



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Mottaker
Stiegler WKS Advokatfirma AS
Postboks 1124 Sentrum
5809 BERGEN
Norge
Per Erik Juvkam

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0256-10

Saksbehandler: Maja Summerfield Myhre

Dato: 29.04.2020

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Klagenemndas sekretariat besluttet 20. april 2020 å avvise klage fra Sunnmøre MR-Klinikk AS (heretter *klager*) over konkurranse om anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser. Klagen gjaldt Helse Midt-Norge RHF (heretter *innklagede*) sin beslutning om å tildele Aleris Røntgen (heretter *valgte leverandør*) rammeavtale for bildediagnostiske undersøkelser, delkontrakt 2, Møre og Romsdal. Grunnlaget for avvisningen var at sekretariatet fant klagen uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9, fordi den klart ikke kunne føre frem.

Klager har i rett tid påklaget avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen.

Bakgrunn:

Innklagede kunngjorde 4. september 2017 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler med én eller flere leverandører for anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser. Rammeavtalen skulle i utgangspunktet ha en varighet på fire år, men med mulighet for inntil 2 + 2 års forlengelse.

Innklagede mottok seks tilbud på delkontrakt 2, herunder fra valgte leverandør og klager. Tildelingskriteriene var «Kvalitet», «Kostnader» og «Helhetlig og tilgjengelig tjenestetilbud i helseregionen». Kontrakt ble tildelt valgte leverandør 27. november 2017, og avtale inngått 10. januar 2018.

Klager har påklaget tildelingen og anført at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre endringer i kontrakten med valgte leverandør. Det er begrunnet med at valgte leverandør ikke skal ha overholdt forbudet mot å markedsføre selvfinansierte opphold til enkeltpasienter, og med at valgte leverandørs private behandlingstilbud skal ha vært til foretrengsel for de tjenester som er omfattet av kontrakten.

Postadresse:

Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@knse.no

www.klagenemndssekretariatet.no

Klagenemndssekretariatet avviste klagen 20. april 2020, med den begrunnelse at klagen var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda siden klagen, etter sekretariatets oppfatning, klart ikke kunne føre frem, jf. § 9 i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Klagenemndssekretariatet har i avvisningsvedtaket gitt en fremstilling av saken og hvorfor de mener klagen klart ikke kan føre frem.

Klager har påklaget avvisningsvedtaket 21. april 2020.

Klager har i korthet anført:

Klager har særlig vist til at det fremgikk av avtalen at valgte leverandør ikke skulle markedsføre selvfinansierte opphold til enkeltpasienter, og at leverandøren også måtte påse at deres private tilbud ikke var til fortregning for de tjenester som var omfattet av avtalen. Det foreligger en grov logisk brist i avvisningsvedtaket når det der vises til at avtalen ikke regulerer valgte leverandørs adgang til å benytte ledig kapasitet, og at valgte leverandør står fritt til å utnytte ledig kapasitet. Med 4-5 ukers ventetid, har valgte leverandør ingen ledig kapasitet, og det skal selskapet heller ikke kunne ha. Det skal heller ikke være mulig for andre pasienter å betale for å komme frem i køen. Valgte leverandørs strategi med en betydelig ventetid, i kombinasjon med tilbud om langt kortere ventetid for de som betaler full pris, gjorde det mulig med en helt annen prissetting av anbudet, men denne strategien er i strid med avtalens ordlyd.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndas leder, Nyhus, har gått gjennom sakens dokumenter og vurdert klagers anførsler til avvisningsvedtaket, men er kommet til samme resultat som sekretariatet.

Det avgjørende spørsmålet i saken er om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Sekretariatet har i sin avgjørelse gitt en relevant og utfyllende redegjørelse for hva som skal til av endringer for at man kan karakterisere en anskaffelse for en ulovlig direkte anskaffelse. Det er bl.a. redegjort for kravet om at det må foreligge vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør. Sekretariatet har videre vurdert om valgte leverandør har misligholdt forbudet mot markedsføring av selvfinansierte opphold og om valgte leverandørs private tilbud er skjedd til fortregning for de tjenester som omfattes av avtalen.

Den fremstilling sekretariatet har gitt av saken er riktig, og nemndsleder kan tiltre den begrunnelse som er gitt for avvisningen.

Hvorvidt valgte leverandør har misligholdt kontrakten, beror dels på en faktisk vurdering av hvordan valgte leverandør har drevet sin virksomhet, og dels på en tolkning av kontrakten. I denne saken er det først og fremst et spørsmål om hvordan virksomheten er drevet. Når det er uenighet om dette, må klagenemnda legge til grunn det faktum som ut fra bevisene i saken, er mest sannsynlig.

Nemndsleder kan imidlertid, i likhet med sekretariatet, ikke se at det er sannsynliggjort at innklagede har brutt forbudet mot å markedsføre selvfinansierte opphold for enkeltpasienter til fortregning for de tjenestene kontrakten omfatter. Det ene konkrete eksempelet mht. den

pasienten som henvendte seg til klager med forespørsel om pris og ventetid, sannsynliggjør ikke det. Videre er det heller ikke grunnlag for å hevde det på grunnlag av den beskjeden som tidligere lå inne som valg nr. 1 på valgte leverandørs telefonsvarer.

Det er videre heller ikke sannsynliggjort at det private tilbudet har vært til fortrensel for de tjenestene som omfattes av kontrakten, eller at det foreligger brudd på den avtalte ventetiden. Som det fremgår av premiss 5 i sekretariatets vedtak ble det i kravspesifikasjonen stilt krav om at «*ventetid fra henvisning er mottatt til undersøkelse er utført skal være i samsvar med hastegrad og maksimalt 6 uker for de med lavest prioritet*». Det er ikke fremkommet noen konkrete opplysninger som tyder på at denne bestemmelsen er overtrådt.

Nemndsleder er etter dette enig med sekretariatet i at det ikke er grunnlag for å hevde at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagen over avvisningsvedtaket tas etter dette ikke til følge, jf. klagenemndsforordningen § 9 første ledd.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Denne avgjørelse sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Sverre Nyhus
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Stiegler WKS Advokatfirma AS	Postboks 1124 Sentrum	5809 BERGEN Norge	Per Erik Juvkam Per.Juvkam@stieglerwk s.no
Universitetet i Oslo	Postboks 1072 Blindern	0316 OSLO Norge	Kjell-Inge Gjesdal k.i.gjesdal@medisin.uio. no
 <i>Kopi til:</i>			
Kluge Advokatfirma AS Avd Oslo	Postboks 1548 Vika	0117 OSLO Norge	Ronny Rosenvold ronny.rosenvold@kluge. no



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Stiegler WKS Advokatfirma AS
Postboks 1124 Sentrum
5809 BERGEN
Norge
Per Erik Juvkam

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0256-6

Saksbehandler: Maja Summerfield Myhre

Dato: 20.04.2020

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 29. mars 2019 på offentlig anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser. 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 frem.

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

Bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. september 2017 en konkurranse for inngåelse av rammeavtaler med én eller flere leverandører for anskaffelse av bildediagnostiske undersøkelser. Anskaffelsens verdi ble estimert til 283 millioner kroner. Tilbudsfrist var 5. oktober 2017.
- (2) Anskaffelsen bestod av to delkontrakter, for henholdsvis Trøndelag og Møre og Romsdal. Denne klagen gjelder delkontrakt 2, Møre og Romsdal. Rammeavtalen skulle ha en varighet på fire år med mulighet for inntil 2 + 2 års forlengelse.
- (3) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et utkast til rammeavtalen. I rammeavtalens punkt 4.3 «*Pasienthenvisninger*» var det angitt at:

«Selvfinansierte opphold skal ikke markedsføres til enkeltpasienter med mindre pasienten eksplisitt ber om det. [...] Leverandør må påse at deres private tilbud (selvfinansiert og/eller dekket av forsikring) ikke er til fortrensel for tjenester omfattet av avtalen.»
- (4) Av punkt 5.1 «*Ytelsesavtale*» fremgikk det at:

«Oppdragsgiver har ingen kjøpsplikt. Aktiviteten i avtalen er blant annet avhengig av behov for tjenestene og henvisningspraksis eller valg pasienten gjør, jf. rett til fritt behandlingsvalg. Leverandøren har leveringsplikt og ansvaret for at aktiviteten fordeles mest mulig jevnt i løpet av året og avtaleperioden.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

- (5) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte en kravspesifikasjon. I kravspesifikasjonen punkt IV ble det blant annet stilt krav om at *«[v]entetid fra henvisning er mottatt til undersøkelse er utført skal være i samsvar med hastegrad og maksimalt 6 uker for de med lavest prioritet.»*
- (6) Kontrakten skulle tildeles basert på tildelingskriteriene *«Kvalitet»*, *«Kostnader»* og *«Helhetlig og tilgjengelig tjenestetilbud i helseregionen»*. Det var angitt i konkurransegrunnlaget at det ikke var bestemt noen prioritering eller vekting av tildelingskriteriene.
- (7) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede seks tilbud på delkontrakt 2, herunder fra Aleris Røntgen (heretter *valgte leverandør*) og Sunnmøre MR-klinikk (heretter *klager*).
- (8) Ved brev av 27. november 2017 informerte innklagede om at kontrakten var tildelt valgte leverandør. Av brevet fremgikk det at tilbudet fra klager var *«vesentlig dårligere kostnadsmessig enn det tildelte alternativet»*.
- (9) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 10. januar 2018.
- (10) Klager har fremlagt en e-post fra en anonymisert pasient. Det er ikke opplyst når klager mottok følgende e-post:

«Hei! Jeg har fått en henvisning til Aleris pga smerter på utsiden av venstre kneet i forbindelse med menisken (det låser seg), Jeg fikk time 6. september 2018, men kunne få time tidligere for 2500 kr. Jeg lurer på hva det koster for MR av kneet hos dere? og hvor lang ventetid har dere? Med vennlig hilsen [...]»

- (11) Ved brev til innklagede datert 27. august 2018 informerte klager om henvendelsen de hadde mottatt. Fra brevet gjengis følgende:

«SMR har blitt kontaktet av en pasient som var henvist til Aleris. Ved sin første kontakt med Aleris ble pasienten opplyst om at det var 5 ukers ventetid på undersøkelsen. Pasienten ble også opplyst om at det var mulig å få time tidligere dersom hun betalte kr. 2.500,-. Dette ble hun informert om via Aleris sin automatiske telefonsvarer.

[...]

Aleris markedsfører også muligheten til å få raskere behandling via sin nettside.

Det kan ikke være tvil om at den måten Aleris markedsfører muligheten til å få raskere behandling både er i strid med forbudet mot å markedsføre selvfinansierte forhold, og også er i strid med at private tilbud ikke skal være til fortrengsel for tjenester som er omfattet av avtalen.»

- (12) Innklagede besvarte brevet fra klager 14. september 2018. I brevet orienterte innklagede om at de hadde tatt kontakt med valgte leverandør. Vedlagt brevet fulgte også en skriftlig redegjørelse fra valgte leverandør. Følgende gjengis fra brevet:

«Som det fremgår av avtalens ordlyd, gjelder forbudet markedsføring til enkeltpasienter, ikke generell markedsføring, som for eksempel via nettsider. Den markedsføring som skjer via Aleris nettsider, er således ikke i strid med dette forbudet.

Aleris vedla i sin redegjørelse utskrift av ordlyd i den talemelding pasienter blir møtt med når de ringer. Angivelse av tastevalg i en talemelding ved oppringning til et hovednummer kan i utgangspunktet ikke anses å falle inn under begrepet «markedsføring». Vi påpekte imidlertid i vår tilbakemelding til Aleris at formuleringen i valg nr 1: "Ønsker du time snarest mulig og vil betale selv, tast 1" var uheldig. Ordlyden er nå endret til "Ønsker du time og vil betale selv, tast 1."

Vi har for øvrig, med bakgrunn i vår avtaleoppfølging av Aleris, intet grunnlag for å anse at tilbudet til privatbetalende pasienter hos Aleris er "til fortrenghet for de tjenestene som er omfattet av avtalen". Skulle det i undervis i avtaleperioden foreligge indikasjoner på at så er tilfelle, vil dette selvfølgelig bli tatt opp med Aleris umiddelbart.»

(13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. mars 2019.

Sekretariatets vurdering:

- (14) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Kravet om saklig klageinteresse i klagenemndsforordningen § 6 annet ledd gjelder ikke, jf. forordningen § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (15) Konkurransen gjelder bildediagnostiske undersøkelser, som er en helse- og sosialtjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til 283 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forordning om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del IV, jf. forordningen §§ 5-1 og 5-3.

Ulovlig direkte anskaffelse – vesentlig endring

- (16) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør.
- (17) 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). Dette inkluderer tilfeller hvor kontrakten er vesentlig endret sammenlignet med det som ble kunngjort, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/550, avsnitt 19, med videre henvisning til forordningen §§ 28-1 (1) bokstav f og 28-2.
- (18) Det følger av § 28-2 at en endring er alltid vesentlig dersom den
- «gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør [...]».*
- (19) En oppdragsgivers manglende oppfølging av den valgte leverandørens mislighold av kontrakten, vil etter omstendighetene kunne likestilles med at kontrakten er vesentlig endret, jf. klagenemndas avgjørelser i sak 2015/27 og sak 2017/344 med videre henvisninger.
- (20) Tilsvarende bestemmelser står ikke i forordningen del IV. Det er likevel ikke særlig tvilsomt at det gjelder en slik regel også for anskaffelser som følger forordningen del IV. Med utgangspunkt i målet om å sikre «gennemsiktighet i prosedyrene og likebehandling af tilbudsgivere», slo EU-domstolen allerede i C-454/06 pressetext fast et forbud mot å gjøre vesentlige endringer i en inngått kontrakt. Man står i slike tilfeller overfor en ny avtale som skulle ha vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. dommen i avsnitt 34. Et

tilsvarende forbud, med de spesielle hensyn som vil kunne gjøre seg gjeldende i helse- og sosialtjenester, må gjelde også for anskaffelser etter forskriften del IV.

Mislighold av forbud mot markedsføring

(21) Klager fremholder at valgte leverandør ikke har overholdt forbudet mot å markedsføre selvfinansierte opphold til enkeltpasienter, og at valgte leverandørs private behandlingstilbud er til fortrensel for de tjenestene som er omfattet av kontrakten.

(22) Når det gjelder markedsføring til enkeltpersoner, har klager fremlagt en e-post fra en anonymisert pasient:

«Hei! Jeg har fått en henvisning til Aleris pga smerter på utsiden av venstre kneet i forbindelse med menisken (det låser seg), Jeg fikk time 6. september 2018, men kunne få time tidligere for 2500 kr. Jeg lurer på hva det koster for MR av kneet hos dere? og hvor lang ventetid har dere? [...]».

(23) Denne e-posten, hevder klager, viser at valgte leverandør driver markedsføring i strid med kontraktens punkt 4.3 «*Pasienthenvisninger*»:

«Selvfinansierte opphold skal ikke markedsføres til enkeltpasienter med mindre pasienten eksplisitt ber om det. [...]»

(24) Av henvendelsen til klager, fremgår det ikke om pasienten var henvist til valgte leverandør fra innklagede. Det fremstår heller ikke som klart hvordan pasienten fikk opplyst at det var mulig å få en tidligere time. Ut ifra e-posten, kan det ikke utelukkes at dette var tjenester pasienten selv etterspurte.

(25) Da innklagede ble gjort oppmerksom på e-posten, tok innklagede kontakt med valgte leverandør. Valgte leverandør ble så bedt om å gi en skriftlig redegjørelse for de faktiske forholdene knyttet til markedsføring av tjenestetilbudet. Basert på redegjørelsen, ble talemeldingen til valgte leverandør endret fra «*Ønsker du time snarest mulig og vil betale selv, tast 1*» til «*Ønsker du time og vil betale selv, tast 1*». Dette skjedde i løpet av september 2018.

(26) Klagers påstand gir ikke holdepunkter for å konstatere at det foreligger mislighold av kontrakten som kan likestilles med at kontrakten er vesentlig endret på dette punkt.

Mislighold av bestemmelse om leverandørens private tilbud

(27) Klager fremholder videre at valgte leverandørs private tilbud er til fortrensel for tjenestene som er omfattet av kontrakten.

(28) Av kontrakten punkt 4.3 fremgikk det at:

«[...] Leverandør må påse at deres private tilbud (selvfinansiert og/eller dekket av forsikring) ikke er til fortrensel for tjenester omfattet av avtalen.»

(29) Klager har i denne sammenheng vist til at valgte leverandør har en praksis hvor det holdes av tid til privatbetalende pasienter, og at valgte leverandør har avtaler med flere forsikringselskap.

(30) I henhold til kontraktens punkt 5 har leverandøren en «*leveringsplikt og ansvar for at aktiviteten fordeles mest mulig jevnt i løpet av året og avtaleperioden*». Som innklagede

har poengtert, er valgte leverandørs adgang til å benytte ledig kapasitet, ikke regulert i kontrakten. Uten noe nærmere dokumentasjon på at det private tilbudet har vært til foretrengsel for de tjenestene som er omfattet av kontrakten, eller at det foreligger brudd på den avtalte ventetiden, gir ikke klagers påstander holdepunkter for å konstatere at det foreligger noe mislighold av kontrakten på dette punkt.

- (31) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å gjøre vesentlige endringer i kontrakten med valgte leverandør, kan etter dette klart ikke føre frem.
- (32) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Peter Aadland
seniorrådgiver

Maja Summerfield Myhre
førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Stiegler WKS Advokatfirma AS	Postboks 1124 Sentrum	5809 BERGEN Norge	Per Erik Juvkam Per.Juvkam@stieglerwks.no

Kopi til:

Kluge Advokatfirma AS Avd Oslo	Postboks 1548 Vika	0117 OSLO Norge	Ronny Rosenvold ronny.rosenvold@kluge.no
-----------------------------------	--------------------	--------------------	---