



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud.

Sykehusinnkjøp HF kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prøvetakingsutstyr og forbruksvarer til mikrobiologi. Klagers anførsel om at valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen som følge av at de ikke oppfylte kravspesifikasjonene førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 14. november 2024 i sak 2024/1440

Klager: HD Medical AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. mai 2024 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av prøvetakingsutstyr og forbruksvarer til mikrobiologi til helseforetak i Helse Sør-Øst. Anskaffelsens verdi ble ikke angitt i anskaffelsesdokumentene, men konkurransen ble kunngjort etter anskaffelsesforskriften del I og III.
- (1) Anskaffelsen var fordelt på 11 delkontrakter. Det skulle inngås rammeavtale med en leverandør per delkontrakt. Rammeavtalen hadde en varighet på to år, og kunne forlenges med inntil ett år av gangen, med en maksimal varighet på fire år.
- (2) Klagen gjaldt delkontrakt 2 som var transportrør med flytende Amies eller Cary Blair medium og prøvetakingspensel. Produktet i denne delkonkurransen er et prøvetakingssystem, med en pensel og et rør med flytene amies, pakket sterilt sammen i en såkalt «*peel pouch*».
- (3) I bilag 2 til Konkurransebestemmelsene fremgikk kravspesifikasjonene til delkontraktene. I punkt 2.6 sto det at «*Tilbudte produkter med flytende Amies medium skal ikke inneholde stoffer som kan påvirke prøveresultatet*».
- (4) Innen tilbudsfristen hadde HD Medical AS (heretter *klager*) og Nerliens Meszansky AS (heretter *valgte leverandør*), levert tilbud.
- (5) Innklagede sendte ut tildelingsbrev 30. august 2024 om at Nerliens Meszansky var vurdert som beste leverandør i delkontrakt 2 og at de ville inngå kontrakt med dem.
- (6) I valgte leverandørs tilbud sto det under punkt 2.6 at «*Kravet tilfredsstilles*». Videre at «*Flytende amies medium inneholder ikke stoffer som kan påvirke prøveresultat*».

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (7) Klager klaget på tildelingen 8. september 2024. I klagen var det vedlagt dokumentasjon som skulle bevise at valgte leverandørs prøvetakingspensel inneholder proteincoating som kan påvirke prøveresultat, og derfor ikke oppfyller kravet i punk 2.6
- (8) Innklagede opprettholdt tildelingen 13. september 2024.
- (9) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. september 2024. Kontrakt er ikke inngått. Innklagede avventer kontraktsignering i påvente av klagenemndas behandling av saken.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. november 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen. Valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, da de har gitt uriktig opplysninger i sitt tilbud. Klager har dokumentasjon som viser at produktet valgte leverandør har tilbudt ikke oppfyller minstekravet i kravspesifikasjon 2.6 om at produktet ikke skulle inneholde stoffer som kan påvirke prøveresultat.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene. Valgte leverandør oppfyller minstekravet i kravspesifikasjonen 2.6 om at produktet ikke skal inneholde stoffer som kan påvirke prøveresultatet. Medisinfaglig personell har utført kontroll av prøvetakingspenslene for vareprøvene. Prosjektgruppen har vurdert at valgte leverandørs tilbud oppfylte minstekravet. Det er ikke stilt krav til dokumentasjon for den aktuelle kravspesifikasjonen og det er derfor en kontraktuell forpliktelse. Tilbyder er avtalerettslig forpliktet til å levere produkter som tilfredsstiller kravene. Det er oppdragsgivers skjønn å vurdere om valgte leverandør oppfyller kravspesifikasjonene gitt i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder prøvetakingsutstyr og forbruksvarer til mikrobiologi som er en vareanskaffelse. 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.
- (14) Klagenemnda vil i det følgende ta stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av krav i kravspesifikasjonen.
- (15) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgivere «skal» avvise tilbud som inneholder «vesentlig avvik» fra anskaffelsesdokumentene.
- (16) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, jf. blant annet LB-2019-85112. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget. Leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet, og

oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. forskriften §§ 14-1 (5) og 23-3 (2). Utgangspunktet for tolkningen av konkurransegrunnlaget er hvordan det fremstår for rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2019/731 avsnitt 39, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 Cartiera dell'Adda.

- (17) I kravspesifikasjonen 2.6 var det krav om at «*Tilbudte produkter med flytende Amies medium skal ikke inneholde stoffer som kan påvirke prøveresultatet*». Leverandørene skulle bekrefte oppfyllelse av kravet og kunne inngi en beskrivelse i kolonnen «*Tilbyders besvarelse*». Det var ikke stilt krav om at leverandørene skulle dokumentere oppfyllelse av kravet.
- (18) Ordlyden «*[t]ilbudte produkter*» tilsier at kravet om stoffer som kan påvirke prøveresultatet gjelder hele produktet, og ikke bare flytende amies medium.
- (19) Valgte leverandør har i sitt tilbud besvart kravet med at «*Kravet tilfredsstilles*». Videre står det at «*Flytende amies medium inneholder ikke stoffer som kan påvirke prøveresultatet.*»
- (20) Klager har vist til at valgte leverandør unngår å besvare om de oppfyller kravspesifikasjonen ved å skrive at flytende amies medium ikke inneholder stoffer som kan påvirke prøveresultat. Valgte leverandør har i delkontrakt 4 under samme kravspesifikasjon skrevet at «*produktet*» ikke inneholder stoffer som kan påvirke prøveresultat. Dette kan, etter klagenemnda syn, ikke tas til inntekt for at valgte leverandør ikke oppfyller kravet. Valgte leverandør har først svart at kravet tilfredsstilles. At de velger en annen formulering i en annen delkontrakt, kan ikke tolkes slik at de ikke oppfyller denne aktuelle kravspesifikasjonen.
- (21) Klager mener videre at de kan dokumentere at prøvetakingspensel i produktet til valgte leverandør ikke oppfyller kravspesifikasjonen. Klager har vist til flere studier som skal bevise at valgte leverandørs tilbudte prøvetakingspensel faktisk inneholder stoffer som kan påvirke prøveresultatet, og at de dermed er gitt uriktig opplysninger i sitt tilbud.
- (22) Dette gir grunnlag for å vurdere om det foreligger en spesiell foranledning til kontroll av om valgte leverandørs tilbydde produkt inneholder stoffer som kan påvirke prøveresultatene. Ifølge klager utgjør manglende effektiv kontroll, en avvisningsplikt.
- (23) Klagenemnda viser til at det klare utgangspunktet er at oppdragsgivere skal kunne stole på de opplysninger som gis i tilbudet, uten å foreta ytterligere kontroll av disse, se LB-2016-65693, LB-2014-156469 og LH-2020-178227.
- (24) Anskaffelsesdirektivet (Direktiv 2014/24/EU) artikkel 67 nr. 4 tredje punktum kodifiserer prinsippet om effektiv kontroll av tilbudsopplysninger. Her fremgår det at oppdragsgivere må – dersom de er i tvil – «*effektivt kontrollere nøyaktigheten av opplysningene i dokumentasjonen*» til leverandørene. Følgelig går det en yttergrense for hvilke opplysninger oppdragsgiver kan stole på, og legge til grunn som sanne. Kontrollplikten presiseres i EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-16/16 avsnitt 121. Der heter det at oppdragsgivere må «*fastslå om de fremlagte opplysninger er troverdige, særlig om tilbyder vil være i stand til å levere det han har tilbudt i sitt tilbud*». Bestemmelsen er ikke direkte anvendelig i norsk rett, men anskaffelsesloven og forskriften anses for å tilsvare forpliktelsene i direktivet, se bl.a. Prop.51 L (2015-2016) s. 6.

- (25) Hvorvidt det foreligger en slik kontrollplikt, beror på en «*konkret vurdering i det enkelte tilfelle*», jf. LF-2014-32160. Det følger av LB-2016-65693 at oppdragsgiver ikke får foranledning til å verifisere tilbudsopplysninger, bare ved at det fremmes innsigelser mot disse. Det må vises til konkrete holdepunkter for at opplysningene kan være feil. Lagmannsretten kom i den nevnte saken til at klagers generelle innvending om at valgte leverandørs fremdriftsplan var helt urealistisk, ikke ga oppdragsgiver en særlig foranledning til kontroll. Det vises også til klagenemndas avgjørelse i sak 2021/21 avsnitt 43 flg.
- (26) Spørsmålet for klagenemnda er derfor om det foreligger konkrete holdepunkter, som gir en spesiell foranledning til å kontrollere om valgte leverandørs prøvetakingspensel inneholder stoffer som kan påvirke prøveresultatet.
- (27) Klagenemnda bemerker først at innklagede har foretatt en kontroll av vareprøven sendt inn av valgte leverandør. Denne kontrollen skal være gjennomført av medisinsk fagpersonell som har konkludert med at det ikke var mulig å observere hvitt pulver slik klager hevder det var mulig å se.
- (28) Innklagede har videre vist til at valgte leverandørs dokumentasjon på oppfyllelse av kravspesifikasjon i punkt 2.4 om at tilbudte produkter skal være testet i henhold til å oppfylle kravene i standard CLSI M40-A2, også bekrefter at det tilbudte produktet oppfyller kravspesifikasjonen i pkt. 2.6. Standarden stiller krav til overlevelse av mikrober.
- (29) Det følger av overnevnte at innklagedes medisinske faggruppe har foretatt en nærmere vurdering av om valgte leverandør oppfyller pkt. 2.6 i kravspesifikasjonen og lagt det til grunn. Klagenemnda kan ikke se at det foreligger konkrete holdepunkter for at innklagede plikter å foreta en ytterligere kontroll av om valgte leverandør oppfyller pkt. 2.6 i kravspesifikasjonen. I den forbindelse er det også relevant at det produktet valgte leverandør skal ha tilbudt, er benyttet av innklagede i flere år uten at det er funnet mangler ved produktet som har påvirket prøveresultatet. Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har foretatt en tilstrekkelig medisinsk faglig kontroll av valgte leverandørs tilbud og at valgte leverandør har plikt til å levere i hht. kravspesifikasjonen. Innklagede hadde etter dette ikke plikt til å avvise valgte leverandør.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har ikke brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur

