



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Sykehusinnkjøp kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om anskaffelse av blæreskannere til helseforetakene i Helse Sør-Øst og Helse Nord. Klager anførte at innklagede hadde brutt anskaffelsesregelverket ved å ikke ha et tildelingskriterium om klima og miljø i konkurransen. Klagen førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 30. oktober 2024 i sak 2024/1387

Klager: Adcare AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Kjersti Holum Karlstrøm, Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. august 2024 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av blæreskannere. Anskaffelsens verdi ble ikke angitt, men det fremgikk av konkurransedokumentene at konkurransen var gjennomført etter anskaffelsesforskriften del I og III. Tilbudsfrist ble angitt til 12. september 2024.
- (2) Anskaffelsens omfang var estimert til 300 blæreskannere i en avtaleperiode på 4 år. Maksimalt ville det kunne kjøpes 350 skannere på rammeavtalen.
- (3) Innklagede inviterte leverandører til en markedsdialog 18. april 2024. I den forbindelse ble det blant annet ønsket innspill angående «*Hvilke miljø- og klimakrav bør stilles?*». Klager deltok på markedsdialogen.
- (4) Innklagede sendte deretter ut kravspesifikasjonen på høring 7. juni 2024. Frist for å sende inn kommentarer til kravspesifikasjonen var 17. juni 2024. Kravene i kravspesifikasjonen om klima og miljø var som følger:

«146 Produktet skal ha en forventet levetid på minimum 10 år

147 Alle reservedeler og forbruksvarer skal være tilgjengelig i utstyrets levetid. Leverandør plikter seg til å levere reservedeler i minst 10 år etter sist salg av tilbudt blæreskanner.»

- (5) Klager innga ikke innspill til kravspesifikasjonens utforming.
- (6) Tildelingskriteriene ble angitt i konkurransedokumentenes punkt 7. Kriteriene var «*Totalkostnad*» (40 prosent vekt), «*Kvalitet*» (50 prosent vekt) og «*Leverandørtjeneste*» (10 prosent vekt).

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (7) Innklagede vurderte at bruk av minstekrav for anskaffelsen ville gi en bedre klima- og miljøeffekt enn ved å vekte klima og miljø med 30 prosent. Dette ble i konkurransegrunnlaget punkt 6 begrunnet med:

«Det er i denne anskaffelsen vurdert som klart at bruk av minstekrav i bilag 2 - Kravspesifikasjon vil gi en bedre klima- og miljøeffekt enn man oppnår ved å vekte klima- og miljø med 30%. Effekten som oppnås ved å stille minstekrav er å sikre lang levetid på produktet, som igjen fører til forbruksreduksjon. Markedet er dermed modent for å sette minstekrav til klima- og miljø. Fastsettelse av slike minstekrav vil etter oppdragsgivers vurdering gi en bedre klima- og miljøeffekt ved at man sikrer at vinnende tilbyders produkter oppfyller miljøkravene som er satt, noe man ikke er sikret gjennom å vekte tilsvarende krav med 30%.»

- (8) Kravspesifikasjonen fremgikk av bilag 2 til konkurransegrunnlaget.. Krav i kravspesifikasjonen som gjaldt klima og miljø, var likelydende med de som ble sendt på høring 7. juni 2024.
- (9) Klager fremsatte klage til innklagede 19. august 2024 med påstand om at konkurransen var i strid med anskaffelsesforskriften § 7-9, da den ikke inneholdt tildelingskriterium om klima og miljø.
- (10) Innklagede svarte 23. august 2024 at de ikke ville ta klagen til følge. Som følge av klagen oppdaterte innklagede begrunnelsen i konkurransegrunnlaget 6. september 2024 og tilbudsfrist ble endret til 12. september 2024. Det ble samtidig gitt en ny begrunnelse som følger:

«Det er i denne anskaffelsen vurdert som klart at bruk av minstekrav i bilag 2 – Kravspesifikasjon vil gi en bedre klima- og miljøeffekt enn man oppnår ved å vekte klima- og miljø med 30%. Oppdragsgiver har vurdert at Blæreskannere er et produkt hvor det er egnet å stille krav til lang varighet og med det reduseres forbruk av komponenter. Lavt forbruk bidrar til lavt CO2 utslipp ved produksjon, lavt behov for transport ol. Oppdragsgiver gjennomførte en markedsdialog våren 2024 for blant annet å avdekke om markedet var modent for å sette minstekrav til klima og miljø. Formålet med å stille kravene 146 og 147 i anskaffelsen er å sikre lang levetid, som igjen fører til forbruksreduksjon. Dersom oppdragsgiver skulle vektet disse 30 % ville man ikke være sikker på at vinnende tilbud hadde minimum 10 års levetid på sine blæreskannere. Ved å stille kravene som minstekrav vil man sikre seg at vinnende tilbud har minimum 10 års levetid på sine blæreskannere, noe som er klart at gir en bedre klima og miljøeffekt opp mot formålet om å sikre lang levetid og lavt forbruk.»

- (11) Klagen ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. september 2024.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. oktober 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved å ikke ha et tildelingskriterium om klima og miljø i konkurransen. Det følger av anskaffelsesforskriften § 7-9 at klima- og miljøhensyn skal vektlegges med minst 30 prosent i tildelingsevalueringen. Unntak etter bestemmelsen fjerde ledd er ikke oppfylt, da det verken er klart at kravene

kravspesifikasjonen medfører bedre klima- og miljøeffekt og at begrunnelsen i konkurransedokumentene ikke er tilstrekkelig. Dette bruddet medfører en avlysningsplikt for innklagede.

- (14) Subsidiært har klager anført at kravspesifikasjonen om minstekrav på 10 år levetid er ulovlig da ingen kjente leverandører kan tilby en så lang levetid. Kravet er ulovlig konkurransebegrensende og innklagede plikter å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Tildelingskriteriene i konkurransen er ikke i strid med anskaffelsesregelverket. Det er klart at kravene i kravspesifikasjonen gir en bedre klima- og miljøeffekt, enn et tildelingskriterium om klima og miljø. Det er gitt en tilstrekkelig begrunnelse for anvendelse for bruk av krav istedenfor tildelingskriterium. Et eventuelt brudd på anskaffelsesforskriften § 7-9 medfører ikke avlysningsplikt av konkurransen.
- (16) Det er ikke en ulovlig kravspesifikasjon å ha et minstekrav om 10 års levetid. Markedet er modent for et slikt minstekrav og det er ikke konkurransebegrensende.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelsen av blæreskannere som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke angitt i konkurransegrunnlaget, men anskaffelsen er kunngjort etter forskriftens del III. 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.

Vurdering av anskaffelsesforskriften § 7-9

- (18) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede har brutt forskriften § 7-9 ved ikke å stille klima og miljø som tildelingskriterium.
- (19) Det følger av anskaffelsesloven § 5 at anskaffelsespraksis skal bidra til å redusere skadelige miljøpåvirkninger, og fremme klimavennlig løsninger. I den forbindelse skal oppdragsgivere ta hensyn til livssyklus kostnader. Dette har gitt grunnlag for den mer detaljerte klima- og miljøbestemmelsen som fremgår i anskaffelsesforskriften § 7-9.
- (20) Det følger av anskaffelsesforskriften § 7-9 (1) at «*krav og kriterier etter denne bestemmelsen skal ha som mål å redusere anskaffelsens samlede miljø og klimaavtrykk*». Etter § 7-9 (2) skal oppdragsgivere vekte klima- og miljøhensyn med minimum tretti prosent. Etter bestemmelsens fjerde ledd fremgår det at tildelingskriteriet etter andre ledd kan erstattes med klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen, dersom det er «*klart*» at det vil gi en bedre klima- og miljøeffekt og at dette «*begrunnes*» i anskaffelsesdokumentene.
- (21) Det er derved et krav om at klima og miljø skal være et tildelingskriterium, med mindre det er «*klart*» at et klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen vil gi bedre klima- og miljøeffekt. Det er et krav at bruken av unntaket skal begrunnes. Årsaken til at dette skal begrunnes, er at det skal være mulig å overprøve om oppdragsgivers vurdering oppfyller vilkåret for å benytte unntaket. Ordlyden gir imidlertid begrenset veiledning for tolkningen.

- (22) Klima- og miljøbestemmelsen i forskriftens § 7-9 er fastsatt av departementet, og det finnes ingen forarbeider til bestemmelsen som kan kaste lys over tolkningen. Bestemmelsen er også relativt ny, så det finnes heller ikke praksis om bestemmelsen. Videre er bestemmelsen særnorsk og det finnes derfor heller ikke kilder fra EU som nemnda kan støtte seg på i tolkningen. DFØ har imidlertid utarbeidet en veileder for bestemmelsen, som nemnda finner grunn til å se hen til ved tolkningen.
- (23) Intuitivt synes bestemmelsen ikke logisk; tildelingskriterier er i seg selv relative, mens krav er absolutte. Dermed vil det å stille krav være eneste måte å sikre at et gitt klima- og miljøhensyn oppnås, og i sin natur er krav derfor bedre egnet til å benytte i en konkurranse. Dette fremgår også direkte av veilederen. Veilederen understreker imidlertid at dette bare gjelder under forutsetning av at markedet kan levere på slike krav. Årsaken til dette beskrives i veilederen slik; *«når mange leverandører i et marked kan oppfylle bestemte krav til kvalitet sier man at markedet er modent. I et slikt marked vil det ikke være egnet å bruke dette kvalitetshensynet som kriterium for å skille leverandørene, ettersom alle typisk vil oppnå samme score, og effekten av kriteriet utlignes»*. Nemnda slutter seg til dette generelle utgangspunktet.
- (24) Ordlyden *«klart»* tilsier at kravspesifikasjonen må gi en objektiv bedre effekt på klima og miljø enn om dette hensynet ivaretas i tildelingskriteriene. Ordlyden gir ikke uttrykk for hvor mye bedre effekt som kreves, men at effekten må være klar.
- (25) Når det gjelder kravet til *«klart»* bedre klima- og miljøeffekt fremgår det av veilederen pkt. 6.1.1 at:

«Hva som må til for at det er klart, vil bero på en konkret vurdering av hver enkel anskaffelse. For å kunne identifisere om det er klart at det vil være bedre å stille klima- og miljøkrav i kravspesifikasjonen, er det sentralt at oppdragsgiver under planleggingen av anskaffelsen kartlegger

- *hvilke klimaavtrykk og miljøbelastninger anskaffelsen har*
- *hvilke klima- og miljøhensyn som vil ha effekt på disse*

Dette gir oppdragsgiver mulighet til å sammenlikne de ulike tiltakene, og vurdere om det gir bedre klima- og miljøeffekt å bruke klima- og miljøkrav, i stedet for å ivareta hensynene i tildelingskriteriene.»

- (26) Det stilles strengere krav til en oppdragsgiver i anskaffelser av høy verdi. Dersom anskaffelsens klima- og miljøavtrykk i hovedsak relaterer seg til produksjonsfasen, vil naturlig nok krav til lang levetid gi svært god effekt, se eksempelvis veilederens pkt. 6.2. Typisk for vareanskaffelser vil et viktig miljøtiltak være å redusere behovet for å produsere nye produkter, særlig der produktene har et stort klimaavtrykk som følge av produksjonsmetode og/eller komponenter. Det vil også være klart i tråd med anskaffelsesloven § 5 å ta hensyn til anskaffelsens levetid.
- (27) Videre følger det av veilederen pkt. 6.1.1 om krav til begrunnelse for bruk av unntaket;

«Begrunnelsen skal gjøre leverandører i stand til å vurdere om «klart at»-vilkåret er oppfylt. Dette innebærer at begrunnelsen må være detaljert nok til at denne vurderingen kan gjøres. Hvor detaljert begrunnelsen må være, vil variere fra anskaffelse til

anskaffelse. Det kan ikke stilles så strenge krav til begrunnelsen at oppdragsgivere unngår å benytte seg av unntaket når det gir den beste klima- og miljøeffekten. Det skal heller ikke være uforholdsmessig ressurskrevende å utforme begrunnelsen.

Oppdragsgiver trenger nødvendigvis ikke å framlegge vitenskapelig dokumentasjon som underbygger sitt valg. På den annen side vil det ikke være nok å vise til at det er vurdert, og at konklusjonen er at det er klart at det gir en bedre effekt å stille krav.»

- (28) Klagenemnda har tatt utgangspunkt i innklagedes begrunnelser. Det følger av begrunnelsen at anskaffelsens klima- og miljøavtrykk er størst ved selve produksjonen av produktene. Innklagede mener derfor at kravene som er stilt blant annet om lang levetid, i seg selv vil medføre reduserte utslipp i kraft av at behovet for nye produkter reduseres. Det er også pekt på at lang levetid også medfører redusert transportbehov, og derved redusert klima- og miljøavtrykk. Innklagede viser i sin begrunnelse videre til at markedsundersøkelsene viser at markedet er modent for et slikt krav. Innklagede fremholder avslutningsvis at kravene i større grad enn et tildelingskriterium vil sikre de ønskede miljøeffektene.
- (29) Nemnda er kommet til at vilkår for bruk av krav til klima- og miljø fremfor som et tildelingskriterium, er oppfylt. Ved å stille minstekrav sikrer innklagede at produktene som et minimum har 10 års levetid, og derved reduseres behovet for produksjon av nye produkter som vil skape betydelig med klima- og miljøavtrykk, samt medføre redusert transportbehov med dertil redusert Co2 utslipp. Ved å benytte et tilsvarende tildelingskriterium vil man ikke kunne sikre at vinnende leverandør tilbyr en så lang levetid. Innklagede har i tillegg i forkant av anskaffelsen gjennomført markedsundersøkelser, og de to miljøkravene som er stilt har vært ute på høring. Klager mener imidlertid at kravene er strengere enn det markedet kan tilby. Det er nemndas vurdering at de to minstekravene er strenge, og nettopp derfor medfører at et tilsvarende tildelingskriterium ikke nødvendigvis ville kunne oppnå samme klima- og miljøeffekt. Nemnda finner det imidlertid ikke særlig relevant å hensynta at produsenter av blærescannere selv definerer levetid på inntil 7 år. Innklagede har i tillegg til å foreta markedsundersøkelser, bygget kravene på forskningsdokumentasjon om levetid, og nemnda finner ikke grunn til å trekke vurderinger om levetid som fremkommer av dette i tvil. Nemnda er derfor enig i innklagedes vurdering om at i denne saken vil minstekravene i større grad enn et tildelingskriterium sikre de ønskede miljøeffektene; redusert behov for ny produksjon som skaper betydelig klima- og miljøavtrykk. Klagenemnda er etter dette kommet til at begrunnelsen innklagede har gitt viser at kravene i kravspesifikasjonen gir en «klart» bedre klima- og miljøeffekt.
- (30) Innklagede har ikke brutt forskriften § 7-9. Klagers anførsel fører ikke frem.

Utforming av kravspesifikasjonen

- (31) Klagenemnda skal til slutt ta stilling til klagers anførsel om at minstekravet om levetid på 10 år er ulovlig konkurransebegrensende.
- (32) Kravspesifikasjonen skal blant annet likebehandle leverandørene, være klart utformet og ikke skape ubegrunnede hindringer for konkurranse, jf. EU-domstolens sak C-368/10 (Max Havelaar) premiss 62, og direktiv 2014/24/EU artikkel 42 nr. 2. Videre må kravene, for å være lovlige, ha «tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi», jf. forskriften § 15-1 (2). I dette ligger det at det ikke skal settes krav til ytelsen

som er strengere enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med anskaffelsen. Strengere krav enn nødvendig vil kunne føre til mindre konkurranse i strid med formålet om effektive anskaffelser i anskaffelsesloven § 1 og prinsippet om konkurranse i loven § 4.

- (33) Vurderingen av hvilke krav som er nødvendige å stille, beror på skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan prøve om kravet er saklig begrunnet og om kravet for øvrig strider mot anskaffelsesloven § 4.
- (34) Klager påstår at det er ingen kjente leverandører som kan tilby blæreskannere med levetid på 10 år. Det er i den forbindelse vist til en av de to største konkurrentene i markedet som tilbyr levetid på syv år.
- (35) Innklagede har på sin side vist til en avhandling om forvaltning av medisinsk-teknisk utstyr og en uttalelse fra Renewal of radiological equipment, European Society of Radiology (ESR) hvor det fremgår at det er realistisk med 10 års levetid. Faggruppen har ved utformingen av konkurransegrunnlaget basert sine vurderinger på disse kildene. Innklagede har videre begrunnet kravet med både miljømessige og helseøkonomiske hensyn. Klagenemnda viser til vurderingen av begrunnelsen overfor og kan ikke se at denne begrunnelsen er usaklig eller for øvrig strider mot de grunnleggende prinsippene i lovens § 4. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Konklusjon:

Sykeshusinnkjøp HF har ikke brutt anskaffelsesforskriften § 7-9. Sykehusinnkjøp HF har heller ikke brutt regelverket ved å oppstille et ulovlig konkurransebegrensende minstekrav.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur