



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en konkurransepreget dialog for anskaffelse av system for bakteriologisk automasjon. Klager anførte at kontrakten som ble inngått mellom innklagede og valgte leverandør var vesentlig endret fra konkurransegrunnlagets innhold, og at kontraktsinngåelsen dermed utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Anførselen førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2023 i sak 2023/0544

Klager: Nerliens Meszansky AS

Innklaget: Helse Sør-Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Tarjei Bekkedal, Bjørn Berg og Hallgrim Fagervold

Bakgrunn:

- (1) Helse Sør-Øst RHF (heretter *innklagede*) kunngjorde 7. mars 2022 en konkurranse om anskaffelse av laboratorieutstyr, system for automasjon bakteriologi. Konkurransen ville bli gjennomført som konkurransepreget dialog. Frist for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen var 7. april 2022.
- (2) To leverandører leverte forespørsel om å få delta i konkurransen. Det var Nerliens Meszansky AS (heretter *klager*) og Becton Dickinson Norway AS (heretter *valgte leverandør*). Begge leverandørene ble prekvalifisert og invitert videre i dialogfasen.
- (3) Formålet med anskaffelsen fremgikk av tilbudsinnbydelsens punkt 1.3:

«Til Nytt Sykehus Drammen etterspørres det et system for bakteriologisk automasjon. Systemet skal være modulært og være knyttet sammen med transportbånd. Automasjonsløsningens omfang skal tilpasses laboratoriets behov. Systemet må beherske automasjon av bakteriologisk diagnostikk, fra utsæd, via inkubasjon, digital fotografering til digital vurdering av oppvekst på dyrkningsskåler. Det er også ønskelig at systemet har løsning for identifikasjon og resistensbestemmelse av bakterier basert på digital avlesning av hemningssoner. Det vektlegges at systemet understøtter logiske og effektive arbeidsprosesser for best mulig laboratoriedrift og prøveflyt.»

- (4) Kontrakt ville tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på tildelingskriteriene «*Totalkostnad, levetidskostnader*» (vektet 30 prosent), «*Kvalitet*» (vektet 55 prosent) og «*Andre kriterier*» (vektet 15 prosent).
- (5) Om kravspesifikasjonen sto det i konkurransegrunnlagets bilag C1U «*Omfang og beskrivelse*», at «*Dokumentet Bilag C2U Kravspesifikasjon vil bli utviklet i løpet av dialogfasen og inngå i det endelige konkurransegrunnlaget. Prekvalifiserte leverandører vil deretter bli invitert til å inngi tilbud.*»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

- (6) Frist for å levere det første løsningsforslaget var 27. mai 2022. I første løsningsforslag presenterte begge leverandørene en løsning som innebar plassering av en fysisk IKT-enhet med styringskomponent/server på sykehuset, sammen med de andre modulene i løsningen. Begge leverandørene fremhevet fordelene ved en slik løsning, med tanke på drifts- og datasikkerhet.
- (7) Det ble deretter gjennomførte dialogmøter, før frist for neste løsningsforslag var 21. juni 2022. I dialogmøtene ble muligheten for en virtuell løsning uten fysiske moduler ved eller i laboratoriet diskutert, men begge leverandørene var negative til dette.
- (8) Etter andre løsningsforslag ble dialogmøter med leverandørene gjennomført 29. og 31. august 2022. Innklagede satt deretter frist til 9. september for å komme med innspill til kravspesifikasjonen. Kravspesifikasjonen ble gjort tilgjengelig 11. oktober 2022. Frist for å inngi endelig tilbud var 15. november 2022, men ble senere utsatt til 25. november 2022.
- (9) Kravene i kravspesifikasjonen var delt inn i to kategorier, A-krav og B-krav. A-kravene var minimumskrav som skulle være oppfylt. B-kravene var krav som krevde redegjørelse og som ville bli evaluert.
- (10) I konkurransegrunnlaget punkt 10.2 «Kvalitetskriterier», sto det at «*Krav merket med «A» er ufravikelige, og tilbud som ikke oppfyller krav merket med A vil bli avvist.*»
- (11) Kravspesifikasjonen inneholdt 236 krav, delt inn i fire hovedkategorier: «*Generelle krav*», «*Opplæring*», «*Service og vedlikehold*» og «*IKT*». Hver linje i kravspesifikasjonen hadde en kolonne for å bekrefte om kravet var oppfylt, og en kolonne hvor leverandørene kunne gi en kort kommentar og eventuell referanse til løsningsforslag.
- (12) I kapittel 25 «*Spesifikke IKT-krav for fagområde: Automasjon bakteriologi*», gjaldt punkt 25.3 etablering av et testmiljø. Det var et A-krav, og lød:
- «Løsningen skal leveres med testmiljø som kan brukes til ende-til-ende testing inkludert (evt. virtuelle) test-instrumenter som kan produsere resultater til test-prøver.»*
- (13) Klager og valgte leverandør leverte tilbud før fristen. Både klager og valgte leverandør bekreftet i tilbudsbrevene at tilbudet ikke inneholdt avvik eller forbehold.
- (14) Under kravspesifikasjonen punkt 25.3, svarte valgte leverandør at kravet ikke var oppfylt. I merknadsfeltet skrev valgte leverandør:
- «Ikke aktuelt. En ende-til-ende-testing kan ikke gis på grunn av løsningens natur. Et testmiljø for Synapsys som kan simulere interaksjonene og LIS kan være tilgjengelig.»*
- (15) Klager svarte at krav 25.3 var oppfylt. I merknadsfeltet skrev klager: «*Et testmiljø kan konfigureres på WASPLab-systemet.*»
- (16) I brev 19. januar 2023, meddelte innklagede at klagers tilbud ble avvist fra konkurransen. Avvisningen ble begrunnet med at et minimumskrav ikke var oppfylt, samt at enkelte B-krav hadde uklarheter som ikke kunne anses ubetydelige. Videre hevdet innklagede at svar på to krav i tilbudet, i anledning innklagedes anmodning om presisering av besvarelsen, var endret etter tilbudsfrist. Avvisningen gjaldt ikke krav 25.3.

- (17) Klager bestred og påklaget avvisningen, men klagen ble ikke tatt til følge.
- (18) Innklagede sendte 13. januar 2023 et skjema til valgte leverandør, med punkter man ønsket avklart i tilbudet. I skjemaet opplyste innklagede samtidig at krav 25.3 ville bli tatt ut av kravspesifikasjonen. Innklagede skrev:
- «Til informasjon: For automasjonsløsningen til bakteriologi vil en ende-til-ende testing ikke være mulig gitt løsningens natur. Beklager derfor at dette standardkravet ikke ble tatt ut før kunngjøring av kravspesifikasjonen.»*
- (19) Opplysningen om at kravet ble tatt ut av kravspesifikasjonen, ble ikke formidlet til klager.
- (20) Meddelelse om tildeling ble gitt 9. mars 2023.
- (21) Klager begjærte midlertidig forføyning 22. mars 2023. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, siden krav 25.3 ikke var oppfylt, og at konkurransen måtte avlyses. Klager hevdet samtidig at man selv oppfylte krav 25.3, og i den anledning ble det lagt frem en uttalelse fra leverandør som skulle dokumentere oppfyllelsen av kravet.
- (22) I kjennelse av 27. april 2023 ble begjæringen ikke tatt til følge. Retten uttalte i kjennelsen at ingen av leverandørene oppfylte krav 25.3, og at det var stor sannsynlighetsovervekt for at begge leverandørene forsto at kravet ikke skulle eller kunne oppfylles som beskrevet. Klager anket kjennelsen til lagmannsretten, men siden klager og valgte leverandør på dette tidspunktet hadde inngått kontrakt, avviste lagmannsretten anken ved kjennelse 30. mai 2023.
- (23) Klage på ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for klagenemnda 7. juli 2023.
- (24) Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. november 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (25) Innklagedes kontraktsinngåelse med valgte leverandør utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (26) Innklagede kunne ikke frafalle krav 25.3 i kravspesifikasjonen etter tilbudsfrist. Klagers aksept av et tilbud som ikke oppfyller krav 25.3, innebærer derfor at man inngår en kontrakt som er vesentlig endret fra konkurransegrunnlaget, og kontraktsinngåelsen utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Avvik fra punkt 25.3 i kravspesifikasjonen innebærer ikke et vesentlig avvik, og inngåelsen av kontrakt utgjør ikke en vesentlig endring av kontrakten.
- (28) Krav 25.3 ble inntatt i kravspesifikasjonen ved en inkurie. Bruk av fysiske IKT-enheter, vil innebære at løsningen må fysisk etableres på sykehuset før tester kan gjennomføres. Etablering av et ende-til-ende-testing i et test-miljø, vil derfor innebære å etablere et fullstendig laboratorium utenfor sykehuset. Det er klart lite formålstjenlig, og oppdragsgiver har aldri ment at dette skulle være en del av konkurransen. Det er

oppdragsgivers ansvar at kravet var med, men feilen kan korrigeres, og avvik kan ikke anses vesentlig.

- (29) Ingen av leverandørene oppfylte kravet, og det kunne ikke leveres med de løsningene som ble tilbudt. Kravet var ikke en del av opprinnelig konkurransegrunnlag som lå til grunn da leverandører søkte om å få delta i konkurransen, og har følgelig ikke påvirket leverandørmarkedet.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder ikke krav om saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §13a første ledd. Klagen er rettidig.
- (31) Konkurransen gjelder kjøp av system for automasjon bakteriologi, som er en vareanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 fulgte anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (32) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagedes kontraktsinngåelse med valgte leverandør utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse.
- (33) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (34) I utgangspunktet gjelder dette også i tilfeller hvor innholdet i kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort. Man står i slike tilfeller overfor en ny kontrakt, som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/658, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 Pressetext. Det samme vil gjelde der det gjøres vesentlige endringer i anskaffelsesdokumentene som inngår i kontraktsgrunnlaget for leveransen.
- (35) Det sentrale spørsmålet er om innklagedes frafallelse av krav 25.3 i kravspesifikasjonen etter tilbudsfristen, innebar at kontrakten som ble inngått var vesentlig endret fra det som fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- (36) Det aktuelle kravet i saken er krav 25.3:
- «Løsningen skal leveres med testmiljø som kan brukes til ende-til-ende testing inkludert (evt. virtuelle) test-instrumenter som kan produsere resultater til test-prøver.»*
- (37) Kravet var et *«A-krav»*, og etter konkurransegrunnlaget skulle avvik fra A-krav i utgangspunktet føre til avvisning.
- (38) Endringer av konkurransegrunnlaget er regulert i anskaffelsesforskriften § 14-2. I § 14-2 (4) står det at ved endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp som følge av forhandlinger eller dialog, gjelder forskriften § 23-7 tredje ledd og § 23-9 annet og tredje ledd.
- (39) Forskriften § 23-9 gjelder avslutning av konkurransepreget dialog. Etter § 23-9 (1) skal oppdragsgiver, når man har funnet løsningene som kan oppfylle hans behov, avslutte

dialogen, og invitere gjenværende deltakere til å inngi endelig tilbud. De endelige tilbudene *«skal inneholde alle elementene som er obligatoriske og nødvendige for å gjennomføre løsningene.»* Etter § 23-9 (2) kan leverandørene, på forespørsel fra oppdragsgiver, *«avklare, presisere og optimere tilbudene.»* Avklaringene kan imidlertid *«ikke innebære endringer i grunnleggende sider ved tilbudene eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er sannsynlig at slike endringer fører til konkurransevridding eller forskjellsbehandling.»*

- (40) Det er i liten grad avklart hvilket rom det er til å foreta endringer etter forskriften § 23-9 (2). Første punktum taler om å *«avklare, presisere og optimere tilbudene»*. Annet punktum åpner likevel for at avklaringen kan innebære en endring av anskaffelsesdokumentene, så fremt endringen ikke fører til konkurransevridding eller forskjellsbehandling. Endringsadgangen i den enkelte sak vil måtte fastsettes etter en konkret vurdering, der det også må være rom for å se hen til bakgrunnen for endringsbehovet, feilens betydning samt partenes ressursbruk i anskaffelsen.
- (41) Det er ubestridt at valgte leverandørs tilbud ikke oppfylte krav 25.3, og at innklagede har frafalt kravet etter endelig tilbudsfrist.
- (42) Spørsmålet om endringen var lovlig etter § 23-9 (2) er etter dette en konkret vurdering, som må ta utgangspunkt i det aktuelle kravet sett i sammenheng med resten av anskaffelsen. I vurderingen må man se hen til hvor sentralt kravet var for anskaffelsen, og om endringen har ført til konkurransevridding eller forskjellsbehandling, jf. også lagmannsrettens kjennelse i sak LB-2022-60123. Den saken gjaldt en anskaffelse av rammeavtale for kjøp av nettverksutstyr, der valgte leverandørs tilbud ikke oppfylte tre absolutte krav i konkurransegrunnlaget. Lagmannsretten drøftet forskriften § 23-9 (2), og konkluderte med at endringen av tilbudet ikke innebar en konkurransevridding eller forskjellsbehandling.
- (43) Kravspesifikasjonen 25.3 var ikke del av det kunngjorte konkurransegrunnlaget, men kom inn i kravspesifikasjonen i dialogfasen med leverandørene som deltok i konkurransen. I denne fasen var kun klager og valgte leverandør gjenværende deltakere i konkurransen. Den etterfølgende frafallelsen av kravet har følgelig ikke hatt betydning for deltakelsen.
- (44) Anskaffelsen gjelder et system for automasjon bakteriologi. Krav 25.3 etterspør et testmiljø som kan brukes til ende-til-ende-testing. Innklagede har forklart at en ende-til-ende-testing i korte trekk betyr at en programvare testes i et reelt scenario, for å kontrollere at programvaren kommuniserer korrekt med alle øvrige komponenter/maskinvare som skal styres av den. Formålet med denne type testing er å simulere det virkelige brukerscenariet.
- (45) Etablering av et test-miljø gjelder ikke direkte selve leveransen. Selv om et krav som knytter seg til testing av løsningen, ikke er uvesentlig for etableringen av løsningen, fremstår ikke kravet som sentralt for anskaffelsen.
- (46) Innklagede har i sitt tilsvarede redegjort for hvordan krav 25.3 om testmiljø med ende-til-ende-testing kom inn i kravspesifikasjonen ved en inkurie. Dette er også lagt til grunn i tingrettens kjennelse i forføyningssaken, og klagenemnda legger dette til grunn.

- (47) Det er videre sentralt for klagenemnda om klager og valgte leverandør har hatt en tilsvarende forståelse av kravets betydning som innklagede, og om leverandørene forsto at kravet ikke skulle eller kunne oppfylles slik det var utformet.
- (48) Som en del av kjennelsen, tok tingretten stilling til leverandørenes forståelse av krav 25.3. Tingretten konkluderte med at verken klager eller valgte leverandør hadde skissert en løsning som oppfylte kravet. Tingretten anså det videre åpenbart at valgte leverandør forsto at kravet ikke skulle oppfylles, og videre at det var stor sannsynlighetsovervekt for at klager også forsto det slik.
- (49) For klagenemnda er saken, i motsetning til for tingretten, kun behandlet skriftlig. Tingretten hadde også, så vidt nemnda forstår, tilgang til leverandørens beskrivelse av klagers løsning datert 3. april 2023. Nemndas grunnlag for å vurdere den tekniske løsningen og leverandørenes forståelse og vurderinger, er derfor mer begrenset enn for tingretten. Nemnda ser hen til tingrettens bevisvurdering. I kjennelsen har retten, med stor sannsynlighetsovervekt, kommet til at både valgte leverandør og klager forsto at krav 25.3 ikke skulle oppfylles, og at begge leverandørene leverte en løsning som ikke oppfylte kravet.
- (50) Klagenemnda forstår dermed saken slik at begge leverandørenes besvarelse av krav 25.3 tok utgangspunkt i en lik forståelse av kravet og av hvilken løsning som kunne tilbys. Ingen av leverandørene oppfylte kravet slik det var formulert, og det har følgelig ikke skjedd en forskjellsbehandling ved å ta kravet ut. På denne bakgrunn har innklagedes endring av kravspesifikasjonen ved å frafalle krav 25.3 ikke medført konkurransevridding eller forskjellsbehandling overfor klager.
- (51) Etter en samlet vurdering, der klagenemnda ser hen til kravets betydning for anskaffelsen og at frafallelsen av kravet ikke har hatt betydning for konkurransen, mener nemnda reelle hensyn taler for at endringen i foreliggende er innenfor rammene etter forskriften § 23-9 (2).
- (52) Klagenemnda finner etter dette at endringen av kravspesifikasjonen krav 25.3 var lovlig, jf. forskriften § 23-9 (2). Inngåelsen av kontrakten innebar dermed ikke en vesentlig endring, og utgjorde heller ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Konklusjon:

Helse Sør-Øst RHF har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tarjei Bekkedal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur