



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Tilbudsevaluering. Uklart konkurransegrunnlag.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale med private leverandører for kjøp av somatiske spesialisthelsetjenester. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved at tildelingskriteriet «Kvalitet» var uklart utformet.

Klagenemndas avgjørelse 19. desember 2024 i sak 2024/1619

Klager: Medicus Trondheim AS og Volvat medisinske senter Nord og Midt-Norge AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter *innklagede*) kunngjorde 5. juli 2024 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale med privat leverandør om kjøp av somatiske spesialhelsetjenester innen medisinske og kirurgiske tjenester. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at oppdragsgiver ville inngå rammeavtaler for samtlige delytelser med en estimert verdi på 146 millioner kroner fra kontaktsoppstart til og med 31. desember 2026. Den estimerte verdien var 586 millioner kroner i kontraktperioden inkludert opsjoner på prolongering. Tilbudsfristen ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.10 angitt til uke 23.

- (1) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.2:

«Helse Midt-Norge RHF (heretter omtalt som Oppdragsgiver) skal inngå rammeavtale(r) med privat(e) leverandør(er) om kjøp av somatiske spesialhelsetjenester innen medisinske og kirurgiske tjenester, gjeldene for alle helseforetak/sykehus i Helse Midt-Norge, med unntak av Sykehusapotekene i Midt-Norge HF, Hemit HF og Helseplattformen AS.

Oppdragsgiver har ansvar for å sørge for et tilbud av somatiske spesialhelsetjenester til innbyggerne i regionen. I tillegg til de tjenester som egne helseforetak/sykehus og avtalespesialister leverer, ønsker oppdragsgiver å inngå avtaler om leveranse av somatiske spesialisthelsetjenester fra private leverandører. Sammen skal dette bidra til å oppfylle Oppdragsgiver sitt sørge-for-ansvar i regionen.

Oppdragsgiver har til intensjon å inngå avtaler som bidrar til riktig behovsdekning til tjenestene som omfattes av anskaffelsen og et geografisk likeverdig tilbud til befolkningen.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

For alle delytelser skal tjenestene leveres fra en/ flere leveringsadresse(r) innenfor opptaksområdene til St. Olavs hospital HF og Helse Nord-Trøndelag HF. Tilbud med annet leveringssted vil bli avvist.

Se vedlegg 3 Kravspesifikasjon og vedlegg 4 Prisskjema for nærmere beskrivelse.»

- (2) Anskaffelsen var delt inn i følgende delytelser:

Nr	Delytelser
A	Fordøyelsessykdommer
B	Gastrokirurgi
C	Karkirurgi
D	Plastisk- kirurgi
E	Urologi
F	Ortopedi
G	Øre-nese-hals operasjoner
H	Søvnutredning

- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.6 at leverandørene kunne inngi tilbud på en, flere eller alle delytelsene. Leverandørene kunne også inngi tilbud på hele eller deler av omfanget av delytelsene.
- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.6 fremgikk det at oppdragsgiver forbeholdt seg retten til å velge hele eller deler av tilbudet, og at det kunne bli inngått avtale med flere leverandører, også innenfor hver delytelse.
- (5) I forbindelse med anskaffelsen utarbeidet Helse Midt-Norges helsefagavdeling en behovsvurdering 25. april 2024. Denne ble sendt ut til leverandørene i Merccell i forkant av konkurransen. Av behovsvurderingen fremgikk det følgende på side 7:

«Formålet med anskaffelsen vil være å inngå avtaler som bidrar til riktig behovsdekning av tjenestene som omfattes av anskaffelsen, ivareta pasientenes rett til å velge behandlingssted, geografisk likeverdig tilbud til befolkningen og så langt det lar seg gjøre bidra til et velfungerende leverandørmarked og dermed fremtidige konkurranse i markedet.

I tildelingen vil man vektlegge den sammensetning av tilbud som til en akseptabel pris best mulig bidrar til å oppnå formålet og rammene i anskaffelsen.»

- (6) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4 at oppdragsgiver ville tildele kontrakt til tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, og som *«best mulig bidrar til å oppnå anskaffelsens formål. Jf. Punkt 1.2.»* Videre ble det presisert at *«[d]et betyr at selv om et tilbud ut fra tildelingskriteriene vurderes som best innenfor en delytelse er man ikke sikret tildeling».*
- (7) Tildelingskriteriene var som følger:

Tildelingskriterium	Beskrivelse	Evaluerings
Pris	Tilbudt pris	Pris evalueres i iht. Vedlegg 4 – Prisskjema.

Kvalitet	Behovsoppfyllelse i henhold til formål	Kvalitet evalueres iht. Vedlegg 3 – Kravspesifikasjon.
----------	--	--

- (8) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4 at det *«på forhånd [ikke] er bestemt noen prioritering eller vektning av kriteriene»*.
- (9) Tildelingskriteriet «Kvalitet» skulle evalueres *«på bakgrunn av besvarelse i vedlegg 3 – Kravspesifikasjon i de krav der det er bedt om informasjon i tilbyders besvarelse (kolonne H [sic]) samt i hvor stor grad tilbudet bidrar til den totale behovsoppfyllelse som etterspørres i henhold til anskaffelsens formål. Jf. Punkt 1.2.»*, se konkurransegrunnlaget punkt 4.2.
- (10) I kravspesifikasjonen var det oppstilt generelle krav som gjaldt for alle delytelsene, i tillegg til særskilte krav for hver enkelt delytelse. Leverandørene ble bedt om å beskrive krav 1, 2, 3, 4, 17, 22, 23, 28, 29, 30 og 34 i kolonne F eller i eget vedlegg. Disse kravene skulle evalueres under tildelingskriteriet «Kvalitet», se vedlegg 3 Kravspesifikasjon. Ingen av de særskilte kravene skulle evalueres under kvalitetskriteriet.
- (11) En av leverandørene stilte spørsmål til tildelingskriteriet «Kvalitet»:
- «Det vises til konkurransebestemmelsens pkt 4: Tildelingskriterier og evaluering der det fremkommer at oppdragsgiver vil tildele i henhold til den sammensetningen av tilbud som ut ifra en vurdering av kvalitet og pris best mulig bidrar til å oppnå anskaffelsens formål. Selv om et tilbud ut fra tildelingskriteriene vurderes som best innenfor en delytelse er man ikke sikret tildeling, og det er ikke på forhånd bestemt noen prioritering eller vektning av kriteriene.*
- Med henvisning til kravet til forutberegnelighet i offentlige anskaffelser ber vi oppdragsgiver spesifisere hvilke forhold som kan medføre at de velger å ikke tildele til den tilbyder som har det beste tilbudet.»*
- (12) Til dette svarte innklagede følgende:
- «Oppdragsgiver oppfordrer tilbyderne til å gi et så hensiktsmessig tilbud som mulig både samlet for alle delytelser som det gis tilbud på, og pr. delytelse.*
- Oppdragsgiver vil gjennom forhandling bruke informasjonen i tilbudene for å få en sammensetning av tjenester som samlet sett sikrer en best mulig behovsoppfyllelse, jf. punkt 4 i konkurransegrunnlaget.»*
- (13) Medicus Trondheim AS (heretter *Medicus*) innga tilbud på hele behovet for delytelse A. Volvat medisinske senter Nord og Midt-Norge AS (heretter *Volvat*) innga tilbud på hele behovet for delytelsene C, D og F, i tillegg til deler av behovet på delytelse B og E.
- (14) Innklagede meddelte 25. september 2024 om at Aleris (heretter *valgte leverandør*) hadde blitt tildelt rammeavtale for alle delytelsene.
- (15) For tildelingskriteriet «Kvalitet», ble tildeling av kontrakt begrunnet slik:

«Aleris er vurdert til å tilby en kvalitet som bidrar til full behovsdekning av tjenestene som omfattes av anskaffelsen på en svært god måte for alle delytelser. Aleris tilbyr en bemanning som vurderes som robust, og som etter Oppdragsgivers vurdering er godt tilpasset oppdraget for alle delytelser.

Aleris leverer tilbud på alle tjenester med en geografisk plassering i Trondheim. Oppdragsgiver vurderer leveringsadressen som meget godt plassert med tanke på pasienters mulighet til å komme til og fra behandling ved å benytte seg av offentlig kommunikasjon. Oppdragsgiver vurderer videre tjenestetilbudet som godt tilpasset den samiske befolkningens språklige og kulturelle bakgrunn. Aleris har også etablert gode systemer med tolketjenester.

Med bakgrunn i det overnevnte er Aleris vurdert til å inngi det beste tilbudet i henhold til tildelingskriteriene.»

- (16) Medicus fikk følgende begrunnelse på tildelingskriteriet «Kvalitet»:

«For evalueringskrav 3. har Medicus tilbudt en kvalitet på bemanning som er vurdert som marginalt bedre sammenlignet med beste tilbyder.

For de andre evalueringskravene er det lite som skiller tilbyderne, og Oppdragsgiver har vurdert kvaliteten som tilnærmet lik.

Selv om Medicus er vurdert som marginalt bedre kvalitet totalt sett er dette etter Oppdragsgivers vurdering ikke tilstrekkelig til å veie opp prisforskjellen sammenlignet med beste tilbyder på delytelsen i sin helhet.»

- (17) Volvat fikk følgende begrunnelse på kvalitetskriteriet:

«Sammenlignet med beste tilbyder har Volvat tilbudt en kvalitet som etter en totalvurdering er vurdert som lik.»

- (18) Medicus og Volvat (heretter *klagerne*) påklaget tildelingen 7. oktober 2024. Ingen av klagen ble tatt til følge i klagesvar datert 15. oktober 2024.

- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 23. oktober 2024.

- (20) Innklagede avventer kontraktsinngåelse til Klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.

- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. desember 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Tildelingskriteriet «Kvalitet» er utformet i strid med klarhetskravet og de grunnleggende prinsippene i § 4. Innklagede har stilt minstekrav til leverandørene, og disse kravene er ikke egnet for meroppfyllelse. Kravene leverandørene skal bli evaluert på, er dermed ikke egnet til å vurdere relevante forskjeller mellom tilbudene.

- (23) Det er også svært uklart hva som har dannet grunnlaget for oppdragsgivers vurdering av behovsoppfyllelsen: «*i hvor stor grad tilbudet bidrar til den totale behovsoppfyllelse*».

Konkurransegrunnlaget gir begrenset med informasjon om hva behovsoppfyllelsen går ut på, og hva som skal til for å gi en best mulig behovsoppfyllelse. Dette er også i strid med kravet til forutberegnelighet.

- (24) Evalueringen er videre foretatt i strid med kravet til forutberegnelighet. Det er utledet en forståelse av kravene i kravspesifikasjonen som ikke kan forankres i ordlyden. Videre kan det se ut til at innklagede ved evaluering av behovsdekning, har lagt vekt på at valgte leverandør er eneste leverandør som innga tilbud på alle delytelsene i rammeavtalen og dermed var den eneste som ga full behovsdekning for alle delytelser. Det er ikke holdepunkter i konkurransegrunnlaget for å vektlegge dette.
- (25) Både utforming og anvendelse av et ulovlig tildelingskriterium medfører som hovedregel avlysningsplikt fordi tildelingskriteriene har stor betydning for leverandørene. Dersom kvalitetskriteriet hadde vært lovlig utformet med en vekt på 50 prosent, er det ikke tvilsomt at det kunne hatt betydning for utfallet av konkurransen. Feilen kan ikke rettes uten å gjøre en ulovlig vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, og det er dermed avlysningsplikt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Konkurransegrunnlaget, herunder tildelingskriteriet «*Kvalitet*», er utformet tilstrekkelig klart, og i tråd med de generelle kravene i lovens § 4. Evalueringskravene er lovlig utformet, og gir grunnlag for å vurdere sterke og svake sider ved tilbudene. Evalueringskravene knytter seg til de delene av tjenesten som gir merverdi utover den rent medisinske kvaliteten på tjenestene. Selv om det ikke for alle kravene er detaljert beskrevet hva som vil gi merverdi, er det på det rene at dette vil være knyttet til kapasitet, tilgjengelighet, erfaring etc. Dette er kriterier som er knyttet til formålet om levering av spesialisthelsetjenester til befolkningen i Helseregionen Midt-Norge.
- (27) Det ligger i formuleringen «*den totale behovsoppfyllelse*» at oppdragsgiver vil vurdere hvordan full behovsdekning for alle delytelser best kan ivaretas. Konkurransegrunnlaget åpner for å sammenligne tilbud innenfor en og samme delytelse, eller å tildele hele delytelsen til en leverandør, se også konkurransegrunnlaget punkt 1.3. Det ligger også i ordet «*total*» at det er aktuelt å evaluere tilbudene på tvers av de ulike delytelsene, uten at det er noen forutsetning eller krav om at det inngis tilbud på samtlige delytelser. Hva som nærmere ligger i «*den totale behovsoppfyllelse*», må leses i lys av konkurransegrunnlaget for øvrig.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klagerne har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av somatiske spesialisthelsetjenester, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 estimert til 586 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 IV, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (29) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved utformingen av tildelingskriteriet «*Kvalitet*».
- (30) Det følger av forskriftens § 30-1 (1) at «*Oppdragsgiveren skal fastsette hvordan konkurransen skal gjennomføres i anskaffelsesdokumentene*». Videre følger det av

bestemmelsens annet ledd at konkurransen skal gjennomføres *«på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av leverandører til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud»*.

- (31) Forskriftens del IV om anskaffelse av helse- og sosialtjenester gir altså begrensede føringer for hvordan konkurransen skal gjennomføres. Nemnda vil i det følgende redegjøre for kravet til forutberegnelighet i denne typen anskaffelser, som igjen vil ha betydning for hvilke krav som stilles til tildelingskriterienes klarhet.
- (32) I NOU 2014:4 er det understreket at det vil undergrave forslagene til forenklinger hvis klagenemnda her innfortolker detaljerte prosedyrekrav som ikke følger av regelverket. Dette er fulgt opp i klagenemndas sak 2018/161 avsnitt 28, som gjaldt anskaffelse av helse- og sosialtjenester med konkurranse med forhandling. Nemnda uttalte her at *«oppdragsgiver (har) en betydelig grad av skjønnsfrihet»*. Og videre: *«[d]ette er altså en situasjon hvor det er begrensede muligheter til å utlede detaljerte prosedyrekrav av de grunnleggende prinsippene»*. Oppdragsgiveren er gitt en stor grad av fleksibilitet, for å sikre at de særlige behovene for blant annet kvalitet blir ivaretatt, da på bekostning av hensynet til leverandørenes forutberegnelighet, se NOU 2014:4 kapittel 27, Prop. 51 L (2015-2016) kapittel 8.1 og Innst. 258 L (2015-2016) kapittel 2.2.5.
- (33) Det følger av anskaffelsesloven § 7a første ledd at departementet, ved forskrift, skal gi *«særskilte regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester»*. Ved utformingen av forskriften skal det særlig legges vekt på særtrekkene ved helse- og sosialtjenester. Disse særtrekkene er mangfold, kvalitet, kontinuitet og brukervedvirkning jf. loven § 7a andre ledd.
- (34) Forskriften del IV gjennomfører direktiv 2014/24/EU artikkel 74-77. Bakgrunnen for særreglene i del IV er angitt i fortalens premiss 114, der det fremheves at tjenestene leveres i en særlig sammenheng som er forskjellig fra medlemsstat til medlemsstat. Det er videre presisert at medlemsstatene skal ha vid skjønnsmargin til å planlegge valg av leverandører på den måten de finner mest hensiktsmessig. Direktivet krever derfor bare overholdelse av de grunnleggende prinsippene. I EU-domstolens sak C-436/20 premiss 83-85 er det fremhevet at medlemsstatene skal tillates å ta hensyn til behovet for å sikre tjenesteytelsenes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheter, tilgjengelighet og omfang, samt priser, brukernes særlige behov og brukervedvirkning.
- (35) I Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 43.4.2 er det gitt føringer for hvordan anskaffelser etter del IV skal gjennomføres:
- «Hvordan konkurranser om anskaffelser av helse- og sosialtjenester skal gjennomføres er regulert i § 30-1. Bestemmelsen gir oppdragsgiveren et stort handlingsrom til å organisere konkurransen på den måten han selv mener er mest hensiktsmessig. Oppdragsgiveren kan velge å utforme egne prosedyrer, bruke anskaffelsesprosedyrene i forskriften del II eller del III eller tilpasse anskaffelsesprosedyrene i del II eller del III etter særtrekkene til tjenestene som skal anskaffes. Prosedyren skal uansett utformes i tråd med de grunnleggende prinsippene, jf. anskaffelsesloven § 4.»*
- (36) Også EU-domstolen har uttalt at det ikke er grunnlag for å innfortolke regler fra direktivet som ikke er gjeldende for de aktuelle tjenestene, fordi det villa ha undergravet lovgivers skilnad mellom tjenester i direktivet, se sak C-95/10 premiss 37 og omtale av denne i

vedlegg 1 til Difis veileder om kjøp av helse- og sosialtjenester. I sistnevnte er det blant annet presisert at det ikke er krav til vekting av tildelingskriterier, og at oppdragsgiver etter mottak av tilbudene kan fastsette hva som er viktig uten at dette er i strid med de grunnleggende prinsippene.

- (37) Oppdragsgiver har på denne bakgrunn en betydelig fleksibilitet ved utformingen av konkurransegrunnlaget og gjennomføringen av en anskaffelse av helse- og sosialtjenester.
- (38) Dersom oppdragsgiveren imidlertid fastsetter mer detaljerte krav og retningslinjer for gjennomføringen av konkurransen, vil oppdragsgiveren etter omstendighetene være forpliktet til å følge disse, jf. kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4.
- (39) Slik tildelingskriteriet «*Kvalitet*» er utformet, legger det opp til en to-leddet vurdering. Kriteriet skal evalueres ut fra besvarelse av kravene i vedlegg 3 og i hvilken grad tilbudet bidrar til den totale behovsoppfyllelsen, sett hen til anskaffelsens formål. Konkurranses grunnlaget angir videre at «*[o]ppdragsgiver vil tildele i henhold til den sammensetningen av tilbud som ut ifra en vurdering av kvalitet og pris best mulig bidrar til å oppnå anskaffelsens formål. Jf. Punkt 1.2. Det betyr at selv om et tilbud ut fra tildelingskriteriene vurderes som best innenfor en delytelse er man ikke sikret tildeling.*» I vedlegg 3 Kravspesifikasjon er det angitt hvilke krav som skal evalueres kvalitativt.
- (40) Nemnda vil i det følgende først vurdere om tildelingskriteriets andre ledd, knyttet til behovsoppfyllelse og anskaffelsens formål er tilstrekkelig klart utformet.
- (41) En naturlig språklig forståelse av «*den totale behovsoppfyllelse*» tilsier at det skal legges vekt på tilbudet som i størst grad oppfyller oppdragsgivers behov. Hva som er oppdragsgivers behov, må sees i lys av anskaffelsens formål. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 at formålet med anskaffelsen var å inngå en rammeavtale for et tilbud av somatiske spesialisthelsetjenester, for å oppfylle innklagedes sørge-for-ansvar. Rammeavtalen skulle sørge for riktig behovsdekning og geografiske likeverdige tilbud. I behovsvurderingen som ble sendt leverandørene var det også presisert at en del av formålet var å ivareta pasientens rett til å velge behandlingssted og oppnå et velfungerende leverandørmarked. Etter klagenemndas syn er det derfor naturlig å vurdere i hvilken grad leverandørenes tilbud bidrar til å oppfylle oppdragsgivers sørge-for-ansvar, et velfungerende leverandørmarked og i hvor stor grad tilbudene sørger for riktig behovsdekning og geografiske likeverdige tilbud.
- (42) I formuleringen «*behovsdekning*» ligger det å oppfylle oppdragsgivers behov for å dekke etterspørselen etter somatiske spesialisthelsetjenester. En naturlig forståelse av «*geografisk likeverdige tilbud*» tilsier at befolkningen skal ha samme tilgang på somatiske spesialisthelsetjenester, uavhengig av bosted. Dette tilsier at det skal legges vekt på hvilken leverandør som i størst grad ivaretar etterspørselen av somatiske spesialisthelsetjenester i regionen. Det vil i en slik vurdering være mulig å se hen til antall delytelser det inngis tilbud på, og hvordan tilbudene totalt sett ivaretar det samlede behovet, også sett hen til tilgjengelighet for hele befolkningen. I lys av at oppdragsgiver i en del IV-anskaffelse har stor grad av fleksibilitet, vurderer nemnda dette som tilstrekkelig klart.
- (43) Dette underbygges også av at kravene i kravspesifikasjonen la opp besvarelser som var relevante for den nevnte vurderingen. Konkurranses grunnlaget punkt 1.2 viser til Vedlegg

3 «*Kravspesifikasjon*» og Vedlegg 4 «*Prisskjema*» for en nærmere beskrivelse av oppdragsgivers behov. I kravspesifikasjonen krav nr. 1 er det stilt krav om at delytelsene skal leveres fra en/ flere leveringsadresse(r) innenfor opptaksområdene til St. Olavs hospital HF og Helse Nord-Trøndelag HF. Under «*Utfyllende informasjon*» er det blant annet presisert at leverandøren skal beskrive geografisk beliggenhet for sitt/sine leveringssted(er), adresse, samt hvilke tjenester som tilbys fra den enkelte leveringsadresse. Kravet viser at den geografiske beliggenheten er sentral ved evalueringen. Dette er også et krav som skal beskrives i kolonne F, og være gjenstand for nærmere evaluering av kvalitetskriteriet.

- (44) Sett i sammenheng med konkurransegrunnlaget for øvrig, skal det dermed foretas en vurdering av leverandørenes oppfyllelse av kravene i kravspesifikasjonen og i hvilken grad leverandørene bidrar til å oppfylle oppdragsgivers sørge-for-ansvar, et velfungerende leverandørmarked, geografisk likeverdige tilbud og rett behovsdekning. Klagenemnda har, i lys av den fleksibiliteten både de foran gjennomgåtte forarbeidene, EU-relevante kilder og klagenemndas avgjørelse i sak 2018/161 åpner for, ikke rettslige innvendinger til at det er lagt opp til en slik to-leddet vurdering med delvis skjønnsmessige vurderingstemaer. Nemnda kan heller ikke se at slike tildelingskriterier er ulovlig konkurransebegrensende. At det skal legges vekt på hvilken leverandør som i størst grad ivaretar etterspørselen av somatiske spesialisthelsetjenester i regionen, herunder at man i en slik vurdering ser hen til antall delytelser det inngis tilbud på, vil naturlig nok gi en fordel for de største leverandørene, men dette ligger likevel innenfor oppdragsgivers skjønnsfrihet i slike saker.
- (45) Klagenemnda går så over til å vurdere om det var tilstrekkelig klart ut fra det enkelte evalueringskravet hva oppdragsgiver ville evaluere.
- (46) Klager har for det første anført at tildelingskriteriet «*Kvalitet*» ikke er tilstrekkelig klart utformet, fordi evalueringskravene som fremgikk av kravspesifikasjonen, ikke er egnet til å vurdere relevante forskjeller mellom tilbudene og ikke setter leverandørene i stand til å forstå hvilke egenskaper som er relevante ved bedømmelsen av kriteriet.
- (47) I kravspesifikasjonen var det oppstilt en rekke krav, herunder generelle krav og krav til hver enkelt delytelse. De generelle kravene var angitt som minstekrav. Det fremgikk av kravspesifikasjonen at «*[i] de tilfeller det er bedt om at leverandør skal beskrive utdype i kolonne F eller i eget vedlegg, [vil] tilbyders besvarelse være gjenstand for evaluering som knytter seg til tildelingskriteri[et] kvalitet.*»
- (48) Kravene som var gjenstand for evaluering var 1, 2, 3, 4, 17, 22, 23, 28, 29, 30 og 34. Klagenemnda vil i det følgende ta stilling til om kravene klager mener er uklare og uegnet, gir tilstrekkelig informasjon om hvilke egenskaper som er relevant i evalueringen. Det gjelder krav 1, 2 17, 28 og 29.
- (49) I kravspesifikasjonen var det stilt krav om at delytelsene skulle leveres fra en eller flere leveringsadresser innenfor opptaksområdene til St. Olavs Hospital HF og Helse Nord-Trøndelag HF, se krav nr. 1 i vedlegg 3 kravspesifikasjonen. Leverandørene ble bedt om å beskrive den geografiske beliggenheten til sitt/sine leveringssted(er), adresser, og hvilke tjenester som tilbys fra den enkelte leveringsadressen.
- (50) Slik kravet er utformet, stiller det krav til at alle leverandørene har lokaler i opptaksområdet til St. Olavs Hospital HF og Helse Nord-Trøndelag HF. Når det skulle

gis en beskrivelse av geografisk beliggenhet og aktuelle tjenester, indikerer det at beliggenheten til leverandørenes lokaler skal evalueres. En naturlig forståelse av kravet tilsier også at leverandører med flere lokaler kan få uttelling for dette. Sett i sammenheng med konkurransegrunnlaget for øvrig, samsvarer dette med henvisningen til et «*geografisk likeverdig tilbud*» i anskaffelsens formål. Etter klagenemndas syn er evalueringskravet dermed egnet for meroppfyllelse og er ikke uklart utformet sett hen til at dette er en del VI anskaffelse.

- (51) Krav nr. 17 i vedlegg 3 kravspesifikasjon var at leverandørene, innen tre dager etter helsehjelpen, skal følge opp pasienten med telefonsamtale, e-konsultasjon eller fysisk konsultasjon hvis det er i henhold til god praksis for pasientoppfølging. Det ble bedt om at leverandørene skulle «*beskrive hvilken løsning leverandør for e-konsultasjoner*» i kolonne F.
- (52) Kravet er utformet som et minstekrav til leveransen, jf. formuleringen «*skal*». Ordlyden «*beskrive*» åpner imidlertid for at leverandørene kan gi en nærmere redegjørelse for hvilken løsning leverandørene bruker for e-konsultasjoner. Kravet åpner dermed for at leverandørene kan beskrive hvordan e-konsultasjonene skal gjennomføres, for eksempel om det skjer skriftlig eller ved bruk av telefon- eller videosamtale. Det er dermed nærliggende å tolke kravet slik at det er kvaliteten på løsningen som skal evalueres. Slik kravet er utformet, er det egnet til å vurdere relevante forskjeller mellom leverandørene, ut ifra hvilken løsning som tilbys.
- (53) Klager har vist til at innklagede ikke har angitt hvilke momenter som danner grunnlag for meroppfyllelse av kravet. Ettersom anskaffelsen følger forskriften del IV, der det skal være stort rom for fleksibilitet fremfor full forutberegnelighet, er det etter klagenemndas syn tilstrekkelig at kravet åpner for meroppfyllelse ved å vurdere kvaliteten på løsningen leverandørene tilbyr. Dette kravet vurderes dermed som tilstrekkelig klart.
- (54) Det var også stilt krav om at pasientene skulle ha mulighet til å komme seg til behandling med offentlig kommunikasjon, og at lokalene skulle være tilpasset personer med nedsatt funksjonsevne, se vedlegg 3 kravspesifikasjon krav nr. 28. Slik kravet er formulert, skulle leverandørene bare beskrive «*tilgjengeligheten*». En naturlig forståelse av «*tilgjengeligheten*» indikerer at det skal legges vekt på hvor tilgjengelig offentlig transport til og fra behandlingsstedet er. Det kan dermed legges vekt på hvor kort avstand det er mellom avstigning fra offentlig transport til behandlingsstedet, og om det finnes flere alternativer på å komme seg til behandlingsstedet, i tillegg til hvor hyppige adgangene er.
- (55) I tillegg skulle leverandørene beskrive «*tilgjengeligheten*» på lokaler og utstyr tilpasset pasienter eller foresatte med nedsatt funksjonsevne, herunder personer med forflytningshemming eller sansetap. Slik kravet er utformet, åpner det for at leverandørene kan beskrive hvordan lokalene deres er tilpasset personer med nedsatt funksjonsevne, for eksempel om lokalene har heis, ledsagertjenester, HC-toaletter og hvor lett det er å komme seg rundt i lokalene med rullestol. I hvilken grad lokalene er tilpasset personer med nedsatt funksjonsevne er etter klagenemndas syn egnet til å skille leverandørene, og dermed egnet for meroppfyllelse. Kravet er tilstrekkelig klart.
- (56) Videre er det stilt krav om at leverandørene skal ha et system «*for tolketjenester*», se krav nr. 29 i vedlegg 3 Kravspesifikasjon. Kravet i sin helhet lød som følger:

«System for tolketjenester skal være etablert. System for tolketjenester skal følge de anbefalingene som fremgår av Helsedirektoratets veileder om kommunikasjon via tolk, IS-1924.

Leverandør skal ha avtale med tolketjenester av god kvalitet.

Leverandør skal ikke benytte tolk fra familie etc.

Ved behov for tolketjenester, skal Leverandør være ansvarlig for organisering samt dekning av utgiftene i forbindelse med tjenesten.»

- (57) Her ble leverandørene bedt om å beskrive «*tilgjengeligheten*» i kolonne F eller eget vedlegg.
- (58) En naturlig forståelse av «*tilgjengeligheten*» på tolketjenester indikerer at det skal legges vekt på hvor fort tolken kan stille ved behov. I tillegg skulle leverandøren ha «*avtale med tolketjenester av god kvalitet*». Hva som ligger i «*tolketjenester av god kvalitet*», er vagt formulert. Anskaffelsen følger imidlertid som nevnt forskriften del IV, og det stilles dermed lempeligere krav til oppdragsgiver. Etter klagenemndas syn må kravet sees i sammenheng med Helsedirektoratets veileder om kommunikasjon via tolk, IS-1924. I veilederen er det gitt føringer for tolkens rolle og ansvarsområde, noe som kan gi en indikasjon på hva som er tolketjenester av god kvalitet. Etter nemnda syn er kravet dermed egnet til å vurdere kvaliteten på tolketjenestene som tilbys. Kravet fremstår ikke uklart.
- (59) Klagerne mener også at krav nr. 2 ikke er egnet for meroppfyllelse. Her ble det stilt krav om at «*[i] tilfeller hvor det er aktuelt å sende histologisk materiale og blodprøver til analyse, skal Leverandør stå for kostnader knyttet til dette.*» Leverandørene ble bedt om å beskrive kravet i kolonne F.
- (60) Slik kravet er utformet, er det tilstrekkelig at leverandørene bekrefter at de står for kostnadene knyttet til sending av histologisk materiale og blodprøver til analyse. En naturlig forståelse av kravet legger ikke opp til noen nærmere utdyping av rutiner, hvordan materialet og prøvene skal analyseres, eller eventuelt hvor. Etter klagenemndas syn er det tilstrekkelig at leverandørene bekrefter at kravet er oppfylt eller ikke.
- (61) Dette kan underbygges ved at leverandørene har forstått kravet på tilsvarende måte ved å bekrefte at de vil dekke kostnadene. Alle besvarelsene er gitt 10 poeng. Etter klagenemndas syn illustrerer dette at kravet er et minstekrav, og det er uklart for leverandørene hvordan innklagede vil kunne skille mellom relevante forskjeller mellom tilbudene.
- (62) Oppsummert er ett av evalueringskravene ikke tilstrekkelig klart og i strid med prinsippet om forutberegnelighet i § 4 og forskriften § 30-1 (1), mens de øvrige kravene vurderes som klare nok i en del IV anskaffelse.
- (63) Det neste spørsmålet for klagenemnda er om innklagedes evaluering av tilbudene under tildelingskriteriet «*Kvalitet*», er i strid med regelverket. Klager har anført at evalueringen ikke er forutberegnelig, ettersom innklagede har utledet en forståelse av kravene i kravspesifikasjonen som ikke kan forankres i ordlyden.

- (64) Klagenemnda skal ikke foreta en ny evaluering av tilbudene. Det som kan prøves er om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt og om evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 side 1783 avsnitt 42-44. Dette gjelder også ved anskaffelser etter forskriften del IV.
- (65) Det ble gitt en generell tilbakemelding til klagerne, der det blant annet ble gitt en redegjørelse for evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. Medicus innga tilbud på delytelse A, og her ble det redegjort for at Medicus hadde *«tilbudt en kvalitet på bemanning som er vurdert som marginalt bedre»* enn valgte leverandør. Ellers var det lite som skilte leverandørene, og innklagede hadde *«vurdert kvaliteten som tilnærmet lik»*. Kvaliteten på tilbudet var ifølge innklagede ikke tilstrekkelig til å veie opp for prisforskjellen sammenlignet med beste tilbyder. Volvat hadde *«tilbudt en kvalitet som etter en totalvurdert er vurdert som lik»* på de delytelsene selskapet hadde inngitt tilbud på, sammenlignet med valgte leverandør.
- (66) Slik saken er opplyst for klagenemnda. har innklagede foretatt en saklig vurdering av evalueringskrav nr. 1, 17 og 28. Innklagede har lagt vekt på lokalenes beliggenhet og om leverandørene har flere lokaler, hvilken løsning for e-konsultasjoner leverandørene har tilbudt og i hvilken grad det er mulig å komme seg til behandling med offentlig transport. Etter nemndas syn er evalueringen er i tråd med en naturlig forståelse av kravene, jf. avsnitt 49 til 55. Evalueringen av krav nr. 1, 17 og 28 dermed ikke vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (67) På krav nr. 29 er både valgte leverandør og Volvat gitt 10 poeng. Kravet er gjengitt ovenfor i avsnitt 56. Innklagede har forklart overfor klagenemnda at en naturlig forståelse av *«tilgjengeligheten»* på tolketjenester vil innebære kapasitet for bruk av tolk, bredden av språktilbud og kvaliteten på tolkingen etc. Nemnda er enig i at ordlyden *«tilgjengelighet»* kan tilsi at kapasiteten vil bli evaluert, men det er vanskelig å utlede av den samme ordlyden at bredden av språktilbud og kvaliteten på tolkingen ville bli vektlagt. Evalueringen fremstår derfor på dette punktet ikke som forutberegnelig og er dermed i strid med prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4.
- (68) Ettersom ett av evalueringskravene var uklart og det ikke var foretatt en forutberegnelig evaluering av et annet krav, blir spørsmålet om konkurransen må avlyses. En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se blant annet HR-2019-1801-A avsnitt 85 og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16 avsnitt 106.
- (69) Feil i anvendelsen av kravet om tolketjenestenes tilgjengelighet kan rettes med en ny evaluering. Dette fører dermed ikke til avlysningsplikt.
- (70) Klagenemnda har imidlertid også kommet til at ett av evalueringskravene er uklart. Leverandørene som har bekreftet at de oppfyller minstekravet. har fått full uttelling på det aktuelle evalueringskravet, og både klagerne og valgte leverandør har fått 10 poeng. Situasjonen er dermed ikke at noen har scoret dårligere enn andre fordi evalueringskravet var uklart. Spørsmålet blir da om det oppstår avlysningsplikt fordi konkurransen kunne fått et annet utfall dersom kravet var blitt utformet på en annen måte. Oppdragsgiver har angitt at man mente å skulle evaluere på kapasitet for tolkning, bredden av språktilbud og

kvaliteten på tolkningen. Det er uklart for nemnda om dette ville bli angitt som evalueringskrav da det er uklart om det ville vært lovlig. Leverandører av helsetjenester må levere tjenesten ved hjelp av tolk dersom det er nødvendig. Anskaffelsen gjelder planlagte operasjoner. Nemnda kan vanskelig spekulere i hvordan et evalueringskrav hypotetisk ville ha blitt utformet eller om det ville ha skilt mellom tilbyderne ved besvarelsen av dette.

- (71) Klager har heller ikke sannsynliggjort at konkurransen kunne fått et annet utfall dersom underkriteriet var annerledes utformet. I begrunnelsen for tildelingen synes oppdragsgiver å ha gjort en vurdering ikke bare av pris og kvalitet, men også av det andre leddet i vurderingen, som var knyttet til behovsoppfyllelse. Ved poenggivning for pris og kvalitet skiller det lite mellom tilbyderne. Det skal dermed lite til før resultatet kunne endret seg isolert sett for første ledd. Det er ut fra tildelingsmekanismens natur ikke kommet matematisk til uttrykk i tildelingsbeslutningen hvor stor betydning det andre leddet har fått. Gitt at feilen gjelder 1 av 11 evalueringskrav, og oppdragsgiver synes å ha lagt vekt også på det andre leddet, kan nemnda heller ikke se at feilen gir plikt til avlysning.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har brutt anskaffelsesregelverket ved gjennomføringen av konkurransen, ved å oppstille et uklart tildelingskriterium og i evalueringen av ett av evalueringskravene.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur