



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse, Habilitet

Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør om leasing av to operasjonsroboter. Innklagede benyttet prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, med henvisning til unntaket i anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 fordi konkurranse ikke var mulig av tekniske årsaker. Klager anførte at vilkårene for å benytte unntaket ikke var oppfylt, og at kontraktsinngåelsen innebar en ulovlig direkteanskaffelse. Klagenemnda konkluderte med at innklagede ikke hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda kom også til at et av medlemmene i prosjektgruppen var inhabil, og skulle ikke deltatt i anskaffelsen.

Klagenemndas avgjørelse 16. desember 2024 i sak 2024/1067

Klager: Kebomed AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp

Klagenemndas

medlemmer: Hallgrim Fagervold, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Ved anskaffelsesprosessens oppstart var situasjonen at St. Olavs hospital hadde to operasjonsroboter av typen Da Vinci Si i full drift, levert i henholdsvis 2010 og 2012. Systemene hadde en estimert normal levetid på omkring ti år, og leverandøren hadde gitt beskjed om at tilgang til support og forbruksmaterieill ville opphøre ved utgangen av 2024. Høsten 2023 ble det satt sammen en prosjektgruppe og en styringsgruppe for anskaffelsen.
- (2) Sykehusinnkjøp (heretter *innklagede*) sendte ut en veiledende kunngjøring om invitasjon til markedsdialog om anskaffelse av operasjonsrobot til St. Olavs hospital HF 21. februar 2024.
- (3) Det fremgikk av invitasjonen at St. Olavs hospital HF hadde behov for å anskaffe to nye operasjonsroboter. I den forbindelse ønsket innklagede å kartlegge hvilke løsninger som fantes i markedet, og inviterte interessenter til et digitalt dialogmøte via Teams. Det fremgikk videre at dagens operasjonsroboter brukes til gynekologisk, gastrokirurgisk og urologisk kirurgi. Det var ønskelig å få presentert hvilke løsninger og dekningsområder ny operasjonsrobot kan utføre, da det også ville legges vekt på mulige utvidede bruksområder.

- (4) Innklagede ba interessenter om å forberede en presentasjon som inneholdt:

«- Hva er systemet godkjent for. Hvordan er systemet oppbygd. Hvilket gulvareal er nødvendig for fornuftig bruk.

- Er systemet utprøvd i dagligdrift? Hvilken grad av dokumentasjon foreligger.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- *Spesielt etterspørres dokumentasjon på cystektomier, lav fremre rektumreseksjon (rektum cancer), retroperitoneale glandeltoalett ved testiscancer og endometriecancer, og retroperitoneale nefrektomier.*

- *Har systemet integrerte stapler-løsninger? Alternative løsninger?*

- *Har systemet integrerte avanserte energiinstrumenter som Ligasure eller lignende? Alternativer?*

- *Leveres systemet med integrert operasjonsbord?*

- *Er iv fargestoff/fluorescence tilgjengelig ved levering? Dokumentasjon.*

- *Presentasjon av finansieringsløsninger; kjøp, leasing, pay per procedure. St. Olav ønsker i utgangspunktet kjøp eller leasing.»*

- (5) Markedsdialog ble gjennomført 8. mars 2024 som digitale en-til-en-møter med følgende påmeldte leverandører: CMR Surgical AB (heretter *CMR Surgical*), Medtronic Norge AS (heretter *Medtronic*) og Intuitive Surgical (heretter *valgte leverandør*). Klager skulle bli distributør for CMR Surgical, og deltok i markedsdialogen som observatør uten aktiv deltakelse.
- (6) Det ble publisert en intensjonskunngjøring om kontraktsinngåelse med valgte leverandør for kjøp av to operasjonsroboter av typen Da Vinci XI 18. juni 2024, med beskjed om at kontrakt ville bli inngått tidligst ti dager etter publiseringen.
- (7) Det fremgikk av intensjonskunngjøringen at «*På bakgrunn av utført markedsanalyse, er det kun Intuitive som kan levere en komplett løsning ut ifra St.Olav hospital sitt behov og vår vurdering er at vilkårene for å gjennomføre en konkurranse uten forutgående kunngjøring etter anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 er oppfylt.*»
- (8) Videre fulgte det av begrunnelsen for direkte tildeling i intensjonskunngjøringen at St. Olavs hospital har behov for følgende funksjonaliteter ved anskaffelse av avanserte operasjonsroboter:

«• Tablemotion er nødvendig ved avansert robotkirurgi og skal benyttes ved lav fremre reseksjon av rektum, cystektomier, nyrekirurgi, rekonstruktiv kirurgi og ved behandling av testikkelkreft. Integrert bevegelse av operasjonsbordet gir mulighet til å bevege pasienten underveis i prosedyrene uten å dokke av roboten fra pasient. Funksjonen er vesentlig tidsbesparende og er mer pasientsikkert i forhold til manuell av og på dokking. Ved manuell dokking er det ikke mulig å gå tilbake til forrige posisjon uten å dokke på nytt. For eksempel under prosedyrer hvor tynntarmen sklir inn i operasjonsfeltet og utgjør en risiko ift. visualisering av strukturene, kan kirurgen enkelt bevege pasienten i den retningen som er ønsket for å flytte tarmen ut av operasjonsfeltet. Rektumcancer kirurgi foregår også i flere kvadranter. Tablemotion sparer operasjonstid og pasienten ligger kortere i narkose. Ved anestesilogiske utfordringer med ventilasjon av pasienten peroperativt gir det også muligheten til å justere vinklingen av pasientene underveis i prosedyren om det skulle være nødvendig. Kortere operasjonstid er økonomisk besparende.

• Innebygde avanserte energiinstrumenter skal være integrerte i systemet og kunne brukes av kirurgen. Vessel Sealer Extend og Synchro Seal gir kirurgen mulighet til å ligere og

dissekere raskt og sikkert. Instrumentene kan vinkles opptil 90 grader og kan sette av kar opptil 7mm med Vessel Sealer Extend og 5mm for Synchro Seal. Kirurgen styrer instrumentene direkte fra konsollen. Instrumentene benyttes til blant annet disseksjon av oment, mesorektum for gastro, samt uterus for gyn prosedyrer, samt rask og trygg frigjøring av strukturer under cystektomi, nyrekirurgi og prostatektomi. Ved benyttelse av avanserte energiinstrumenter får kirurgen trygg avsetting og hemostase av ønsket anatomi på en raskere måte enn vanlig diatermiinstrumenter. Dette er spesielt viktig i kreftkirurgien for å oppnå gode resultater. Den som har ansvaret for operasjonen, skal kunne gjøre de viktigste delene av inngrepene der disse instrumentene blir benyttet. Kirurgen må kunne bestemme disseksjonsplanet og utføre reseksjonene selv. Det er teknisk mulig å gjennomføre inngrepene vi gjør i dag med håndholdte instrumenter eller klips, men det er mer tidkrevende og med en risiko for påvirkning av det endelige resultatet. De nye robotene skal av denne grunn kunne leveres med innebygde avanserte energiinstrumenter.

- Integrerte løsninger for bruk av intravenøst kontrastmiddel brukes i dag ved nyrekirurgi for å se på sirkulasjonen og ved sentinel node vurdering i gynekologi. Det er ikke aktuelt å kjøpe inn systemer som ikke har denne funksjonen. Integrert ICG blir også brukt ved større rekonstruktive inngrep for å se på blodsirkulasjonen i anastomosene for å redusere faren for alvorlige komplikasjoner. Visualisering av sirkulasjon gir kirurgen mulighet til å sette av kar eller annen anatomi på de riktige stedene. Ved å kunne justere intensiteten av NIR får kirurgen bedre oversikt over de mindre karene og sirkulasjonen i avgjørende områder.

- Stapler skal benyttes ved operasjoner for endetarmskreft, lungekreft og avansert rekonstruksjon av urinveiene med bruk av tynntarm som erstatning for ureter, for stomi og ved konstruksjon av kontinent reservoar. Stapleren styrt av kirurgen vil kunne unngå setting av flere porter. Bruk av Integrert endowrist-stapler reduserer konverteringsrisiko og komplikasjonsrisikoen. Den integrerte stapleren kan vinkles 60 grader (viktig med høyeste mulig vinkel) i alle retninger, for enklere å kunne plassere stapleren presist i f.eks. et trangt bekken for kolorektal eller for avsetting av bronkus for THX/lungekirurgien. Stapleren benyttes også ved cystektomi hvor god artikulering bidrar til å posisjonere stapleren der kirurgen ønsker for avsetting av tynntarmen. Avsetting av vitale strukturer, eks tarm, er en viktig del under et inngrep, det er derfor viktig at hovedoperatør kan gjøre dette direkte fra konsollen. Sureform stapleren har innebygd SmartFire-teknologi, som måler motstand i vevet under hele avfyringen, noe som resulterer i en optimal stiftelinje for hele avsettingen. Dette bidrar til lavere risiko for anastomoselekkasjer. System gir beskjed til kirurgen før mulighet for avfyring om vevet er for tykt til valgte magasin størrelse, dette er en god sikkerhetsmekanisme så ikke feil magasin brukes på for tykt vev

På bakgrunn av utført markedsanalyse, er det kun Intuitive som kan levere en komplett løsning ut ifra St.Olav hospital sitt behov og vår vurdering er at vilkårene for å gjennomføre en konkurranse uten forutgående kunngjøring etter anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 er oppfylt.»

- (9) Innklagede mottok innsigelser fra klager 25. juni 2024. Innsigelsene ble besvart 27. juni 2024 uten at tildelingen ble endret.

- (10) Kontrakt ble inngått 29. juni 2024 med valgte leverandør. Kontrakt er inngått for en periode på 5 år, men opsjon på ytterligere 2 år. Kontraktens estimerte verdi over 7 år er kr 75 000 000 ekskl. mva.
- (11) Klager leverte 1. juli 2024 en begjæring om at kontrakttildelingen skulle vurderes på nytt.
- (12) Innklagede avviste begjæringen 2. juli 2024, siden kontrakt allerede var inngått.
- (13) De anskaffende systemene ble levert og installert hos St. Olavs hospital i løpet av juli 2024.
- (14) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 5. august 2024.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. november 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Vilkårene for å benytte unntaket i anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav b nr. 2 var ikke oppfylt, og kontraktsinngåelsen med valgte leverandør innebærer en ulovlig direkte anskaffelse. Konkurransen er mulig, og det foreligger rimelige alternativer. Innklagede har også tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.
- (17) Det er i den veiledende kunngjøringen referert til produktnavnet Ligasure, som er et produkt bare levert av valgte leverandør. Ellers bærer veiledende kunngjøring preg av at innklagede har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør. Det er grunn til å spørre seg om faggruppens habilitet er ivaretatt, all den tid faggruppen tidligere har brukt produkt fra valgte leverandør.
- (18) Innklagede har vist til bruk av stapler i thorex/lungekirurgi som begrunnelse for kjøp av valgte produkt. Thorex/lungekirurgi var ikke nevnt som fagområde i veiledende kunngjøring slik at CMR Surgical ikke fikk anledning til å belyse dette.
- (19) I intensjonskunngjøringen er det en del feil forutsetninger som er lagt til grunn. Vårt system, Versius, trenger ikke «*Tablemotion*» for å utføre de prosedyrene det spørres etter eller for kortere operasjonstid. Dette kommer av måten systemet er bygd opp på med en helt annen geometri og robotplassering enn valgte produkt. Prosjektgruppen hadde ikke nok inngående kunnskap til å vurdere Versius opp mot dette. At «*Tablemotion*» er tidsbesparende er ikke dokumentert. Vårt system har videre innebygd avansert energiinstrument og integrert intravenøst kontrastmiddel. Vedrørende bruk av integrert stapler så mener vi at argumentasjonen som her brukes ikke er dokumentert. Her finnes det andre måter å gjøre dette på som både er sikrere og vesentlig billigere.
- (20) En av prosjektdeltagerne har hatt betalte oppdrag i privat regi på vegne av valgte leverandør, og har dermed hatt økonomiske interesser i valgte leverandør. Prosjektdeltageren var dermed inhabil til å delta i prosjektgruppen. Deltageren hadde en klar fremtoning i markedsdialogen og opplevdes som styrende.
- (21) Først 21. juni 2024 ble kjøp av operasjonsrobot styrebehandlet og godkjent av styret i St. Olavs hospital HF, altså tre dager etter at intensjonskunngjøringen om beslutning av

tildeling av kontrakt var sendt ut. Klager ber nemnda vurdere om dette er en saksbehandlingsfeil.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede hadde hjemmel for å inngå kontrakt med valgte leverandør uten konkurranse da konkurranse var umulig av tekniske årsaker, og kontraktsinngåelse er ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Markedsdialogen avdekket at det kun var valgte leverandør som var i stand til å levere et system som oppfylte kravene til godkjenning og integrert funksjonalitet og samtidig kunne dokumentere bruk i daglig drift.
- (23) Innklagede bestrider at klager ikke har hatt anledning til å belyse thorax/lungekirurgi. Thorax/lungekirurgi var ikke nevnt skriftlig i den veiledende kunngjøringen, men alle leverandører ble muntlig spurt om dette i markedsdialogen, også CMR Surgical – hvor de blant annet orienterte om at 3 % av prosedyrene deres operasjonsroboter benyttes til er thoraxoperasjoner.
- (24) Verken CRM Surgical eller Medtronic kan tilby systemer med integrert styring av bordbevegelser. Innklagede er ikke enig i at klagers system (som ble presentert av CRM Surgical i markedsdialogen) er bygget opp på en annen måte enn valgte løsning og at det ikke er dokumentert at valgt løsnings «*Tablemotion*» er tidsbesparende sammenlignet med klagers. Integrert styring av bordbevegelser er en nødvendig funksjonalitet. Det gjelder ikke bare for tilgjengelighet i alle kvadranter, men også mulighet for å endre leie. Det kan være behov for kontinuerlig justering av leie under operasjonen for fremstilling av anatomien best mulig. Dette vil eksponere anatomiske strukturer optimalt og sikre best mulig kvalitet på kirurgien som utføres, både med tanke på optimal onkologisk kirurgi i forhold til marginer mot kreftsykdom, men også ha betydning for pasientsikkerhet med tanke på å få unna andre strukturer som kan skades under operasjon. Integrert operasjonsbord er særlig nyttig ved inngrep som skal gjøres i flere kvadranter intraabdominalt. Når det gjelder for eksempel urologi gjelder dette nefroureterectomi, nefrouretercystektomi (inkl. en bloc glandeltoalett) og retroperitoneale glandeltoalett, samt kompliserte cystektomipasienter. Innklagede er klar over at det er mulig å gjennomføre noen av inngrepene uten integrert operasjonsbord, men erfaringen er at dette er mer tidkrevende enn med funksjonen. Dette er basert på sammenligninger med kollegaer som jobber med utstyr med den aktuelle funksjonen. Erfaringer tilsier at omleiring/omdokking uten integrert styring av bordbevegelser er tidkrevende. Klagers påstand om at instrumenter må fjernes fra abdomen ved bruk av valgte leverandørs integrerte bordbevegenser er feil.
- (25) CRM Surgical oppga i markedsdialogen at de ville lansere og få CE-godkjent et første energi-instrument i andre kvartal 2024 og oppga at flere instrumenter skulle komme senere. Dette var ikke en akseptabel løsning for innklagede, dels på bakgrunn av at de nye systemene måtte være på plass og i full drift før utgangen av 2024, dvs. eventuell tilbudsinnhenting og kontraktsinngåelse måtte skje i god tid før det, og dels på grunn av usikkerhet om hvilke typer energiinstrumenter som ville bli tilgjengelige i fremtiden. Kun valgte leverandør kunne presenterte et system med flere godkjente integrerte energi-instrumenter. Klager oppgir at deres system har innebygd avansert energi-instrument, men det fremgår ikke hva dette er eller hvor lenge de har hatt det, men basert på innklagedes kjennskap antas det at klager viser til instrumentet «*Ultrasonic device*» som ble godkjent i juni 2024. Dette endrer ikke innklagedes tidligere vurdering, som var at CRM Surgical ikke oppfyller kravet.

- (26) Innklagede bestrider ikke at CMR Surgical's system har integrert intravenøst kontrastmiddel. Innklagede er kjent med at det er flere tilbydere i markedet som kan levere integrerte løsninger for bruk av intravenøst kontrastmiddel, men det er kun valgte leverandør som kan levere dette som en del av en fullintegrert robotløsning som dekker oppdragsgivers totalbehov.
- (27) Innklagede fastholder at integrert stapler er et nødvendig krav. Stapler brukes i en av de mest kritiske faser av operasjon. Operatøren ved konsollen har behov for å kontrollere stapleren som settes inn i feltet. Stapleren markerer ofte enden på det preparatet som tas ut og er avgjørende for om en får frie kanter på svulsten som tas ut. Dette er svært viktig dersom pasienten skal bli kvitt sin kreftsykdom. Ved lungekirurgi må stapleren kunne vinkles for å kunne sette av luftveiene i pasienten. Lungene er lite fleksible og derfor må en ha fleksible (vinkelbare) staplere for å sikre onkologisk radikalitet og opprettholde pasientsikkerhet med tanke på iatrogene skader. Dersom man ikke har en integrert stapler, kan ikke operatøren i robotkonsollen styre hvor stapleren skal. En annen kvalifisert kirurg må da være i feltet og plassere stapleren. Stapleren plasseres typisk rundt store blodårer, i lungekirurgi passerer det cirka to liter blod i minuttet gjennom disse blodårene som en setter av. Konsekvensen av en feilplassering her er fatal. Stapleren må derfor plasseres av en annen kirurgisk overlege. Stapler brukes under flere momenter i kirurgien og den andre kvalifiserte overlegen må derfor ha satt seg grundig inn i pasientens sykdom på forhånd. Konsekvensen av å ikke ha en integrert stapler medfører derfor at en må bruke to overleger per operasjon, når det i dag kun brukes en.
- (28) Det er ikke riktig at kun valgte leverandør leverer produktnavnet Ligasure. Produktet leveres av Medtronic Norge AS. Det kan tillegges at Ligasure brukes ved åpen kirurgi eller laparoskopisk kirurgi og i utgangspunktet ikke ved robotkirurgi. Ligasure har vært på markedet lengst og antas å være det energiinstrumentet som er mest kjent blant kirurgene. I den veiledende kunngjøringen var også produktnavnet etterfulgt av ordene «eller lignende».
- (29) Det forhold at en oppdragsgiver tidligere har brukt produkter fra en spesifikk leverandør kan ikke i seg selv gi opphav til inhabilitet. Det er ikke anført andre konkrete forhold som tilsier at deltakerne i prosjektgruppen skulle være inhabile på generelt grunnlag.
- (30) Det aktuelle prosjektgruppemedlemmet har vært en av seks deltakere i prosjektgruppen. Prosjektgruppen har gjennom hele prosessen uttalt seg i fellesskap, og all beslutningsmyndighet ligget på styringsgruppen. Medlemmet har de siste fire årene kun hatt totalt seks betalte konsulentoppdrag for valgte leverandør, hvor vedkommende, på bakgrunn av sin ekspertise, har drevet opplæring av andre kirurger i avansert kikkhullskirurgi med bruk av Da Vinci operasjonsrobot. Omfanget har altså vært meget begrenset og fremstår ikke som unaturlig, gitt overlegens ekspertise innenfor det aktuelle fagfeltet. Det har heller ikke fremkommet forhold som tilsier at prosjektgruppemedlemmet skulle få flere eller færre betalte konsulentoppdrag i fremtiden avhengig av utfallet i denne anskaffelsen. Innklagede bestrider at medlemmet har vært inhabil til å delta i prosjektgruppen. Selv om klagenemnda skulle konkludere med at vedkommende har vært inhabil, bestrider innklagede at det har hatt betydning for resultatet av anskaffelsen.
- (31) Dersom klagenemnda vurderer at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, mener innklagede at det uansett ikke skal ilegges overtredelsesgebyr jf. anskaffelsesloven § 12 andre ledd. I dette tilfellet har oppdragsgiver undersøkt markedet gjennom

markedsdialog hvor invitasjon er offentliggjort via veiledende kunngjøring i Doffin og TED. Flere leverandører deltok i dialogen, men det fremgikk klart at det var kun én leverandør som kan tilby et system som dekker oppdragsgivers behov. Det ble kun mottatt innsigelser fra klager etter publisert intensjonskunngjøring og selv om klager ikke aktivt deltok i markedsdialogen var deres tilbudte løsning likevel representert i dialogen gjennom CMR Surgical.

Klagenemndas vurdering:

- (32) Klagen gjelder en anførsel om ulovlig direkteanskaffelse. I slike saker gjelder det ikke et krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 13a første ledd. Klagen er rettidig. Klager har også anført inhabilitet hos et medlem i prosjektgruppen. Ettersom klager anfører å være en mulig alternativ leverandør vurderes klager å ha saklig interesse i å få avgjort også dette spørsmålet jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (33) Klager anfører at innklagede ikke hadde hjemmel til å inngå kontrakt med valgte leverandør uten konkurranse, da det var mulig med konkurranse i saken.
- (34) Anskaffelsens verdi er over EØS-terskelverdi, jf. forskriften § 5-3 (1) bokstav b, og anskaffelsen skal derfor i utgangspunktet kunngjøres.
- (35) Det følger av anskaffelsesforordningen § 13-4 bokstav b nr. 2 at oppdragsgiveren kan gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom *«konkurranse er umulig av tekniske årsaker»*. Unntaket gjelder bare *«Når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør»*.
- (36) Ordlyden *«umulig»* stiller opp en høy terskel. Unntaksbestemmelsen skal tolkes restriktivt, og det er oppdragsgiver som må bevise at vilkårene for å benytte unntaket er oppfylt, jf. blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-337/05 (Agusta-Bell). I punkt 50 av direktivets forord er det presisert at anskaffelser uten konkurranse bør *«brukes bare i helt ekstraordinære tilfeller»*, og at dersom situasjonen med kun en leverandør *«skyldes tekniske årsaker, bør de defineres nøye og begrunnes i hvert enkelt tilfelle»*. EU-domstolen har uttalt i sak C-57/94 (Ascoli-Mare) premiss 24 at oppdragsgiveren må sannsynliggjøre at det var *«uomgængeligt nødvendigt»* å inngå kontrakt med den valgte leverandøren.
- (37) For å benytte seg av unntaksbestemmelsen, kreves det altså at oppdragsgiver aktivt foretar seg noe for å verifisere om det finnes et marked for anskaffelsen. Det er ikke tilstrekkelig å hevde at det kun finnes en leverandør, jf. sak C-275/08 (Kommissjonen v. Tyskland) premiss 61-63. Det er heller ikke tilstrekkelig at den valgte leverandøren har særlig gode forutsetninger for å løse det aktuelle oppdraget, jf. Underrettens avgjørelse i sak T-54/11, premiss 53 og 54. Siden teknisk ekspertise stadig er i utvikling, heves terskelen for å sannsynliggjøre at det ikke eksisterer andre leverandører som kan eller vil kunne bli i stand til å levere ytelsen oppdragsgiver har behov innenfor tidsrammen som er til rådighet, se klagenemndas avgjørelse i sak 2023/812 avsnitt 37 med videre henvisninger.
- (38) Spørsmålet for klagenemnda blir da om innklagede har sannsynliggjort i tilstrekkelig grad at anskaffelsen gjelder noe bare valgte leverandør kan levere fordi konkurranse er *«umulig av tekniske årsaker»*.

- (39) Klagenemnda viser til at det rettslige utgangspunktet er at oppdragsgiver selv bestemmer hva som skal anskaffes, og dermed også hvilke krav og spesifikasjoner som skal stilles for å oppnå dette, se eksempelvis 2021/649 avsnitt 40. Det nemnda skal vurdere er om det er godtgjort at konkurranse er umulig av tekniske årsaker og ikke tilpasset en bestemt leverandør.
- (40) I denne saken beror de nevnte spørsmål til en stor grad på medisinskfaglige vurderinger. Det er krevende for nemnda å prøvedisse medisinskfaglige vurderingene. En slik prøving må ta utgangspunkt i om oppdragsgivers faglige vurderinger fremstår som saklige og forsvarlige, samt om kravene i anskaffelsesloven § 4 er overholdt jf. Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 44
- (41) Innklagede har redegjort for at de mener det ut ifra en medisinsk faglig forsvarlig vurdering bare er en leverandør som kan levere etter deres behov. Dette er begrunnet med at det er behov for en operasjonsrobot med integrert styring av bordbevegelser, innebygde avanserte energiinstrumenter, integrerte løsninger for bruk av intravenøst kontrastmiddel og integrert vevs-stapler. Videre har innklagede forklart at det var nødvendig at roboten er generisk, det vil si godkjent for både de eksisterende bruksområdene nedre gastro, gynekologi og urologi, og de nye bruksområdene øvre gastro og thorax. I tillegg var det helt essensielt at systemene kunne leveres og være i full drift i løpet av 2024, og at det derfor ble stilt krav om dokumentasjon for at systemet fungerer i daglig drift. Markedsdialogen gjorde det klart for innklagede at det kun var valgte leverandør som kunne dekke deres totalbehov.
- (42) Det er som nevnt en høy terskel for å anse konkurranse som «umulig» grunnet tekniske forhold. Slik saken er opplyst, fremstår imidlertid innklagedes vurderinger av hvilke behov de hadde for anskaffelsen, den nærmere medisinskfaglige begrunnelsen, og at bare valgte leverandør kunne tilby dette, som saklig og faglig begrunnet. Under noe tvil legger nemnda dette til grunn.
- (43) Klager viser videre til at innklagede i den veiledende kunngjøringen referert til produktnavnet Ligasure, som er et produkt bare levert av valgte leverandør.
- (44) Et av punktene leverandørene ble bedt om å presentere i den veiledende kunngjøringen var «*Har systemet integrerte avanserte energiinstrumenter som Ligasure eller lignende? Alternativer?*».
- (45) Innklagede viser til at det ikke er riktig at kun valgte leverandør leverer produktnavnet Ligasure, da produktet leveres av Medtronic Norge AS. Klagenemnda legger dette til grunn, og viser også til at produktnavnet ble etterfulgt av formuleringen «*eller lignende*», som åpner for at leverandørene kan tilby også lignende produkter med andre produktnavn.
- (46) Klagenemnda har etter dette ikke rettslige innvendinger til innklagedes vurdering av at «*konkurranse er umulig av tekniske årsaker*», og at det «*ikke foreligger rimelige alternativer*». Det er heller ikke grunnlag for å konstatere at den «*manglende konkurransen [...] skyldes at oppdragsgiveren har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør*».
- (47) Vilkårene i § 13-4 bokstav b nr. 2 er oppfylt. Innklagede hadde hjemmel til å gjennomføre anskaffelsen uten konkurranse, og det foreligger ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

- (48) Klager anfører også at prosjektgruppen, og særlig ett av medlemmene i prosjektgruppen, var inhabile til å delta i anskaffelsen.
- (49) Det følger av anskaffelsesforskriften § 7-5 (1) at «*Ved gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av forskriften, gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til § 10*».
- (50) Prosjektgruppen var med å definere behov og krav for anskaffelsen, og deltok i markedsdialogen. Det er dermed klart at prosjektgruppemedlemmene har vært med på å tilrettelegge grunnlaget for anskaffelsen, jf. forvaltningsloven § 6 (1).
- (51) Det er ingen holdepunkter for at hverken prosjektgruppen i sin helhet eller det aktuelle prosjektgruppemedlemmets tilknytning til valgte leverandør omfattes av situasjonene oppregnet i forvaltningsloven § 6 (1). Spørsmålet er dermed om det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten*» til prosjektgruppemedlemmenes «*upartiskhet*», jf. forvaltningsloven § 6 (2).
- (52) Klagenemnda forstår ordlyden «*særegne forhold*» slik at situasjoner som mange befinner seg i, ikke medfører inhabilitet. Forholdet må skille seg fra det som er normalt, men behøver ikke å være unikt. Videre viser ordlyden «*egnet til å svekke tilliten*» til at det er sentralt hvordan allmennheten oppfatter forholdet.
- (53) Det avgjørende er om de særlige forholdene i saken, etter en objektiv målestokk, gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på medlemmenes upartiskhet, se for eksempel HR-2016-2311-P avsnitt 15.
- (54) Klager viser for det første til at det kan stilles spørsmål ved habiliteten til prosjektgruppen i sin helhet, da de har brukt produkter fra valgte leverandør tidligere.
- (55) Klagenemnda kan ikke se at det at prosjektgruppedeltakerne har brukt produkter fra valgte leverandør i arbeidssammenheng tidligere er et særegent forhold som gjør gruppen i sin helhet inhabil til å delta i anskaffelsen.
- (56) Klager viser videre til at en av prosjektgruppedeltakeren har hatt betalte oppdrag i privat regi på vegne av valgte leverandør, og har dermed hatt økonomiske interesser i valgte leverandør.
- (57) Innklagede har forklart at ett av de seks medlemmene i prosjektgruppen har hatt betalte konsulentoppdrag for valgte leverandør. Oppdragene gjaldt opplæring av andre kirurger i avansert kikkhullskirurgi ved bruk av Da Vinci operasjonsrobot. Det har dreid seg om totalt seks oppdrag i løpet av de siste fire årene, og to av disse i 2024.
- (58) Klagenemnda har kommet til at disse forholdene gir omverden rimelig og saklig grunn til å tvile på prosjektgruppemedlemmets upartiskhet, og at de dermed er å anse som «*særegne forhold*». Klagenemnda er videre av den oppfatning at forholdene er «*egnet til å svekke tilliten*» til prosjektgruppemedlemmets «*upartiskhet*». Prosjektgruppen har bidratt til å definere innklagedes krav og behov for anskaffelsen, samt deltatt under markedsdialogen. Selv om prosjektgruppen ikke har hatt beslutningsmyndighet, har de bidratt til å tilrettelegge grunnlaget for avgjørelsen om å inngå kontrakt med valgte leverandør. Vedkommende hadde senest i år to betalte oppdrag for valgte leverandør, og det kan utenfra fremstå som at han har en økonomisk interesse i saken.

- (59) På denne bakgrunn er klagenemnda av prosjektgrupped medlemmet var inhabil jf. forvaltningsloven § 6 (2), og skulle ikke deltatt i anskaffelsen.
- (60) Slik saken er opplyst for nemnda, har innklagede i denne saken hatt god oversikt over det aktuelle markedet, og avdekket at det ikke forelå andre alternativer enn valgte leverandør som møtte alle innklagedes behov og som kunne leveres og være i full drift i løpet av 2024. Dette har de også redegjort for i intensjonskunngjøringen og i etterfølgende klageprosess. Innklagede hadde god oversikt over markedet fra tidligere, gjorde en grundig vurdering av hvilke behov de hadde, gjennomførte markedsdialog og kom fram til at det ikke var mulig med konkurranse. Klager har heller ikke har anført at deres løsning dekker innklagedes behov slik innklagede har beskrevet sine behov. Slik saken er opplyst, og basert på konklusjonen om at konkurranse var «umulig av tekniske årsaker» i saken, at det ikke foreligger «rimelige alternativer» og anskaffelsesdokumentene ikke er tilpasset en bestemt leverandør, kan nemnda heller ikke se at det er sannsynliggjort at prosjektdeltakerens inhabilitet har hatt innvirkning på anskaffelsen.
- (61) Klager viser avslutningsvis til at kjøp av operasjonsrobot ble styrebehandlet og godkjent av styret i St. Olavs hospital HF først tre dager etter at intensjonskunngjøringen om beslutning av tildeling av kontrakt var sendt ut, og ber nemnda vurdere om dette er en saksbehandlingsfeil.
- (62) Dette er ikke en anførsel om brudd på anskaffelsesregelverket, og klagenemnda kan dermed ikke vurdere dette jf. klagenemndsforordningen § 1.

Konklusjon:

Innklagede har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Et av medlemmene i prosjektgruppen var inhabil til å delta i arbeidet med anskaffelsen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur