



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av analyseinstrument for HPV-diagnostikk med forbruksvarer. Klager anførte at innklagede hadde brutt forskriften § 17-3 (2) og/eller § 17-3 (10) ved å utforme enkelte krav i konkurransegrunnlaget på en måte som favoriserte valgte leverandørs produkt. Klagenemnda avviste klagers anførsel som uhensiktsmessige for behandling med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.

Klagenemndas avgjørelse 27. mai 2014 i sak 2012/143

Klager: Qiagen AB

Innklaget: Universitetssykehuset Nord-Norge

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Andreas Wahl

Saken gjelder: Tekniske spesifikasjoner, likebehandling

Bakgrunn:

- (1) Universitetssykehuset Nord-Norge (heretter innklagede) kunngjorde 8. februar 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av analyseinstrument for HPV-diagnostikk med tilhørende testreagenser/forbruksmateriell. Anskaffelsens verdi var ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 16. mars 2012.
- (2) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 1 "Innledning", at innklagede ønsket tilbud på 1 stk. analyseinstrument for HPV-diagnostikk med tilhørende testreagenser/forbruksmateriell, som skulle benyttes i forbindelse med en masseundersøkelse om livmorhalskreft, og til forsknings- og utviklingsarbeider for HPV-relaterte problemstillinger.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.11 fremgikk det at tilbud som ikke tilfredsstilte minstekravene i kravspesifikasjonen ville bli avvist.
- (4) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 4 at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene livssyklus-kostnader (40 %), kvalitet (20 %), brukervennlighet og funksjonalitet (30 %) og service (10 %). Evalueringen og rangeringen av tilbudene ville bli gjennomført i henhold til minstekrav 2 (MK2) og bør-krav i kravspesifikasjonen.
- (5) Vedlagt konkurransegrunnlaget var en kravspesifikasjon, og et dokument med forklaring til denne. I forklaringen fremkom følgende om minstekrav 2:

"Oppfyllelse av minstekrav 2 vil bli tillagt vesentlig vekt under Oppdragsgivers evaluering av tilbudet. Minstekrav 2 er å forstå som et absolutt krav. Hvis minstekravet

ikke er oppfylt, vil produktet/tilbyder avvises. I evalueringen av innkomne tilbud vil Oppdragsgiver foreta en kvalitativ evaluering av minstekrav 2."

- (6) Av forklaringen til kravspesifikasjonen fremkom også at oppfyllelse av bør-krav ville bli tillagt vekt under oppdragsgivers evaluering av tilbudene. Videre fremgikk følgende forkortelser for de forskjellige tildelingskriteriene (TK): K = Tildelingskriteriet kvalitet, BF = tildelingskriteriet brukervennlighet og funksjonalitet og S = Service.
- (7) I kravspesifikasjonen fremkom følgende om krav 1.3, 1.4 og 3.2:

"Ref.	Oppdragsgivers beskrivelse av krav	Krav- type	TK	Svar	
				Ja	Nei
1. Generelle krav					
1.3	Gi informasjon om HPV genotype direkte i primært prøveoppsett	Bør	K		
1.4	Primære prøvekontainere (Presevcyt) skal analyseres direkte uten manuelle pipetteringer	MK2	BF		
3. Bruk					
3.2	Ha en internkontroll for vurdering om nukleinsyrer i prøvematerialet er egnet/uegnet for HPV-testing.	Bør	K"		

- (8) Innklagede mottok tre tilbud innen tilbudsfristens utløp 16. mars 2012, hvorav ett ble avvist. De to øvrige tilbyderne var Qiagen AB (heretter klager) og Roche AS (heretter valgte leverandør). Partene har opplyst at det finnes to ulike godkjente metoder for HPV-testing; PCR-metoden og HC2-metoden. Klager leverte et tilbud basert på HC2-metoden og valgte leverandør leverte et tilbud basert på PCR-metoden.
- (9) Innklagede sendte et brev til klager 2. mai 2012 der det ble informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. Som begrunnelse for valg av leverandør fremgikk følgende:

"Roche AS:

Kvalitet – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er Roche AS vurdert best. Analyseinstrumentet til Roche gir direkte informasjon om genotype i primært prøveoppsett. Instrumentet benytter betydelig mindre prøvemateriell enn konkurrentens system.

Brukervennlighet og funksjonalitet – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er Roche AS vurdert best. Analyseinstrumentet benytter primære prøveglass og det er ikke behov for manuell pipettering.

Service – 10 poeng

På dette tildelingskriteriet er Roche AS vurdert best. Servicekurs er lengre i antall dager enn det som er tilbudt fra Qiagen, det er også tilbudt oppfølgingskurs. Tilbyr umiddelbar respons fra serviceingeniør i normalarbeidstid. Roche tilbyr 24 t levering på reservedeler, dette er 50 % bedre enn Qiagen.. Oppmøte for serviceingeniør 8 timer, Qiagen har ikke opplyst om oppmøtetid utover minstekrav. Roche tilbyr komplett fjerndiagnostikk.

Qiagen AB:

Kvalitet – 9 poeng

På dette tildelingskriteriet er Qiagen vurdert under Roche. For HPV genotype må det på HCII settes opp en tilleggsanalyse som medfører økte kostnader i arbeidstiden og reagenser. Instrumentet benytter mer prøvemateriell enn konkurrentens system.

Brukervennlighet og funksjonalitet – 9 poeng

På dette tildelingskriteriet er Qiagen vurdert under Roche. For analyse uten manuell pipettering må Decap Unit installeres. Tilsvarende er det ikke behov for ved benyttelse av konkurrentens system.

Service – 3 poeng

På dette tildelingskriteriet er Qiagen vurdert under Roche. Servicekurs er kortere enn tilsvarende for Roche. Det er ikke oppgitt bedre enn minstekrav for fri teknisk support, responstid, reservedelsleveranser og oppmøte for serviceingeniør. Pr i dag kan Rapid Capture ikke tilkoples fjern-diagnostikk.

Oppsummering:

Tabellen under er en oppsummering av vurderingene og rangeringene av de enkelte tilbudene mot de enkelte tildelingskriteriene. 10 poeng er høyeste score.

		<i>Roche</i>		<i>Qiagen</i>	
	<i>VEKTES</i>	<i>Poeng</i>	<i>Vekting</i>	<i>Poeng</i>	<i>Vekting</i>
<i>Kvalitet</i>	20 %	10,00	2,00	9,00	1,80
<i>Brukervennlighet og funksjonalitet</i>	30 %	10,00	3,00	9,00	2,70
<i>Service</i>	10 %	10,00	1,00	3,00	0,30
<i>Livssykluskostnader</i>	40 %	10,00	4,00	8,10	3,24
<i>SUM</i>			10,00		8,04"

- (10) Klager sendte en klage på tildelingsbeslutningen 14. mai 2012. Det ble her hevdet at innklagede hadde brutt regelverket ved å utforme de tekniske spesifikasjonene på en måte som favoriserte valgte leverandør. Innklagede svarte 16. mai 2012, og tok ikke klagen til følge.
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. juni 2012.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 26. mai 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 17-3 (2) og/eller § 17-3 (10) ved å utforme krav 1.3, 1.4 og 3.2 i konkurransegrunnlaget på en måte som favoriserte valgte leverandørs produkt. Det forhold at bare to kjente aktører i markedet kunne levere kontraktsgjenstanden som ble etterspurt, innskrenket oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, slik at det ikke kunne utøves på en måte som medførte at konkurransen ble ytterligere begrenset eller utelukket.
- (14) Krav 1.3 om at analyseinstrumentet skulle gi informasjon om HPV genotype i primært prøveoppsett er i strid med forskriften § 17-3 (2). Det er kun valgte leverandørs utstyr som benytter en testmetode som gir denne muligheten. Kravet ga ikke de potensielle leverandørene like muligheter, og utgjorde derfor en unødvendig hindring av konkurransen. Det foreligger ingen tungtveiende legitime grunner til å til å stille kravet. Kravet beskriver et karakteristikum ved valgte leverandørs PCR-metode, nemlig muligheten for å gi informasjon om visse HPV genotyper direkte i første prøveoppsett, og viser dermed til en bestemt prosess, i strid med forskriften § 17-3 (10). At krav 1.3 er utformet som et bør-krav er uten betydning.
- (15) Krav 1.4 om at prøvekontainere skal analyseres uten direkte manuelle pipetteringer er også i strid med forskriften § 17-3 (2). Kravet innebærer at leverandørene ikke gis like muligheter, ettersom klagers løsning anvender manuell pipettering, i motsetning til valgte leverandørs løsning. Krav 1.4 må forstås slik at innklagede ønsker å begrense graden av manuell håndtering ved HPV-testing. Dette kan være et relevant hensyn, men må, for å være lovlig, gjelde all manuell håndtering, og ikke kun pipettering. Også valgte leverandør anvender manuelle prosesser som innebærer like stor risiko for manuelle feil, som manuell pipettering. Innklagede har ikke godtgjort at det er en saklig og legitim grunn til å sondre mellom ulike typer manuell håndtering ved HPV-testing. Krav 1.4 viser også til en bestemt prosess, pipettering, som har som virkning at visse foretak eller produkter utelukkes. Dette er ikke berettiget i kontraktens gjenstand, og er dermed i strid med forskriften § 17-3 (10).
- (16) Når det gjelder krav 3.2, om at tilbyderne måtte ha en internkontroll for vurdering om nukleinsyrer i prøvematerialet er egnet/uegnet for HPV-testing, viser dette til en vesentlig forskjell mellom PCR-metoden og HC2-metoden. Vurderingen av om nukleinsyrer er egnet eller uegnet for HPV-testing, er bare relevant for PCR-metoden, på grunn av kjent risiko for at testing er umulig grunnet inhibisjon fra andre stoffer. Denne faren er ikke til stede ved bruk av klagers HC2-metode. Kravet strider mot forskriften § 17-3 (2) ved at leverandørene ikke gis like muligheter for å få uttelling på oppfyllelse av dette kravet. Kravet medfører også et unødvendig hinder for konkurransen, fordi det ikke er godtgjort at tungtveiende, legitime hensyn tilsier slik forskjellsbehandling. Videre innebærer også krav 3.2 at det vises til en bestemt prosess, dvs. tilstedeværelsen av en internkontrollprosess, som har som virkning at visse foretak eller produkter utelukkes. Heller ikke i dette tilfellet har innklagede godtgjort at dette var berettiget av kontraktens gjenstand, jf. forskriften § 17-3 (10).

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede bestrider at kravene 1.3, 1.4 og 3.2 var utformet i strid med forskriften §§ 17-3 (2) og (10).

- (18) Krav 1.3 var utformet som et bør-krav. Tilbud som ikke tilfredsstilte kravet ville ikke avvises, men gis noe lavere uttelling på et av underkriteriene til tildelingskriteriet kvalitet. Innklagede har stilt kravet fordi instrumentet også skal benyttes til forskning og utviklingsarbeid for HPV-relaterte problemstillinger. Genotyping av HPV vil utgjøre en viktig del av de fleste forskningsprosjekter om HPV og livmorhalskreft. Informasjon om genotype i primært analyseoppsett anses som en vesentlig fordel, da det vil kreve betydelige ekstraressurser å sette opp tilleggsanalyse for HPV-genotyping i ettertid. Det er også tatt hensyn til at HPV-instrumentet har en forventet levetid på 10 år. Det foregår stadig vurdering av screeningsalgoritmer for masseundersøkelser av livmorhalskreft. Selv om genotyping ikke direkte har betydning i dagens rutineanalyser, er det naturlig å ta høyde for at det i løpet av instrumentets levetid kan bli innført nye screeningsalgoritmer hvor HPV-analyse gjøres som primærundersøkelse. Krav 1.3 er et nøytralt krav, og det er opp til hver enkelt leverandør å tilby analyseinstrumenter som kan gi informasjon om HPV-genotype i primært prøveoppsett.
- (19) Krav 1.4 var utformet som et minstekrav. Tilbudene måtte oppfylle kravet, men tilbudte løsninger ville også bli evaluert under tildelingskriteriet brukervennlighet og funksjonalitet. Kravet var basert på laboratoriefaglige vurderinger. I prosesser hvor prøvematerialet manuelt pipetteres til en ny beholder vil det alltid være risiko for menneskelige feil. I tillegg er manuell pipettering forbundet med økt tidsbruk og kan gi økt fysisk belastning for personell. Kravet er utformet nøytralt ved at det kun sier at primære prøvekontainere skal analyseres direkte uten manuelle pipetteringer. Det settes ikke krav om at løsningen uten manuell pipettering må skje etter en bestemt prosess.
- (20) Bakgrunnen for krav 3.2 er at de fleste molekylærgenetiske analyser er sårbare for prøvematerialets beskaffenhet. Enten ved at det er for lite prøvemateriale (celler), at kvaliteten forringes under prøvetaking/transport, eller at prøven inneholder stoffer som hemmer analysen. For å redusere faren for falske negative prøvesvar er det en fordel at analyse gir informasjon om hvorvidt nukleinsyrer i materialet er u-/egnet for analyse (her definert som internkontroll). Krav 3.2 er utformet nøytralt og innenfor det innkjøpsfaglige skjønn.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av analyseinstrument for HPV-diagnostikk med forbruksvarer, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 fremgikk det at anskaffelsen skulle gjennomføres i henhold til forskriften del I og III. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (22) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 17-3 (2) og/eller § 17-3 (10) ved å utforme krav 1.3, 1.4 og 3.2 i konkurransegrunnlaget på en måte som favoriserte valgte leverandørs produkt. Det forhold at bare to kjente aktører i markedet kunne levere kontraktsgjenstanden som ble etterspurt, innskrenker oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, slik at det ikke kunne utøves på en måte som medfører at konkurransen ble ytterligere begrenset eller utelukket.

- (23) Forskriften § 17-3 regulerer krav til ytelsen og tekniske spesifikasjoner. Med tekniske spesifikasjoner menes *"en spesifikasjon fastsatt i et dokument (...) som fastsetter de egenskaper (...) oppdragsgiver krever"*, jf. forskriften § 4-3 bokstav g nr. 1. Kravene som i dette tilfellet er stilt til analyseinstrumentet med tilhørende forbruksmateriell for HPV-diagnostikk, er etter klagenemndas mening tekniske spesifikasjoner.
- (24) Hvilke tekniske spesifikasjoner oppdragsgiver oppstiller og hvordan disse utformes hører i utgangspunktet inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan i begrenset grad prøves av klagenemnda. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skjønn er usaklig eller vilkårlig.
- (25) Det følger av forskriften § 17-3 (2) at tekniske spesifikasjoner skal *"gi leverandørene like muligheter og må ikke medføre unødvendige hindringer for konkurranse om offentlige kontrakter"*.
- (26) Bestemmelsene i § 17-3 supplerer likebehandlingsprinsippet ved å understreke at tilbyderne skal gis ensartede vilkår for konkurransen, og at det må foreligge en kvalifisert begrunnelse for hindring av konkurranse, jf. Steinicke og Groesmeyers kommentarer til EU's udbudsdirektiver 2008 side 706. Dette innebærer at de tekniske spesifikasjonene ikke kan beskrives slik at de ekskluderer produkter som faktisk oppfyller den offentlige oppdragsgivers krav til ytelsen. Bakgrunnen for regelen er i fortalen til direktiv 18/2004/EF, premiss (29), uttrykt som:
- "Der er behov for, at de tekniske spesifikationer, der udarbejdes af det offentlige som indkøber, sikrer, at der skabes muligheder for en konkurrencesituation ved tildeling af offentlige kontrakter."*
- (27) Av § 17-3 (10) følger det:
- "Med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til [...] en bestemt prosess, [...] som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Slik henvisning skal unntaksvis tillates der en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til fjerde og femte ledd ikke er mulig. En slik henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende»."*
- (28) Klager har anført at kravene 1.3, 1.4 og 3.2 var utformet slik at de favoriserte valgte leverandør, uten at kravene på annen måte var saklig begrunnet. Innklagede har på sin side forklart at de oppstilte kravene var relevante og nødvendige for å anskaffe det beste produktet.
- (29) Når det gjelder krav 1.3 har klager vist til at det kun var valgte leverandør som kunne levere et analyseinstrument som gir informasjon om HPV genotype i primært prøveoppsett. Klager hevder at det ikke foreligger legitime grunner til å begrense konkurransen ved å etterspørre dette. Innklagede på sin side hevder kravet er nødvendig fordi informasjon om HPV genotype i primært prøveoppsett kan være relevant ved forskningsprosjekter. For å ta stilling til hvorvidt forskningsformålet berettiger kravet om informasjon om HPV genotype i primært prøveoppsett kreves det medisinsk kunnskap. En slik kompetanse besittes ikke av klagenemnda, som utelukkende består av jurister.
- (30) Når det gjelder krav 1.4 viser klager til at kravet om at prøvekontainere skal analyseres uten direkte manuelle pipetteringer utgjør en unødvendige hindringer for konkurransen,

ved at valgte leverandørs tilbud favoriseres. Klager viser til at også valgte leverandørs tilbud inneholder manuell håndtering, men på andre steder i prosessen enn ved pipetteringen, og at dette utgjør en like stor risiko for at det begås menneskelige feil. Innklagede viser til at det ved manuell pipettering er en risiko for menneskelige feil, og at manuell pipettering er forbundet med økt tidsbruk og kan gi økt fysisk belastning for personell. Også vurderingen av om det var relevant og nødvendig å kreve at prøvekontainere skulle analyseres uten direkte manuelle pipetteringer krever medisinsk kunnskap som klagenemnda ikke besitter.

- (31) Videre ville det for å kunne foreta en forsvarlig vurdering av lovligheten av krav 1.3 og 1.4 vært hensiktsmessig med muntlige forhandlinger for å kunne avhøre partene om relevante forhold. Siden klagenemndas saksbehandling utelukkende er skriftlig, har nemnda ikke anledning til dette. Klagers anførsler om at krav 1.3 og 1.4 var i strid med forskriften §§ 17-3 (2) og (10) avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.
- (32) Hva gjelder krav 3.2 viser klager til at kravet om at tilbyderne måtte ha en internkontroll for vurdering om nukleinsyrer i prøvematerialet er egnet/uegnet for HPV-testing, viser til en vesentlig forskjell mellom PCR-metoden og HC2-metoden. Vurderingen av om nukleinsyrer er egnet eller uegnet for HPV-testing er bare relevant for PCR-metoden. Slik klagenemnda forstår kravet, innebar det at tilbyderne måtte ha et system for å teste om nukleinsyrer var egnet eller uegnet for HPV-testing. Dette fremstår ikke som favoriserende, såfremt kravet ble evaluert slik at alle prosesser som har et system som eliminerer risikoen for falske negative svar grunnet uegnete nukleinsyrer har fått uttelling for dette. Dette synes å være tilfellet ettersom tilbudene til klager og valgte leverandør ble vurdert likt på krav 3.2. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konklusjon:

Klagers anførsler om at krav 1.3 og 1.4 var i strid med forskriften §§ 17-3 (2) og (10) avvises som uhensiktsmessige for behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.

Klagers øvrige anførsel har ikke ført frem.

Bergen, 27. mai 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim