



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Helseforetakenes innkjøpsservice AS gjennomførte en åpen anbudskonkurranse på vegne av de regionale helseforetakene i Norge for anskaffelse av utstyr til invasiv kardiologi, nærmere angitt som kardioangiografiprodukter til utredning og invasjon av hjertets kransarterier. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 15-3(1) ved å ikke inngå rammeavtale med minst tre leverandører i produktgruppe 4. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 25. mai 2009 i sak 2008/213 - 14

Klager: Abbott Norge AS

Innklaget: Helse Sør-Øst RHF, Helse Nord RHF, Helse Midt-Norge RHF og Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl.

Saken gjelder: Kravet til inngåelse av rammeavtaler med minst tre leverandører, jf. forskriftens § 15-3(1). Forutberegnelighet.

Bakgrunn:

- (1) Helseforetakenes innkjøpsservice AS kunngjorde på vegne av de fire regionale helseforetakene i Norge (heretter kalt innklagede) den 8. april 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av utstyr til invasiv kardiologi, nærmere angitt som kardioangiografiprodukter til utredning og invasjon av hjertets kransarterier.
- (2) Det var i kunngjøringens punkt II.1.4 merket av for at det skulle inngås rammeavtale med flere leverandører, og at det maksimalt skulle inngås kontrakt med tre leverandører. Anskaffelsens omfang og hvilke produkter som skulle anskaffes gikk frem av konkurransegrunnlagets punkt 1.2 Omfang:

"Oppdragsgiver ønsker å inngå rammeavtaler på levering av utstyr til invasiv kardiologi; kardioangiografiprodukter til utredning og intervensjon av hjertets kransarterier. Anskaffelsen har en estimert totalverdi på mellom 1 00 og 130 millioner kroner pr år.

Følgende produkter inngår:

- 1 Kateter
 - a. Føringskateter til PCI
 - b. Kateter til diagnostisk kateterisering
- 2 PCI ballong
 - a. Compliant
 - b. Noncompliant
- 3 Guide wire

- a. Ulike typer for PCI
 - b. Ulike typer for diagnostikk
- 4 Stenter
 - a. Metall stenter (BMS)
 - b. Medikamentavgivende Stenter (DES)
- 5 Utstyr for lukking av arteriepunksjon
- 6 Manometersprøyte
- 7 Innførerhylser (introdusere)
 - a. Radialis
 - b. Femoralis
- 8 Innføringsmuffe - Y-stykker
- 9 Torque device (rotator)
- 10 Manifold sett
- 11 Radial og femoral kompresjon”

- (3) Det skulle inngås rammeavtaler innen hver produktgruppe, jf. konkurransegrunnlagets punkt 1.4:

”1.4 Kontraktstype

Rammeavtaler med en eller flere leverandører innen hver produktgruppe.

Antall leverandører, og fordeling vil skje ut fra krav om tilstrekkelig sortiment.

Fordeling av avrop mellom leverandørene ved parallelle rammeavtaler, vil basere seg på én hovedleverandør samt suppleringskjøp fra øvrige leverandører i prioritert rekkefølge.”

- (4) Konkurransegrunnlaget punkt 2 inneholdt opplysninger om kvalifikasjonskrav. Det hitsettes fra punkt 2, 2.1 og 2.2:

”2 Kvalifikasjonskrav

Formålet med å stille krav til tilbyders kvalifikasjoner er å sikre at tilbyder er i stand til å oppfylle en kontrakt i hele avtaleperioden. Tilbyder kan bli avvist dersom dokumentasjon viser at dette ikke er sannsynlig. Dersom tilbyder er klar over at opplysninger tilknyttet kvalifikasjonskravene kan medføre tvil om tilbyders evne til å oppfylle en kontrakt, skal relevant tilleggsinformasjon legges ved tilbudet.

2.1 Attester

Tilbudet skal inneholde følgende attester:

I Attest fra foretaksregisteret. Attest for registrering i det faglige register jamfør lovgivningen i det land tilbyder er etablert.

II Skatteattest. I Norge utstedes attesten av kemner/kommunekasserer. Tilbydere fra andre land skal vedlegge tilsvarende fra land hvor tilbyder er etablert.

III Attest for betalt merverdiavgift. I Norge utstedes attesten av Skattefogden. Tilbydere fra andre land skal vedlegge tilsvarende fra land hvor tilbyder er etablert.

Attesten i punkt II og III skal være utstedt på Skattedirektoratets skjema RF -1244 eller annen blankett som gir de samme opplysninger.

Attestene skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra innleveringsdato for tilbudet.

2.2 Regnskap

Foretakets siste godkjente årsregnskap inklusive revisors kommentarer skal legges ved tilbudet. Kravet til soliditet er en egenkapital som ikke er negativ.”

- (5) Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skulle velges, og tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 5. Det hitsettes fra punkt 5.1 Tildelingskriterier:

”5.1 Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelaktige tilbud velges ut fra en totalvurdering av følgende kriterier:

Vi vil vekte tildelingskriteriene etter følgende skjema:

Tildelingskriterium	Vekting	Score	Poeng
a) Pris	40-50 %	0-10	0-400/500
b) Medisinsk kvalitet og ytelse	30-40 %	0-10	0-300/400
c) Service / Produktoppfølging/ -opplæring	10-20 %	0-10	0-100/200
Sum	100%	0-10	0-1000

Ved evalueringen sammenligner vi de innkomne tilbud og gir den beste tilbyder under hvert kriterium, høyeste score; dvs 10. De andre tilbudene blir karactersatt i forhold til dette. Den angitte score blir så multiplisert med vektingen for det enkelte kriteriet og vi får da en poengsum. Eksempel: En score på 7 og vekting 30 % gir $7 \times 30 = 210$ poeng.

Utdyping av tildelingskriteriene:

a) Pris

Tilbyder skal i sin tilbudsbesvarelse følge oppsett gitt i prisutfyllingsskjema, vedlegg 1

Alle priser skal oppgis på følgende måte:

- NOK (norske kroner)
- Inkludert alle kostnader eksklusive merverdiavgift.

Hvis tilbyder har flere artikler som tilfredsstiller de enkelte etterspurte varelinjene, skal kun 1 artikkel oppgis av tilbyder.

Beskrivelse av bruken av prisutfyllingsskjemaet:

- De gule og grå cellene er utfylt fra oss og skal ikke endres.
- Tilbyderne skal fylle ut følgende kolonner:
 - Tilb. art. nr
 - Fabrikat, produktnavn
 - UNSPSC-kode
 - Type
 - Størrelse
 - Lengde

- Pris pr. stk eks. mva.
- Merknad - Brukes dersom tilbyder har merknader som må taes hensyn til.

Punkt b) og c) fylles ut i excel-arket Vedlegg 3 (Kravspesifikasjon-invasiv-skjema). Utfyllende informasjon fylles ut i en tekst-fil som følger kapittelnummereringen i Vedlegg 2 (Kravspesifikasjon-invasiv). Hvilket tildelingskriterium de enkelte punktene evalueres under, er oppgitt i Vedlegg 3.

b) Medisinsk kvalitet og ytelse

Dette punktet knytter seg til produktets dokumenterte kvalitet og ytelse. Et evalueringsteam bestående av kardiologer fra en rekke sykehus vil delta i evalueringen av tilbudte produkter.

c) Service: Produktoppfølgning/-opplæring

Under dette punktet evalueres leveringstid, informasjon og bistand, etterutdanning mm. ”

- (6) Av tillegg nummer tre til konkurransegrunnlaget var spørsmål vedrørende valg av leverandører sitert og besvart:

”Spørsmål 7: Vedlegg 1 konkurransegrunnlag 1.4 Kontraktstype: Er det mulig å gi mer informasjon angående detaljer rundt valg av en eller flere leverandører. Vil hovedleverandøren på hvert område få 80 % av volumet eller hva er tenkt?

Svar: Her vil behovet fra sykehusene styre fordelingen i stor grad. Vi vil kunne se forskjellige løsninger, men én hovedleverandør på 80 % og to 2. prioritetsleverandører med 10 % hver, kan være løsning.”

- (7) Innklagede mottok totalt ti tilbud innen fristen den 26. mai 2008 kl. 15.00, og sendte Abbott Norge AS (heretter kalt klager) melding om tildeling i brev av 28. oktober 2008. Det hitsettes fra brevet hva gjelder tildelingen for gruppe 4 og gruppe 8:

”Gruppe 4. PCI ballong - noncompliant

Abbotts tilbudte produkt (Voyager [Mercury]) ble evaluert slik:

- a) Pris (40 %): 8,9 poeng*
 - b) Medisinsk kvalitet og ytelse (40 %): 9 [9] poeng: Noe dårligere egenskaper enn beste tilbudte produkt (RBP 20 [18])*
 - c) Service: Produktoppfølgning/-opplæring (20 %): 10 poeng: Lik beste tilbud*
- Sum: 915 poeng og dermed nr 3 av 5*

Vingmed med 978 poeng, har inngitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på de tildelingskriteriene som er oppgitt i konkurransegrunnlaget. Vingmed innstilles derfor som leverandør. Boston (920 poeng) innstilles som bileverandør.”

”Gruppe 8: Medikamentavgivende stenter (DES)

Abbotts tilbudte produkt (XienceV) ble evaluert slik:

- a) Pris (40 %): 9, 1 poeng*
- b) Medisinsk kvalitet og ytelse (40 %): 10 poeng: Tilsvarende kvalitet som beste tilbudte produkt.*
- c) Service: Produktoppfølgning/-opplæring (20 %): 10 poeng: Lik beste tilbud*

Sum: 965 poeng og dermed nr 2 av 6.

Abbott tilbyr eksakt samme stent som Boston (Promus). Boston har gitt lavere pris på sitt produkt. Abbott innstilles derfor ikke innenfor denne gruppen.

Boston med 993 poeng, har inngitt det økonomiske mest fordelaktige tilbudet basert på de tildelingskriteriene som er oppgitt i konkurransegrunnlaget. Boston innstilles derfor som prioritert leverandør. Medtronic (940 poeng) og Johnson & Johnson (920 poeng) innstilles som bileverandører.

- (8) Fordelingen mellom hoved- og bileverandør fremgikk av tillegg til meldingen om tildeling. Følgende fremgikk om fordelingen i gruppe 8:

”Gruppe 8: Koronare medikamentavgivende stenter (DES)

Boston velges som hovedleverandør med Medtronic og Johnson & Johnson som bileverandører. (Abbotts XienceV er nøyaktig samme produkt som Bostons Promus.).

Fordeling: Boston skal ha over 50 % av omsatt volum innen denne produktkategorien.

Fordelingen ut over dette vil være avhengig av to forhold: En medisinsk-faglig vurdering og behovet som det nasjonale stentprosjektet har for at det brukes et utvalg av stenter.”

- (9) Klager påklaget tildelingen ved brev av 11. november 2008 til innklagede. Innklagede besvarte klagen i brev av 25. november 2008. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 5. desember 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Tildeling av rammeavtaler til to leverandører

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt forskriftens § 15-3(1) ved kun å tildele kontrakt til to leverandører, og ikke til klagers produkt som ble rangert som nummer tre under produktgruppe 4.
- (12) Det vises til at det følger uttrykkelig av forskriftens § 15-3(1) at en oppdragsgiver må inngå avtale med minst tre leverandører hvis han ønsker å inngå rammeavtaler med flere leverandører. Kravet gjelder uansett om vilkårene for avtalen allerede er fastsatt, jf. § 15-3(2), og det ikke skal foretas en ytterligere konkurranse, eller om vilkårene ikke er fastlagt og det skal holdes en minikonkurranse mellom de valgte leverandører, jf. § 15-3(3). Klager viser til FAD Veileder s. 107, den svenske og danske veileder og til teori for å underbygge sitt synspunkt om at det er et absolutt krav om minimum tre leverandører ved alle parallelle rammeavtaler. Det skal mye til for å fravike en klar ordlyd, særlig sett i lys av det spesielt sterke kravet til forutberegnelighet som gjelder for offentlige anskaffelser, jf. lovens § 5.
- (13) Når innklagede anfører at oppdragsgiver har vurdert at det ikke foreligger et medisinsk behov for mer enn to leverandører ligger dette utenfor oppdragsgivers frie skjønn etter forskriften. Oppdragsgiver må ved inngåelse av rammeavtaler enten velge prosedyre for en leverandør, jf forskriftens § 15-2, eller velge minimum tre, jf. forskriften § 15-3.
- (14) Klager anfører videre at unntaksregelen i § 15-3(1) ikke kan komme til anvendelse. Innklagedes anførsel om at innklagede kan velge å inngå parallelle rammeavtaler med to

leverandører, strider mot bestemmelsens ordlyd, og en slik forståelse som innklagede legger til grunn ville uthult hovedregelen om minimum tre leverandører ettersom det alene ville vært opp til oppdragsgivers forgodtbefinnende å avgjøre om det fantes et tilstrekkelig antall egnede leverandører eller ikke. Forskriftens § 15-3(1) er en implementering av artikkel 32(4) i Direktiv 2004/18, og denne må forstås slik at tilbudene må være kvalifisert uegnet dersom oppdragsgiver skal kunne gjøre unntak fra hovedregelen om å inngå kontrakt med minst tre leverandører. Klager sitt produkt som ble rangert som nummer tre av fem i gruppe 4 kan under ingen omstendighet sies å være uegnet i denne gruppen, og det er heller ingen grunn til at innklagede skulle velge kun to leverandører i denne gruppen, når tre leverandører er valgt i de fleste av de øvrige gruppene hvor det er inngått rammeavtale med flere. Unntaksregelen er primært en sikkerhetsventil for at oppdragsgiver ikke skal tvinges til å anta ikke-kvalifiserte leverandører i situasjoner hvor to eller færre leverandører er kvalifisert.

Hvorvidt konkurransegrunnlaget punkt 1.4 i strid med kravet til forutberegnelighet

- (15) Klager anfører at konkurransegrunnlaget punkt 1.4 er uklart fordi det ikke er spesifisert hvilke produktgrupper det vil bli inngått en rammeavtale for og for hvilke produktgrupper det vil bli inngått flere parallelle rammeavtaler med minimum tre leverandører. Begge prosedyrene benyttes i samme anbud og oppdragsgiver burde på forhånd ha gjort seg opp en mening om hvilke poster det ville bli inngått en rammeavtale, og under hvilke poster det burde blitt inngått flere avtaler.

Hvorvidt tildeling av rammeavtaler i gruppe 8 er i strid med konkurransegrunnlaget

- (16) Klager anfører at innklagede har handlet i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 da klagers produkt som var rangert som nummer to i gruppe 8 ved evaluering av tildelingskriteriene ikke har blitt tildelt kontrakt, mens produktene rangert som nummer tre og fire ble innstilt. Poenggivningen er gjort i henhold til kriteriene innklagede hadde satt i konkurransegrunnlaget for å finne det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Det er upåregnelig at produktene som tildeles flest poeng i henhold til tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget ikke blir innstilt.
- (17) Det er irrelevant at klagers produkt er identisk med produktet som ble innstilt som nummer en i denne gruppen så lenge klagers produkt ble rangert som nummer to i konkurransen. Tildelingen av rammeavtaler skal utelukkende avgjøres etter en vurdering av tildelingskriteriene.
- (18) Innklagedes anførsel i brev av 25. november 2008 om at sykehusets behov vil styre fordelingen mellom leverandørene gjelder fordelingen mellom valgte leverandører, og ikke hvilke leverandører som faktisk skal velges. Innklagede blander her sammen tildelingen av rammeavtaler med fordelingen av de enkelte avrop mellom de produkter det er inngått rammeavtaler for. Også hva gjelder det siste er det et krav om at oppdragsgiver fastlegger rammene for fordelingsmodellen på forhånd og sikrer at denne er i samsvar med resultatet av anbudskonkurransen. Når innklagede har oppgitt at hovedleverandøren skal ha minst 50 % av omsatt volum under hver produktgruppe, og i konkurransegrunnlaget har presisert at fordelingen mellom bi-leverandørene skal skje i prioritert rekkefølge, er det ikke påregnelig at fordelingen kun skal være opp til legens/sykehusets medisinsk-faglige skjønn. Slik konkurransegrunnlaget er formulert angis det tvert i mot at fordelingen skal sikre en viss sammenheng mellom det resultat som ble oppnådd i konkurransen og de avrop som faktisk blir foretatt.

- (19) Innklagede kan ikke høres med sin påstand om at klagers produkt uansett ikke ville blitt avropt om det var blitt innstilt da fordelingen mellom de antatte produktene skal skje med henblikk på den rangering produktene oppnådde i konkurransen. Det å bli valgt som leverandør innebærer en viss avsetningsgaranti.

Vurdering av leveringsdyktighet

- (20) Klager anfører at innklagede, i lys av innklagedes kjennskap til leveringsavtalen mellom Boston, valgte hovedleverandør i gruppe 8, og klager vedrørende Promus, skulle ha foretatt nærmere undersøkelser for å avklare Bostons evne til å levere produktet i gruppe 8 Medikamentgivende stenter, i hele avtaleperioden. Det vises til at oppdragsgiver skal kontrollere de opplysninger leverandørene har kommet med i sine tilbud når det *”foreligger opplysninger eller andre forhold som gir spesiell foranledning til det”*, jf. klagenemndas sak 2006/119 premiss 62. Innklagede burde særlig klarlagt hvilke termineringsmuligheter som gjaldt for avtalene mellom Abbott og Boston, da det ikke kan utelukkes at det ville fremkommet opplysninger som ville ført til at Boston måtte diskvalifiseres under denne produktgruppen på grunn av manglende leveringssikkerhet, jf. konkurransegrunnlagets punkt 2 og forskriftens § 20-12.
- (21) I tillegg til at Boston ikke kan garantere levering utover november 2009, opphører leveringsavtalen med 90 dagers frist så fort Boston får CE-godkjent sitt eget medikamentgivende stent. Dette er forhold innklagede ble gjort oppmerksom på forut for tildelingen, og er relevant, jf. punkt 2 i konkurransegrunnlaget. Dersom innklagede ikke kan dokumentere at garanti for levering i hele avtaleperioden er gitt, foreligger det et brudd på kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5.

Innklagedes anførsler:

Tildeling av rammeavtaler til to leverandører i gruppe 4

- (22) Innklagede anfører prinsipielt at det ikke, i det foreliggende tilfelle, er plikt til å inngå rammeavtale med minimum tre leverandører. Det er mulig å tildele parallelle rammeavtaler til to leverandører der vilkårene er fastsatt på forhånd. Bestemmelsen i forskriftens § 15-3(1) må tolkes i tråd med dens tilblivelseshistorie og formålet med å kreve tre leverandører. Hensikten med bestemmelsen er at det inngås rammeavtale med minst tre leverandører der det er nødvendig av hensyn til den fremtidige konkurranse, det vil i praksis si særlig der det benyttes minikonkurranser etter bestemmelsens tredje ledd. Bestemmelsen gjelder således bare for de egentlige parallelle rammeavtalene, og ikke for den foreliggende der det er valgt en hovedleverandør og i tillegg bare er inngått kontrakter for å sikre suppleringskjøp av medisinske årsaker.
- (23) Når det gjelder tilblivelseshistorien vises det til Kommisjonens forslag til nytt anskaffelsesdirektiv, se Com (275) 2000 og til den felles posisjonen fra Rådet (CS/2002/11029/rev 3). Tilblivelseshistorien viser at ordlydens krav om tre leverandører passivt har fulgt med fordi rammeavtalebestemmelsen har blitt utvidet fra kun å regulere rammeavtaler hvor konkurransen gjenåpnes til også å regulere rammeavtaler hvor vilkårene er fastsatt på forhånd. Ordlyden må leses i tråd med dette. Et krav om tre eller flere leverandører i forskriften er tatt med for å sikre konkurranse. Når vilkårene i rammeavtalen er låst, følger det av forskriftens formål og system at det ikke er noen grunn til at det skal gjelde et krav om et visst antall leverandører.
- (24) Tildelingen av rammeavtaler er basert på kardiologens behov for utstyr. Det er vurdert at det kun er medisinsk behov for to forskjellige typer utstyr innenfor denne kategorien.

Avrop vil dermed ikke skje hos en eventuell tredje rammeavtaleleverandør. Invasiv kardiologi krever hurtig tilgang til utstyret. Leverandørene bygger derfor opp konsignasjonslagre ved de enkelte sykehusene. Avrop på rammeavtalen skjer ved at utstyret tas ut av lageret og benyttes i den aktuelle operasjon. Det er ikke hensiktsmessig at det etableres lagre for produkter som ikke vil bli avropt.

- (25) Det foreligger etter dette ikke krav om at rammeavtale må inngås med tre leverandører, og innklagede har dermed ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (26) Innklagede anfører subsidiært, dersom klagenemnda skulle komme til at det alltid er krav om tre leverandører, at det ikke foreligger et tilstrekkelig antall egnede leverandører, jf. § 15-3 første ledd. Spørsmålet om det foreligger egnede leverandører eller tilbud må vurderes opp mot oppdragsgivers behov, slik det har kommet til uttrykk i konkurransegrunnlaget. Den norske forskriften gjennomfører direktivteksten i artikkel 32 nr. 4 første avsnitt, og oppfylling av tildelingskriterier skjer i større eller mindre grad, det er ikke et enten eller.
- (27) Det kan ikke oppstilles noen generell kvalifisert standard for hvor dårlig et tilbud må score på tildelingskriteriene for at det ikke skal være egnet. Denne vurderingen må gjøres konkret i den enkelte sak. Et klageorgan kan overprøve om denne vurderingen er saklig og forsvarlig og basert på riktig faktum. Å gi bestemmelsen et reelt meningsinnhold innebærer ikke å stille oppdragsgiver fritt.
- (28) Etter innklagedes vurdering foreligger det kun to egnede tilbud i den aktuelle gruppe. Behovet som fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 1.4, er dekket med totalt to leverandører, og det foreligger ikke i denne sammenheng flere ”*egnede tilbud*”. Hvordan tilbyder nr. 3 har scoret i forhold til tilbyder nr. 2 er ikke relevant når tilbyder nr. 3 ikke tilfører noen merverdi og ikke vil bli benyttet. Det er kun medisinsk behov for en hovedleverandør med mulighet til å supplere med en annen type utstyr der utstyret fra hovedleverandøren ikke passer. En tredje leverandør vil ikke bli benyttet og er dermed ikke egnet til å gi merverdi for oppdragsgiver på tildelingskriteriene. Det foreligger dermed kun to egnede tilbud.

Konkurransegrunnlagets punkt 1.4 i strid med kravet til forutberegnelighet

- (29) Innklagede anfører at det ikke er grunnlag for klagers anførsel om at konkurransegrunnlagets punkt 1.4 er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Det går klart frem av konkurransegrunnlaget at det tildeles ytterligere rammeavtaler dersom det er medisinsk behov for tilleggsleverandører. Oppdragsgiver kan ikke på forhånd vite hvilken leverandør som vil levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet innenfor hver gruppe, og om dette tilbudet kan dekke alle medisinske behov eller om det er behov for tilleggsrammeavtaler. Dette er tydelig kommunisert i konkurransegrunnlaget, og hensynet til forutberegnelighet er dermed ivarettatt.

Tildeling av rammeavtaler i gruppe 8

- (30) Innklagede anfører at tildelingen er foretatt i samsvar med konkurransegrunnlaget, og at det ikke foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet, jf. lovens § 5.
- (31) Innklagede anfører at det er gitt kontrakt til de tilbyderne som var rangert som nummer tre og fire, og ikke til klager, fordi disse tilbød alternative sortimenter. Ettersom formålet med å inngå rammeavtaler med bi-leverandører er å sikre et tilstrekkelig

sortiment, er det i strid med konkurransegrunnlaget og kravet om å tildele rammeavtaler til de økonomisk mest fordelaktige tilbudene å gi rammeavtale til klager som tilbyr eksakt samme stent som Boston som ble innstilt som hovedleverandør.

- (32) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at rammeavtale skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Dersom det er medisinsk behov for tilleggsleveranser skal oppdragsgiver inngå flere parallelle rammeavtaler i rangert rekkefølge. Når pasienten ligger på operasjonsbordet er det på forhånd fastsatt hvilken stent som skal prøves først, og hvilke som så skal prøves. Dette er i samsvar med kravet om forutberegnelighet, konkurranse og likebehandling.
- (33) Det vises til Kommisjonens fortolkningsdokument om rammeavtaler "*explanatory note – framework agreements - CC/2005/03*" avsnitt 3.2 på side 8 om rammeavtaler med flere leverandører der vilkårene er fastlagt i den opprinnelige kontrakten. Det er i situasjonene der hovedleverandørenes produkt viser seg å ikke være egnet, at det er behov for et alternativ. Det vises til konkurransegrunnlaget punkt 1.4 hvor det fremgår at "*fordeling vil skje ut fra krav om tilstrekkelig sortiment*". Konkurransegrunnlaget kan ikke forstås som at det skal foretas suppleringskjøp fra bi-leverandør når hovedleverandør ikke kan levere på grunn av kapasitetsmangel etc. slik klager hevder. Anskaffelsen beskriver ikke at det vil bli inngått rammeavtaler ut fra "*cascade method*", jf. Kommisjonens fortolkningsmeddelelse gjengitt ovenfor. Dette ble også ytterligere klargjort gjennom spørsmål og svar før tilbudsfristens utløp. Det vises til svaret på spørsmål 7. Det har altså vært gjort helt klart at det er pasientenes behov som er styrende for fordelingen, og ikke leverandørenes manglende evne til å levere under kontrakten. Det vil ikke representere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet å velge Boston som hovedleverandør og deretter ha suppleringskjøp i form av et identisk produkt til høyere pris. I en slik situasjon ville det uansett ikke ha skjedd avrop fra klager, siden man måtte ha prøvd stenter fra de lavere rangerte leverandørene.

Vurdering av leveringsdyktighet

- (34) Innklagede anfører at han ikke har opptrådt i strid med anskaffelsesregelverket. Innklagede viser til at Boston i sitt tilbud har gitt informasjon til innklagede om at de vil kunne levere i hele avtaletiden. Det følger videre av kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør at valgte leverandør må skaffe tilveie en stent med tilsvarende kvalitet til samme pris for innklagede dersom Boston ikke kan levere sin egen stent. Innklagede må kunne forholde seg til dette. Et eventuelt brudd mot leveringsplikten vil utgjøre en kontraktstvist mellom innklagede og Boston.
- (35) Innklagede mener det er klart at Boston ikke skulle vært avvist fra konkurransen. Boston har levert inn kvalifikasjonsdokumentasjon og et tilbud som viser at de kan oppfylle kontrakten. Innklagede kan ikke avvise Boston fra konkurransen på grunn av et hypotetisk antasert mislighold av den typen klager mener er aktuelt her. Informasjonen gitt i klagen kan ikke endre på dette. Å inngå en ekstra rammeavtale av hensyn til leveringssikkerhet ville vært i strid med konkurransegrunnlaget. Det foreligger ikke prosessuell plikt til å foreta nærmere undersøkelser av de opplysninger gitt av tilbyder. Det vises til Kofa sak 2008/110 premiss 66-77. Innklagede anfører at han ikke har opptrådt i strid med anskaffelsesregelverket

Klagenemndas vurdering:

- (36) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin oppgitte verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt tildeling av rammeavtaler til to leverandører i gruppe 4 er i strid med regelverket

- (37) Innklagede har inngått rammeavtale med to leverandører for produktgruppe 4 *PCI ballong - noncompliant*. Den ene leverandøren ble innstilt som hovedleverandør, og den andre som bi-leverandør. Etter klagenemndas oppfatning må produktene anses for å være identiske selv om bi-leverandørens produkt har noen andre egenskaper enn hovedleverandørens produkt. Dette fordi det må legges til grunn at begge produktene tilfredsstiller behovet som angitt i kravspesifikasjonen. Rammeavtalen er som følge av dette en parallell rammeavtale, se Veileder FAD 2006 side 104. Etter klagenemndas mening kan det synes som innklagedes intensjon var å inngå flere enkeltrammeavtaler for litt forskjellige produkter med flere enkeltleverandører. Det er imidlertid angitt i konkurransegrunnlaget at det skal inngås parallelle rammeavtaler med flere leverandører og innklagede må i mangle av klare holdepunkter for at dette likevel ikke var intensjonen, gjennomføre anskaffelsen i samsvar med opplysninger gitt i konkurransegrunnlaget.
- (38) Klager anfører i denne sammenheng at innklagede skulle valgt tre leverandører og henviser til kravet om at det skal inngås kontrakt med minst tre leverandører med mindre det ikke er et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud i forskriftens § 15-3 (1).
- (39) Det er på det rene at klagers produkt i gruppe 4 PCI ballong – noncompliant ble vurdert som nummer tre av fem tilbudte produkt. Klagers produkt ble ikke tildelt kontrakt. Innklagede har anført at årsaken til at det ikke ble valgt tre leverandører var at det ikke var behov for flere enn to leverandører.
- (40) Det fremgår klart av ordlyden i § 15-3 (1) at det er et krav om minst tre leverandører når det blir inngått parallelle rammeavtaler. Dette gjelder både i det tilfellet vilkårene allerede er fastsatt, jf. § 15-3 (2), og der det skal gjennomføres ny konkurranse i etterkant av tildeling av rammeavtalen, jf. 15-3 (3). Det vises til at tilsvarende krav om minst tre leverandører ikke gjelder for anskaffelser under terskelverdi, jf. § 6-3.
- (41) Innklagede viser til at det i konkurransegrunnlagets punkt 1.4 er opplyst at behovet for en hovedleverandør og en eller flere supplerende leverandører for å sikre et tilstrekkelig sortiment, er dekket ved totalt to leverandører, og det foreligger derfor ikke flere ”*egnede tilbud*”. Det foreligger kun medisinsk behov for en hovedleverandør med mulighet til å supplere med en annen type utstyr der utstyret til hovedleverandøren ikke passer.
- (42) Spørsmålet er om innklagedes manglende behov for flere enn to leverandører tilfredsstiller forutsetningen om at det må være et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud.

- (43) Fornyingsdepartementets veileder til forskriften (2006) har behandlet spørsmålet om hvordan unntaket i forskriften § 15-3(1) er å forstå. Det vises i punkt 8.3.6 til at bestemmelsens "*tilstrekkelig antall egnede tilbud*" gjennomfører direktivteksten i artikkel 32 nr. 4 (Directive 2004/18/EC). Departementet gir uttrykk for at direktivteksten er noe uklar, men at en mulig fortolkning er at teksten skal åpne for at det inngås rammeavtale med færre enn tre der andre tilbud er uakseptable, for eksempel på grunn av alt for høy pris.
- (44) Samme synspunkt kommer til uttrykk i Sue Arrowsmith "*The Law of Public and Utilities Procurement*" (2005) på side 703 og 704 der det fremkommer at det ikke er klart hva som menes med tilstrekkelig antall egnede tilbud. Hun viser til samme mulige fortolkning av unntaket som departementet viste til ovenfor.
- (45) Etter klagenemndas syn åpner ikke ordlyden i unntaksbestemmelsen for innklagedes tolkning av tilbudets eller leverandørens egnethet. Ved vurderingen av om det foreligger et tilstrekkelig antall egnede tilbud må det tas utgangspunkt i det konkrete tilbudet. Slik klagenemnda forstår saken, er det ikke forhold ved klagers produkt eller klager som leverandør som gjør at innklagede finner at det er manglende egnethet, men utelukkende at innklagede ikke har behov for å inngå rammeavtaler med mer enn to leverandører. En slik begrunnelse kan ikke være tilstrekkelig for å imøtekomme forutsetningen om manglende egnethet, da aksept av et slikt hensyn ville ført til at kravet om minst tre leverandører ville miste sin praktiske betydning.
- (46) Klagenemnda finner at innklagede har handlet i strid med forskriftens § 15-3(1) ved ikke å inngå rammeavtale med minst tre leverandører i gruppe 4.

Hvorvidt konkurransegrunnlagets punkt 1.4 er i strid med kravet til forutberegnelighet

- (47) Klager anfører at innklagede har opptrådt i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 da det ikke er spesifisert i konkurransegrunnlagets punkt 1.4 for hvilke produkter det vil bli inngått henholdsvis en og flere rammeavtaler.
- (48) Innklagede har oppgitt i konkurransegrunnlagets punkt 1.4 at det er kravet om tilstrekkelig sortiment som styrer om det skal inngås én eller flere rammeavtaler. Det er rett at tilbyderne ikke kan utlede hvor mange avtaler som ville bli aktuelle etter evalueringen. Klagenemnda mener imidlertid at en oppdragsgiver må kunne la spørsmålet om hvor mange rammeavtaler som skal inngås henstå til man ser markedets respons ved tilbudene som leveres. Dette kan ikke skape særlige vanskeligheter for leverandørene. Varselet om at hensynet til sortiment vil bli avgjørende skaper den nødvendige forutberegnelighet i forhold til lovens § 5.

Hvorvidt tildeling av rammeavtaler i gruppe 8 er i strid med kravet til forutberegnelighet

- (49) Spørsmålet er om innklagede handlet i strid med kravet om forutberegnelighet i lovens § 5 da klagers produkt som var rangert som nummer to i tildelingsevalueringen ikke ble tildelt kontrakt, mens produktene rangert som nummer tre og fire ble antatt for avtale.
- (50) Det er på det rene at klagers produkt ble rangert som nummer to i tildelingsevalueringen, men at kontrakt allikevel ble tildelt leverandørene rangert som nummer en, tre og fire. Det er videre på det rene at klagers tilbudte produkt er identisk med produktet rangert som nummer en i tildelingsevalueringen.

- (51) Leverandører under parallelle rammeavtaler har to muligheter for å komme i kontraktsposisjon: Enten ved innvalg som kontraktspart etter tildeling - eller ved avrop i kontraktsperioden. Kriteriene for innvalg faller ikke nødvendigvis sammen med kriteriene for avrop, slik denne saken viser, jf. her også forskriftens § 15-3 (2).
- (52) Det følger av forskriftens § 15-1(1) at valg av leverandør skal skje på bakgrunn av tildelingskriteriene fastsatt i § 22-2. Det klare utgangspunktet er derfor at tildelingskriteriene skal følges når det tildeles kontrakt, slik at klagers produkt i denne saken skulle blitt tildelt kontrakt da det ble inngått tre rammeavtaler. Hadde innklagede valgt å utvide rammeavtalen til å omfatte klager, kunne imidlertid klagers Gruppe 8 produkter ved avrop vært valgt bort ut i fra sortimentshensynet – og dette kunne skjedd fullt lovlig etter forskriftens § 15-3 (2) med henvisning til rammeavtalens fordelingsregler om produktvariasjon/sortiment. Spørsmålet er om en oppdragsgiver bare kan oppnå den optimale løsning ved å tildele til flere for så senere systematisk å velge bort identiske produkter innen gruppen. Klagenemnda mener at en oppdragsgivers behov for sortiment som i dette tilfellet er svakt ivaretatt slik regelverket er utformet. Den formelt riktige løsning ville vært å utforme tildelingskriteriene slik at sortiments/variasjons-hensynet var blitt innarbeidet i de opplistede tildelingskriterier i pkt 5.1. Redigeringen av konkurransegrunnlaget kunne utvilsomt vært gitt en heldigere utformning. På den annen side: Hensynet til forutberegnelighet (lovens § 5) er i dette tilfellet allikevel i noen grad ivaretatt ved konkurransegrunnlagets pkt 1.4, slik dette ble presisert i svaret på spørsmål 7 (referert ovenfor under (6)), selv om de grunner innklagede hadde for å forbigå klager først er mer utførlig belyst i de etterfølgende tilsvare under klagebehandlingen. Heller ikke innklagedes svar på spørsmål 7 er presist eller entydig, men det tilkjennegis at ikke bare avrop, men også innvalg av leverandører vil skje ut fra sykehusenes behov, hvilket varsler at tildelingskriteriene i pkt 5.1 ikke vil bli fulgt til punkt og prikke. Denne informasjon fremkom før tilbudsfristens utløp og leverandørene kunne i lys av forutberegnelighetskravet i lovens § 5 dermed forholde seg til det som da ble sagt. Når sortiment vektlegges så sterkt som i dette tilfellet, kan det uansett virke som om klager ikke ville oppnådd å få avrop selv om han var blitt innvalgt. Under tvil er nemnda kommet til at når tildelingskriteriene i denne saken leses i sammenheng med konkurransegrunnlagets pkt 1.4 med tilhørende presisering i svaret på Spørsmål 7, fremgår det at prioriteringen og vektingen etter konkurransegrunnlagets pkt 5.1. kan måtte påregnet fraveket ved at rangeringen gjennomføres for å oppnå den variasjon i stent-produktene som innklagede så sterkt har vektlagt. Ut fra dette må det godtas at innklagede forbigår klagers rangering som nr 2 til fordel for de to leverandører som var rangert som nr 3 og nr 4 med andre produkter enn klagers.

Hvorvidt innklagede skulle ha foretatt nærmere vurdering av valgte leverandørs leveringsdyktighet i gruppe 8

- (53) Spørsmålet er om innklagede med hjemmel i kravene til likebehandling og god forretningsskikk i lovens § 5, hadde plikt til å foreta nærmere undersøkelser for å avklare valgte leverandørs evne til å levere produktet i hele avtaletiden.
- (54) Det følger av tidligere klagenemndspraksis, blant annet sak 2006/119 premiss 62 og sak 2008/15 premiss 65, at klagenemnda ved tilbudsevaluering og kvalifikasjonsevaluering må kunne legge til grunn de opplysninger som følger av leverandørenes tilbud. Det foreligger ikke noen plikt for oppdragsgiver å kontrollere disse opplysningene med mindre det foreligger forhold eller opplysninger som gir spesiell foranledning for kontroll. Dersom leverandøren i ettertid likevel ikke kan oppfylle i samsvar med

opplysningene i tilbudet, vil oppdragsgiver være beskyttet av reglene om kontraktsbrudd.

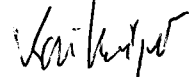
- (55) Innklagede har vist til at valgte leverandør i sitt tilbud har gitt informasjon om at han vil kunne levere i hele avtaletiden. Innklagede har videre opplyst at det følger av kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør at valgte leverandør må skaffe tilveie en stent med tilsvarende kvalitet til samme pris dersom han ikke kan levere. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har handlet i strid med kravet til likebehandling og forutberegnelighet ved å basere seg på valgte leverandørs opplysninger gitt i tilbudet. Klagenemnda kan ikke se at de forhold anført av klager kan endre dette, og klagers anførsel kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forskriftens § 15-3(1) ved å ikke inngå rammeavtale med minst tre leverandører i gruppe 4.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
25. mai 2009



Kai Krüger