



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klagenemndas avgjørelse 19. juni 2003 i sak 2003/61

Klager: Klinikk Stokkan Tromsø AS
Innklaget: Rikstrygdeverket v/ Fylkestygdekontoret i Troms

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, forsvarlig vurdering av tildelingskriteriene, vektlegging av lokal tilhørighet, feil faktisk grunnlag for valg av tilbud, krav til nærmere begrunnelse etter forskriften § 3-8(4).

Bakgrunn:

Rikstrygdeverket v/ Fylkestygdekontoret i Troms (heretter kalt "innklagede") utlyste den 14. november 2002 en konkurranse med forhandlinger for anskaffelse av helsetjenester.

I kunngjøringen var det angitt at "*Behandlingsinstitusjonen som skal utføre operative inngrep må ha forsikring omfattet av/tilsvarende Norsk Pasientskade Erstatning*".

Tilbudsfristen var i konkurransegrunnlaget bestemt til 17.1.2003. Det var videre opplyst at kontrakten skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriterier for tildeling av kontrakt var (i ikke-prioritert rekkefølge):

- 1. Pris*
- 2. Diagnosetyper som kan behandles*
- 3. Ventetid for behandling/operasjon/utredning*
- 4. Leveringssikkerhet (dvs behandlingsskapasitet)*
- 5. Kvalitet*
- 6. Service overfor pasient, trygdeetat og primærlege*
- 7. Tilgjengelighet for pasienten"*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Klinikk Stokkan Tromsø AS (heretter kalt "klager") leverte inn tilbud den 5.1.2003. Det ble avholdt et forhandlingsmøte med klager den 6.2.2003.

Etter forhandlingsmøtene med deltakerne i konkurransen utarbeidet innklagede skjemaer for vurdering av tilbudene. For flere av operasjonstypene er det notert:

"Vi har her to tilbydere som stiller veldig likt på mange av vurderingskriteriene.

Hva skiller dem:

- 1.
- 2.

Ishavsklinikken gjør bruk av lokale krefter som har sitt arbeidsområde på UNN [Universitetssykehuset Nord-Norge] eller allerede er etablert ved Ishavsklinikken.

Klinikk Stokkan gjør hovedsakelig bruk av leger fra Oslo eller Trondheim

- 3.

Ishavsklinikken opererer i ukedagene.

Klinikk Stokkan opererer i helgene"

Innklagede sendte den 19.2.2003 klager et brev der det fremgikk at klager var blitt tildelt deler av kontrakten, nærmere bestemt utredning og operasjon for kroppsdelene hånd, albue, rygg og hofter, samt utredning og operasjon for brystreduksjon og korsbåndsrekonstruksjoner □ kne. En vesentlig del av kontrakten var imidlertid blitt tildelt en annen leverandør, Ishavsklinikken. Denne delen av kontrakten omfattet tjenester for kroppsdelene fot/ankel, knær og skulder.

Innklagede har overfor klager begrunnet valget på følgende måte:

"Ved vurderingen har vi lagt vekt på:

- *Tilgjengelighet for pasient. Det er her lagt vekt på at klinikken [klager] utfører undersøkelser/operasjoner i helgene.*
- *Pris"*

Klager påklaget valget overfor innklagede den 2.3.2003. I denne forbindelse ba klager om en nærmere begrunnelse for hva som skilte deres tilbud fra det valgte på områdene kne- og skulderoperasjoner. I brev av 11.3.2003 avviste innklagede klagen. Innklagede utdypet begrunnelsen på følgende måte:

"Pris:

Klinikken har tilbudt en pris på behandling som ligger noe høyere enn konkurrerende tilbydere. Så lenge begge tilbydere oppfyller de krav som er satt, er det behandlingsprisen som må legges til grunn ved vår vurdering.

Tilgjengelighet:

Ved vurderingen har vi lagt til grunn at operasjoner i ukedager gir en bedre tilgjengelighet for våre brukere, bl. annet offentlig transport og mulig behov for ekstra overnatting. Ved konkurrerende tilbud har dette fått betydning.

Vi vil imidlertid vise til at Klinikk Stokkan er valgt som hovedleverandør på enkelte områder og som 2. leverandør på noen områder, slik at dette punktet har ikke vært totalt diskvalifiserende."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede brøt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise Ishavsklinikken, ettersom Ishavsklinikken ikke tilfredstilte kunngjøringens krav til forsikringsordninger.

Innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å underkaste tildelingskriteriene en saklig og forsvarlig vurdering. Innklagede har ikke vektlagt kvalitet i tilstrekkelig grad, men kun benyttet dette tildelingskriteriet som en minstestandard som måtte oppfylles. I denne forbindelse viser klager til en telefonsamtale med innklagedes rådgivende lege, hvor det i følge klager fremgikk at denne legen avviste å legge vekt på kvaliteten i leverandørenes tilbud. Denne uttalelsen *"sår alvorlig tvil om hvorvidt tildelingen har funnet sted i henhold til det regelverk innklagede plikter å forholde seg til"*.

Klager anfører videre at den kvalitet klager tilbyr under alle omstendigheter er atskillig bedre enn kvaliteten på Ishavsklinikkens tjenester.

Innklagedes vurdering av kriteriet tilgjengelighet var uforsvarlig og vilkårlig. For det første er det ikke lagt vekt på at klager har to uker kortere ventetid enn den valgte leverandøren for

skulderoperasjoner. For det andre anfører klager at det må stilles spørsmålstegn ved om tilgjengeligheten for pasienter faktisk er bedre på ukedager enn på helgedager. Videre kan innklagede ikke ha adgang til å legge negativ vekt på dette tildelingskriteriet. Begrunnelsen er at innklagede under forhandlingsmøtene unnlot å gjøre klager oppmerksom på at dette punktet ble vurdert som negativt i klagers tilbud.

Innklagedes vurdering av tildelingskriteriet "*diagnosetyper som skal behandles*" var vilkårlig og uforsvarlig. Det var feil ikke å legge vekt på at klager utfører alle typer kneoperasjoner, mens den valgte leverandøren ikke utfører korsbåndsoperasjoner. Dette har også betydning for tilbudenes kvalitet. Innklagede la ikke tilstrekkelig vekt på tildelingskriteriet leveringssikkerhet. Videre har innklagede under tildelingskriteriet "*pris*" forsømt å ta hensyn til "*de øvrige forhold som virker inn på den reelle kostnad*" for fylkestrygdekontoret, som for eksempel sykepengeutgifter ved lange rekonvalesensperioder.

Innklagede brøt regelverket om offentlige anskaffelser ved å legge vekt på lokal tilhørighet ved valg av tilbud.

Det faktum innklagede la til grunn ved valg av tilbud var feil og unøyaktig. Innklagede har lagt til grunn at klagers tilbud ikke omfatter anestesi for skulderinngrep hvor narkose ikke er normalt. Av klagers tilbud fremgår imidlertid at anestesi faktisk er inkludert i alle de aktuelle operasjonene. I tillegg er det feil når innklagede legger til grunn at Ishavsklinikkens pris for fot/ankeloperasjoner er lavere enn klagers.

Innklagedes begrunnelse av 11.3.2003 tilfredsstillende ikke kravene til en "*nærmere begrunnelse*" i § 3-8(4). Begrunnelsen angir ikke det valgte tilbudets relative fordeler, og bidrar derfor ikke til sakens opplysning utover det som allerede følger av meddelelsen om valg av tilbud av 19.2.2003.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser, og anfører at vurderingen av leverandørenes tilbud var forsvarlig, og knyttet opp til tildelingskriteriene som var fastsatt i konkurransegrunnlaget. Tilbudsprisen må bli avgjørende når alle deltakerne i konkurransen oppfyller de øvrige tildelingskriteriene. Innklagede avviser å ha tatt hensyn til slike synspunkter som klager gjengir fra telefonsamtalen med innklagedes rådgivende lege.

Kriteriet tilgjengelighet er underkastet en saklig og forsvarlig vurdering. Innklagede viser til at dette kriteriet ikke har vært "*diskvalifiserende*" for klagers del. Innklagede anfører i tillegg at det ikke forelå noen plikt til å gjøre klager oppmerksom på at tilgjengeligheten i klagers tilbud ikke ble vurdert som optimal.

Begrunnelsen for valg av tilbud tilfredsstilte regelverkets krav.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen, og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda bemerker at anskaffelsen gjelder uprioriterte tjenester, jf. forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 2-5. Konkurransen reguleres derfor av forskriftens del III, jf. § 2-1(3).

Klagenemnda påpeker at nemnda bare kan prøve om innklagedes valg av kontraktspart er truffet på grunnlag av en riktig saksbehandling, riktig faktum, og om avgjørelsen fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig. Nemnda foretar således ikke en detaljert overprøving av innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Avvisning av Ishavsklinikkens tilbud på grunn av manglende forsikringer

Innklagede plikter i følge § 15-12(1) bokstav a) å avvise et tilbud dersom leverandøren ikke tilfredsstillter de krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen. Av brev fra Ishavsklinikken til innklagede fremgår det at Ishavsklinikken pr. 18.2.2003 ikke hadde "*forsikring som tilsvarende den NPE har*". Spørsmålet er om kunngjøringens krav om "*forsikring omfattet av/tilsvarende Norsk Pasientskade Erstatning*" er et krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen.

Kravet om forsikring omfattet av/tilsvarende Norsk Pasientskadeerstatning fremkommer under overskriften "*Eventuelle andre opplysninger, kvalifikasjonskrav etc*". Kravet står sammen med andre krav om blant annet godkjennelse av det medisinske personell og leverandørens tiltenkte rolle i kontraktsforholdet. Når det i tillegg ikke er satt noen bestemt frist for når kravet skal være oppfylt er det mest nærliggende å forstå kravet om forsikring som et vilkår som må være oppfylt under gjennomføring av eventuell leveranse, og ikke som et vilkår for leverandørens deltakelse i konkurransen. Klagenemnda er derfor kommet til at innklagede ikke hadde plikt til å avvise Ishavsklinikkens tilbud etter § 15-12(1) bokstav a).

Forsvarlig og saklig vurdering av tildelingskriteriene

Etter konkurransegrunnlaget fremstår kvalitet som et tildelingskriterium som skal inngå i en skjønsmessig helhetsvurdering av de innkomne tilbud. Med grunnlag i den fremlagte dokumentasjon er det uklart om innklagede har utøvet et slikt skjønn eller kun brukt kvalitet som et minstekrav. Klagenemnda viser her til uttalelsen fra innklagedes rådgivende lege, samt innklagedes tilsvarende, der det fremgår at både klager og den valgte leverandøren "oppfyller de

krav som er satt, det er da behandlingsprisen som må legges til grunn ved vurderingen". Tilsvarende gir innklagedes evalueringsskjemaer inntrykk av at kvalitet ble vurdert som et minstekrav.

For de delene av kontrakten klager faktisk ble tildelt, synes innklagede likevel å ha foretatt en helhetsvurdering der både kvalitet og pris har inngått. Her synes kvalitet følgelig ikke å ha vært benyttet som et minstekrav. På denne bakgrunn, finner klagenemnda ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede kun har benyttet kvalitet som en minstekrav, og nemnda er derfor heller ikke kommet til at innklagede har opptrådt i strid med konkurransegrunnlaget.

Om innklagedes vurdering av kvaliteten er tilstrekkelig grundig og forsvarlig, har ikke klagenemnda i den foreliggende sak tilstrekkelig grunnlag til å ta stilling til. Anførselen på dette punkt kan derfor ikke realitetsbehandles av klagenemnda.

I konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilgjengelighet var et av tildelingskriteriene. Det er da klart at innklagede pliktet å legge vekt på dette kriteriet, uavhengig av om innklagedes rettleiding under forhandlingene var mangelfull.

Manglende rettleiding under forhandlingene kan innebære et brudd på regelverket, for eksempel ved at kravene til gjennomsiktighet og likebehandling ikke oppfylles. Det kan imidlertid ikke oppstilles noen generell plikt for oppdragsgiver til å peke ut alle svake sider ved leverandørens tilbud. I den foreliggende sak har klagenemnda kommet til at det ikke er sannsynliggjort brudd på regelverket.

Innklagede har lagt til grunn at operasjoner på ukedager innebærer bedre tilgjengelighet enn operasjoner i helgene. Hva som rent faktisk gir best tilgjengelighet, har nemnda ikke grunnlag for å vurdere. Klagenemnda har heller ikke kommet til at innklagedes tolkning av tildelingskriteriet tilgjengelighet er i strid med regelverket.

Basert på den fremlagte dokumentasjon er det usikkert om innklagede har lagt vekt på hvilken ventetid leverandørene tilbyr for skulderoperasjoner. I den valgte leverandørens tilbud fremgår det at ventetiden er 2-6 uker, mens klager tilbyr operasjoner etter 4 ukers ventetid. Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede ikke har vurdert ventetidens betydning. Det er også usikkert om innklagede har lagt vekt på at klager kan tilby mer fullstendige kneoperasjoner enn Ishavsklinikken, jf. kriteriet "*Diagnosetyper som kan behandles*". Klagenemnda kan imidlertid ikke se at dette ved en totalvurdering kunne fått betydning for innklagedes valg av leverandør for kneoperasjoner.

Den fremlagte dokumentasjon skaper usikkerhet med hensyn til om tildelingskriteriet leveringssikkerhet er vurdert. Klagenemnda har imidlertid ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede ikke har vurdert betydningen av de forskjellige tilbudenes leveringssikkerhet.

Klagenemnda finner ikke at tildelingskriteriet "*pris*", slik det er definert i konkurransegrunnlaget, omfatter "*øvrige forhold som virker inn på den reelle kostnad*", som for eksempel økte sykepengekostnader for trykdeetaten og menneskelige hensyn. Generelt er det ingen ting i veien for at oppdragsgiver kan vektlegge slike hensyn, men dette må da fremgå klart av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Vektlegging av hensynet til lokal tilhørighet

Når innklagede eksplisitt har omtalt forskjeller ved tilbudenes lokale tilhørighet i evalueringssinnstillingene, skaper dette uklarhet med hensyn til om diskrimineringsforbudet er overholdt. Samlet sett er likevel nemndas inntrykk at innklagede ikke har forskjellsbehandlet tilbyderne, og klagenemnda finner ikke at det er sannsynliggjort at innklagede har lagt vekt på lokal tilhørighet i strid med diskrimineringsforbudet i forskriften § 3-1.

Det faktiske grunnlaget for valg av tilbud

Innklagede har lagt til grunn at klagers tilbud på skulderoperasjoner ikke inkluderer anestesi "*der dette ikke er normalt*". På side 1 i klagers tilbud fremkommer det at "*Utgifter til narkose er inkludert i alle operasjoner hvor dette er standard (inngrepene er merket med * bak prisen i d/p-listen). Tilleggs kostnad for narkose vil således kun meget sjelden komme til anvendelse (dvs kun ved inngrep som rutinemessig utføres i lokalbedøvelse, men hvor det av helt spesielle forhold likevel blir gitt narkose)*". I klagers liste er alle skulderinngrep markert med stjerne.

Klagenemnda kan ikke se at innklagedes forståelse av når anestesi er inkludert for skulderinngrep fraviker en naturlig forståelse av klagers tilbud. Klagenemnda finner uansett ikke sannsynliggjort at forståelsen har hatt betydning for innklagedes valg av tilbud, ettersom klagers tilbud på skulderoperasjoner er atskillig dyrere enn Ishavsklinikkens både med og uten tillegg for anestesi.

Klager anfører at det var feil å legge til grunn at klagers tilbud var dyrere enn tilbudet fra den valgte leverandøren på området fot/ankel. Innklagedes merknad om at det valgte tilbudet er "*Litt dyrere enn tilbud fra Trondheim*", kan ikke nødvendigvis tas til inntekt for at det valgte tilbudet også er litt dyrere enn klagers tilbud. Årsaken er at innklagede mottok fire tilbud fra Trondheim, og nemnda har ingen opplysninger om hvilket tilbud innklagede refererer til i evalueringssinnstillingen. Etter en sammenligning av de respektive tilbudenes priser finner klagenemnda at det ikke er grunnlag for anførselen om at klagers tilbud er billigere enn det valgte tilbudet for fot/ankel-operasjoner.

Nærmere begrunnelse, jf. § 3-8(4)

I følge § 3-8(4) skal innklagede, dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, gi *"en nærmere begrunnelse"* for hvorfor klagers tilbud ikke ble valgt. Videre skal begrunnelsen opplyse om *"det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler"*.

Kravene til begrunnelsens innhold og omfang vil til en viss grad måtte fastsettes på bakgrunn av innholdet i leverandørens skriftlige anmodning. I foreliggende sak anmodet klager om *"en mer detaljert redegjørelse for hvert enkelt punkt om hva som skilte vårt anbud fra det anbudet som ble valgt for kne og skulderoperasjoner"*.

Innklagedes begrunnelse ga, så langt klagenemnda kan se, svar på de forhold klager ønsket nærmere begrunnet. Det vises i den forbindelse til at det i begrunnelsen fremkom at det valgte tilbudet hadde laveste pris, og at det også skåret bedre på tilgjengelighet. Begrunnelsen var imidlertid egnet til å kunne misforstås, da det synes som om de øvrige tildelingskriteriene har blitt vurdert som minstekrav. Etter en konkret vurdering finner klagenemnda imidlertid at begrunnelsen samlet sett ga klager tilstrekkelig informasjon om hvorfor hans tilbud ikke nådde frem. Det er således ikke grunnlag for å konkludere med at innklagede har brutt § 3-8(4).

Konklusjon:

Innklagede har ikke brutt § 15-12(1) bokstav a) ved ikke å avvise Ishavsklinikken på grunn av manglende forsikringsordninger ved tilbudsfristens utløp.

Den foreliggende dokumentasjon gir ikke klagenemnda grunnlag for å konkludere med at innklagede har vurdert tildelingskriteriene på en uforsvarlig måte, at innklagede har lagt vekt på hensynet til lokal tilhørighet ved valg av tilbud, eller at innklagede bygget på feil faktum ved valg av tilbud.

Innklagede brøt ikke kravene til en nærmere begrunnelse etter oppfordring fra klager, jf. § 3-8(4).

For klagenemnda,

Per Christiansen,

26.6.2003

for Inger Marie Dons Jensen

