



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle prinsippene i loven § 4. Ulovlig tildelingskriterium.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av legemidler, multidose og farmasøytiske tjenester. Klager anførte at innklagede hadde brutt de generelle prinsippene i loven § 4 ved utformingen av konkurransegrunnlaget, som etter klagers syn manglet opplysninger som satte tilbyderne i stand til å konkurrere på like vilkår. Klager mente at innklagede hadde brutt plikten til å utjevne eksisterende leverandørs konkurransefordel. Klagenemnda kom til at ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 8. november 2021 i sak 2021/1148

Klager: Boots Norge AS

Innklaget: Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten

Klagenemndas medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Sverre Nyhus og Kristian Jåtog Trygstad.

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. mars 2021 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av legemidler, multidose og farmasøytiske tjenester for flere av Oslo kommunes samarbeidende virksomheter. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til totalt 474 millioner kroner for en avtaleperiode på to år med opsjon på forlengelse 1+1 år. Tilbudsfrist var opprinnelig 9. april 2021, men ble utsatt til 21. april 2021.
- (2) Multidose er maskinelt pakkelegemidler som pakkes i poser skreddersydd for den enkelte pasient. Dette skal bidra til å sikre riktig legemiddelbruk og forenkle legemiddelhåndtering for brukeren.
- (3) I kunngjøringens beskrivelse av rammeavtalen fulgte det at den skulle «*dekke behov for både reseptpliktige og ikke reseptpliktige legemidler, (heretter benevnte legemidler) apotekspesifikke handelsvarer til institusjoner og driftssteder i kommunene, dosepakke medisin og pakking av disse, samt farmasøytiske tjenester. Leverandøren skal være totalleverandør av legemidler og skal til enhver tid kunne levere alle typer legemidler som finnes på markedet til kommunene jf. forskrift om apotek (apotekforskriften) § 26 om apotekets forhandlingsplikt. Et overordnet mål er at samkjøpsavtalen ivaretar pasient og informasjonssikkerhet på en effektiv og forsvarlig måte.*»
- (4) Av konkurransegrunnlagets punkt 1.3.2 «*Omfang*» fulgte det at «*Leverandør skal være totalleverandør av varer og tjenester som er omtalt i konkurransen. Samkjøpsavtalen omfatter levering av alle typer legemidler, reseptfrie handelsvarer, pakking av*

multidose/endose og farmasøytiske tjenester. Avtalen vil omfatte alle kjøp av produkter og tjenester som naturlig omfattes av avtaleområdet.

Avtalen omfatter ikke:

- Medisinsk forbruksmateriell (inkludert inkontinensprodukter og ernæringsprodukter) og medisinsk utstyr/tester (det foreligger egne avtaler for disse områdene).
- Medisiner som pakkes i multidose og øvrige medisiner til hjemmeboende (dekkes av brukeren selv)
- Vaksiner»

- (5) Det fulgte videre av dette punktet at virksomhetene innklagede handlet på vegne av, blant annet besto av «sykehjem, hjemmetjeneste, bofellesskap, legevakt, akutte døgnenheter, tannklinikker, helsestasjoner, fengselshelsetjeneste, skoler og barnehager», og videre at «Samkjøpsavtalen har en årlig estimert verdi på ca 118,5 millioner NOK for alle omfattede virksomheter. Årlig estimert verdi for legemidler er ca 72 millioner NOK. Oppdragsgiver gjør oppmerksom på at estimatet er basert på tidligere forbruk samt et tillegg på 15% for usikkerhet knyttet til fremtidige behov (...).»
- (6) Tildelingskriteriene ble presentert slik i konkurransegrunnlagets punkt 5.1:

Tildelingskriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
Priskriterier		
Pris - legemidler og multidose	28%	Ferdig utfylt bilag 3 Pris- og produktskjema
Pris - rabatt på øvrige varegrupper	4%	Ferdig utfylt bilag 3 Pris- og produktskjema
Pris - farmasøytisk revisjon/tilsyn	2%	Ferdig utfylt bilag 3 Pris- og produktskjema
Pris - integrering av lagerstyringssystem	1%	Ferdig utfylt bilag 3 Pris- og produktskjema
Kvalitetskriterier		
Bestilling av multidose	40%	Ferdig utfylt bilag 2 Løsningsbeskrivelse
Innovasjon	10%	Ferdig utfylt bilag 2 Løsningsbeskrivelse
Beredskap	7,5%	Ferdig utfylt bilag 2 Løsningsbeskrivelse
Service	7,5%	Ferdig utfylt bilag 2 Løsningsbeskrivelse

- (7) I konkurransegrunnlagets punkt 5.2 «Grunnlag for evaluering», fulgte det at:

«Taktisk prising av produkter og ytelser er ikke tillatt i konkurransen. Taktisk prisede tilbud vil bli avvist.

Taktisk prising defineres som tilfeller hvor Leverandører bevisst utnytter feil og svakheter i konkurranse- og kontraktsgrunnlaget for å oppnå større fortjeneste, herunder

uforholdsmessige høye priser for produkter og ytelser som ikke direkte har vært gjenstand for tildeling av kontrakt.»

- (8) Tildelingskriteriet, «Bestilling av multidose», ble nærmere utdypet i konkurransegrunnlagets punkt 5.2.5. Her fremgikk det at:

«Leverandørens bestillingløsning av multidose skal fortrinnsvis være et elektronisk webbasert system. Tilbudt elektronisk bestillingssystem bør tilrettelegge for effektiv ressursbruk og økt pasientsikkerhet. Innloggingsprosess er en viktig del av sikkerheten i en Web-løsning og derfor bør den ansatte identifisere seg gjennom elektronisk ID. Dette for å ha en sikker dokumentsending for kommunens ansatte og ivareta høy sikkerhet for brukerne.

I tillegg til hjemmetjenesten har også sykehjem en økende bruk av multidose. Oppdragsgiver vil vektlegge et elektronisk bestillingssystem for hjemmeboende pasienter høyst, deretter elektronisk bestillingssystem for andre virksomheter (institusjoner).

Dersom leverandør ikke har et elektronisk bestillingssystem per dags dato, teller det positivt dersom leverandøren har et pågående prosjekt og viser implementeringsplan hvor et elektronisk bestillingssystem kan tilbys innen fire (4) måneder etter signert kontrakt. Dersom leverandør ikke kan tilby et ferdig utviklet elektronisk bestillingssystem eller ikke har et pågående prosjekt for elektronisk bestillingssystem, skal leverandørens alternativ til bestillingløsning av multidose beskrives.

Oppdragsgiver vil vektlegge funksjoner som:

- *Mulighet til å gjøre administrative endringer i multidose*
- *Mulighet til å kunne bestille alle typer apotekvarer, både reseptbelagte varer og andre varer*
- *Oversikt over tidligere bestillinger*
- *Oversikt over gyldige resepter og varsel ved utløp*
- *Mulighet for å bestille fornyelse av resept og varsling når resept er fornyet*
- *Oversikt over abonnementer*
- *Mulighet for elektronisk dialog med apoteket, som eksempelvis chat-funksjon*
- *Sikker overføring av pasientsensitive opplysninger*
- *Mulighet for å kunne hente ut statistikk og styringsdata slik at virksomhetene kan evaluere prosesser*
- *Mulighet til å kunne administrere tilganger for ansatte, samt legge til og fjerne brukere/pasienter fra systemet*
- *Mulighet til å gi ulike tilganger for bestillinger og lesetilgang*
- *Ulike muligheter for innlogging slik at også andre nordiske statsborgere kan logge inn*

- *Innebygget brukermanual*
- *Mulighet for å legge inn bestillinger med leveranser som utleveres direkte til brukers adresse*
- *Interaktiv opplæringsmodul (testbruker)/Elektronisk demoløsning for opplæring av bestillingsløsningen*
- *Effektive løsninger for bestilling, herunder haste- og akuttbestillinger*
- *Ved elektronisk system; oppdatert på flere tidspunkter i løpet av døgnet*

Dokumentasjonskrav:

Leverandør skal beskrive sitt totale bestillingssystem for multidose, herunder bilder som viser funksjonene i bestillingsløsningen. Eventuelt, en beskrivelse av utviklingsplaner for leverandørens elektroniske bestillingsløsning av multidose.»

- (9) *I konkurransegrunnlagets punkt 5.3.1 under punktet «Pris», het det at «Leverandør som har den laveste evalueringssummen får 10 poeng. Øvrige tilbud gis poeng lineært i forhold til laveste pris. Dersom det viser seg å være mer enn 75% avvik mellom laveste og høyeste evalueringssum vil en hybridmodell legges til grunn ved beregning av poeng på priskriteriet.»*
- (10) Den 6. april 2021 mottok Klagenemnda for offentlige anskaffelser en klage på foreliggende anskaffelse fra Norsk Medisinaldepot AS. Klagenemnda behandlet klagen som en prioritert sak, og nemnda kom i avgjørelse av 31. mai 2021 til at klagen ikke førte frem.
- (11) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, herunder fra Boots Norge AS (heretter klager) og Apotek 1-gruppen. Norsk Medisinaldepot AS valgte ikke å inngi tilbud i konkurransen.
- (12) Innklagede sendte 21. april 2021 en melding til Apotek 1-gruppen der det fulgte at «Vi finner at flere prisposter og delpriser i det mottatte tilbudet virker unormalt lave i forhold til ytelsene som skal være inkludert i leverandørens priser, jf. Konkurransegrunnlaget med vedlegg (...). Dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiver skriftlig kreve at leverandøren redegjør for tilbudets sammensetning, jf. anskaffelsesforskriften § 24-9 (1). I medhold av denne bestemmelsen ber vi om en redegjørelse for tilbudets sammensetning og hva som inngår i de tilbudte prisene. Vi ber særlig om en redegjørelse knyttet til forholdene som nevnes innledningsvis.»
- (13) Apotek 1-gruppen redegjorde for prisingen av sitt tilbud, og innklagede fant at tilbudet ikke var unormalt lavt priset. Tilbudet ble dermed evaluert.
- (14) Innklagede meddelte tilbyderne 7. juni 2021 at rammeavtalen var tildelt Apotek 1-gruppen (heretter valgte leverandør). Om evalueringen av priskriteriet, fulgte det at «For priskriteriene har leverandør med den laveste evalueringssummen fått 10 poeng. Da det er mer enn 75% avvik mellom laveste og høyeste evalueringssum er en hybridmodell benyttet for prisberegning, jf. konkurransegrunnlagets punkt 5.3.1.»

- (15) I følge evalueringsrapporten var valgte leverandørs evalueringssum på 43 688 491 kroner, mens klagers evalueringssum var på 76 034 638 kroner. Valgte leverandør oppnådde ti poeng under tildelingskriteriet, «Bestilling av multidose», mot klagers fem oppnådde poeng. Om valgte leverandørs besvarelse av dette kriteriet, het det blant annet at:

«Vi vurderer at Apotek 1 i hovedsak tilbyr en meget god løsning. Det anses svært positivt at leverandør tilbyr et operativt elektronisk bestillingssystem for multidose, som etter vår vurdering vil ivareta pasientsikkerhet på en svært god måte. Bestillingssystemet tilbys både for hjemmetjenesten og institusjoner.

Leverandør beskriver sitt totale bestillingssystem for multidose, herunder med bilder som viser funksjonene i bestillingsløsningen. Leverandør tilbyr nærmest fullt ut funksjonalitetene som er etterspurt, og de dokumenteres godt. Tilbudte funksjoner anses å imøtekomme Oppdragsgivers behov på en meget god måte og tilrettelegge for effektiv ressursbruk, spesielt for hjemmetjenesten. Noen detaljer i etterspurte funksjoner som leverandør ikke tilbyr per i dag, forventes levert raskt under en eventuell implementeringsperiode. Leverandør har tidfestet når disse detaljene kan forventes levert.

Det finnes likevel enkelte områder med forbedringspotensialer, som tilbudte funksjonaliteter for institusjoner. Beskrivelsen av tilbudt løsning for institusjoner er mindre detaljert og dokumentert, dette skaper noe usikkerhet knyttet til løsningen i praksis.»

- (16) Om klagers besvarelse av tildelingskriteriet, «Bestilling av multidose», het det blant annet at:

«Vi vurderer at leverandør har en akseptabel besvarelse, men at det er flere områder som ikke er besvart. Generelt bærer løsningen preg av manglende dokumentasjon, noe som skaper en usikkerhet knyttet til løsningen i praksis og hvordan bestillingssystemet vil kunne tilrettelegge for effektiv ressursbruk. Det tilbys en løsning som er under utvikling, og det er lagt ved en overordnet implementeringsplan.

Bestillingssystemet tilbys for både hjemmetjenesten og institusjoner. Slik løsningen fremstår, anses bestillingssystemet å kunne imøtekomme Oppdragsgivers behov på en god måte, spesielt for institusjoner. Vi vurderer imidlertid at løsningen i stor grad mangler dokumentasjon og informasjon som gjør Oppdragsgiver i stand til å vurdere funksjonalitetene og plan for implementeringen av bestillingsløsningen. Tilbyder beskriver imidlertid funksjonalitet for sikker innlogging, og vi anser at løsningen vil kunne gi økt pasientsikkerhet.»

- (17) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 18. juni 2021, og gjorde gjeldende at konkurransegrunnlagets utforming favoriserte eksisterende leverandør på en måte som var i strid med de generelle prinsippene om likebehandling og konkurranse i loven § 4. Klagen ble ikke tatt til følge og innklagede har opplyst at kontrakt med valgte leverandør ble inngått 21. juni 2021.

- (18) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. juli 2021.

- (19) Nemndsmøte i saken ble avholdt 25. oktober 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har brutt de generelle prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 ved å utforme et mangelfullt konkurransegrunnlag. Konkurransegrunnlaget mangler informasjon om volumet og lønnsomheten leverandøren vil få ved mersalg direkte foranlediget av rammeavtalen. Disse opplysningene besittes av eksisterende leverandør, og denne konkurransefordelen skulle innklagede utjevnet ved å gi alle leverandørene tilgang til denne informasjonen.
- (21) Innklagede har brutt de generelle prinsippene i loven § 4 ved utformingen av tildelingskriteriet «*Bestilling av multidose*». Det er ikke gitt informasjon i konkurransegrunnlaget om hvordan eksisterende leverandørs bestillingsløsning fungerer, og det er heller ikke oppstilt konkrete krav til løsningens funksjonalitet. Det medfører at eksisterende leverandør får en konkurransefordel i kraft av å ha et ferdigutviklet bestillingssystem. Sett i sammenheng med den korte implementeringstiden på fire måneder, er tildelingskriteriet unødvendig konkurransebegrensende.
- (22) Feilene i konkurransegrunnlaget kan ha hatt betydning for utfallet av konkurransen, noe som bekreftes ved at Norsk Medisinaldepot AS avsto fra å levere tilbud i konkurransen. Konkurransen skulle derfor vært avlyst.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Prinsipalt anføres at klagen må avvises som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforskriften § 9. Anførsleane er de samme som KOFA behandlet i sak 2021/618, der KOFA kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (24) Subsidiært anføres det at konkurransegrunnlaget er utformet i tråd med de generelle prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4. Innklagede la ved statistikk og informasjon til konkurransegrunnlaget, som ga leverandørene et forsvarlig grunnlag for utformingen av sine tilbud. Informasjonsplikten er med det overholdt og innklagede har gjort tilstrekkelige tiltak for å utjevne konkurransefordeler som eksisterende leverandører måtte ha. Klager har uansett ikke sannsynliggjort at ytterligere informasjon gitt i konkurransegrunnlaget ville hatt betydning for utfallet av konkurransen.
- (25) Utformingen av tildelingskriteriet, «*Bestilling av multidose*», er i overensstemmelse med de generelle prinsippene i loven § 4. At tilbyderne har ulike muligheter til å oppfylle tildelingskriteriet som følge av ulike forutsetninger for å levere et optimalt tilbud, medfører ikke i seg selv av det foreligger brudd på likebehandlingsprinsippet. Kravene til det elektroniske bestillingssystemet er ikke oppstilt som krav i kravspesifikasjonen, men som et tildelingskriterium som er ment å premiere de leverandørene som har utviklet sitt bestillingssystem i tråd med den teknologiske utviklingen.
- (26) Konkurransegrunnlaget er utformet i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser, og det forelå dermed ingen avlysningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av legemidler, multidose og farmasøytiske tjenester, og er kunngjort som en varekontrakt. Anskaffelsens verdi er estimert til 474 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda

- (28) Klagenemnda tar først stilling til om klagen skal avvises fordi klagenemnda i sak 2021/618 behandlet en klage fra Norsk Medisinaldepot AS, som gjaldt samme anskaffelsesprosess.
- (29) Det at en klage over samme anskaffelsesprosess tidligere er bragt inn for klagenemnda, er ikke i seg selv til hinder for at klagenemnda kan behandle saken. Selv om klagen gjelder samme anskaffelse som i sak 2021/618, gjelder denne saken andre anførsler fremsatt av en annen klager. Klagenemnda har derfor besluttet å ta klagen til behandling.

Mangelfullt konkurransegrunnlag

- (30) Spørsmålet for klagenemnda er om konkurransegrunnlaget er utformet i strid med de generelle prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4, ved at det ikke er inntatt opplysninger om omfanget av mersalget av legemidler pakket i multidose og andre apotekvarer til hjemmeboende pasienter.
- (31) Avtalen er kunngjort som en varekontrakt, og hovedformålet med avtalen er i henhold til konkurransegrunnlaget å dekke behovet for legemidler og apotekvarer for en rekke forskjellige institusjoner i kommunen, herunder sykehjem, legevakt, fengselshelsetjeneste mv. Legemidler og apotekvarer skulle prises i henhold til apotekenes maksimale innkjøps- og utsalgspriser, med en tilbudt rabattsats.
- (32) Avtalen omfatter i tillegg farmasøytiske tjenester, og av betydning for denne saken er særlig pakking av legemidler i multidose. Denne tjenesten skulle leveres til de nevnte institusjonene i forbindelse med deres kjøp av de (rabatterte) legemidlene på rammeavtalen. Pakking av legemidler i multidose skulle også leveres hjemmetjenesten, som tilbyr multidose til hjemmeboende pasienter. For denne pasientgruppen foregår imidlertid kjøp av legemidlene som skal pakkes i multidose, utenfor rammeavtalen, fordi hjemmeboende pasienter dekker egne legemiddelkostnader opp til HELFOs satser. For denne pasientgruppen ville dermed rammeavtaleleverandøren kunne levere legemidler til full pris. I tillegg vil det i praksis være multidoseapoteket som blir leverandør av øvrige apotekvarer til hjemmeboende pasienter. Det ligger dermed et stort inntjeningspotensial for leverandørene ved salg av disse varene til de hjemmeboende pasientene.
- (33) Klager har ikke anført at det var i strid med regelverket å legge opp konkurransen på denne måten. Klagers innvending mot konkurransegrunnlaget knytter seg til at det ikke er inntatt opplysninger om forventet salg av urabatterte legemidler og apotekvarer til hjemmeboende pasienter. Denne informasjonen er ifølge klager avgjørende for å utforme et fullstendig tilbud, jf. forskriften § 14-1 (3) bokstav f. Når eksisterende leverandør har tilgang til denne informasjonen, medfører det ifølge klager også en informasjonsasymmetri som innklagede er forpliktet til å utjevne nettopp ved å gi øvrige leverandører informasjon om det forventede salgsvolumet av disse produktene.

- (34) Salg av legemidler og apotekvarer til hjemmeboende pasienter er som nevnt ikke omfattet av rammeavtalen, og klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at opplysninger om omfanget av dette, er avgjørende for å utforme et fullstendig tilbud på de varene og tjenestene som er omfattet av konkurransen, jf. forskriften § 14-1 (3) bokstav f. Klager har for øvrig ikke anført at det var i strid med regelverket å inkludere pakking av multidoser til hjemmeboende i rammeavtalen.
- (35) Kjennskap til omfanget av mersalget er imidlertid av betydning for den risikoen leverandøren må ta ved utformingen av sine tilbud, og da særlig ved prisingen av sine produkter. At eksisterende leverandør innehar denne informasjonen er dermed klart en konkurransefordel.
- (36) Oppdragsgiver kan i visse tilfeller ha en aktivitetsplikt for å redusere – og eventuelt utjevne – en konkurransefordel som en tilbyder har i kraft av å være eksisterende leverandør, se for eksempel Eidsivating lagmannsretts dom i sak LE-2015-149169. Denne aktivitetsplikten er utledet av de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling. Om og i hvilken utstrekning oppdragsgiver har plikt til å redusere et konkurransefortrinn, beror på en konkret vurdering. Relevante momenter i denne vurderingen er blant annet hvor enkelt og rimelig det er å redusere konkurransefortrinn, og om en reduksjon innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter, se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak T-345/03 (*Evropaïki Dynamiki*), avsnitt 76.
- (37) Det spesielle i denne saken er at innklagede ikke besitter denne informasjonen selv, fordi salg til hjemmeboende pasienter skjer utenfor avtaleforholdet mellom innklagede og eksisterende leverandør. Innklagede har opplyst at innhenting av slik informasjon fra eksisterende leverandør, brukerne av avtalen og den enkelte pasient, vil være svært ressurskrevende og medføre en stor risiko for feilrapportering.
- (38) Nemnda vil bemerke at nemndas skriftlige behandlingsform ikke er innrettet mot å etterprøve hvor ressurskrevende og byrdefullt det ville ha vært å redusere eksisterende leverandørs konkurransefortrinn i denne saken. En slik bevisvurdering vil ofte kunne bli belyst langt bedre gjennom domstolsbehandling av saken. Med det foreliggende skriftlige materialet som er lagt frem for nemnda, finner ikke nemnda at klager i tilstrekkelig grad har klart å imøtegå innklagedes innvendinger og standpunkt om at det ikke forelå plikt til å foreta utjevning.
- (39) Til dette kommer at innklagede i konkurransegrunnlaget har gitt leverandørene informasjon om det estimerte antallet multidosepasienter, samt gitt opplysninger om oppdragsgivere, samarbeidspartnere og leveringssteder under den eksisterende rammeavtalen (gjeldende fra 2017-2021). Det var videre angitt estimert forbruk av legemidler og enkelte apotekspesifikke varer for institusjonene, samt hvor stor andel av avtalens estimerte verdi som var antatt å stamme fra henholdsvis legemiddelsalg og de øvrige varene og tjenestene avtalen omfattet, herunder pakking i multidoser. Dette viser at det i alle fall forelå en del opplysninger om dette salget som kunne sette tilbyderne bedre i stand til å inngi tilbud. Slik saken er opplyst har ikke klagenemnda funnet holdepunkter for at innklagede var forpliktet til å gi ytterligere informasjon for å redusere eksisterende leverandørs konkurransefortrinn. På denne bakgrunn har nemnda kommet til at det, slik saken er opplyst, ikke var i strid med regelverket at konkurransegrunnlaget ikke inneholdt informasjon om omfanget av mersalget til hjemmeboende pasienter.

Tildelingskriteriet «Bestilling av multidose»

- (40) Klagenemnda tar i det videre stilling til om tildelingskriteriet, «*Bestilling av multidose*», er utformet på en slik måte at eksisterende leverandør er gitt en konkurransefordel i strid med det generelle prinsippet om likebehandling i loven § 4.
- (41) Innledningsvis bemerkes at klagenemnda i sak 2021/618 behandlet spørsmålet om lovligheten av tildelingskriteriet «*Bestilling av multidose*», se avgjørelsens avsnitt 28 følgende. Klageren gjorde i nevnte sak gjeldende at funksjonene som ble vektlagt under tildelingskriteriet, i detalj beskrev bestillingsløsningen til eksisterende leverandør, og at det dermed forelå en plikt for innklagede til å utjevne konkurransefordelen eksisterende leverandør hadde ved å være i besittelse av et slikt bestillingssystem.
- (42) I motsetning til sak 2021/618, har klageren i denne saken vist til at innklagede ikke har beskrevet konkrete krav til funksjonaliteter i det ønskede bestillingssystemet, og heller ikke gitt opplysninger om eksisterende leverandørs fungerende bestillingsløsning. Klager mener på denne bakgrunn at det er svært vanskelig for leverandører uten et ferdigutviklet system å kunne få full uttelling på tildelingskriteriet.
- (43) De grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling i loven § 4 innebærer at oppdragsgiver ikke kan benytte tildelingskriterier som har en konkurransevidende effekt, jf. også EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 *Max Havelaar*, avsnitt 95. På den annen side kan oppdragsgiver benytte kriterier som ivaretar saklige behov, uavhengig av om leverandører har ulike forutsetninger for å levere et optimalt tilbud, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-513/99 *Concordia Bus Finland*, avsnitt 85.
- (44) Etter nemndas syn er det klart at tildelingskriteriet, «*Bestilling av multidose*», ivaretar et saklig behov fordi et elektronisk bestillingssystem ivaretar hensynet til pasientsikkerhet og brukervennlighet på en bedre måte enn et ikke-elektronisk bestillingssystem. Ved at innklagede også åpnet for at leverandører uten et elektronisk bestillingssystem ville få uttelling for å beskrive et system under utarbeidelse, mener nemnda at innklagede har tilrettelagt for at leverandører med ulike forutsetninger kunne levere et konkurransedyktig tilbud. Nemnda viser i denne forbindelse til at klager har fått uttelling på tildelingskriteriet for sin beskrivelse av bestillingsløsningen under utvikling, men trekk fordi klager mangler dokumentasjon på at systemet vil ivareta oppdragsgivers behov.
- (45) Klagenemnda kan ikke se at fordelene ved å ha et ferdigutviklet system er en konkurransefordel som innklagede er pliktig til å utjevne i større grad enn innklagede har gjort. Nemnda er heller ikke enig med klager i at beskrivelsen av de ønskede funksjonene i systemet er så sparsom at leverandører uten et eksisterende system ikke har mulighet til å inngi et konkurransedyktig tilbud.
- (46) På denne bakgrunn har nemnda kommet til at tildelingskriteriet, «*Bestilling av multidose*», ikke er utformet på en slik måte at eksisterende leverandør er gitt en konkurransefordel i strid med det generelle prinsippet om likebehandling i loven § 4.

Konklusjon:

Oslo kommune ved Utviklings- og kompetanseetaten har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk