalen.
- (32) Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 første ledd, at klage til klagenemnda må gjelde unnlatelser, handlinger eller beslutninger «*under gjennomføringen av anskaffelser*» etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne. Ifølge anskaffelsesforskriften § 1-1, gjelder forskriften når offentlige oppdragsgivere inngår vare-, tjeneste-, eller bygge og anleggskontrakter.
- (33) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at avropsmekanismen i rammeavtalen ikke er fulgt ved inngåelse av kontrakter under rammeavtalen. Det følger eksplisitt av anskaffelsesforskriften § 26-1 (2) at tildeling av kontrakter under en rammeavtale skal skje etter prosedyrene i § 26-2 eller § 26-3. Når man har en rammeavtale med flere leverandører, må det ved hver bestilling avgjøres hvem av leverandørene i rammeavtalen som skal få kontrakten. I rammeavtaler med flere leverandører er det fortsatt et element av konkurranse mellom rammeavtalens leverandører om hvem som får tildelt de enkelte kontraktene. Anskaffelsesregelverket og de grunnleggende prinsippene i loven § 4 gjør seg derfor fortsatt gjeldende.
- (34) Klagers anførsel gjelder etter dette unnlatelser, handlinger eller beslutninger «*under gjennomføringen av anskaffelser*», og klagenemnda vil derfor ta stilling til klagers anførsel.

Avropsmekanismen i rammeavtalen

- (35) Klagenemnda skal som nevnt ta stilling til om innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved at avropsmekanismen i rammeavtalen ikke er fulgt ved inngåelse av kontrakter under rammeavtalen.
- (36) Når oppdragsgiver har inngått en rammeavtale med flere leverandører, skal oppdragsgiver foreta avrop i tråd med forskriften § 26-3. Det følger av første ledd at dersom en rammeavtale med flere leverandører fastsetter alle kontraktsvilkårene, skal oppdragsgiveren fastsette en fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakter under rammeavtalen. Fordelingsnøkkel skal være angitt i anskaffelsesdokumentene.
- (37) Bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 33 nummer 4 bokstav a har en litt annen utforming. I direktivet brukes ikke begrepet fordelingsnøkkel, men det fremgår at dersom kontraktene skal tildeles uten å gjenåpne konkurransen, skal tildelingen skje basert på «*de objektive vilkårene [fastsatt i rammeavtalen] for å bestemme hvilke av de markedsdeltakerne som er parter i rammeavtalen, som skal levere dem*».
- (38) De aktuelle delkontraktene som klagen gjelder, omfatter kjøp av høreapparater. Ifølge fordelingsmekanismen, vil prisrangeringen av leverandørenes produkter ha betydning for hvilket produkt som først skal vurderes opp mot brukerens behov. Dersom det høyest rangerte produktet dekker brukerens behov, skal det velges. Rammeavtalen gir flere alternativer til hvilket høreapparat det kan gjøres avrop på, og i praksis er det høreapparatformidleren som foretar avropene. Ifølge avropsmekanismen i rammeavtalen skal høreapparatformidleren definere brukerens behov i samråd med brukeren og eventuelt kommunehelsetjenesten.

- (39) Slik klagenemnda forstår det, vil høreapparatformidleren som gjør avrop på avtalen som regel være en audiograf. Det følger av forskrift om stønad til høreapparat og tinnitusmaskerer § 5 første ledd, at undersøkelse av den hørselshemmede og tilpasning av høreapparat skal *«utføres i samsvar med forsvarlig medisinskfaglig framgangsmåte»*. Det følger av andre ledd at den som utfører eller har ansvaret for å undersøke den hørselshemmede, ta avtrykk av øregangen for framstilling av ørepropper og tilpasning av høreapparat, skal *«ha nødvendige kvalifikasjoner til å utføre undersøkelsen og gjennomføre behandlingen på en faglig forsvarlig måte»*.¹
- (40) Avtalen denne saken gjelder, er altså en type avtale hvor både økonomiske hensyn og medisinskfaglige vurderinger skal forenes, slik at avrop ikke alltid vil gå til høreapparatet med lavest pris. Selv om antall bestillinger til de ulike leverandørene under rammeavtalene vil kunne gi en viss indikasjon, vil dette likevel ikke i seg selv være et bevis for om rammeavtalens avropsmekanisme følges eller ikke. Klagenemnda vil derfor ikke pålegge innklagede å dokumentere fordelingen av avrop under rammeavtalen, jf. klagenemndsforordningen § 11.
- (41) Klagers begrunnelse for at avropsmekanismen ikke er fulgt, er blant annet at deres høreapparater har en rekke funksjoner som gjør at brukerens behov som oftest vil være dekket, og at det derfor ikke vil være grunn til å gjøre avrop på lavere rangerte produkter. Klager har konkret vist til at funksjonene til Sonova Norways produkt Audéo er direkte sammenlignbart med klagers produkt Sound. Klager mener derfor at avropsmekanismen ikke er fulgt, når det er gjort avrop på Sonova Norways produkter, til tross for at deres produkter er lavere rangert enn klagers. Klager fremholder videre at kvaliteten på og egenskapene til deres produkter også tilsier at produktene i mange tilfeller bør velges foran produktene til leverandøren som er rangert som nummer 1.
- (42) Ved valg av produkter under rammeavtalen skal ikke produktene underlegges en kvalitetsvurdering ut fra produktenes tekniske funksjoner alene, men skal velges ut fra den enkelte brukers behov for et hensiktsmessig hjelpemiddel. Det at klagers produkter har fått høy uttelling på kvalitet i en tidligere konkurranse, er derfor ikke i seg selv et bevis for at avropsmekanismen ikke er fulgt ved avrop under denne rammeavtalen. Innklagede har forklart at en brukers individuelle behov kan medføre at høreapparater med samme tekniske spesifikasjoner kan oppleves ulikt. Klagenemnda legger dette til grunn.
- (43) Klager har også vist til at klager har fått muntlig bekreftet fra flere høreapparatformidlere at avropsmekanismen følges. Dette er imidlertid ikke dokumentert, og klagenemnda kan derfor ikke ta dette til inntekt for at avropsmekanismen ikke følges.
- (44) Klager viser videre til en skriftlig korrespondanse med Nesttun Øre Nese Hals, hvor det fremgår at høreapparatformidleren ikke tilpasser klagers høreapparater, og derfor ikke ønsket informasjon om disse produktene. I tilbakemeldingen til klager fremgikk det at *«vi tilpasser ikke Medus høreapparater, men tildeler mye tinnitusmaskere. Er det noe nyheter på den fronten?»*. Klagenemnda bemerker at denne tilbakemeldingen tilsier at høreapparatformidleren ikke benytter klagers høreapparat, og at dette kan gi en indikasjon på at denne formidleren ikke har fulgt avropsmekanismen. Det kan likevel ikke utelukkes at denne formidleren bare har foretatt avrop på høyere rangerte produkter, og slik denne

¹ Forskrift om stønad til høreapparat og tinnitusmaskerer 18. april 1997 nr. 337

saken er opplyst, er det ikke tilstrekkelige konkrete holdepunkter for å fastslå at denne formidleren ikke har fulgt avropsmekanismen.

- (45) Slik saken er opplyst, har ikke klagenemnda tilstrekkelige holdepunkter for at avropsmekanismen i rammeavtalen ikke er fulgt. Nemnda har derfor ikke grunnlag for å konstatere brudd på anskaffelsesregelverket på dette punktet.

Prinsippene om likebehandling og etterprøvbarehet i loven § 4

- (46) Klager fremholder at innklagede må pålegges å iverksette ytterligere tiltak for å sikre at avropsmekanismen i rammeavtalen følges. Klagenemnda vil derfor ta stilling til om innklagede har brutt prinsippene om likebehandling og etterprøvbarehet i loven § 4, ved ikke å gjøre nok for å sikre at avropsmekanismen følges.
- (47) Prinsippene om likebehandling og etterprøvbarehet er utslag av det EU-rettslige prinsippet om gjennomskiktighet. Det følger også av anskaffelsesforskriften § 7-1 at oppdragsgiver skal oppbevare dokumentasjon er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen. I fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 61, fremgår det at offentlige oppdragsgivere bør gis større fleksibilitet ved innkjøp i henhold til rammeavtaler som inngås med mer enn én leverandør, og der alle vilkårene er definert. Samtidig er det presisert at for å sikre gjennomskiktighet, bør oppdragsgivere i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen angi hvilke objektive kriterier som vil styre valget av metode for gjennomføring av rammeavtalen.
- (48) I prinsippet skal leverandørene selv kunne forutse, og i det minste etterprøve, at hvert avrop er tildelt riktig leverandør. Kravet til objektivitet innebærer at under ingen omstendighet kan en fordeling av avrop skje etter oppdragsgivers frie skjønn og valg, se Jørgen Myhre, *Avrop på rammeavtaler med flere leverandører, Offentlige Kontrakter Aktuelle Tema*, Gyldendal Norsk Forlag, 2020.
- (49) Selv om avropsmekanismen i denne saken innebærer at høreapparatformidlerne må vurdere produktene i den rangeringsrekkefølgen som fremgår av rammeavtalen, gir avropsmekanismen et medisinskfaglig skjønn ved valget om hvem som får tildelt de enkelte kontraktene. I et slikt tilfelle, tilsier prinsippene om likebehandling og etterprøvbarehet at oppdragsgiver må sikre at leverandørene kan kontrollere at avropsmekanismen er fulgt ved tildeling av kontrakter.
- (50) Høreapparatformidlerne skal ved hvert avrop fylle ut et skjema, hvor det blant annet skal bekreftes at produktene er vurdert i den rangeringsrekkefølgen som fremgår av rammeavtalen. Det gis imidlertid ikke en begrunnelse dersom høreapparatformidleren velger et produkt som er lavere rangert på rammeavtalen. Leverandørene har dermed ingen anledning til å kontrollere at avropsmekanismen er fulgt ved avrop på rammeavtalen. Dette utgjør et brudd på prinsippene om likebehandling og etterprøvbarehet i loven § 4.
- (51) På bakgrunn av manglende etterprøvbarehet er det vanskelig å dokumentere eller sannsynliggjøre hvorvidt rammeavtalens avropsmekanisme er fulgt, og om regelverket er overholdt. Klagenemnda finner derfor grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Arbeids- og velferdsetaten (NAV) har brutt prinsippene om likebehandling og etterprøvbarhet i loven § 4, ved at leverandørene ikke kan kontrollere at avropsmekanismen i rammeavtalen er fulgt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur