



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av kneproteser. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt de etiske rammebetingelsene i konkurransegrunnlaget, og fant heller ikke grunnlag for å konstatere inhabilitet hos to av medlemmene i brukergruppen for anskaffelsen. Innklagede hadde heller ikke brutt regelverket ved ikke å avvise en av de valgte leverandørene.

Klagenemndas avgjørelse 21. august 2006 i sak 2006/104

Klager: Smith & Nephew AS

Innklaget: Helse Sør RHF v/sykehuset Vestfold HF

Klagenemndas medlemmer: Andreas Wahl, Per Christiansen, Svein Dahl.

Saken gjelder: Etiske rammebetingelser, inhabilitet, oppfyllelse av kravspesifikasjon.

Bakgrunn:

- (1) Helse Sør RHF v/ sykehuset Vestfold HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 15. september 2005 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale for levering av komplette kneproteser (totalproteser) for alle helseforetak i Helse Sør. Rammeavtalen skulle være på to år med opsjon på forlengelse i inntil 2 år.
- (2) Av kunngjøring og konkurransegrunnlag fremkom det at konkurransen skulle avgjøres på basis av hvilket tilbud som var det "økonomisk mest fordelaktige" og følgende underkriterier:

*" Salgs/serviceapparat
Pris/levetidskostnader
Leveringstid og leveringssikkerhet
Opplæringsprogram
Funksjonsmessige egenskaper"*
- (3) I kravspesifikasjonen til konkurransegrunnlaget vedlegg 2, side 12 fremgikk det at:

*"Konkurransegrunnlaget omfatter rammeavtale på proteser beregnet på sementering, dvs.
Femurproteser
Tibiaplatuaer
Polyetylen liners
Patellaproteser"*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

I tilknytning til ovennevnte fremgikk det nærmere om hvilke produktkrav innklagede stilte:

” **Produktkrav**

Femurprotesen skal være laget av kobolt-krom legering eller bedre, og skal kunne leveres i minst fem forskjellige størrelser.

Tibiaplatten skal være laget av kobolt-krom legering, titanlegering eller bedre. Tibiaplatten skal kunne leveres i minst 5 forskjellige størrelser.

Polyetylen liner skal være laget av UHMW polyetylen og skal ha en minimum tykkelse på 8 millimeter og muligheter for gradvis økende tykkelse opp til minst 20 millimeter. Polyetylenets fremstillingsmåte og steriliseringsmåte bør beskrives.

De forskjellige protesestørrelsene skal kunne brukes mot hverandre, dvs. en femurprotese skal kunne brukes mot de fleste tibiaplatestørrelser. [...]”

- (4) Det fremgikk videre av konkurransegrunnlagets pkt. 1.9 følgende:

”**1.9 Etiske rammebetingelser for konkurransen**

Det aksepteres ikke at det foregår kommunikasjon mellom tilbyder og oppdragsgiver/ene eller noen av dennes/disses ansatt, på annen måte enn forutsatt i dette konkurransegrunnlaget og i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å avlyse konkurransen, dersom det blir gjort forsøk på å påvirke utfallet [...]”

- (5) I udatert notat om svar på spørsmål fra innklagede i forbindelse med konkurransen fremgikk det av en tabell, hvor kolonne 2 var spørsmål fra tilbyderne og kolonne tre var svar fra innklagede, følgende:
[...]

4	<i>Har tilbydere lov til å invitere til generelle basiskurs, som ikke er direkte produktrelatert, i anbudsperioden.</i>	<i>Kurs og opplæring på nye proteser/produkter tillates ikke i anbudsperioden.</i>
---	---	--

- (6) Smith & Nephew AS (heretter kalt klager) inngav tilbud innen tilbudsfristen den 17. oktober 2005 sammen med fem andre tilbydere.
- (7) Innklagede meddelte gjennom brev av 21. juni 2006, at kontrakt i saken skulle tildeles AGC, leverandør Biomet - Norge AS (heretter kalt Biomet) og LCS, leverandør Ortomedic AS (heretter kalt Ortomedic).
- (8) Av tildelingsbrevet av 21. juni 2006 fremkommer det at ovennevnte leverandører ble vurdert som bedre enn klager både på tildelingskriteriet pris og funksjonsmessige egenskaper, herunder dokumenterte langtidsresultater.

- (9) Det fremkom også av tildelingsbrevet at faggruppen hadde bestått av blant annet Tore Grønmark og Terje Kleven. Tore Grønmark var formann i juryen for Charnley-stipendet frem til 2004. Avdelingssjef Terje Kleven uttalte seg om bruken av Ortomedics datasystem (heretter kalt CAS) i en avisartikkel i Tønsberg blad i forbindelse med at innklagede gjennomførte en test av dette systemet.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Innklagede har brutt konkurransegrunnlagets krav om etiske rammebetingelser, jf. konkurransegrunnlagets pkt. 1.9. Brudd på de etiske rammebetingelsene er i strid med kravet til forutberegnelighet, forretningsmessighet, likebehandling og god anbudsskikk. Innklagede har tatt i bruk ny datateknologi til bruk i kneprotese - operasjoner, og det kan synes som om leverandør av denne teknologien, Ortomedic, har tilbudt innklagede dette i karensperioden. Dette innebærer et klart brudd på de etiske rammebetingelser for konkurransen.
- (11) I forbindelse med anbudskonkurransen ble det spurt om tilbydere har lov til å invitere til generelle basiskurs, som ikke er direkte produktrelaterte i anbudsjperioden. Dette svarte innklagede benektende på. CAS er et helt nytt produkt på markedet, og kurs og opplæring på dette produktet er ikke lov i anbudsjperioden. For å kunne ta produktet i bruk må Ortomedic nødvendigvis ha gitt opplæring av kurs på forhånd, dvs. i anbudsjperioden. Mye tyder på at innklagede langt på vei hadde låst sitt valg på forhånd til i hvert fall en av de valgte tilbyderne.
- (12) Innklagede har brutt forskriftens § 3-4 ved å la Tore Grønmark og Terje Kleven være med i brukergruppen til anskaffelsen. Tore Grønmark har som følge av sin tidligere bakgrunn i juryen for Charnley-stipendet, som ble opprettet i henhold til avtale mellom Norsk Ortopedisk Forening og Ortomedic AS. Det kan ikke utelukkes at Grønmark har en viss lojalitet med hensyn til utfallet i saken, eller at det i alle tilfeller råder slike spesielle forhold at tilliten til hans habilitet må anses svekket. Overlege Terje Kleven har på sin side uttalt seg fordelaktig om det nye datateknologiutstyret i Tønsberg Blad. Dette skjedde forut for tildelingsbrevet den 21. juni 2006. Oppslaget viste at innklagede langt på vei hadde låst sitt valg på forhånd til i hvertfall en av de valgte tilbyderne, og må dermed anses kart inhabil i anbudsjprosessen.
- (13) AGC mangler Polyetylen liners og tilbudet fra AGC skulle vært avvist, jf. konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, vedlegg 2, side 12. En leveranse må være komplett for hver enkelt leverandør fordi det ikke går an å dele en kneoperasjon ved å benytte noen komponenter fra en leverandør/fabrikat og noen komponenter fra en annen på samme pasient. Videre er ikke innsetningsinstrumenter eller prøveproteser universelle. AGC måtte derfor oppfylle alle kravspesifikasjonene for å kunne bli tildelt kontrakt.
- (14) Klagenemnda bes vurdere om det er grunnlag for å kreve erstatning.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider at det er handlet i strid med konkurransegrunnlagets etiske rammebetingelser. Konkurransegrunnlaget kan ikke forstås slik at oppdragsgiver forplikter seg til å avstå fra enhver form for kontakt med leverandørene under

gjennomføringen av konkurransen. Formålet med bestemmelsen er å forhindre at leverandørene gjennom slik kontakt forsøker å påvirke utfallet av konkurransen. Alminnelig kommunikasjon mellom oppdragsgiver og leverandørene om forhold utenfor konkurransen omfattes ikke av dette. Helseforetakene har utvilsomt et behov for å kommunisere med leverandørene sine, også i det tidsrom det pågår anbudskonkurranser i forhold til andre produkter der den aktuelle leverandør deltar.

- (16) Testen av Ortomedics datasystem ble gjennomført i tiden 7. juni 2006 til 10. juni 2006 uten kostnad for innklagede. Utstyret ble ikke leaset. Systemet faller helt utenfor ytelsesbeskrivelsen i konkurransegrunnlaget i denne saken, og en produkttest av CAS kan ikke få betydning for denne konkurransen.
- (17) Verken Tore Grønmark eller Terje Kleven kan anses inhabile til være med i brukergruppen som evaluerte tilbudene. Det er ingen bindinger mellom Grønmark og Ortomedic som kan tilsi at han kan ha noen egeninteresse i at Ortomedic blir valgt som leverandør. Grønmark er nå pensjonert, og ble valgt nettopp fordi han er en representant helt uten egeninteresser i sakens utfall. Det er riktig at han var formann i juryen for Charnley-stipendet frem til 2004, men dette stipendet er bare ett av mange stipend som blir finansiert av leverandørindustrien, men Grønmark ble oppnevnt som jurymedlem av Norsk Ortopedisk Forening, uavhengig av Ortomedic. Når det gjelder Terje Kleven må han som innkjøpsansvarlig stå fritt til å uttale seg om produkter som brukes eller er under utprøving på sykehuset, og dette kan ikke gjøre ham inhabil i forbindelse med anskaffelser. Uansett er CAS-systemet ikke omfattet av denne anbudskonkurransen, og innklagede må stå fritt til å prøve ut medisinsk utstyr som kommer på markedet selv om det pågår en anbudskonkurranse som involverer en eller flere av de samme produsentene.
- (18) AGC oppfyller kravspesifikasjonens bestemmelser, og skulle således ikke vært avvist. I produktet AGC er plastplatene polyetylen liner integrert i produktet. Kravspesifikasjonen kan ikke leses slik at det er et absolutt krav at det tilbys separate polyetylen liners. Når separate polyetylen liners ikke er nødvendige, kan ikke kravspesifikasjonens formulering medføre at Biomet Norges tilbud må avvises. Dette ville tvert imot vært et klart brudd på anskaffelseslovens § 5 fordi det ville være en konkurransemessig diskriminering av denne leverandøren og dermed ulovlig forskjellsbehandling.
- (19) Krav om erstatning bestrides idet det ikke foreligger brudd på regelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen reguleres etter sin verdi av forskriftens del I og II, jf. §§ 2-1 og 2-2.

Opptreden i strid med etiske rammebetingelser

- (21) Innklagede har testet ut Ortomedics CAS-system i anbudsperioden. Systemet hører imidlertid ikke under gjeldende konkurranse om anskaffelse av kneproteser. Spørsmålet blir om en slik uttesting av andre produkter enn de som er gjenstand for konkurranse er i strid med konkurransegrunnlagets etiske rammebetingelser, og eventuelt hvilken virkning et slikt brudd har for konkurransen. Ordlyden i de etiske rammebetingelsene kan peke i retning av at oppdragsgiver har fastsatt et totalforbud

mot enhver kontakt mellom tilbyder og oppdragsgiver, uavhengig av hvilket produkt det gjelder. Klagenemnda er imidlertid enig med innklagede i at bestemmelsen må tolkes slik at forbudet kun gjelder produktene som er gjenstand for konkurranse i denne rammeavtalen. Det ville være uforholdsmessig dersom bestemmelsen skulle innebære at innklagede ikke skulle kunne ha kontakt med leverandørene når det gjelder andre produkter i hele anbudsperioden, som i denne konkurransen strekker seg til hele 10 måneder. Innklagede kan åpenbart ha behov for en slik kommunikasjon med leverandører for andre produkter enn det som skal anskaffes i denne konkurransen.

- (22) Klagenemnda har derfor kommet til at innklagede ikke har brutt de etiske rammebetingelsene for konkurransen.

Inhabilitet

- (23) Charnley-stipendet finansieres delvis av valgte leverandør, Ortomedics. Det er spørsmål om Grønvik må anses inhabil til å delta i brukergruppen for anskaffelse av kneproteser, fordi han tidligere (frem til 2004) var formann for stipendet. Det er uomtvistet at han ikke hadde en slik rolle da han ble med i brukergruppen for denne anskaffelsen i 2005. Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 ved behandling av saker som omfattes av regelverket for offentlige anskaffelser.
- (24) Spørsmålet blir da om det faktisk at Grønvik tidligere var formann for et stipend som var delvis finansiert av Ortomedic er et særegent forhold som er "egnet til å svekke tilliten" til Grønviks upartiskhet, jf § 6 (2).
- (25) Kravene til habilitet er skjerpet i en konkurransesituasjon, og allmennheten må kunne ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert, og at konkurransen er åpen og reell, jf. klagenemndas sak 2003/13. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at Grønviks tilknytning til Ortomedic i seg selv er så nær at forholdet kan anses som "egnet til å svekke tilliten" ved beslutning om valg av leverandør. Grønvik hadde vært ute av rollen som formann i en tid før hans deltakelse i brukergruppen, og det er heller ikke dokumentert i saken andre forhold som kan tyde på at Grønviks tidligere rolle har medført et spesielt nært forhold til Ortomedics som leverandør.
- (26) Klevens uttalelser i avisartikkelen i Tønsberg blad kan heller ikke anses for å utgjøre et særegent forhold som gjør ham inhabil i evalueringen av tilbyderne i konkurransen. En tjenestemann må ha anledning til å uttale seg om et produkt som en leverandør tilbyr, under en anbudsprosess for et annet produkt, uten at dette nødvendigvis gjør ham inhabil. Vi kan heller ikke se at uttalelsen innebærer at Kleven har låst seg til et bestemt produkt. En annen sak er at det kan være uheldig at en tjenestemann, som deltar i beslutningen om en anskaffelse, uttaler seg om et produkt like før produktet skal anskaffes i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Dette har imidlertid ingen betydning for vurderingen av inhabilitet i den foreliggende saken.
- (27) Klagenemnda har som følge av ovennevnte kommet til at verken Grønvik eller Kleven anses inhabil til å delta i brukergruppen for anskaffelsen av kneproteser.

Avvisning

- (28) Av innsendt dokumentasjon fremgår det at Biomets tilbud ikke inneholdt separate polyetylen liners, men at dette er integrert i produktet. Spørsmålet er om konkurransegrunnlaget åpnet for en slik løsning, eller om tilbudet skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravspesifikasjonen, jfr. § 8-10.
- (29) Innklagedes har i konkurransegrunnlagets innledning invitert til konkurranse om levering av "komplette kneproteser (totalproteser)" I konkurransegrunnlagets vedlegg 2 er det nærmere beskrevet hvilke proteser/deler som skal anskaffes. Denne spesifikasjon kan fremstå som noe uklar, siden det ikke fremgår om det er et krav at protesen skal leveres i separate deler, eller om det også åpnes for andre løsninger. Klagenemnda er likevel kommet til at spesifikasjonen sett i sin sammenheng, og under hensyn til at funksjonaliteten er sammenlignbar, ikke kan leses slik at den utelukker tilbud på monoblokkproteser. Det foreligger da ikke noe avvik fra konkurransegrunnlaget som skulle ha medført en avvisning.

Konklusjon:

Helse Sør RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
21. august 2006


Per Christiansen