



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Hagen & Tobiasson Advokatfirma DA
Postboks 395 Sentrum
0103 OSLO
Norge

Deres ref.:
Børre Hagen

Vår ref.: 2015/0151-7

Saksbehandler: Elin Økland

Dato: 17.02.2016

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 14. desember 2015 på offentlig anskaffelse av 1 stk. G-bue. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram fordi det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Oslo Universitetssykehus HF (heretter innklagede) kunngjorde 29. juni 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en G-bue til ortopedisk avdeling på Ullevål sykehus. Anskaffelsens verdi var estimert til 1 550 000 kroner. Tilbudsfrist var angitt til 21. august 2015.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen punkt 1.2 at det skulle anskaffes 1 stk. G-bue til klinikk for kirurgi og nevrofag.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3 fremgikk krav til tilbydernes *"Tekniske og faglige kvalifikasjoner"*: *"Tilbyder skal ha tilstrekkelige tekniske og faglige kvalifikasjoner til gjennomføring av kontraktsforpliktelsene"*. Som dokumentasjonskrav var det oppgitt at: *"[t]ilbyder skal ha et kvalitetssikringssystem som dokumenterer tilbyders organisasjon og evner til gjennomføring av en god leveranse. Legg ved en kort beskrivelse (for eksempel innholdsfortegnelse) av tilbyders kvalitetssystem/metoder for kvalitetssikring, og kopi av eventuelle sertifikater"*.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 4 fremgikk tildelingskriteriene. Det var opplyst at tildeling ville skje på basis av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige basert på følgende kriterier:

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 post@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

"Totalkostnad 30 %", "Funksjonelle krav, opplevd brukervennlighet mv. 50 %", "Organisasjon/Teknisk bistand/Vedlikehold 10 %", "Opplæring 5 %", "Leveringstid 5 %".

- (5) Det fremgikk videre i punkt 4.4 en utdyping av innholdet i tildelingskriteriene. Herfra gjengis:

"[...] c) Teknisk organisasjon/Teknisk bistand/Vedlikehold:

- *Teknisk organisasjons samlede evne til gjennomføring av leveransen og senere oppfølging.*
- *Referanseliste*

[...]".

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, herunder fra Swemac Imaging og fra Ortho Vita AS (heretter klager).
- (7) Innklagede sendte den 26. november 2015 en meddelelse om at konkurransen avlyses og gav følgende begrunnelse: " (...) OUS har kommet i skade for å angi tildelingskriterier som ikke er i tråd med forskrift om offentlige anskaffelser (foa). Etter forskriftens § 13-2 (2) er det et krav om at når en kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, skal de kriterier som benyttes ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, Dette innebærer at kriteriene som anvendes skal være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Vi ser at de to første kriteriene som fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 4.4 c), "Teknisk organisasjons samlede evne til gjennomføring av leveransen og senere oppfølging" og "Referanseliste", ikke kan sies å ha tilknytning til kontraktsgjenstanden. De to kriteriene retter seg mer mot leverandørene enn mot ytelsen som skal tilbys, og er således ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Vi ser også at det forhold som skal vurderes under førstnevnte kriterium, i stor grad sammenfaller med det forhold som skal vurderes under kvalifikasjonskravet som fremgår av konkurransegrunnlagets pkt. 2.3. De to overnevnte kriterier må derfor anses som ulovlige, hvilket kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. Sykehuset vurderer det slik at denne feilen ikke er mulig å reparere på annen måte enn ved å avlyse konkurransen. (...)".
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. desember 2015.
- (9) Innklagede har opplyst at kontrakt ikke er inngått.

Sekretariatets vurdering:

- (10) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndsforskriften § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av 1 stk. G-bue som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i estimert til 1 550 000 kroner eks. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Avlysning av konkurransen

- (1) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen uten at det forelå saklig grunn til avlysning. Klager hevder at tildelingskriteriet "*Organisasjon/Teknisk bistand/Vedlikehold*", med tilhørende underkriterier, var egnet til å si noe om produktet og at kriteriet dermed har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Til dette har innklagede innvendt at kriteriene retter seg mer mot leverandørene enn mot ytelsen som skal tilbys, og således ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I tillegg har innklagede vist til at det forhold som skal vurderes under førstnevnte kriterium, i stor grad sammenfaller med det forhold som skal vurderes under kvalifikasjonskravet som fremgår av konkurransegrunnlagets pkt. 2.3. Som følge av dette var det saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (2) Det fremgår av forskriften § 13-1 (1) at oppdragsgiver kan "*avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn*". Avlysning kan skje inntil kontrakt er inngått.
- (3) Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt beror på en helhetsvurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på tidspunktet for når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den. Det er i klagenemndas praksis lagt til grunn en lav terskel for hva som kan utgjøre en saklig grunn til avlysning i en konkurranse. Praksis viser at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt sett er saklige, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2012/223 premiss (32). Videre vil også situasjoner hvor det har oppstått en feil, også som følge av innklagedes eget forhold, og feilen ikke kan repareres ved andre tiltak enn avlysning, også ofte måtte anses som saklig grunn, jf. klagenemndas sak 2012/156 premiss (41).
- (4) I det foreliggende tilfellet avlyste innklagede konkurransen med den begrunnelse at vurderingstemaet i tildelingskriteriet "*Teknisk organisasjon/Teknisk bistand/Vedlikehold*" var sammenfallende med vurderingen av kvalifikasjonskravet om at "*Tilbyder skal ha tilstrekkelige tekniske og faglige kvalifikasjoner til gjennomføring av kontraktsforpliktelsene*".
- (5) Det følger av forskriften § 13-2 (2) at når en kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, "*skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden*". I dette ligger et krav om at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. for eksempel klagenemndas sak 2012/121 premiss (57), og at tildelingskriteriene ikke skal være "*essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract*", jf. EU-domstolens avgjørelse i C-532/06 ("*Lianakis*") og blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2015/60 og sak 2008/120. Dersom et kvalifikasjonskrav og et tildelingskriterium forutsetter en vurdering av samme forhold, kan det lett oppstå tvil om disse vilkårene er oppfylt.
- (6) Innklagede har i begrunnelsen konkret vist til at det er tildelingskriteriene "*Teknisk organisasjons samlede evne til gjennomføring av leveransen og senere oppfølging*" og "*Referanseliste*" som ikke kan sies å ha tilknytning til kontraktsgjenstanden. De to kriteriene er ifølge innklagede utelukkende forhold som retter seg mot leverandørene og ikke mot den ytelse som tilbys.
- (7) Slik tildelingskriteriene var angitt fremstår det for sekretariatet slik at det var firmaet som sådan sin generelle gjennomføringsevne og referanseliste som var gjort til gjenstand for evaluering, ikke oppdragsspesifikke kvaliteter ved tilbudene. Kriterienes

utforming fremstår ikke umiddelbart som egnet til å si noe som nivået på ytelsen som skulle leveres. Ettersom deler av tildelingskriteriet vanskelig kunne gi innklagede informasjon om varens kvalitet, finner sekretariatet at angivelsen av kriteriene er en feil som ikke kan løses på annen måte enn ved avlysning av konkurransen. Innklagede har etter dette saklig grunn til å avlyse konkurransen som følge av at tildelingskriteriene "*Teknisk organisasjons samlede evne til gjennomføring av leveransen og senere oppfølging*" og "*Referanseliste*" forutsetter en vurdering av samme forhold som kvalifikasjonskravet om at "*Tilbyder skal ha tilstrekkelige tekniske og faglige kvalifikasjoner til gjennomføring av kontraktsforpliktelsene*". Dette innebærer at innklagede ikke har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen.

- (8) Sekretariatet finner grunn til å bemerke at selv om det foreligger en saklig grunn til å avlyse konkurransen, kan oppdragsgiver komme i erstatningsansvar dersom forholdet kunne vært avverget eller forutsatt, slik at tilbyderne ikke unødig pådro seg kostnader ved å delta i konkurransen. At vilkårene for å avlyse konkurransen er oppfylt, innebærer derfor ikke automatisk at dette også kan skje erstatningsfritt. Sistnevnte er en egen og selvstendig vurdering, som sekretariatet ikke har foretatt her.
- (9) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vår avvisningsbeslutning. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Siden denne fristen er fastsatt i klagenemndforskriften § 9, har verken sekretariatet eller klagenemndas leder myndighet til å utsette klagefristen. Klagen sendes til sekretariatet, som vil videresende denne til klagenemndas leder for behandling.

Anneline Vingsgård
direktør/sekretariatsleder
Dokumentet er godkjent elektronisk

Elin Økland
rådgiver

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Hagen & Tobiasson Advokatfirma DA	Postboks 395 Sentrum	0103 OSLO Norge	firmapost@hatob.no

Kopi til:

Oslo Universitetssykehus HF	Postboks 4950 Nydalen	0424 OSLO Norge	Nina Haugen Irgens nhaugen@ous-hf.no
-----------------------------	-----------------------	--------------------	---