



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kjøp av medisinskteknisk utstyr og tekniske hjelpemidler. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Et avvik fra kravspesifikasjonen på et tilbudt produkt, ble ikke ansett som vesentlig og medførte da heller ikke avvisningsplikt.

Klagenemndas avgjørelse 28. januar 2014 i sak 2013/139

Klager: Handicare AS

Innklaget: Sandnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Kai Krüger

Saken gjelder: Avvisning, forutberegnelighet

Bakgrunn:

- (1) Sandnes kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. februar 2013 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kjøp av medisinskteknisk utstyr og tekniske hjelpemidler i kommunene Sandnes, Sola, Stavanger og Randaberg. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til samlet mellom kroner 8 og 12 millioner (ekskl. mva.). Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 19. mars 2013. CPV-klassifisering var i kunngjøringen punkt II.1.6 angitt til 33100000 for hovedanskaffelsen og 33000000, 33192130, 39143112, 31730000 og 33182000 for tilleggsleveranser.

- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3.1 var det gitt en kort beskrivelse av rammeavtalen:

"Rammeavtalen skal omfatte levering av medisinskteknisk utstyr og tekniske hjelpemidler for oppdragsgiver. Produktspekteret omfatter blant annet sykesenger m/tilbehør, madrasser, personløftere, rullatorer og andre ganghjelpemidler, bad - og toalettutstyr, diverse medisinsk - teknisk utstyr, samt prøvetakingsutstyr o.a. Se tilbudsskjema."

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.5. fremgikk blant annet at:

"Oppdragsgiver tar forbehold om:

- Å avvise leverandører som ikke leverer et komplett signert tilbud og oppfyller de krav som er skissert i dette konkurransegrunnlaget og i forskrift om offentlige anskaffelser."*

- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.8 fremgikk det blant annet at:

"Vesentlige forbehold eller vesentlige avvik vil føre til avvisning. Det gjøres uttrykkelig oppmerksom på at også ikke vesentlige forbehold eller avvik kan føre til at oppdragsgiver avviser tilbudet, jf. forskrift om offentlige anskaffelser".

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 var det opplyst at *"Følgende kravspesifikasjon skal overholdes og legges til grunn for tilbudet. Oppdragsgiver forbeholder retten til å avvise tilbud som inneholder vesentlige forbehold eller avvik fra minstekrav"*.
- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 var det opplyst at *"Leverandøren forplikter seg til å levere alle de produktene som er beskrevet i tilbudet. Produktene skal oppfylle tekniske krav oppgitt for produktene i tilbudsskjema[a]. Produktene skal være i henhold til beskrivelser og kvalitetskrav i tilbudsskjema."*
- (7) Av konkurransegrunnlaget punkt 6 var følgende tildelingskriterier angitt:
- "Tildeling av kontrakt vil skje på basis av hvilket tilbud som er **det økonomisk mest fordelaktige** ut fra de kriterier som fremgår av etterfølgende tabell:*
- | | |
|---|------------------|
| • Pris, ref. 6.1 | 50 prosentpoeng |
| • Produktkvalitet, ref. 6.2 og prisskjema | 35 prosentpoeng |
| • Leveringstid ref. 6.3 | 15 prosentpoeng" |
- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 6.2 var det blant annet opplyst at *"Mangler ved produktet i forhold til angivelser i tilbudsskjema og i kravspesifikasjonen vil føre til trekk ved vurderingen av tildelingskriteriet Produktkvalitet. Vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen vil kunne føre til at tilbudet forkastes."*
- (9) Vedlagt konkurransegrunnlaget var *"Tilbudsskjema m/spesifikasjon"*. Innledningsvis framgikk følgende:
- "Modell/betegnelse og pris ekskl. mva skal fylles ut av tilbyder; det skal kun oppgis ett produkt pr varelinje.*
- Samtlige produkter i én produktgruppe må tilbys. Oppgitt volum i prisskjemaet er stipulert på bakgrunn av kjøpsstatistikk for 2010- 2011, justert for brukerutvalgets vurdering av behov for de neste årene. Oppgitt volum vil kunne variere betydelig og gir ingen forpliktelser for kommunene eller rettigheter for tilbyder.*
- Hvis ett eller flere produkter mangler i én produktgruppe kan tilbudet for denne produktgruppen ikke evalueres og tilbudet kan avvises, jf. forskrift om offentlige anskaffelser, § 20-13."*
- (10) I skjemaet var kolonne nummer to angitt som *"Produktbetegnelse/varelinje"*, og kolonne tre, som *"minstekrav"*. I tilbudsskjemaet post 31 som gjaldt produktet *"Smertepumpe"*, framgikk følgende *"minstekrav"*:
- "Til intravenøs, subcutan og arteriell bruk. Enkel og sikker bruk. Luft- og okklusjonsdetektor. Nett- og batteridrevet. Historielogg"*
- (11) I skjemaet kolonne fem skulle leverandøren fylle ut *"Leverandørens spesifikasjon (fabrikat, type, modell etc.)"*
- (12) Av skjemaet *"Spørsmål og svar"* var det til post 31 stilt følgende spørsmål:

"Vanlig sprøyte/smertepumpe som brukes i markedet i dag har ikke luftdetektor pga av at det er lite vesentlig om det kommer luft så lenge bruken er subkutan. Vi antar at dere etterspør en vanlig sprøyte/smertepumpe?"

- (13) Som svar var det angitt at: *"Vi ønsker vanlig sprøyte/smertepumpe"*.
- (14) Av anskaffelsesprotokollen datert 9. oktober 2013 punkt 1.9 fremgikk det at Handicare AS (heretter kalt klager), Invacare AS og Norengros AS hadde levert tilbud. Norengros AS (heretter kalt valgte leverandør), ble i henhold til protokollen punkt 1.12 valgt som leverandør.
- (15) I valgte leverandørs tilbud hadde valgte leverandør krysset av "Ja" på spørsmål *"Kan leverandør overholde kravspesifikasjon i kapittel 5?"*.
- (16) I valgte leverandørs utfylte tilbudsskjema post 31 var *"leverandørens spesifikasjon"* angitt til *"Braun Niki T34"*.
- (17) I brev av 31. oktober 2013 påklaget klager innklagedes valg av leverandør. Det ble blant annet vist til at valgte leverandørs tilbudte produkt under post 31, kun var batteridrevet og ikke oppfylte kravet om nettdrift. Tilbudet måtte derfor avvises.
- (18) Innklagede besvarte klagen i brev av 13. november 2013. Det fremgikk følgende:

"Det er riktig at dette produktet kun går på batterier og ikke på nettstrøm. Kravet som er stilt oppfattes som et minimumskrav og i dette tilfellet er det en riktig tolkning av kravet. Normalt vil manglende oppfyllelse av et minimumskrav være grunn til avvisning, da et minimumskrav normalt vil være vesentlig. I dette tilfellet er vi ikke enig i at avviket er vesentlig og at det føre[r] til avvisning. Dette produktet utgjør ca 1,7 % av kontraktsverdien når hver enkelt produktlinje er gjennomsnittsberegnet og totalen er gjennomsnitt beregnet. Verdien er dermed innenfor det som KOFA i tidligere saker har kommet til at ikke er vesentlig. Produktet er heller ikke et produkt som representerer en større gruppe produkter og således er ikke verdien av produktet større enn det som er oppgitt. Den funksjonaliteten som mangler er som nevnt at apparatet ikke går på nettstrøm. Selv om det er et avvik, har ikke avviket en stor praktisk betydning for bruken av apparatet, Apparatet brukes også av oppdragiver i dag. Avviket er derfor vurdert til å ha en ikke vesentlig påvirkning på produktkvalitet og ingen påvirkning på leveringstid. Prismessig utgjør som nevnt produktet 1,7 % av totalverdien noe som heller ikke er vurdert til å være vesentlig JFR KOFA 2003/219. Vi ser derfor bort fra avviket og mener at vi ikke har en plikt til å avvise leverandøren.

For å være sikre på at avgjørelsen er robust har vi gjennomført følgende alternative evalueringer.

- *Produktet 31 til Norengros får ingen poeng i det hele tatt mens prisen er uendret og ingen endringer er gjort på de andre leverandørenes produkter.*
- *Produktet 31 til Norengros er erstattet med ett annet produkt som oppfyller kravene som er stilt. Og prisen på dette produktet er lagt inn med e[t] tillegg på 20 % som usikkerhetspåslag.*

I ingen av de overstående alternative evalueringene ble resultatet påvirket på en slik måte at det endret rekkefølgen på leverandørene. I ingen av de alternative evalueringene økte produktets relative verdi over 1.9 %.

Da vi har gjort en feil i evalueringen på dette produktet har vi også gjort en ny evaluering av produktet, Grunnet at produktet kun kan benyttes på batteri og ikke i tillegg på nettstrøm har vi trukket 3 av 10 poeng på dette produktet. Som nevnt har dette ikke påvirket resultatet av konkurransen."

- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) ved brev av 25. november 2013.
- (20) I brev av 5. desember 2013 opplyste innklagede at kontrakt avventes inngått til klagenemnda har behandlet saken.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. januar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Innklagede har brutt forskriften ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud. Tilbudet inneholder avvik fra kravet om at produktet i post 31 skulle tilbys med både batteri- og nettdrift. Valgte leverandør har dermed levert et tilbud som ikke er i henhold til oppdragsgivers minimumskrav. Det gir liten forutsigbarhet for leverandørene dersom oppdragsgivers minimumskrav, likevel ikke er minimumskrav, og avgjøres fra sak til sak.

Innklagedes anførsler:

- (23) Det er på det rene at produktet tilbudt av valgte leverandør i post 31 "NIKI T34" ikke oppfyller kravet til både batteristrøm og nettdrift, og kun har drift med batterier. Produktets verdi er, etter innklagedes beregninger imidlertid kun 1,7 % av totalverdien på kontrakten. At produktet bare kan benyttes på batteri påvirker ikke funksjonaliteten til produktet. Batteri må skiftes oftere, men andre smertepumper kan anvendes en viss andel av tiden. Innklagede har erfaring med bruk av produktet og manglende nettdrift medfører ikke ulempe for medisinsk personell eller pasienter.
- (24) Avviket forrykker ikke konkurransen. Produktet utgjør en beskjeden verdi og et beskjedent volum, i forhold til de mange produkter som skal tilbys. Flere alternative evalueringer er gjennomført, og endrer ikke at valgte leverandør vinner konkurransen.
- (25) Avviket er ikke vesentlig, og det foreligger ikke plikt til å avvise tilbudet i henhold til forskriften. Det kan dermed ikke være uforutsigbart for leverandørene at avvik som ikke er vesentlige ikke avvises.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for kjøp av medisinskteknisk utstyr og tekniske hjelpemidler i kommunene Sandnes, Sola, Stavanger og Randaberg, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til samlet mellom kroner 8 og 12 millioner (ekskl. mva). I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen

etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III. jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (27) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fordi smertepumpen som ble tilbudt under post 31 i tilbudsskjemaet, ikke oppfylte kravet om både batteri- og nettdrift. Innklagede bestrider ikke at den tilbudte smertepumpe avviker fra kravspesifikasjonen, men anfører at avviket uansett ikke er vesentlig. Innklagede hadde dermed ikke plikt til å avvise tilbudet.
- (28) Det følger av forskriften § 20-13 (1) bokstav e, at *"[e]t til bud skal avvises når[...]det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"*. Det er ikke tvilsomt at den tilbudte smertepumpen fra valgte leverandør avvek fra kravet om både batteri- og nettdrift, da smertepumpen som ble tilbudt kun var batteridrevet. Spørsmålet nemnda må ta stilling til er om avviket er *"vesentlig"*.
- (29) Innklagede hadde benevnt kolonnen etter *"Produktbetegnelse/varelinje"*, som *"minstekrav"*. Til hvert produkt var det beskrevet en rekke krav, som fremkom under kolonnen benevnt *"minstekrav"*.
- (30) Normalt vil bruken av begrepet *"minstekrav"* være nærliggende å forstå på den måten at dette er krav som er ufravikelige, og at tilbud som ikke oppfyller kravet vil bli avvist. Klagenemnda har også i en rekke tidligere avgjørelser funnet at avvik fra konkurransegrunnlagets minstekrav som hovedregel er å regne som *"vesentlig"*, jf. eksempelvis sak 2010/337 med videre henvisninger: *"Der oppdragsgiver uttrykkelig har benevnt et forhold som et minstekrav, vil vilkåret i hvert fall som et klart utgangspunkt være oppfylt."*
- (31) Begrepet minstekrav bør derfor forbeholdes krav som oppdragsgiver på forhånd ønsker å tilkjennegi vil være ufravikelige. Slik konkurransegrunnlaget er utformet i foreliggende sak, er det imidlertid ikke nærliggende å forstå begrepet minstekrav på den måten at oppdragsgiver på forhånd hadde bestemt at manglende oppfyllelse av kravet uten videre ville føre til avvisning, jf. nevnte sak 2010/337. Det uttales her at forutsetningen for å anvende en ubetinget avvisningsregel er at konkurransegrunnlagets spesifikasjoner er utvetydige og ikke til å misforstå. Dette illustrerer at konkurransegrunnlaget må underlegges en nærmere tolking.
- (32) For de etterspurte produktene var nærmest samtlige krav oppstilt i kolonnen som var benevnt minstekrav. I konkurransegrunnlaget var det opplyst at tilbud som inneholdt vesentlige forbehold eller avvik fra minstekrav, kunne avvises, og at vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen vil kunne føre til at tilbudet forkastes. Konkurransegrunnlaget var dermed lagt opp slik at avvik fra minstekrav ikke nødvendigvis ville bli ansett som vesentlige. Innklagede hadde også i konkurransegrunnlaget tatt høyde for at mangler ved tilbudte produkt i tilbudsskjemaet og kravspesifikasjonen, ville føre til trekk i vurderingen av tildelingskriteriet produktkvalitet. Det var dermed også kommunisert at mangler ved produktene i forhold til de angitte minstekravene kunne aksepteres.
- (33) Innklagedes svar på spørsmålet som ble stilt til post 31 i dokumentet benevnt *"Spørsmål og svar"* gir også uttrykk for at de angitte minstekrav ikke var ufravikelige. I spørsmålet fremgikk det at vanlige smertepumper i markedet ikke hadde luftdetektor, men at det ble antatt at vanlig smertepumpe var det som ble etterspurt. Ved å bekrefte at *"vi ønsker*

vanlig sprøyte/smertepumpe", ga dermed innklagede uttrykk for at avvik fra krav om luftdetektor var akseptabelt og ikke ble regnet som vesentlig. At innklagede benevnte kravene til produktene i konkurransegrunnlaget som minstekrav, er upresist, men det fremkom likevel tilstrekkelig klart at ethvert avvik fra produktkravene ikke kunne regnes som vesentlig.

- (34) Nemnda må deretter ta stilling til om valgte leverandørs tilbudte smertepumpe uten nettdrift var et "*vesentlig*" avvik fra kravet om batteri- og nettdrift.
- (35) Den foreliggende konkurransen gjaldt en rammeavtale, og smertepumpen var en av mange produkter som ble tilbudt. Innklagede har forklart at produktet kun utgjorde 1,7 % av totalverdien av rammeavtalen, og har også vist at avviket ikke ville hatt betydning for rangeringen av tilbudene. Etter dette kan avviket i foreliggende tilfelle, ikke anses som "*vesentlig*". Det forelå dermed ikke plikt til å avvise tilbudet etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e, og klagers anførsel har ikke ført fram.

Konklusjon:

Sandnes kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 28. januar 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim