



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede stilte krav om at leverandører som skulle delta i konkurranse om levering av dagkirurgiske tjenester hadde inngått driftsavtale med Helse Vest med et omfang på 80 % eller mer av leverandørens kapasitet. Klagenemnda la til grunn at dette var et ulovlig kvalifikasjonskrav og at kravet var i strid med kravet til likebehandling og forbudet mot diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet.

Klagenemndas avgjørelse 25. november 2003 i sak 2003/136

Klager: dr. Harald Miljeteig

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Krav til leverandørene for å delta i konkurranse. Likebehandling og ikke-diskriminering på grunnlag av lokal tilhørighet.

Sakens bakgrunn

Helse Vest RHF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 19.12.2003 en konkurranse med forhandling om kjøp av dagkirurgiske tjenester innen øre-nese-hals sykdommer. I kunngjøringen var det kun vist til ordinære kvalifikasjonskrav, så som krav om fremleggelse av skatteattest, HMS-egenerklæring og firmaattest.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det under overskriften "Ytelse/omfang - beskrivelse av leveransen" blant annet at:

"Som et supplement til de tjenester våre egne helseforetak leverer, ønsker vi å inngå avtale om leveranse av dagkirurgiske tjenester fra:

- *Private avtalespesialister som har driftsavtale med Helse Vest. Aktører som har 100% driftstilskudd vil foretrekkes."*

Utover denne formulering var kravet om driftsavtale med Helse Vest ikke ytterligere beskrevet i konkurransegrunnlaget, verken i tilknytning til de oppstilte kvalifikasjonskrav eller under tildelingskriteriene.

Dr. Harald Miljeteig, som én av to leger ved Spesialistsenteret på Straume (heretter kalt "klager), leverte inn forespørsel om å delta i konkurransen. Det ble i forespørselen opplyst at senteret driver avtalepraksis på fulltid innenfor seks ulike spesialiteter. En av disse, øre-nese-hals, drives av to leger, dr. Miljeteig og dr. Lind, som hver har 50 % selvstendig driftsavtale. Det ble opplyst at dr. Miljeteig alene skulle være ansvarlig for kirurgi.

Det kom inn 27 tilbud, og innklagede kvalifiserte og valgte å forhandle videre med 18 leverandørene. 14 av disse var private avtalespesialister med driftsavtale med Helse Vest. De øvrige kvalifiserte var private sykehus. Innklagede har inngått avtaler med samtlige 18 leverandører.

Klager ble ikke invitert til forhandlinger, og dette ble i brev av 5.3.2003 begrunnet med at:

"Det fremgår av konkurransegrunnlaget at vi ved inngåelse av avtaler om levering av dagkirurgiske tjenester fra private avtalespesialister, ville foretrekke aktører med 100 % driftstilskudd. Ved utvelgelsen av hvilke aktører vi har ønsket å forhandle videre med, er det på denne bakgrunn blant annet lagt vekt på hvilken størrelse det er på den stillingshjemmel den enkelte tilbyder innehar. Resultatet er at vi har valgt ikke å forhandle med tilbydere som innehar avtalehjemmel lavere enn 80 %, og vi beklager å måtte meddele at De dermed ikke har nådd opp i konkurransen".

I et senere brev fra innklagede til klager datert 28.4.2003 heter det videre at:

"Tidlig i prosessen ble leverandører med 20, 40 og 50 % driftsavtale utelatt. Dette bl. a. fordi en ønsket leverandører som hadde privat praksis som hovedarbeidssted. Med bakgrunn i de tilbud som kom inn ble grensen satt ved 80 % driftsavtale.

De tilbyderne som ble utelatt pga. driftsavtale mindre enn 80 % ble ikke vurdert i forhold til utvelgelseskriteriene. Det betyr at ditt tilbud ikke ble avslått med bakgrunn i kvalitet eller leveringsdyktighet, men med bakgrunn i størrelsen på driftsavtalen."

Nærmere om den statlige refusjonsordningen ISF-refusjon:

For å utnytte kapasitet hos privatpraktiserende avtalespesialister har Stortinget besluttet at de regionale helseforetakene kan anskaffe dagkirurgiske tjenester utenfor egen virksomhet. Ved anskaffelse av slike dagkirurgiske tjenester vil de regionale helseforetakene så motta statlig refusjon, såkalt ISF-refusjon (innsatsstyrt finansiering). Helsedepartementet har i denne forbindelse utarbeidet et rundskriv, datert 08.01.2002 hvor det blant annet heter at:

"Stortinget har vedtatt at de regionale helseforetakene også skal få ISF-refusjon når de kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister utenfor offentlige godkjente sykehus. Ordningen trådte i kraft fra 1. januar 2002.

Refusjonen utbetales til det regionale helseforetaket og dekker pasienter som først har vært henvist til et helseforetak/sykehus. Det er en forutsetning at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale. Det er opp til partene å avtale godtgjørelsen fra helseforetaket til avtalespesialisten. Avtalespesialisten mottar egenandeler fra pasientene etter samme takster som for sine"

Om samarbeidsavtaler/driftsavtale

Det fremgår av sitatet ovenfor at det er en forutsetning for statlig ISF-refusjon at de regionale helseforetakene, uavhengig av den konkrete anskaffelse, har inngått en samarbeidsavtale med den privatpraktiserende avtalespesialist. På landsbasis er det inngått i underkant av 1100 slike samarbeidsavtaler, også omtalt som driftsavtaler. Helse Vest har inngått slike avtaler med ca. 180 avtalespesialister. Omfanget av avtalene varierer fra 20 % til 100 % av den aktuelle leges kapasitet. Dersom det er inngått en driftsavtale på 100 % forplikter vedkommende spesialist seg overfor det aktuelle helseforetak til å levere spesialisthelsetjenester innenfor sitt område i 37,5 timer pr. uke. Dette omtales også som en heltidshjemmel.

Samarbeidsavtalene/driftsavtalene omfatter ikke dagkirurgi. Det må derfor inngås tilleggsavtaler for denne typer tjenester.

For å få ISF-refusjon ved anskaffelse av dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister er det tilstrekkelig at omfanget av samarbeidsavtalen overstiger 20 % av en heltidshjemmel.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Det anføres at det ved tildeling av kontrakt kun er lagt vekt på praksisstørrelse, og at så lenge man oppfylte denne kvalifikasjonen (80 %), er alle andre kriterier som fremgår av konkurransegrunnlaget tilsidesatt, så som kvalitet, kapasitet, referanser osv.

Videre er det anført at et krav om at private legespesialister skal ha driftsavtale med Helse Vest virker diskriminerende på nasjonalt og lokalt grunnlag og det er derfor i strid med forskriften § 3-1 (3).

Subsidiært anfører klager at han i praksis er en del av en heldags (100 %) spesialistpraksis, selv om denne formelt er delt likt mellom to leger, begge med selvstendig driftsavtale med Helse Vest. Reelt sett har derfor også klager en samarbeidsavtale/driftsavtale med innklagede tilsvarende 100 %. Vurderingen av om klager oppfylte kravet om samarbeidsavtale var derfor basert på et uriktig faktum.

Innklagedes anførsler:

Siden Helse Vest kun vil få ISF-refusjon ved kjøp av helsetjenester fra private legespesialister dersom den valgte leverandøren har inngått en driftsavtale, var det helt nødvendig å begrense konkurransen til å gjelde avtalespesialister. Dersom innklagede skulle kjøpe helsetjenestene fra andre, måtte kostnadene blitt dekket av innklagede selv, noe som ikke ville være økonomisk mulig. En slik begrensning med hensyn til hvem som kunne få delta i konkurransen må anses fullt ut lovlig.

Innklagedes policy er i størst mulig grad å benytte heltidshjemler. Bakgrunnen er å unngå at ansatte leger i sykehus driver privat praksis utenom ordinær arbeidstid, og heller legge til rette for at legene velger om de vil arbeide i sykehus eller drive privat praksis. Heltidshjemler vil gi et større og mer stabilt tilbud enn de med lavere hjemmel, og har derfor relevans i forhold til spørsmålet om leverandøren er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene.

Når det gjelder det faktum at bare leverandører med driftsavtale med innklagede fikk delta i konkurransen, innrømmer innklagende at avtalespesialister med driftsavtale med andre helseforetak også ville gi innklagede ISF-refusjon. Å tillate avtalespesialister med driftsavtale med andre foretak å delta i konkurransen, ville imidlertid gi uheldige utslag. Det vises til at disse avtalespesialistene får sine grunnkostnader finansiert av andre helseforetak, og vedkommende helseforetak ville da bære deler av kostnadene ved tjenester levert av innklagede.

Videre påpekes det at en løsning der refusjonsordningen knyttes opp til tildelingskriteriet pris vil skape uheldige og urealistiske forventninger blant leverandører som ikke har driftsavtale.

Til klagers subsidiære anførsel anfører innklagde at driftsavtaler er personlige, individuelle avtaler som inngås med den enkelte legespesialist. Det inngås ikke avtaler med spesialistsentrene, men med den enkelte lege. Det vises her til at en løsning hvor man skulle inngå avtale med spesialistsentrene, ville være i strid med forutsetningen for gjeldende finansieringsordning (ISF-refusjonen).

Tilbudet fra klager kan uansett ikke anses som et felles tilbud fra de to omtalte legene ved senteret, men et tilbud fra dr. Miljeteig.

Klagenemndas vurdering

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Saken gjelder anskaffelse av dagkirurgiske tjenester som er å anse som en uprioritert tjeneste, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 kategori 26. Inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester skal følge reglene i forskriften del III, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 (3).

Det følger av Helsedepartementets rundskriv av 8.1.2002 at når helseforetakene kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister, gjelder et krav om at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale. Klagenemnda stiller spørsmål ved om det er i samsvar med lov og forskrifter for offentlige anskaffelser å strukturere markedet for kirurgiske tjenester på en slik måte som dette innebærer, men finner ikke å kunne gå inn i en slik vurdering. Klagenemnda vurderer dermed heller ikke det rettslige grunnlag for å kreve slik samarbeidsavtale mellom det regionale helseforetaket og avtalespesialisten som vilkår for å oppnå ISF-refusjon ved foretakenes anskaffelse av dagkirurgiske tjenester.

Den anskaffelsesrettslige problemstilling er først og fremst hvorvidt det var adgang for innklagede til å stille krav om driftsavtale *med Helse Vest av et bestemt omfang* ved anskaffelse av dagkirurgiske tjenester. Saken er spesiell for så vidt som den aktuelle leveranse først fikk sitt omfang fastsatt etter at innklagede fikk oversikt over de innleverte tilbud ☐ og dermed også over dekningsgraden for de aktuelle avtaler med helseforetaket. Som det har fremgått ovenfor, valgte Helse Vest å forhandle med dem som lå over 80 %, og alle ble tildelt avtale, jf. forskriften § 16-3 (2) og (3).

Mangler ved kunngjøringen

Selv om det ikke er anført av noen av partene, finner klagenemnda grunn til å påpeke at kunngjøringen av anskaffelsen skal inneholde en angivelse av alle viktige forutsetninger for leverandørenes deltakelse i konkurransen. Det vises her til forskrift om offentlige anskaffelser § 12-6 (1) hvor det heter at kravene til leverandørenes kvalifikasjoner i hovedtrekk skal angis i kunngjøringen.

I denne saken har det åpenbart vært en svært viktig forutsetning for deltakelse og kvalifikasjon at aktuelle leverandører på forhånd skulle ha inngått samarbeidsavtale/ driftsavtale med Helse Vest og at denne avtalen skulle ha et visst omfang. Dette skulle derfor fremgått av kunngjøringen.

Konkurransegrunnlaget fastslo rett nok at driftsavtale var en forutsetning, men man opplyste samtidig om at aktører med 100 % avtale ville bli foretrukket. Så langt dette skal vurderes som et kvalifikasjonskrav, er det ved dette skapt en grunnleggende uklarhet vedrørende hvilke kvalifikasjoner tilbyderne faktisk skal innrette seg etter. Skal passussen derimot forstås som en del av tildelingskriteriene, oppstår en annen uklarhet fordi konkurransegrunnlaget et annet sted eksplisitt oppgir kriterier for valg av tilbud uten å referere til driftsavtalens omfang.

Vurdering av krav om driftsavtalevolum som et kvalifikasjonskrav

Det fremgår ikke tydelig av kunngjøringen, konkurransegrunnlaget eller den øvrige dokumentasjon i saken hvordan innklagede selv har vurdert kravet om driftsavtale og driftsavtalevolum. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at kravet om driftsavtale med Helse Vest i denne saken må vurderes ut fra reglene om kvalifikasjonskrav.

Et krav om at leverandørene skal ha inngått driftsavtale med helseforetaket, kan etter sitt innhold anses som et krav til leverandørenes finansielle og økonomiske stilling. Kravet vil muligens også kunne henspeile på leverandørenes generelle faglige kvalifikasjoner. Det sentrale i denne saken er imidlertid at uansett hvilke kvalifikasjonskrav som fastsettes, skal de i henhold til § 12-5 (2) sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene og de skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres.

Etter klagenemndas oppfatning er det ikke godtgjort at de økonomisk, finansielle eller faglige kvalifikasjoner er tilsvarende bedre dersom vedkommende spesialist har en samarbeidsavtale i området 80-100 % sammenlignet med spesialister med lavere hjemler. Kravet om samarbeidsavtale av det aktuelle omfang er således åpenbart ikke egnet til å si om leverandørene er i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Kravet står heller ikke i forhold til den aktuelle tjenesteleveranse. Å stille krav om driftsavtale med høyere dekningsnivå enn 20 % er derfor i strid med forskriften § 12-5 (2).

Utvelgelse til forhandlinger

Anskaffelsen har vært gjennomført som en konkurranse med forhandling, hvor klager ikke ble kvalifisert for å delta i de avsluttende forhandlinger med innklagede. Utvelgelse av de leverandører som det kan forhandles med i en konkurranse med forhandling, skal i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser § 16-3 (2) og § 12-5 (1) baseres på leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling.

Forutsatt at krav om driftsavtale i seg selv er et tillatt kvalifikasjonskrav (med 20 % hjemmel) er spørsmålet om en gradering av omfanget på driftsavtalen kan benyttes som kriterium ved utvelgelse av hvilke leverandører som skal delta i konkurransen.

Innklagedes redegjørelse viser at det økonomisk er uten betydning for innklagede hvilket omfang (over 20 %) vedkommende driftsavtale har. Dette er et rent fordelingsspørsmål: behandler innklagede pasienten selv, oppnår man full refusjon, mens refusjon ved innkjøpte tjenester inngår i oppgjøret mellom innklagede og spesialisten. Det bakenforliggende hensynet ved å stille krav om driftsavtale er det mer begrensede: Å sikre at innklagede skulle oppnå ISF-refusjon. En slik refusjon utløses selv om omfanget av driftsavtalen er lavere enn 100 % - helt ned til 20 %.

Innklagede oppgir som grunnlag for sitt ønske om tilnærmet 100 % driftsavtale at man ved dette *"ønsker å komme bort fra en virkelighet der ansatte leger i sykehus driver privat praksis utenom ordinær arbeidstid, og heller legge til rette for at man velger om man vil arbeide i sykehus eller drive privat praksis."* Klagenemnda konstaterer at dette er en diskutabel ikke-økonomisk "policy-vurdering" som innklagede har gjort på egen hånd. Å benytte omfanget på driftsavtalen som kriterium for utvelgelsen av hvilke leverandører som skulle delta i konkurransen, er i seg selv konkurransebegrensende. Klagenemnda kan ikke se at det angitte ikke-økonomiske hensynet begrunner en slik konkurransebegrensning, og finner derfor at ordningen innebærer et brudd på kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det kan også reises hjemmels- og lovstridsspørsmål ved en slik lokal retningslinje for utvalg av spesialisttjenester etter lov om helseforetak 15.6.2001 nr. 93, men slik saken står, er det ikke nødvendig å drøfte dette nærmere.

Innklagede har først i ettertid utdypet den reelle begrunnelse for å praktisere en avgrensning til 80 % driftsavtale. Den begrunnelse klageren fikk, var også åpenbart utilstrekkelig, jf. kravet til begrunnelse i forskriften § 17-3 sammenholdt med § 3-8 (4).

Det er etter klagenemndas mening dessuten i strid med kravet til likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet i lovens § 5 at det endelige kravet til størrelsen på driftsavtalen først blir bestemt under utvelgelsen av hvilke leverandører som skal delta i konkurransen.

Geografisk tilhørighet - krav om driftsavtale med Helse Vest

Når det gjelder kravet om at driftsavtale skal være inngått *med* Helse Vest, er dette begrunnet i et ønske om ikke å påføre andre helseforetak økonomiske byrder, så som dekning av grunnkostnader hos spesialisten det inngås driftsavtaler med. Heller ikke dette er legitime

hensyn, krav eller kriterier når en kontrakt skal tildeles i henhold til lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Slike hensyn må eventuelt ivaretas ved utformingen av samarbeidsavtalene/driftsavtalene og organiseringen av disse.

Klagenemnda viser til forskriften §§ 3-1 og 12-5 (3), der det fremgår at de krav som stilles til leverandørene ikke skal diskriminere leverandørene på grunnlag av nasjonal eller lokal tilhørighet. Det aktuelle kravet vil i praksis først og fremst kunne oppfylles av de leverandører som er lokalisert innenfor innklagedes geografiske område. Dette innebærer således en ulovlig diskriminering av leverandører med tilknytning i andre distrikter.

Vurdering av driftsavtaleomfang som tildelingskriterium

Det er som ovenfor nevnt grunnleggende uklart om kravet til driftsavtalevolum i denne saken er blitt ansett som et kvalifikasjonskriterium, som vilkår for å komme i forhandlingsposisjon etter forskriften § 16-3 (2) og (3) eller som et tildelingskriterium.

Som det fremgår ovenfor, er det klagenemndas oppfatning at kravet om driftsavtale av et visst omfang, i denne saken, må vurderes ut fra gjeldende regler om kvalifikasjon av leverandører.

Innklagede har imidlertid anført at et kravet om driftsavtale også er begrunnet med at det ikke ville være økonomisk mulig å kjøpe helsetjenestene fra andre enn leverandører enn de som har driftsavtale, siden det da ikke vil bli gitt refusjon. Dette fremstår som en økonomisk vurdering av tilbudene og klagenemnda finner derfor grunn til noen kommentarer knyttet til et slikt krav brukt som et tildelingskriterium. Klagenemnda utelukker ikke at mulighetene for å kreve refusjon for utgifter knyttet til dagkirurgi kan være relevant ved vurdering og valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 17-2. Det vil kunne hevdes at inngåelse av kontrakt med leverandører med driftsavtale vil være økonomisk mer fordelaktig anskaffelser fra leverandører uten driftsavtaler. Dette skyldes at det ikke gis statlig refusjon for anskaffelser fra sistnevnte. Helseforetakene må i så fall betale mer av sine egne midler for de aktuelle tjenester.

Omfanget på driftsavtalene (ut over 20 %) har imidlertid ingen økonomiske konsekvenser for innklagede. Derimot kan omfanget av driftsavtalen kunne si noe om leverandørenes kapasitet. Klagenemnda trenger imidlertid ikke å ta stilling til om omfanget på driftsavtalene kunne vært benyttet som tildelingskriterium, siden dette under enhver omstendighet ikke fremgikk tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget til å kunne tilfredsstille kravene i forskriften § 17-2 (2).

Egen erfaring med leverandøren

Selv om problemstillingen ikke er reist av partene, finner klagenemnda grunn til å peke på at "egen erfaring med leverandøren" ikke kan oppstilles som et tildelingskriterium, slik det var gjort i konkurransegrunnlaget. Et slikt kriterium vil lett utelukke nye leverandørers muligheter til å bli tildelt kontrakter og er derfor i strid med kravet til likebehandling i lovens § 5.

Videre finner klagenemnda grunn til å peke på at formalia, slik som referanser, er dokumentasjon på leverandørens kvalifikasjoner, jf. forskriften §§ 5-5 og 5-6 for anskaffelser etter forskriften del II, ikke et tildelingskriterium.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har, ved å stille krav om at bare leverandører med mer enn 80 % driftsavtale med Helse Vest kan inviteres til forhandlinger om kontrakt om dagkirurgiske tjenester, brutt kravet til forutberegnelighet, og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Helse Vest RHF har, ved å stille krav om at bare leverandører med mer enn 80 % driftsavtale med Helse Vest kan inviteres til forhandlinger om dagkirurgiske tjenester, samt ved å endre kravet underveis brutt reglene om bruk av kvalifikasjonskrav i forskrift om offentlige anskaffelser § 12-5 (2).

Helse Vest RHF har, ved å stille krav om at bare leverandører med mer enn 80 % driftsavtale med Helse Vest kan inviteres til forhandlinger om dagkirurgiske tjenester, brutt kravet til likebehandling jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forbudet mot å diskriminere leverandører på grunnlag av lokal tilhørighet, jf. §§ 3-1 (3) og 12-5 (3).

For klagenemnda,

Inger Roll-Matthiesen

25.11.2003

[Redacted signature]