



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for medisinske forbruksvarer. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud i produktgruppe 10. Innklagede hadde heller ikke brutt regelverket ved å bruke for lang tid på å avvise klagers tilbud.

Klagenemndas avgjørelse 13. oktober 2014 i sak 2013/138

Klager: Endotech AS

Innklaget: Sykehuspartner Helse Sør-Øst

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Magni Elsheim, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Bakgrunn:

- (1) Sykehuspartner Helse Sør-Øst (heretter innklagede) kunngjorde den 20. desember 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for medisinske forbruksvarer. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til kr 140 000 000. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV. 3.4 angitt til 1. februar 2013.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 4.0 fremgikk det at *"alle SKAL-krav må være oppfylt for at produktet skal bli vurdert – manglende oppfyllelse av disse minstekrav vil medføre avvisning av produktet. SKAL-krav vil ikke bli vurdert utover om det er oppfylt eller ikke."*
- (3) Kravspesifikasjonen punkt 4.10.2 gjaldt diatermipenner. Slik nemnda forstår det er en diatermipenn et kirurgisk instrument som skjærer vev ved bruk av elektrisitet. Som et *"SKAL-krav"* var det angitt at diatermipennen måtte ha tilpasset røykavsug for ulike lengder av elektroder (125 mm og 160 mm). Røykavsugget skulle sikre et godt avsug, uavhengig av lengde.
- (4) For å oppfylle *"SKAL-krav[et]"* i kravspesifikasjonen skulle det ifølge prisskjemaet punkt 10.2.11 leveres vareprøve på forlengelseshylse 160 mm som dokumenterte at diatermipennen hadde tilpasset røykavsug i denne størrelsen.
- (5) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra totalt 26 leverandører. For gruppe 10.2 (Diatermiprodukter) kom det inn tilbud fra fire leverandører, hvor Endotech (heretter klager) var en av tilbyderne. Klager bekreftet i sitt tilbud at diatermipennen hadde slikt tilpasset røykavsug. I prisskjemaet fra klager var punkt 10.2.11 om forlengelseshylse 160 mm merket med *"ukjent"*.
- (6) I tildelingsbrevet av 30. august 2013 fremgikk det at Ortomedic, Didr Mehn-Andersen og Covidien ville bli tildelt parallelle rammeavtaler for produktgruppe 10. Videre fremgikk det av tildelingsbrevet at klager ble avvist under gruppe 10.2.1-10.2.11. *"Endotech sine"*

diatermipenner avvises fra konkurransen da tilbudt modell ikke oppfyller kravspesifikasjonens krav om tilpasset røykavsug".

- (7) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser den 19. november 2013.
- (8) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. oktober 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

For sen avvisning

- (9) Innklagede har ikke overholdt bestemmelsen om å meddele at et tilbud avvises "*snarest mulig*" jf. FOA § 20-16 nr. 2, bokstav c. Det er gått over 6 måneder fra anbudsåpning og frem til avvisningen. Det kan ikke sees at spørsmålet om avvisning skulle bero på vanskeligheter som krever ekstra tidsbruk ettersom det forelå kun fire vareprøver fra fire ulike leverandører for denne produktgruppen. Videre er det i strid med god forretningsskikk å gi melding om avvisning samtidig som tildelingsbeslutningen.

Avvik fra kravspesifikasjonene

- (10) Ved en åpenbar feil ble forlengelseshylsen til diatermipennen lagt under den komplette tilbehørslisten "*tilbyders komplette assortement*". Under assortementets artikkel C31-15-145, fremgår det entydig at "*Forlenger til C-diatermipenn med røykavsug*", merke "*Cimpax*", og med beskrivelsen... "*Løse forlengere. NB! Eksisterende blad benyttes*". Ut i fra en objektiv forståelse av konkurransegrunnlaget aksepteres det at forlengelseshylsen skulle ha vært vedlagt som vareprøve. Klager har imidlertid svart "*JA*" på spørsmålet om diatermipennen har tilpasset røykavsug for ulike lengder av elektroder. Ved en grundig gjennomgang av prislisten, sammenholdt med besvarelsen i kravspesifikasjonen om at komplett vareprøve var levert, måtte det fremstå som en åpenbar feil at diatermipennen var levert uten forlenger.

Plikt til å rette og avklare feilen

- (11) Innklagede hadde plikt til å avklare og rette tilbudet fra klager for varegruppe 10, vedrørende vareprøve og forlengelseshylse. Klager har krysset av "*JA*" på spørsmålet om beskrivelse av kravet og at kravene i spesifikasjonen er oppfylt. Avklaring og retting i dette tilfellet ville innebære at forlengelseshylsen ble flyttet fra assortementslisten til varelisten, og at det ble gitt anledning til å ettersende vareprøve på forlengelseshylsen. Dette må anses som en åpenbar feil hvor det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes.

Innklagedes anførsler:

For sen avvisning

- (12) Det bestrides at innklagedes meddelelse om avvisning av klagers tilbud i gruppe 10 var forsinket. Ved evalueringen av de innkomne tilbudene ble produktene inndelt i 15 produktgrupper, med tilhørende undergrupper. Det totale antallet evalueringer var 59 fordelt på 15 produktgrupper. Totalt ble det inngått kontrakter med 15 leverandører bestående av totalt 800-900 forskjellige operasjonsprodukter. Konkurransens kompleksitet og størrelse er grunnen til at beslutningen om avvisning tok tid. Det bestrides at det er i strid med regelverket å gi melding om tildeling og avvisning samtidig.

Avvik fra kravspesifikasjonene

- (13) Innklagede bestrider klagers anførsel. Det er ikke tale om en åpenbar feil i dette tilfellet. I kravspesifikasjonen var det angitt som et *"SKAL-krav"* at diatermipennen hadde tilpasset *"røykavsug for ulike lengder av elektroder, som sikrer god avsug, uavhengig av lengde"*. Dette skulle ifølge prisskjemaet dokumenteres ved å levere vareprøve på forlengelseshylse 160 mm. Ettersom klagers tilbud ikke oppfylte dette obligatoriske kravet ble tilbudet rettmessig avvist som følge av vesentlig avvik fra kravspesifikasjonen.

Plikt til å rette og avklare feilen

- (14) Kravet om tilpasset røykavsug er angitt som et *"SKAL-krav"*. Manglende oppfyllelse av *"SKAL-krav"* er i denne konkurransen klart å betrakte som vesentlig avvik som skal avvises i medhold av § 20-13 (1) bokstav e. Innklagede hadde følgelig ikke anledning til å avklare dette forholdet i tilbudet. Ufullstendigheter i et tilbud kan ikke karakteriseres som en *"åpenbar feil"* hvor det er *"utvilsomt"* hvordan feilen skal rettes.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av medisinske forbruksvarer. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til kr 140 000 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

For sen avvisning

- (16) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 20-16 (2) bokstav c, ved å unnlate å *"snarest mulig gi skriftlig melding"* om å avvise klagers tilbud i gruppe 10.
- (17) Det fremgår av forskriften § 20-16 (2) bokstav c, at oppdragsgiver skal *"snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom [...] et tilbud blir avvist, jf. § 20-13."*
- (18) I klagenemndas sak 2008/105 premiss (34) som gjaldt forskriften § 11-14 (2) bokstav c, fremgikk det at *"melding om avvisning i alle fall må gis før kontraktsinngåelse"*. Avgjørelsen gir ikke ytterligere anvisning på hva som anses for å ligge innenfor betegnelsen *"snarest mulig"* og dette må derfor vurderes konkret for den enkelte sak.
- (19) Innklagede meddelte i tildelingsbeslutningen, om lag 6 måneder etter tilbudsåpningen, at klagers tilbud i gruppe 10 ble avvist på bakgrunn av at tilbudt modell ikke oppfylte kravspesifikasjonens krav om tilpasset røykavsug. Innklagede mottok imidlertid tilbud fra 26 leverandører innenfor 15 ulike produktgrupper bestående av 800-900 ulike operasjonsprodukter. En gjennomgang av tilbudene i dette tilfellet fordret at innklagede hadde tilgang på fagressurser som deltok i evalueringen av de tilbudte produktene.
- (20) På bakgrunn av konkurransens kompleksitet og omfang må meddelelsen om avvisning anses avgitt *"snarest mulig"* i henhold til § 20-13 (2) bokstav c.
- (21) Klager har videre anført at det er i strid med prinsippet om god forretningsskikk å avvise tilbudet samtidig med tildelingen.

- (22) Forskriften § 22-3 retter seg mot oppdragsgivers plikt til å *"meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller rammeavtale"* før den inngås, mens § 20-16 regulerer innholdet i begrunnelsesplikten. Etter § 20-16 skal oppdragsgiver *"gi berørte leverandører en begrunnelse for tildeling av kontrakt eller rammeavtale"*, og av annet ledd bokstav c at han snarest mulig skal *"gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom (...) et tilbud blir avvist"*. Etter begge bestemmelsene er det stilt formkrav om skriftlighet. Det kan imidlertid ikke utledes, slik klager har anført, at meddelelse om kontraktstildeling og avvisning ikke kan gjøres samtidig. Det sentrale må være at vilkårene i bestemmelsene overholdes.
- (23) Det forhold at tildeling og avvisning meddeles samtidig fratar ikke klager muligheten til å ta stilling til om avvisning er skjedd på riktig grunnlag, eller om det er grunnlag for å få omgjort avvisningen eller tildelingen. Klagers anførsel om at det er i strid med prinsippet om god forretningsskikk å meddele om avvisning og tildelingsbeslutning samtidig fører derfor ikke frem.

Avvik fra kravspesifikasjonen

- (24) I henhold til forskriften § 20-13 (1) bokstav e har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud som *"inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*.
- (25) I konkurransegrunnlagets punkt 4.0 fremgikk det at *"[a]lle SKAL-krav må være oppfylt for at produktet skal bli vurdert – manglende oppfyllelse av disse minstekrav VIL medføre avvisning av produktet. SKAL-krav vil ikke bli vurdert utover om det er oppfylt eller ikke."*
- (26) I kravspesifikasjonen var det angitt som et *"SKAL-krav"* at tilbudt diatermipenn skulle ha tilpasset røykavsug for ulike lengder av elektroder. Dersom diatermipennen krevde forlengelseshylse, fremgikk det av prisskjemaet at det skulle leveres vareprøve på forlengelseshylse 160 mm som dokumenterte at den tilbudte diatermipennen hadde tilpasset røykavsug. Klager opplyste i sitt tilbud at den tilbudte diatermipennen hadde slikt tilpasset røykavsug, og vedla også vareprøve på diatermipenn. Klager leverte imidlertid ikke vareprøve på forlengelseshylse 160 mm, som var nødvendig for å dokumentere oppfyllelsen av kravet om tilpasset røykavsug.
- (27) Ettersom klager ikke leverte vareprøve på forlengelseshylse 160 mm, dokumenterte ikke klagers tilbud oppfyllelse av kravet til tilpasset røykavsug. Slik kravspesifikasjonen var utformet, ville manglende oppfyllelse av dette kravet uten videre lede til avvisning. Klagers tilbud må på denne bakgrunn anses rettmessig avvist i medhold av forskriften § 20-13 (1) bokstav e.

Plikt til å rette åpenbare feil i tilbudet

- (28) Klager har anført at manglende levering av vareprøve på forlengelseshylse var en åpenbar feil som innklagede skulle ha rettet. Retting i dette tilfellet ville fordre ettersending av forlengelseshylsen.
- (29) Etter forskriften § 21-1 (3) har oppdragsgiver plikt til å rette *"åpenbare feil"* dersom det er *"utvilsomt"* hvordan feilen skal rettes. Bestemmelsen retter seg dermed mot feil som oppdragsgiver har mulighet for å rette opp på egen hånd. Bestemmelsen er ikke anvendelig for manglende innlevering av en vareprøve.

- (30) Klager har videre anført at innklagede skulle ha gitt anledning til å ettersende vareprøven. I henhold til forskriften § 21-1 (2) har oppdragsgiver i visse tilfeller rett til å avklare mangler i tilbudet. Oppdragsgiver har imidlertid ingen plikt til dette. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim