



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om levering av bruddmateriell til helsevesenet. Det ble anført at innklagede hadde brutt regelverket på en rekke punkt ved evalueringen av tildelingskriteriene "Kvalitet/Funksjon/Brukervennlighet" og "Service/Opplæring". Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. oktober 2009 i sak 2009/174

Klager: Smith & Nephew AS

Innklaget: Helse Sør-Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Tone Kleven og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Tildelingsevaluering

Bakgrunn:

- (1) Helse Sør-Øst RHF (heretter kalt innklagede), kunngjorde 18. februar 2009 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om levering av bruddmateriell. I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 gav innklagede nærmere informasjon om hvilke kontrakter som skulle inngås.

"Det vil bli inngått rammeavtaler for kjøp av Bruddmateriell med varighet i 2 år fra avtaleinngåelse, med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år.

Totalt anslått ytelsesvolum for kontrakter er ca. NOK 40-45 mill. ekskl. mva pr år (basert på statistikk fra 2007). Det kan forventes en økning av volum i kontraktsperioden, men det anslåtte volum er allikevel ikke forpliktende for Oppdragsgiver, og det tas forbehold om at det reelle omfang kan bli et annet.

Tildeling av kontrakter:

Produktene det ønskes tilbud på er delt opp i 6 hovedgrupper:

Hovedgruppe	Beskrivelse	Estimat % av totalvolum
1	Skruer for fiksasjon av lårhalsbrudd	20-25 %
2	Glideskruer for brudd i øvre femurende	
3	Magnagler m/tilhørende Reamersystem	15-20 %
4	Skrue & platesystemer	40-45 %
5	Ekstern fiksasjon m/tilbehør (Basis)	5-15 %
6	Ekstern Ring- / Hybrid-fiksasjon m/tilbehør	5-15 %

De enkelte hovedgrupper spesifisert ovenfor vil bli evaluert frittstående og kontrakt(er) vil primært bli tildelt for hele gruppen dersom det finnes egnede tilbud. Dersom det kommer inn deltilbud som ikke dekker hele gruppen, vil deltilbudene bli vurdert opp mot sammenlignbare produkter/systemer med hensyn til bruksområde og funksjon. Oppdragsgiver vil i gruppe 4 (Skrue & platesystemer) foreta en oppdeling i ulike delkontrakter basert på eks. ulike anatomiske lokalisasjoner dersom dette vurderes som mest økonomisk fordelaktig iht. oppgitte tildelingskriterier.

Oppdragsgiver vil inngå rammeavtaler med den/de leverandører som har det mest økonomisk fordelaktige tilbud basert på oppgitte tildelingskriterier. Ved evt. parallelle rammeavtaler vil Oppdragsgiver inngå avtale med minst tre leverandører dersom det finnes egnede leverandører og tilbud, jfr. FOA § 15-3. Leverandørene vil bli rangert etter plassering i konkurransen, hvor den høyest rangerte leverandør blir hovedleverandør. Valg av produkter fra leverandør med lavere rangering enn hovedleverandør vil kun skje når særskilte medisinskfaglige vurderinger av behandlende lege tilsier dette (vurdering av pasientens behov), eller at hovedleverandør ikke kan levere aktuelt produkt/system.

- (2) Denne saken gjelder tildelingen av kontrakt i gruppe 4, skrue og platesystemer.
- (3) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 9:

”9.1 Tildelingskriterier

Tildeling av kontrakter vil skje på basis av hvilke tilbud som er de økonomisk mest fordelaktige for Oppdragsgiver, vurdert på bakgrunn av kriterier angitt nedenfor. Det vil bli benyttet en tildelingsmatrise med vekting hvor tilbydere gis karacterscore 1-6, med karakter 6 som beste score.

Det vil bli lagt vekt på forhold som er vesentlige for nevnte tildelingskriterier, momentene listet under utdypning av tildelingskriteriene er til veiledning for tilbyder men ikke uttømmende for det enkelte tildelingskriteriet.

Nr	Kriterier	Vekt	Karakter (1-6)	Sum
<i>a</i>	<i>Pris – Totalkostnad</i>	<i>50 %</i>		
<i>b</i>	<i>Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet</i>	<i>30 %</i>		
<i>c</i>	<i>Service/Opplæring</i>	<i>20 %</i>		
	TOTAL	100 %		

VIKTIG: For at oppdragsgiver skal kunne gjøre en objektiv vurdering av tilbudene må leverandøren gi fylldig informasjon i tilknytning til hvert tildelingskriterium i sin besvarelse. Manglende informasjon knyttet til ovennevnte kan medføre avvisning av tilbudet samt påvirke utfallet av tildelingen av kontrakt.

Utdypning av tildelingskriterier

a) Pris og systemets kostnader. Oppdragsgiver vil sammenstille komplette produkter/systemer som dekker samme funksjon og bruksområde eks. anatomisk lokalisasjon og evaluere disse mot hverandre. Det vil kunne innebære at dersom det finnes mange ulike størrelser/varianter innenfor et system vil en kunne gjøre et uttrekk

av produkter som er mest mulig sammenlignbare mellom tilbyderne. For øvrig henvises det til pkt. 9 i kravspesifikasjonen ang. "pakkepriser".

b) Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet. Produktenes egenskaper og funksjon med hensyn til bruk, samt systemets tekniske løsninger. Leverandørens sortimentsbredde innenfor en produktgruppe vil også bli tillagt vekt i evalueringen av dette kriteriet.

c) Service/Opplæring, herunder leverings- og gjennomføringsevne. Disse momenter beskrives nærmere i pkt. 4., 5., 6. og 7. i kravspesifikasjonen. Tilbudt personells kompetanse med implementering av tilsvarende produkter vil bli vurdert som en del av dette kriteriet."

(4) Fra kravspesifikasjonen hitsettes følgende:

"6. Gjennomføringsevne

Tilbyder må redegjøre for sin gjennomføringsevne ved implementering av produkter i hele regionen, med beskrivelse av hvordan dette planlegges gjennomført (forslag til implementeringsplan). Tilbyder skal beskrive hvilken opplæring som skal gjennomføres for at produktene kan tas i bruk, og hvordan leverandøren vil sørge for at produktene kan tas i bruk. Herunder må tilbyder beskrive hvilke ressurser som stilles til rådighet for Oppdragsgiver, og hvilken bistand som kan ytes hos den enkelte Bruker. Tilbyder bes beskrive hvilken kompetanse og erfaring sentrale nøkkelpersoner har for gjennomføring av denne kontrakten. Ved evt. behov for oppbemanning (for å dekke leveransen) skal det beskrives en plan for dette.

7. Opplæring

Opplæring/Etterutdanning skal minimum være av et slikt omfang at produktene kan benyttes på en slik måte at det gir et kvalitativt godt resultat. Tilbyder bes tilby og beskrive sine programmer for opplæring/etterutdanning av kirurger og andre operasjonspersonell, samt sette opp en anbefalt pakke for ulike kategorier personell. Eksterne kurs prissettes.

[...]

9. Utfylling av prisskjema

Mal for spesifisering og angivelse av pris på produktene som inngår i denne konkurransen finnes som en Excel-matrise i Vedlegg 5

Ved innleggelse av produkter i Excel-matrisen må tilbyder påse at dette gjøres riktig med hensyn til aktuelle produktgrupper og produktbetegnelser.

Det er viktig at tilbyder benytter betegnelser/beskrivelser av tilbudte produkter som lett kan gjenkjennes av fagpersonell, slik at man sikrer at riktige produkter/systemer blir sammenlignet og evaluert, kommentarfelt bør evt. benyttes for utfyllende informasjon.

Produktene som tilbys kan innenfor hver gruppe sorteres med ulike overskrifter som settes inn i prisskjema (fortløpende nedover i skjema).

Leverandør skal tilby sitt komplette produktsortiment innenfor de ulike varegruppene, i tillegg ønskes det oppgitt "pakkepriser" for ulike komplette implantater som følgende:

[...]"

- (5) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 16. april 2009 kl. 13.00. Blant leverandørene som leverte tilbud var Smith & Nephew AS (heretter kalt klager) og Synthes AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) Innklagede informerte klager om valg av leverandør i brev av 16. juni 2009. Fra brevet hitsettes:

"Evalueringen av mottatte tilbud har blitt gjennomført av et bredt sammensatt produktråd med erfarne ortopeder fra ulike Helseforetak i hele regionen, i samarbeid med merkantilt ansvarlige i Sykehuspartner. Det har vært gjennomført flere møter hvor tilbudene er gjennomgått og vurdert etter oppsatte kriterier i konkurransen.

For noen av hovedgruppene er det et stort omfang av ulike produkter, størrelser, varianter osv. For disse gruppene har evalueringsgruppen satt opp et representativt og sammenlignbart utdrag av produktene mellom tilbyderne i prisevalueringen, hvor det er tatt utgangspunkt i de pakkepriser som tilbyder er bedt om å oppgi, samt hva som anses å være produkter med et visst volum. Dette sikrer en mest mulig rettferdig evaluering, og er vurdert som den eneste gjennomførbare metoden. Dette er for øvrig i samsvar med konkurransegrunnlaget pkt. 9.1 a).

For kriteriet Service/Opplæring, som inkluderer gjennomføringsevne, er dette vurdert individuelt for hvert produkt/produktgruppe. Dette betyr at tilbyderne derfor vil kunne få ulik score for dette kriteriet i den enkelte hovedgruppe.

Det er i evalueringen benyttet en poengskala fra 1-6, med karakter 6 som beste score innenfor hvert av de ulike kriterier oppgitt i konkurransegrunnlaget. Vektet i forhold til de ulike tildelingskriterier gir dette en total karakter for den enkelte tilbyder. Vektingen fremkommer av konkurransegrunnlagets pkt. 9.

I vedlegg 1 til dette brev følger evaluering av de produkter fra deres firma som ikke nådde opp i konkurransen.

Oppdragsgiver har etter en vurdering av innkomne tilbud valgt å innstille følgende tilbydere på produktene som er etterspurt:

[...]

Gruppe 4 Plate & Skruesystemer

Oppdragsgiver har etter en vurdering av innkomne tilbud valgt å dele denne gruppen opp i to delområder, distal radius system og øvrige plate/skruesystemer. Distal radius utgjør et stort og økende volum, og det er derfor en stor økonomisk besparelse i å "isolere" dette fra øvrige systemer og er vurdert som forsvarlig faglig sett. Ytterligere fragmentering av gruppen mellom ulike systemer/leverandører er vurdert som ikke hensiktsmessig ut fra et behandlingsmessig, økonomisk og logistikkmessig ståsted.

Distal radius system

[...]

Øvrige produkter (minifragment/ småfragment/ basisfragment/ corticalisskruer/ plater/ kannulerte skruer/ pinner/ cerclage)

Oppdragsgiver har sammenlignet priser på 10 forskjellige/vanlige indikasjoner for å gi et mest mulig riktig grunnlag for en prissammenligning for de som har tilbudt et sortiment som dekker alle indikasjonene.

Valgt leverandør/ produkt	Oppnådd total karakter:	Begrunnelse
Synthes AS (LCP system)	4,8	Tilfredsstillende priser. Det mest komplette og helhetlige systemet som er tilbudt for denne gruppen, med mulighet for vinkelstabilitet for alle indikasjoner (også minifragmenter), noe som gir forenklet logistikk og vesentlig bedre brukervennlighet, og igjen økt sikkerhet for pasienten. Synthes har et overlegent sortiment som også dekker de mer sjeldne indikasjoner, og man slipper derfor å forholde seg til ulike systemer. Synthes har en stor traumeavdeling med erfarne produktspesialister som er vurdert som meget god på gjennomføringsevne ift. implementering. Produktene er nær 100 % implementert i regionen allerede, og firma har en betydelig erfaring med implementering av disse produktene. Synthes har tilbudt et omfattende kurs/ opplæringsprogram som er vurdert som meget tilfredsstillende, og bedre enn øvrige tilbydere for denne gruppen.

[...]

Vedlegg 1

Evaluerings av Smith & Nephew AS

[...]

Øvrige plate & skruesystemer

Total karakter: 4,5

S&N har i denne gruppen tilbudt sitt TC-100 system i kombinasjon med PERILOC systemet som samlet sett dekker de aller fleste/vanligste indikasjoner i denne gruppen. Prismessig har S&N meget tilfredsstillende priser og er en del lavere enn valgte leverandør på sammenlignbare systemer (både vinkelstabil/ikke vinkelstabil oppsett). Ift. kriteriet "Kvalitet" er systemene vurdert som tilfredsstillende, men blir vurdert som en del svakere enn valgte system fordi man må operere med to systemer for et tilnærmet komplett oppsett for alle indikasjoner. LCP systemet fra valgte leverandør er vurdert som mye enklere og brukervennlig pga det helhetlige systemet for alle indikasjoner,

enten man trenger vinkelstabilitet eller ikke. I tillegg er S&N's tilbudte sortiment i denne gruppen vesentlig mindre enn valgte leverandør, og man vil ikke finne alle plater/produkter man trenger for de mer sjeldne indikasjoner. Dette ville medført at man måtte hatt et kompletterende sortiment fra annen leverandør ved bruk av S&N systemer, og ved å skulle bruke et annet system på de mer sjeldne indikasjoner kan dette gi økt usikkerhet ved bruk/innsetting og større fare for feil.

Ift. kriteriet "Service/Opplæring" er S&N vurdert som tilfredsstillende. S&N har laget en god beskrivelse av sitt opplæringstilbud/implementeringsplan, og har beskrevet et tilfredsstillende kurstilbud. Allikevel er S&N vurdert som en del svakere enn valgte leverandør som er dominerende aktør på dette området i dag i Norge, og produktene er allerede nær 100 % implementert på sykehusene i regionen. Valgte leverandør har også et svært omfattende kurs/etterutdanningstilbud bl.a. gjennom AO. Produktspesialistene til valgte leverandør er svært erfarne med å bistå under operasjoner med veiledning i bruk av produktspekter og ulike indikasjoner. "Vedr. Steinmann-/ Kirschnerwires så er valgt leverandør billigst på disse og en har derfor ikke sett noen grunn til å dele dette opp i en egen gruppe.

Totalt sett kommer derfor S&N litt svakere ut enn valgte leverandør. "

- (7) I brev av 25. juni 2009 ba klager om å få en nærmere begrunnelse for valg av leverandør. Samtidig ble tildelingsbeslutningen for gruppe 4, Øvrige plate- og skruesystemer, påklaget.
- (8) Innklagede besvarte henvendelsen ved brev av 1. juli 2009. Fra brevet hitsettes:

"1. Utvidet begrunnelse

1.1 Gruppe 4 – Øvrige skrue/platesystemer (unntatt radiusfraktur)

Tildelingsmatrisen for gruppe 4 Skrue/platesystemer (unntatt radiusfraktur) med score for det enkelte kriteriet og vekting er som følger:

LEVERANDØR	PRIS 50 %	KVALITET 30 %	SERVICE 20 %	TOTALSCORE
Synthes	3,5	6	6	4,8
S&N	6	3	3	4,5

1.1.1 Pris

Karakter for prisscore er fastsatt etter følgende tabell (med %-vis differanse fra de beste priser):

6	0-10 %
5,5	11-20 %
5	21-30 %
4,5	31-40 %
4	41-50 %
3,5	51-60 %
3	61-70 %
2,5	71-80 %
2	81-90 %
1,5	91-100 %

1	>100 %
---	--------

Denne tabellen for beregning av prisscore er benyttet for alle grupper i anbudet.

Beregningen av pris for gruppe 4 plate/skruesystemer er gjort med et sammenlignbart utvalg av de viktigste indikasjonene på bakgrunn av de pakkepriser som leverandørene er bedt om å oppi i vedlegg 9 i konkurransegrunnlaget. Det er beregnet én karakter pr. indikasjon ut i fra ovennevnte tabell, og det ble vurdert hvilke indikasjoner som faglig, økonomisk og volummessig var hensiktsmessig å vurdere for seg. Distalt radiussystem ble på grunnlag av denne vurderingen isolert fra øvrige områder. For resten av gruppen ble det beregnet en gjennomsnittskarakter på bakgrunn av de resterende indikasjonene som var sammenlignbare mellom tilbyderne. Høyeste gjennomsnittskarakter totalt ble gitt karakter 6, og øvrige karakterer ble fastsatt etter den forholdsmessige differansen mellom tilbyderne. Pakkeprisene er et oppsett som leverandørene selv (inkl. Smith & Nephew AS) har laget et forslag til, etter et avklaringsmøte som ble avholdt mellom leverandørene og oppdragsgiver før tilbudsfristens utløp. Med unntak for "fibula" er alle pakkeprisene spesifisert som vinkelstabile systemer i vedlegg 9 til konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver har derfor lagt in TC-100 pris i beregningen for "fibula", mens for øvrige systemer er PERILOC systemet vurdert. Dette er gjort for at prisene på systemene skal bli sammenlignbare med prisene på konkurrentenes produkter.

Oppdragsgiver er av den oppfatning at denne prisscoren gir et riktig og rettferdig bilde av den prismessige forskjellen mellom produktene fra Smith & Nephew AS ("S&N") og Synthes i gruppe 4.

1.1.2 Kvalitet/funksjonalitet og Service/opplæring

Når det gjelder karaktersettingen av kriteriene Kvalitet/funksjonalitet (karakter: 3 "tilfredsstillende") og Service/Opplæring (karakter: 3 "tilfredsstillende") mener vi det i utgangspunktet er gitt en tilstrekkelig begrunnelse for vår evaluering i tildelingsbrevet. Begrunnelsesplikten i Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) 20-16 (1) anses således i utgangspunktet ivaretatt.

For øvrig viser vi til vårt tilsvarende på klagen i pkt. 3 nedenfor.

[...]

3. Klage på tildelingen

3.1 Gruppe 4 – øvrige plate og skruesystemer

Det vises til karaktersettingen oppgitt i pkt. 1 ovenfor hvor matrisen for beregning av score for det enkelte kriteriet fremkommer.

Vi er av den oppfatning at karaktersettingen innenfor alle tildelingskriteriene gir et riktig bilde av forskjellen mellom tilbudene, og at evalueringen er foretatt i henhold til de angitte tildelingskriterier og kravspesifikasjonen. Vi mener videre at oppdragsgiver har fastsatt poeng etter sitt beste innkjøpsfaglige skjønn, basert på produktrådets medisinskfaglige vurderinger. Vi viser til sak 2005/121 og 2008/195 fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) hvor klagenemnda slo fast at oppdragsgivers poengfastsettelse som et overordnet krav må sikre at alle relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poeng tilbudene gis under de ulike tildelingskriteriene. Utover

dette uttaler KOFA at oppdragsgiver har et "relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn" ved den nærmere poengfastsettelsen.

Det er ikke uventet at S&N har innvendinger mot utøvelsen av dette skjønnnet og således er uenig i selve vurderingen innenfor de enkelte tildelingskriteriene, når S&N taper konkurransen innenfor gruppe 4 hårfint overfor Synthes. S&N anfører at dere ikke kan se at forskjellen i pris utliknes av de begrunnelsene som er gitt for de øvrige kriteriene "Kvalitet/brukervennlighet" og "Service/opplæring". Dette vil vi tilbakevise i det følgende.

3.1.1 Sortimentbredde/brukervennlighet

Synthes har i gruppe 4 tilbudt nærmere 7000 varelinjer mot tilbudet fra S&N som inneholder nærmere 1300 linjer. Dette mener oppdragsgiver viser den store forskjellen i sortiment mellom disse to tilbudene i denne gruppen. Sortimentbredden sier mye om kvalitetsforskjellene mellom de to tilbudene slik vi vurderer det. Synthes har et komplett og enhetlig system som dekker alle relevante indikasjoner for en stor region, noe som blant annet er svært viktig for Oslo universitetssykehus HF, Ullevål. Ullevål er som kjent landets største traumesykehus som behandler svært komplekse pasientgrupper og Ullevål har derfor et ekstra behov for spesielle platesystemer. S&N henviser til at AHUS i flere år har benyttet Deres system, men her må det tillegges at også AHUS har vært nødt til å komplettere sortimentet fra S&N med produkter fra Synthes i denne perioden, for å få dekket sykehusets totale behov. Nettopp dette totalbehovet har vært sentralt i vurderingen av systemene opp mot hverandre, og dette har vært viktig for flere av helseforetakene som har deltatt i evalueringen. S&N opererer med to systemer (TC-100 og PERILOC) for å dekke de fleste indikasjoner, mens Synthes dekker alle behov med sitt LCP-system. Ved evt. valg av S&N som leverandør ville man hatt behov for alle tre systemene fra to ulike leverandører for å dekke behovet 100 %. Dette er ikke ønskelig fordi det øker risikoen for feilbehandling og risikoen for logistikkmessige utfordringer i en kritisk pasientsituasjon. Ett system for alle indikasjoner gir økt trygghet for kirurgen og økt sikkerhet for pasienten. Videre fremhever kirurgene at kombihullet i Synthesplatene er en egenskap som gjør Synthesplatene mer anvendelige og smidigere i bruk med sine kombinerte muligheter enn produktene tilbudt av S&N.

Vi understreker igjen at S&N med poeng 3 har blitt vurdert som tilfredsstillende på dette kriteriet.

3.1.2 Service /Opplæring

S&N anfører i sin klage at Oppdragsgiver ikke har vært konsistent i evalueringen av dette kriteriet med henvisning til at leverandørene er vurdert ulikt for dette kriteriet i ulike grupper. Videre antydes det at det derfor må være andre hensyn som har vært avgjørende for tildelingen.

Oppdragsgiver har helt riktig som S&N beskriver gitt ulike karakterer for dette kriteriet etter en individuell og skjønnsmessig vurdering av kriteriet for de ulike produktområdene. Bakgrunnen for dette er at det er stor forskjell på kompleksiteten i implementering av de ulike systemene, og leverandørene har ulike erfaring med slik implementering. Man har med andre ord ikke stilt det samme kravet innenfor alle produktkategoriene, fordi kompleksiteten er forskjellig. Oppdragsgiver har således tilpasset bruken av kriteriet i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet. På denne måten har man ikke lagt opp til en strengere anvendelse av kriteriet enn hva som er

nødvendig ut fra kontraktsgjenstanden. (For øvrig har nettopp dette talt til S&N sin fordel på andre områder i anbudet, hvor Deres tilbud er valgt fremfor andre tilbud med lavere pris (gruppe 1 og 2)). Utover dette vil vi på det sterkeste tilbakevise at det er andre – eller utenforliggende – forhold som har vært avgjørende for vurderingen innenfor dette tildelingskriteriet.

At S&N er gitt karakter 5 på "distalt radius system" forklares med at dette er et svært begrenset produktområde og relativt sett betydelige "enkler" å implementere sammenlignet med øvrige plate-/skruesystemer. S&N er derfor vurdert som like gode som OrtoMedic innenfor området "distalt radius system".

I gruppen "Øvrige plate-/skruesystemer" er omfanget et helt annet og gruppen dekker et stort antall indikasjoner, ofte med komplekse "pasientcaser". Dette er derfor et område med behov for en langt mer omfattende opplæring/kursing av kirurgene, og med praktisk veiledning av produktspesialister under flere ulike operasjoner. Denne utdanningen og "hands on" treningen er helt avgjørende for utfallet av hver enkelt operasjon. Oppdragsgiver har vurdert Synthes som betydelig bedre enn S&N på dette på grunn av sine erfaringer, ressurser og opplæringsopplegg for produktområdet "øvrige plate-/skruesystemer". Både S&N og Synthes har i sitt tilbud redegjort for viktigheten av dette og beskrevet hvordan service og opplæring skal gjennomføres, men Synthes er vurdert som bedre enn S&N fordi de har flere ressurser tilgjengelig, og har en lenger og høyt spesialisert kompetanse/erfaring innenfor området "øvrige plate-/skruesystemer".

Formuleringen i tildelingsbrevet om at Synthes er nær 100 % implementert i regionen var ikke et forsøk på å forskjellsbehandle tilbyderne på bakgrunn av hvorvidt man var eksisterende leverandør eller ikke, men ment som en henvisning til at Synthes har meget god erfaring med implementering av disse produktene. Synthes er vurdert som vesentlig sterkere enn S&N som i dag leverer dette i relativt liten grad i Norge (oppgitte referanser er Ahus, Ålesund og Hammerfest), og derfor har vesentlig mindre erfaring enn Synthes på området. Dette ligger innenfor tildelingskriteriet service/opplæring, hvor det tydelig fremkommer at oppdragsgiver innenfor dette kriteriet vil vektlegge implementerings/gjennomføringsevne og tilbyders erfaring.

Oppdragsgiver opprettholder derfor at karaktersettingen gir et riktig bilde av forskjellen mellom Synthes og S&N for denne gruppen. Det er med andre ord ikke tatt utenforliggende eller usaklige hensyn i denne vurderingen.

Når det gjelder anførselene om AO-kurs og habilitet har vi følgende bemerkninger:

Det er riktig som anført av S&N i klagen at alle kan melde seg på AO kurs. Det faktum at Synthes tilbyr AO-kurs har imidlertid ikke hatt avgjørende betydning for vurderingen innenfor dette kriteriet. Poenget er at Synthes i sitt tilbud stiller 20 plasser årlig til disposisjon for deltagelse på AO kurs. Det er med andre ord omfanget som er vurdert som positivt i denne sammenheng. Det som imidlertid er et faktum er at Synthes har tilbudt et langt mer omfattende opplegg for opplæring, kurs og fagutvikling innen bruddbehandling i Norge enn konkurrentene. Med sitt forhold til AO kan de på kort varsel stille med betydelige ressurser innen undervisningsmateriell særlig innenfor feltet praktiske øvinger, samt drifte disse.

Det er liten tvil om at Synthes rolle som AO's industrielle samarbeidspartner har hatt og har stor betydning for utvikling av ortopedisk skadekirurgi ved at de driver teknisk produktutvikling, produksjon, salg og distribusjon av implantater og instrumenter som AO har godkjent. På mange måter er derfor Synthes en målestokk på området for andre produsenter, som utvikler sine egne systemer basert på dette.

Dette er for øvrig et åpent samarbeid som har pågått "world-wide" i mange år, og oppdragsgiver kan ikke se at dette skal skape problemer med habiliteten blant ortopedene som har deltatt i evalueringen. AO er en non-profit organisasjon som i en årrekke har hatt en viktig rolle for utviklingen av ortopedisk skadekirurgi slik den fremstår i dag. De fleste norske skadeortopeder som driver operativ bruddbehandling er AO medlemmer. Dette innebærer på ingen måte at de er inhabile og ikke kan delta i evalueringen av produkter de skal benytte i sin pasientbehandling.

S&N stiller spørsmål ved objektiviteten til ortopedene i evalueringsteamet og anfører at evalueringen ikke har vært rettferdig. Oppdragsgiver kan vanskelig se hvem andre enn erfarne ortopeder fra sykehusene i regionen som skulle kunne foreta den nødvendige faglige vurderingen av tilbudene i en slik anbudskonkurranse. Det har for øvrig også deltatt ortopeder i evalueringen som har erfaring med bruk av S&N sine produkter. Dersom Deres argumentasjon på dette punktet skulle føre frem, ville det bety at også representantene som har erfaring med S&N er inhabile. Dette viser at argumentasjonen ikke kan føre frem."

- (9) Klager sendte en ny klage til innklagede 3. juli 2009. Ved brev av 7. juli 2009 opplyste innklagede om at innklagede anså sine forpliktelser overfor klager når det gjaldt nærmere begrunnelse og klagebehandling som oppfylt.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 11. august 2009. Innklagede har opplyst at innklagede vil vente med å inngå kontrakt til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene på produktgruppe 4, øvrige plate- og skruesystemer. Tildelingen har ikke skjedd i henhold til oppgitte tildelingskriterier, og poenggivningen under tildelingskriteriene er vilkårlig og i strid med de grunnleggende prinsippene i lovens § 5.
- (12) Ved evalueringen under tildelingskriteriet "Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet", har klager fått tre poeng, mens valgte leverandør har fått seks poeng. Det er ikke saklig grunnlag for å vurdere valgte leverandørs tilbud som så mye bedre enn klagers tilbud på dette tildelingskriteriet.
- (13) Ved evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet" ser innklagede for det første ut til å ha lagt betydelig vekt på at valgte leverandør har oppgitt flere varelinjer enn klager. Konkurransen gjelder imidlertid ikke antall varelinjer, men er en konkurranse for å dekke innklagedes behov for ordinær produksjon. Sortimentet klager har tilbudt dekker innklagedes vesentligste behov for plate- og skruesystemer, og dermed det innklagede har etterspurt i denne konkurransen. Det er heller ikke riktig, slik

innklagede hevder, at valgte leverandør har tilbudt femhundrede prosent flere produkter enn klager. I tilbudet fra valgte leverandør er det lagt inn både sterile og usterile produkter. Dette har ingen betydning for oppdragsgiver, men dobler naturlig nok antall varelinjer. I moderne traumekirurgi arbeides det med å forenkle instrumentarium og redusere behovet for antallet varelinjer. Et stort antall varelinjer er derfor ikke i seg selv et gode, slik innklagede synes å mene. Forskjellen i sortimentsbredde kan på bakgrunn av dette bare få marginale utslag ved karaktersettingen.

- (14) Det bestrides ikke at valgte leverandør har et bredere vareutvalg enn klager. Det som bestrides er at denne forskjellen er vurdert som om valgte leverandørs tilbud er inntil sytti prosent bedre enn klagers.
- (15) Innklagede har lagt vekt på at valgte leverandør kan levere spesiallagde implantater ved spesielle behov. Det kan også klager gjøre. Dette var imidlertid ikke spesielt etterspurt i konkurransegrunnlaget.
- (16) Ved vurderingen av systemets brukervennlighet, har innklagede lagt feil faktum til grunn. Innklagede har her lagt vekt på at det ved valgte leverandørs tilbud kan benyttes ett system, mens det ved valg av klagers tilbud må benyttes tre systemer inklusive suppleringskjøp fra valgte leverandør for å oppnå hundre prosent dekning. Dette er ikke riktig. Ved bruk av produkter fra klager vil det i de fleste tilfeller være tilstrekkelig med ett system, Peri-Loc systemet. Dette er per i dag et av de mest moderne systemer på markedet, og dekker de aller fleste indikasjoner. Det Peri-Loc mangler er minisett for hånd og fot. Her kan bruker enten supplere med systemet TC-100 som også leveres av klager, eller med system fra valgte leverandør (ikke begge deler). Minisett for hånd og fot utgjør en svært liten del av det totale volumet. Innklagede kan dermed forholde seg til en leverandør også ved valg av klagers tilbud.
- (17) Innklagede har videre lagt stor vekt på angivelige logistikkproblemer. Det er ikke grunnlag for denne bekymringen. Eskene med produktene er svært godt merket, og "*logistikkproblemer*" har aldri vært et tema for de mange sykehusene som benytter Peri-Loc systemet.
- (18) Dersom det skal være avgjørende for konkurransen at ett system kan dekke absolutt alle indikasjoner, vil det kun være en leverandør i verden som kan levere, og det er valgte leverandør. Dette sikrer ikke konkurranse.
- (19) Både klager og valgte leverandør leverer høykvalitetsprodukter med høy grad av brukervennlighet. Hvilken leverandør som foretrekkes av brukerne, vil antakelig være avhengig av hvilken leverandør og hvilke prosedyrer den enkelte lege er vant til å benytte. Slike preferanser for det eksisterende kan ikke få avgjørende betydning ved evalueringen under kvalitetskriteriet. Eventuelle forskjeller i systemenes brukervennlighet kan dermed kun få marginale utslag i karaktersettingen.
- (20) Også på tildelingskriteriet "*Service/Opplæring*" har valgte leverandør fått seks poeng mens klager har fått tre poeng. Heller ikke ved evalueringen av dette tildelingskriteriet er det saklig grunnlag for en så stor forskjell i poeng.
- (21) I begrunnelsen for valg av leverandør, fremgår det at innklagede har lagt vekt på at valgte leverandør er dominerende på markedet og allerede tilnærmet hundre prosent

implementert hos innklagede. Dette kan ikke få betydning ved poenggivningen, da det ville være en favorisering av eksisterende leverandør, og i strid med likebehandlingsprinsippet og konkurransegrunnlaget, se konkurransegrunnlaget punkt 5.3.

- (22) Det fremgår av tilsvaret at innklagede har lagt vekt på at valgte leverandør har åtte ansatte spesialisert i traumekirurgiske produkter, mens klager har seks ansatte innenfor traume som også arbeider med hofter og knær. Klager vil i den forbindelse gjøre oppmerksom på at en av klagers seks ansatte kun jobber med traume, og at heller ikke de åtte ansatte hos valgte leverandør arbeider kun med traume, men også med *"power tools"*. Valgte leverandørs ansatte er for øvrig spredt over hele landet, og ikke dedikert til innklagede, slik man kan få inntrykk av fra tilsvaret.
- (23) Implementeringsplanen klager har tilbudt er vurdert som *"tilfredsstillende"* ved evalueringen av produktgruppen for plate- og skruesystemer. Den samme planen er vurdert som *"meget god"* ved evalueringen av andre produktgrupper. Selv om innklagede vurderer valgte leverandørs implementeringsplan som bedre enn klagers, er det ikke grunn til å trekke klager tre poeng ved evalueringen. Ut fra tilsvarende vurderinger som under priskriteriet viser dette en forskjell fra beste tilbud på hele sytti prosent. En så betydelig poengforskjell er ikke forholdsmessig ut fra den begrunnelsen som er gitt.
- (24) Innklagede har videre lagt vekt på at valgte leverandør tilbyr kurs gjennom AO. AO er en internasjonal organisasjon av kirurger innenfor ortopedi, og har hatt et industrielt samarbeid med valgte leverandør gjennom lang tid. Kursene til AO er åpne for alle kirurger som er medlem av AO, og valg av leverandør er dermed ikke en forutsetning for å delta på AO kurs. Det finnes faglig gode alternativer til AO kurs, for eksempel kurspakken som klager har tilbudt. De fleste av kirurgene som er med i innklagedes evalueringsteam, er medlemmer av AO, og det er ut fra dette problematisk at nettopp AO kursene tillegges så stor vekt ved evalueringen. Det synes for klager som om vektingen av kurs ikke har skjedd på en objektiv og rettferdig måte.
- (25) Klagers tilbudspris er cirka seksti prosent lavere enn valgte leverandørs tilbudspris, og etter klagers mening oppveier ikke forskjellene i kvalitet og service/opplæring denne prisforskjellen.
- (26) Ettersom marginale endringer i poengsettingen vil medføre at klager får bedre snittkarakter enn valgte leverandør, bes det om at klagenemnda vurderer om det kan være grunnlag for erstatning.

Innklagedes anførsler:

- (27) Klager har lagt *"relevante deler"* av sitt tilbud ved klagen til klagenemnda. Innklagede vil gjøre oppmerksom på at det klager betegner som *"relevante deler"* av sitt tilbud inneholder dokumentasjon som ikke var vedlagt tilbudet som ble levert i konkurransen, nemlig dokumentet med overskrift *"3.3 Øvrige vilkår"* og dokumentet kalt *"KLEOS – læring for fremtiden"*. Det bes derfor om at klagenemnda ser bort fra dette bilaget til klagen, og uttaler seg om hvilke konsekvenser et slikt brudd på god forretningsskikk bør få for klager.

- (28) Tildelingsevalueringen hører inn under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, og klagenemnda kan dermed kun prøve om det er lagt feil faktum til grunn og om innklagedes skønnsutøvelse er vilkårlig eller grovt urimelig. Klagenemnda kan ikke prøve selve det innkjøpsfaglige skjønnets innklagede må foreta ved tildelingsevalueringen. Det er imidlertid nettopp en slik vurdering klager ønsker at klagenemnda skal foreta i denne saken. Dersom klagenemnda skulle gå inn og endre tildelingsevalueringen på et slikt detaljnivå som klager ønsker, ville det representere en klar overskridelse av klagenemndas kompetanse. Resultatet ville bli at helseforetakene ble pålagt å inngå rammeavtale som kirurgene vurderer ikke dekker kravet til kvalitet/produktgenskaper og produktbredde, og behovet for nødvendig service og opplæring på en fullt ut tilfredsstillende måte.
- (29) Sortimentsbredde er i konkurransegrunnlaget tydelig beskrevet som en del av tildelingskriteriet "*Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet*". Det kan således ikke fremstå som uforutberegnelig for klager at sortimentsbredden ville være et forhold av vesentlig betydning ved evalueringen av tilbudene under dette tildelingskriteriet. Klagers tilbudte sortiment dekker ikke hele regionens behov på en tilfredsstillende måte. Helse Sør-Øst er en stor og sammensatt region, som består av mange sykehus og har mange funksjoner. Kravene til fleksibilitet ved valg av produkter er svært viktige når én leverandør skal dekke hele regionens behov. De forskjellige sykehusene i regionens funksjoner, for eksempel Rikshospitalets landsfunksjon innen spesielle ortopediske inngrep, innebærer at behovet for mer sjeldne platesystemer er mer aktuelt hos innklagede enn i andre helseregioner. Det fremgår av valgte leverandørs tilbud at valgte leverandør, i tillegg til sitt omfattende sortiment, kan levere spesiallagde implantater ved spesielle behov. Valgte leverandørs tilbud dekker dermed hele regionens behov.
- (30) Systemet TC-100 som klager tilbyr, er basert på det utgåtte DCP systemet fra valgte leverandør. Dette systemet er derfor ikke tilfredsstillende i moderne traumakirurgi, hvor man foretrekker plater med kombihull med mulighet for vinkelstabilitet for alle indikasjoner. Klager er per i dag ikke leveringsdyktig komplett for alle indikasjoner med sitt Peri-Loc system. Ved valg av klagers Peri-Loc system ville innklagede måtte supplere med produkter fra TC-100 systemet, og med leveranser fra andre leverandører, for å oppnå et sortiment som dekker hele regionens behov.
- (31) Det er riktig at valgte leverandør har lagt inn både sterile og usterile produkter i sitt tilbud og at forskjellen på ulike produkter ikke er femhundrede prosent, men tohundredeogfemti prosent. Det presiseres at innklagede ikke har foretatt et skille mellom sterile og usterile produkter i sin evaluering, noe det heller ikke er grunn til.
- (32) Det er en fordel for innklagede å ha tilgang til usterile implantater både av plasshensyn og praktiske per operative hensyn, da sterile implantater er individuelt pakket i emballasje og tar større plass. Det er derfor ikke riktig at det ikke har betydning for innklagede om det tilbys usterile implantater eller ikke.
- (33) Det er ikke riktig, slik klager hevder, at produktsortiment alene er vurdert i valgte leverandørs favør med opp til sytti prosent i forskjell. Produktsortiment er et av kriteriene som inngår i tildelingskriteriet "*Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet*". Det er under totalvurderingen av dette kriteriet med samtlige underkriterier at den store forskjellen mellom de to tilbudene får utslag i evalueringen.

- (34) Innklagede har lagt riktig faktum til grunn ved evalueringen av det tilbudte materiellets brukervennlighet. Systemet LCP fra valgte leverandør bygger på samme prinsipp uavhengig av anatomisk lokalisasjon. Dette innebærer en vesentlig bedre brukervennlighet og en forenklet logistikk sammenlignet med de to systemene fra klager. I tillegg ville noen sykehus i regionen uansett måtte foreta suppleringskjøp fra valgte leverandør dersom klager ble valgt som leverandør, noe som ville medført at et tredje system måtte settes opp på sykehuset. Flere typer instrumentarium øker risikoen for feil i pasientbehandlingen ved innsettingen av produktene, og medfører en vesentlig mer komplisert logistikk i forbindelse med lagerhold, sterilisering av instrumentene, osv. Innklagede kan ikke forstå at klager forsøker å bestride kirurgenes vurdering under dette underkriteriet. Det er åpenbart for innklagede at kirurgene er nærmere enn klager til å forstå og vurdere hvordan dette fungerer i praksis.
- (35) Klagers påstand om at minisett for hånd og fot utgjør et *"minimalt volum"* er ikke riktig. Kirurgene som opererer disse pasientene er uenige i denne påstanden, og disse er nærmere enn klager til å kjenne de faktiske forhold og det reelle behovet. Sykehusene må uansett ha tilgang til systemet.
- (36) Dersom klagers anførsel om at sykehusene kan klare seg med Peri-Loc systemet supplert med ett annet system er riktig, vil dette få konsekvenser for prissammenligningen i vurderingen. Prisforskjellen mellom klager og valgte leverandør ville reduseres, og medføre at valgte leverandør skulle hatt et poeng mer på tildelingskriteriet pris. Det ville ikke ha betydning for utfallet av konkurransen om klager fikk fire poeng i stedet for tre på tildelingskriteriet *"Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet"*. Dessuten ville også to systemer være en ulempe for innklagede sammenlignet med ett system. I tillegg ville forskjellen i produktbredde øke dersom en måtte se bort fra TC-100 systemet klager har tilbudt. Det ville dermed antakelig være riktig å gi klager karakteren tre selv om en tar klagers anførsler i betraktning.
- (37) Innklagede har ikke brutt kravet til likebehandling ved å legge vekt på valgte leverandørs dominans på markedet og at valgte leverandørs produkter allerede var nærmest hundre prosent implementert hos innklagede. Formuleringen om at *"produktene er nær 100 % implementert i regionen allerede og firmaet har en betydelig erfaring med implementering av disse produktene"* ble brukt som en henvisning til den store forskjellen mellom tilbyderne i erfaring med implementering av systemene, og ikke et forsøk på å premiere eksisterende leverandør. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene måtte oppgi sin kompetanse og erfaring med implementering av systemene. Klager har kun oppgitt tre referanser i sitt tilbud. To av disse referansesykehusene er relativt små sykehus (Hammerfest og Ålesund) med begrensede behov sammenlignet med flere av sykehusene i Helse Sør-Øst.
- (38) Det kan ved evalueringen av tilbudene ikke legges vekt på opplysningene i klagers korrespondanse med innklagede om at Universitetssykehuset i Nord-Norge har valgt klager som leverandør av disse produktene. Disse opplysningene fremgår ikke av klagers tilbud, og forhandlingsforbudet innebærer at slik etterfølgende informasjon ikke kan tillegges vekt ved evalueringen.
- (39) Klager forsøker i sin klage å trekke paralleller til den erfaringen klager har med ortopediske implantater generelt. Dette blir etter innklagedes mening feil. Det er

vesentlige forskjeller i de ulike systemene og de kunnskapene som er nødvendige for å lære opp og veilede kirurgene i innsetting av produktene.

- (40) Innklagede har i sin evaluering vektlagt at valgte leverandør har en traumeavdeling med åtte ansatte som alle er spesialiserte innen slike traumekirurgiske produkter som denne konkurransen gjelder. Innklagede har aldri hevdet at disse åtte kun arbeider mot innklagede. I likhet med klagers produktspesialister, arbeider valgte leverandørs produktspesialister over hele Norge. Klager har til sammenligning seks ansatte som jobber med disse produktene, men disse jobber i tillegg med protesekirurgi. Kne- og hofteproteser er også et omfattende område som krever mye tid og ressurser når det gjelder oppfølging og opplæring. Det at valgte leverandørs ansatte også arbeider med "power tools" blir uvesentlig i denne sammenheng, da dette er et lite og begrenset område sammenlignet med protesekirurgien. Den organisasjonsmessige forskjellen mellom klager og valgte leverandør er vurdert til valgte leverandørs fordel, fordi valgte leverandør har mer spesialiserte ressurser tilgjengelig.
- (41) Grunnen til at klagers implementeringsplan er vurdert som svakere når det gjelder gruppe 4, øvrige plate- og skruesystemer, enn når det gjelder de andre produktgruppene, er at implementering innenfor gruppe 4 er vesentlig mer kompleks enn innenfor de øvrige produktgruppene. Det stilles derfor strengere krav ved tildelingsevalueringen for denne gruppen. Klager har i sitt tilbud beskrevet en implementering av systemet ved hjelp av fire produktspesialister over syv uker for alle sykehusene i regionen til sammen. Det er satt av to dager til opplæring og én dag til deltakelse/opplæring under operasjoner for hvert sykehus. Dette er etter innklagedes mening lite for et såpass stort område, og er vurdert som lite gjennomførbart. Til sammenligning har valgte leverandør satt av en uke per sykehus til opplæring. I tillegg vil det være oppfølging med deltakelse under operasjoner helt til sykehusene er komfortable med systemet. Valgte leverandør har også en policy på at ingen skal operere på nytt system uten deltakelse av en produktspesialist. Klager har heller ikke beskrevet en plan for å oppbemanne virksomheten dersom klager tildeles kontrakt innenfor dette området, noe innklagede uttrykkelig ba om i kravspesifikasjonen punkt 6. Innklagedes vurdering under dette underkriteriet må på bakgrunn av dette anses som riktig og forholdsmessig.
- (42) AO-kursene har ikke hatt utslagsgivende betydning ved evalueringen under tildelingskriteriet "*Service/Opplæring*". Det er fremhevet et punkt i evalueringen om at valgte leverandør stiller tjue plasser til rådighet på internasjonale AO-kurs hvert år. I tillegg har valgte leverandør tilbudt et omfattende workshop program, som i tilbudet er dokumentert med eksempel på innhold, og som ble gjennomført for firehundrede kirurger og sykepleiere i fjor. I tillegg er det tilbudt særlig opplæring av "*superbrukere*", som vil fungere som en intern ressursperson når det gjelder bruk av systemene. På den annen side, har klager i sitt tilbud beskrevet at klager vil holde lokale workshops og brukermøter, uten at innholdet som i disse er særlig beskrevet eller dokumentert. Antallet møter er imidlertid tilfredsstillende. For øvrig er det ikke forskjeller av betydning som skiller tilbudene når det gjelder hospitering i utlandet og deltakelse på internasjonal kurs, annet enn at valgte leverandør har vært mer konkret enn klager når det gjelder i hvilket omfang dette kan tilbys. Innklagede mener på bakgrunn av dette at evalueringen av tilbudene på dette underkriteriet beror på en riktig vurdering. Det foreligger ingen inhabilitetsproblematikk eller noen form for forskjellsbehandling ved evalueringen.

- (43) En oppjustering av klagers karakter fra tre til fire på dette tildelingskriteriet vil ikke ha betydning for resultatet av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av 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.
- (45) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tildelingskriteriene *"Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet"* og *"Service/Opplæring"*.
- (46) Ved tildelingsevalueringen har oppdragsgiver et vidt innkjøpsfaglig skjønn, og klagenemnda kan bare prøve om evalueringen er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende prinsippene i lovens § 5, samt om oppdragsgiver har lagt riktig faktum til grunn, jf. blant annet klagenemndas saker 2007/140 premiss (28) og 2008/193 premiss (24).

Evaluering av tildelingskriteriet "Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet"

- (47) Ved evalueringen av dette tildelingskriteriet har klager fått tre poeng, mens valgte leverandør har fått seks poeng. Klager har anført at det ikke er saklig grunnlag for å vurdere valgte leverandørs tilbud som så mye bedre enn klagers tilbud. Klager har pekt på at poengene, sett i forhold til innklagedes egen skala for poengsetting av tildelingskriteriet *"Pris - Totalkostnad"*, viser at innklagede vurderer valgte leverandørs tilbud som sytti prosent bedre enn klagers tilbud, noe det ikke er grunnlag for. Som støtte for dette har klager kommet med anførsler om konkrete feil klager mener er begått ved evalueringen.
- (48) Klager har således anført at innklagede har lagt for stor vekt på at valgte leverandør har oppgitt flere varelinjer enn klager, og at innklagede ikke kunne vurdere valgte leverandørs tilbud som inntil sytti prosent bedre enn klagers på dette grunnlaget. Det er vist til at konkurransen handler om å dekke innklagedes behov for ordinær produksjon, ikke antall varelinjer.
- (49) Det fremgår av beskrivelsen av tildelingskriteriet *"Kvalitet/Funksjon/Brukervennlighet"* i konkurransegrunnlaget punkt 9, at leverandørenes sortimentsbredde ville bli vurdert under dette kriteriet. Klager har anført at klagers tilbud dekker det vesentligste av innklagedes behov. Dette er imøtegått av innklagede, som hevder at klagers tilbudte sortiment ikke dekker hele regionens behov på en tilfredsstillende måte. Det fremgår av kravspesifikasjonen punkt 9 at leverandørene skulle tilby hele sitt produktsortiment under den enkelte produktgruppe. Det er ikke gitt en nærmere beskrivelse av innklagedes behov, for eksempel hvilke type indikasjoner som skulle dekkes. Klagenemnda har dermed ikke mulighet til å prøve hvorvidt klagers tilbudte sortiment dekker innklagedes behov, og går derfor ikke nærmere inn på denne anførselen.
- (50) Klagenemnda bemerker videre at klagers karakter på tildelingskriteriet *"Kvalitet/Funksjonalitet/Brukervennlighet"* beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering, og at klagenemnda ikke kan se at det at valgte leverandør har et

bredere vareutvalg enn klager har medført at klagers tilbud er vurdert som sytti prosent dårligere enn valgte leverandørs.

- (51) Klager har videre vist til at innklagede har lagt vekt på at valgte leverandør kan levere spesiallagde implantater ved spesielle behov, selv om dette ikke var spesielt etterspurt i konkurransegrunnlaget. Det følger av kravet til likebehandling i lovens § 5 at oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt gjennom hele konkurransen. Dette innebærer at det ikke er tillatt å ta hensyn til opplysninger det ikke er bedt om at det blir redegjort for, eller tilleggssytelser som ikke er etterspurt, se Dragsten/Lindalen ”*Offentlige anskaffelser - kommentarutgave*”, side 1305 og klagenemndas sak 2003/49.
- (52) Innklagede hadde i dette tilfellet kun delt anskaffelsen inn i grupper av produkter og bedt om at leverandørene tilbød hele sitt varesortiment under den enkelte produktgruppe, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5.1 og kravspesifikasjonen punkt 9. Slik konkurransegrunnlaget er utformet, er det opp til leverandørene å tilby alle de produkter de har. I dette ligger det også, slik nemnda ser det, en oppfordring til å opplyse om det dersom man kan levere spesiallagde implantater om oppdragsgiver har spesielle behov. Klagers anførsler kan på denne bakgrunn ikke føre frem.
- (53) Klager har videre anført at innklagede har lagt feil faktum til grunn ved evalueringen av brukervennlighet. Det er vist til at innklagede har lagt til grunn at innklagede ved valgte leverandørs tilbud kan forholde seg til ett tilbud, mens man ved valg av klagers tilbud må forholde seg til tre systemer, inkludert suppleringskjøp fra valgte leverandør.
- (54) Klagenemnda har ikke mulighet til å overprøve innklagedes vurderinger av egenskaper ved klagers produkt da dette krever kompetanse innen fagfeltet. Det er dermed ikke mulig for klagenemnda å ta stilling til om innklagede har lagt feil faktum til grunn. Anførselen avvises derfor som uegnet for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (55) Klager har også vist til at innklagede har lagt stor vekt på angivelige logistikkproblemer ved valg av klagers tilbud, men at det ikke er grunnlag for denne bekymringen, fordi eskene til produktene er godt merket. Innklagede har foretatt en skjønnsmessig vurdering av klagers brukervennlighet på dette punkt ut fra det tilbudet som er gitt fra klager. Om produktene var godt nok merket og at dette burde medført at klager skulle fått bedre uttelling under dette kriteriet som følge av dette, er en vurdering som klagenemnda ikke kan overprøve slik saken er opplyst. Anførselen avvises derfor som uegnet for behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (56) Under dette punktet har klager også vist til at dersom det skal være avgjørende for konkurransen at ett system kan dekke alle indikasjoner, er den valgte leverandøren den eneste leverandøren i verden som kan levere, noe som ikke sikrer konkurranse. Klagenemnda forstår dette som en anførsel om at det var i strid med kravet til likebehandling å legge vekt på hvor mange systemer innklagede måtte forholde seg til ved valg av leverandør.
- (57) En lignende problemstilling ble behandlet i EF-domstolens sak C-513/99 (Concordia Bus). Under tildelingskriteriet ”*materiellets kvalitet*” kunne tilbyderne blant annet oppnå tilleggspoeng ved å tilby busser med lave utslipp av nitrogenoksider, og et støynivå under 77 desibel. Saksøkeren anførte at det var i strid med kravet til

likebehandling å gi tilleggspoeng for dette, fordi kun et fåtall leverandører kunne tilby busser som oppfylte kravene. Domstolen fant at de aktuelle kriteriene ikke var i strid med likebehandlingsprinsippet. Det ble lagt vekt på at kriteriene var objektive og ble anvendt uten forskjell på de innkomne tilbudene. De var også direkte forbundet med det etterspurte materiellet og integrert i en ordning for poenggivning. Domstolen pekte videre på at leverandørene kunne få tilleggspoeng for andre kriterier forbundet med materiellet, slik som for eksempel antall sitteplasser og hvilken stand de tilbudte bussene var i.

- (58) Om innklagede ved valg av et tilbud kan forholde seg til ett system er også et objektivt kriterium som er direkte knyttet til det etterspurte materiellet. Det er også bare ett av flere forhold som ble vektlagt under tildelingskriteriet *"Kvalitet/Funksjon/Brukervennlighet"*. Etter en konkret vurdering, finner derfor klagenemnda at innklagede ikke har brutt regelverket ved å legge vekt på om innklagede ved valg av et tilbud kunne forholde seg til ett system.
- (59) Til slutt under dette punktet har klager vist til at hvilken leverandør som foretrekkes av brukerne, antakelig beror på hvem den enkelte bruker er vant til å benytte, og at slike preferanser for det eksisterende ikke kan få avgjørende betydning ved evalueringen av kvalitetskriteriet. Det anføres at eventuelle forskjeller i systemenes brukervennlighet dermed bare kunne få marginale utslag ved karaktersettingen.
- (60) Utgangspunktet ved tildelingsevalueringen er at oppdragsgiver skal legge vekt på den informasjonen som fremgår av selve tilbudet. Kun i enkelte tilfeller, og på visse vilkår, kan oppdragsgiver legge vekt på egne erfaringer med en leverandør eller et produkt, jf. for eksempel klagenemndas saker 2004/243, 2005/50 premiss (38) og 2007/84 premiss (20).
- (61) Det fremgår av tildelingsbrevet av 16. juni 2009 at grunnen til at valgte leverandørs tilbud ble ansett som mer brukervennlig enn klagers tilbud, var at innklagede ved valg av valgte leverandørs tilbud kunne forholde seg til bare ett system. Det er for klagenemnda ikke levert noen dokumentasjon for at innklagede ved evalueringen har lagt vekt på *"preferanser for det eksisterende"*. Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

Evaluering av tildelingskriteriet "Service/Opplæring"

- (62) Under dette punktet har klager for det første anført at innklagede har favorisert valgte leverandør ved å legge vekt på at valgte leverandør er dominerende på markedet og allerede nesten hundre prosent implementert hos innklagede.
- (63) Innklagede på sin side hevder at henvisningen til at valgte leverandørs produkter er nær hundre prosent implementert hos innklagede ikke innebærer en favorisering av eksisterende leverandør, men er ment som en henvisning til at valgte leverandør har mer erfaring enn klager med implementering av sine produkter.
- (64) I tildelingsbrevet av 16. juni 2009 fremgår det at valgte leverandør har en stor traumeavdeling med erfarne produktspecialister som er vurdert som meget gode når det gjelder implementering. Videre at *"[p]roduktene er nær 100 % implementert i regionen allerede, og firma har en betydelig erfaring med implementering av disse produktene"*. Når man leser den første delen av denne setningen isolert, er klagenemnda enig i at det

kan se ut som om innklagede har lagt vekt på at det ikke er nødvendig å implementere disse produktene. Dersom setningen leses i sammenheng, fremstår det imidlertid mer som en henvisning til valgte leverandørs erfaring. Klagenemnda finner derfor at det ikke foreligger tilstrekkelig dokumentasjon for at innklagede har favorisert valgte leverandør ved å legge vekt på at valgte leverandørs produkter var nær hundre prosent implementert hos innklagede allerede.

- (65) Klager har i sine anførsler bemerket at innklagedes produktspesialister ikke bare jobber med traumekirurgiske produkter, men også med *"power tools"*, samt at de er spredt over hele landet og ikke bare arbeider for innklagede. Klager har ikke anført hvorfor dette utgjør et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, og klagenemnda kan dermed ikke ta stilling til anførselen.
- (66) Videre har klager anført at det er uforholdsmessig å gi klager tre poeng mindre enn valgte leverandør på dette tildelingskriteriet, selv om valgte leverandørs implementeringsplan vurderes som bedre enn klagers. Det er vist til at klagers implementeringsplan ble beskrevet som tilfredsstillende for denne produktgruppen, mens innklagede for andre produktgrupper har beskrevet klagers implementeringsplan som *"meget god"*. Det vises også til at når en ser hen til innklagedes poengsystem under priskriteriet, er valgte leverandørs tilbud vurdert som inntil sytti prosent bedre enn klagers på dette kriteriet, noe det ikke er grunnlag for.
- (67) Ved tildelingsevalueringen foretok innklagede en separat vurdering av tildelingskriteriene for hver produktgruppe. Det fremgår av innklagedes brev til klager av 1. juni 2009 at innklagede var strengere i sin evaluering av implementeringsplanene ved evalueringen av skru- og platesystemer enn ved evalueringen av de andre produktgruppene, fordi implementering av skru- og platesystemer var mer komplisert enn implementering av andre systemer. Videre fremgår det at valgte leverandør ble vurdert som bedre enn klager fordi valgte leverandør har flere ressurser tilgjengelig, og har en lenger og høyt spesialisert erfaring innenfor produktgruppen skru- og platesystemer. Klagenemnda kan ut fra dette ikke se at innklagedes vurderinger og poengberegninger er usaklige eller uforholdsmessige. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (68) Til slutt under dette punktet har klager anført at det er problematisk at innklagede har lagt vekt på at valgte leverandør har tilbudt kurs gjennom AO. Det er vist til at AO er en internasjonal organisasjon for kirurger innenfor ortopedi, og at alle kirurger som er medlem av organisasjonen kan delta på kursene. Det var dermed ikke nødvendig å velge valgte leverandørs tilbud for å kunne delta på disse. Det er også vist til at kirurgene som har deltatt i evalueringen hos innklagede er medlem av organisasjonen, noe klager mener er problematisk, ettersom kursene er tillagt så stor vekt ved evalueringen.
- (69) I tildelingsbrevet av 16. juni 2009 har innklagede, når det gjelder kurs og etterutdanningstilbud, vist til at *"[v]algte leverandør har også et svært omfattende kurs/etterutdanningstilbud bl.a. gjennom AO"*. I den nærmere begrunnelsen fremgår det at det at valgte leverandør tilbyr AO kurs ikke har vært avgjørende ved evalueringen av tildelingskriteriet *"Service/Opplæring"*, og at det som er vektlagt er at valgte leverandør stiller tjue plasser årlig til disposisjon for deltakelse på slike kurs. Det er videre vist til at valgte leverandør har tilbudt et langt mer omfattende opplegg for opplæring kurs og fagutvikling innen bruddbehandling enn konkurrentene. Dette ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, og vil ikke bli overprøvd av nemnda.

Konklusjon:

Helse Sør-Øst RHF har ikke brutt lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

19. oktober 2009

Georg Fredrik Rieber-Mohn