



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om kjøp av sykehustjenester innenfor dagkirurgi og operative inngrep. Innklagede skrev en foreløpig evaluering av samtlige tilbud. Det foreligger ikke protokoll over de evalueringene innklagede foretok etter forhandlingene, utover meddelelsesbrevet for valg av leverandør som ble sendt leverandørene. Innklagede vektla andre kriterier for tildeling enn oppgitt i konkurransegrunnlaget. Tidligere positive erfaringer med to av leverandørene ble vektlagt uten tilstrekkelig og forsvarlig dokumentasjon til å sikre lik behandling av tilbyderne, og innklagede vektla leverandørenes geografiske beliggenhet, reisekostnader og reisetid til tross for at dette ikke var tildelingskriterier som fremgikk av konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas avgjørelse 7. mars 2005 i sak 2004/124

Klager: Omnia Sykehuset AS

Innklaget: Helse Sør

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Krav til protokoll. Krav til referat av forhandlingsmøter. Evaluering av tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

- (1) Helse Sør RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 10. oktober 2003 en konkurranse med forhandling om kjøp av sykehustjenester innenfor dagkirurgi og operative inngrep som krever innleggelse.
- (2) I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, på grunnlag av følgende uprioriterte tildelingskriterier:

”Pris og kostnader (% av DRG)

Ventetid fra konsultasjon til behandling

Kapasitet, dvs antall pasienter som kan behandles.

Kvalitet (feilbehandling, reoperasjoner, infeksjoner og klager på behandling)

Egen erfaring med leverandøren

Evne til rapportering i henhold til Sintefs regler”

- (3) I alt 14 leverandører, herunder OmniaSykehuset AS (heretter kalt klager), leverte inn tilbud.
- (4) Innklagede satte opp en foreløpig sammenstilling og vurdering av samtlige tilbud, som blant annet lød slik:

”

Nr	Navn	Sammendrag	Vurdering ift. konkurransegrunnlaget
2	Omnia Sykehuset AS	(...)	Lang, omfattende og generell besvarelse men ikke spesifikk i forhold til : Ventetid fra konsultasjon til behandling Kapasitet, dvs ant pasienter som kan behandles Vurdering av pristilbud: Ikke i overensstemmelse med utlysningen (mange priser pr DRG). Generelt høye priser. Hva er vår erfaring med leverandøren? OK samarbeid med GOPP
7	Drammen Private Sykehus AS	(...)	Grei og oversiktlig besvarelse. Ventetid fra konsultasjon til behandling: Inntil 8 uker. Kapasitet: 4 senger, kapasitet som beskrevet under sammendrag. Kvalitet: Se sammendrag.

			Vurdering av pristilbud: I overensstemmelse med utlysningen. Jevne og relativt gunstige priser.
9	Colosseumklinikken AS Oslo	(...)	Generell besvarelse med en del fyllstoff. Ventetid fra konsultasjon til behandling: Garantert vurdering av spesialist innen 3 uker, operativ behandling innen 4-6 uker etter dette. Kapasitet: Ikke oppgitt Ikke hatt infeksjoner de siste 3 årene. Hva er vår erfaring med denne leverandøren?? Vurdering av pristilbud: Ikke helt i overensstemmelse med utlysningen (noen DRG'er uten refusjon). Generelt gunstige priser.
14	Colosseumklinikken Stavanger	(...)	Bra besvarelse men noe mangelfull. Ventetider: Vurdering av spesialist innen 2-4 uker, operativt inngrep etter 4 uker. Kapasitet: Ikke oppgitt (Må avklares) Kvalitet: Har ikke hatt alvorlige infeksjoner siste 3 årene på 350 anestesi og 400 mindre operasjoner. Vurdering av pristilbud: Ikke helt i overensstemmelse med utlysningen (noen DRG'er uten refusjon). Generelt gunstige priser.

- (5) Det ble også vedlagt en oversikt over gjennomsnittlig proSENTSATS av DRG i de ulike tilbudene. DRG står for DiagnoseRelaterte Grupper. Alle typer inngrep og behandlinger ved somatiske sykehus er av Helsedepartementet inndelt i ulike DRG. Forskjellige typer behandlinger og prosedyrer "samles" i grupper. Helsedepartementet har lagt inn en beregningsmodell av gruppene opp mot finansiering, dvs at de ulike gruppene blir vektet i poengs form. Hver gruppe har ulik tyngde, dvs ulik "poengsum". Helsedepartementet fastsetter en gang pr år hva ett DRG poeng er verdt (i pris). Avhengig av tyngde, dvs hvilken poenggruppe DRG-gruppen har, beregnes prisen av gruppen i forhold til Helsedepartementets verdsettelse av ett DRG poeng. For å sikre forutberegnelighet regnes prisene for ulike behandlinger i % av DRG.

- (6) I et arbeidsnotat datert 17. november 2003 ble det innstilt på å forhandle med 5 leverandører, herunder klager, Drammen Private Sykehus, Colosseumklinikken Oslo og Colosseumklinikken Stavanger. Videre sto det blant annet:

"I og med at det er flere nye tilbydere denne gangen kan vi ikke bruke kriteriet "egne erfaringer med leverandøren" da dette vil være slik jeg tolker det, diskriminerende ut fra forskriften om offentlige anskaffelser".

- (7) I et udatert dokument kalt "Forhandlingsmøter Sykehustjenester, Mal for møtene" skrev innklagede blant annet dette:

"Generelt om tilbudet:

- ☐ *Senger*
- ☐ *Har leverandøren kapasitet?? Hvor mange pasienter kan vi få garanti for at leverandøren kan behandle??*
- ☐ *Ventetider*
 - ☐ *Konsultasjon*
 - ☐ *Behandling*
- ☐ *Vi tillater ikke bruk av vårt sykehuspersonale, gjelder hovedstillinger. (Team)*
- ☐ *Alle søknader via vårt kontor i Tønsberg*

Prisskjema:

- ☐ *Utgangspunkt: Prisliste 2003, men det er 2004 prislisten som vil gjelde. (Tilbud konverteres til 2004)*
- ☐ *Omfang, dvs områder eller DRG-grupper*
 - ☐ *Tillegg*
 - ☐ *Diagnoser vi ikke ønsker fjernes*

- o *Prioriterte diagnoser*
- o *Høye priser må være medisinsk begrunnet*
- ☐ *DRG ☐ pris pr. diagnose NB: Sammenligning mot laveste anbyder*
- ☐ *Priser undersøkelser som ikke fører til operasjon*
- ☐ *Kun fakturering av utført behandling via GOPP. Kun betaling for det som er på fila.*
- ☐ *Økonomisk tak/uttak”*

(8) I brev datert 12. desember 2003 skrev innklagede at de ville inngå rammeavtaler med Drammen Private Sykehus, Colosseumklinikken Oslo og Colosseumklinikken Stavanger. Videre sto det blant annet:

”Begrunnelse for valget:

For 2003 valgte styret i Helse Sør RHF å gå inn for en relativt bredt sammensatt avtaleportefølje med flere private sykehus. (...). Styret valgte derfor for 2004 å ha en strategi om å inngå avtaler om færre grupper som skulle behandles ved private sykehus.

Helse Sør RHF har et sørge for- ansvar for innbyggerne i vår helseregion. Det er derfor et poeng å kunne tilby supplerende sykehustjenester fra private aktører som er lokalisert i eller mest mulig nær vårt geografiske område. I og med at deler av transportutgiftene for pasienter fom 2004 skal dekkes av de regionale helseforetakene, blir dette en som må vektlegges fra 2004. Forutsetningen vil være at private aktører i eller nær vår egen region har et tilbud som sammen med stipulerte reisekostnader og øvrige betingelser gjør tilbudet aktuelt å vurdere.

DPS har vært den klart største samarbeidspartner i 2003, og Helse Sør RHF har gode erfaringer med DPS som samarbeidsaktør. DPS ligger sentralt plassert i regionen. Når DPS i tillegg leverer et akseptabelt tilbud mht pris samt tilfredsstillende de øvrige tildelingskriteriene, velger Helse Sør RHF DPS som samarbeidspartner også for 2004. DPS har den nødvendige kapasitet til å kunne levere de samme volumer av tjenester også i 2004.

Osloområdet har det klart største antall private sykehus i landet, og Helse Sør RHF har da også mottatt en rekke tilbud fra private sykehus i Oslo. Geografisk ligger ikke Oslo langt unna store befolkningskonsentrasjoner i vår region, og det er naturlig å velge en privat samarbeidspartner i Oslo i tillegg til DPS. Basert på forannevnte grunnlag, mottatte tilbud og tidligere erfaringer med ulike private sykehus har helse Sør RHF valgt å inngå avtale med Colosseumklinikken Legeavdeling AS for 2004 som også leverte et meget godt tilbud.

For 2004 mottok Helse Sør RHF også tilbud fra Colosseumklinikken Stavanger AS som er interessant med tanke på et supplerende tilbud for pasienter fra den sørvestre delen av vår helseregion. Reisetid og reisekostnader fra den delen av regionen til Stavanger gjør dette til et reelt alternativ for pasienter i området. Helse Sør RHF velger derfor å inngå avtale for 2004 også med dette private sykehuset.”

- (9) Klager påklaget avgjørelsen i brev datert 19. desember 2003. Den 29. desember 2003 inngikk innklagede kontrakt med de tre leverandørene. Innklagede besvarte klagen i brev datert 30. desember 2003. I brevet sto det blant annet:

”Det var små forskjeller mellom tilbyderne på ventetider, kapasitet, kvalitet og evne til å rapportere. Pris og kostnader ble derfor utslagsgivende. Med hensyn til sistnevnte så ligger Deres reviderte tilbud etter forhandlingsmøtet vesentlig høyere på sammenlignbare diagnosegrupper sett i forhold til de private institusjoner som er tildelt kontrakt for 2004.”

- (10) Den 30. desember 2003 skrev innklagede også en protokoll. Protokollens punkt 14 lød ”Begrunnet valg av leverandør”. Dette punktet er fylt ut med ”Se vedlagte brev”, og viser etter innklagedes opplysning til den foreløpige sammenstillingen og vurderingen av tilbudene som ble foretatt før forhandlingene. Protokollens punkt 21 lyder ”Navn på leverandør som ble tildelt oppdraget og begrunnelse for valget med angivelse av tilbudets relative fordeler og egenskaper”. Dette punktet er fylt ut med ”Se egen begrunnelse”, og viser etter innklagedes opplysning til innklagedes brev til leverandørene datert 12. desember 2003.

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Manglende etterprøvbarehet

- (12) Kravet til etterprøvbarehet er brutt ved at innklagede ikke har sendt ut referater fra forhandlingene.
- (13) Det er heller ikke fremlagt noen sammenstilling og vurdering av tilbudene etter forhandlingene. Det er således ikke fremlagt noen dokumentasjon som muliggjør noen reell etterprøving. Det fremgår ikke hva som er vurdert under de enkelte tildelingskriteriene. Det er ikke fremlagt dokumentasjon som viser at evalueringen har vært forsvarlig.

Geografisk beliggenhet – lokal diskriminering

- (14) Det fremgår direkte av begrunnelsen at innklagede har vektlagt geografisk beliggenhet i evalueringen av tilbudene. Dette er i strid med forbudet mot diskriminering i forskriftens § 3-1 (3). Tildelingsbrevet kan vanskelig forstås annerledes enn at dette er et av de kriterier som har blitt vektlagt. Dersom tildelingsbrevet etter innklagedes oppfatning er feilaktig eller er egnet til å misforstås, må innklagede være nærmest til å dokumentere egen påstand om at geografisk beliggenhet ikke er vektlagt.
- (15) Det fremstår i beste fall som uklart hvordan innklagede selv oppfatter egne opplysninger om vektlegging av geografisk beliggenhet i tildelingsbrevet. Når det ikke foreligger annen dokumentasjon enn tildelingsbrevet, foreligger det ingen reell etterprøvbarehet knyttet til dette. Innklagede ga indikasjoner på at reisekostnader må vektlegges fra 2004, uten at det opplyses hvordan dette er gjort. Dette utgjør et brudd på kravene til gjennomsiktighet, etterprøvbarehet eller forutberegnelighet.

Utenforliggende hensyn

- (16) Ved å vektlegge geografisk beliggenhet, har innklagede lagt vekt på utenforliggende hensyn.
- (17) Innklagede har også lagt vekt på andre utenforliggende hensyn, i det reisekostnader og reisetid fra regionen til andre regioner er vektlagt. Dette strider mot lovens krav til forutberegnelighet.

Erfaring med leverandøren

- (18) Til tross for at innklagede i arbeidsnotatet konkluderer med at det vil være diskriminerende å vektlegge tildelingskriteriet ”erfaring med leverandøren”, fremgår det av tildelingsbrevet at innklagede faktisk har vurdert dette. Adressat og avsender av arbeidsnotatet er de samme som relativt kort tid etter signerte tildelingsbrevet. Ettersom innklagede ikke har fremlagt dokumentasjon som viser at kriteriet ikke ble vektlagt, må begrunnelsen innklagede selv ga for tildelingen, legges til grunn. Vektleggingen innebærer en ulovlig diskriminering og brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (19) Det er ikke gitt opplysninger i protokollen om at tildelingskriteriet ikke er anvendt, hvilket utgjør et brudd på kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.
- (20) Dersom det faktisk stemmer at innklagede ikke vektla tildelingskriteriet ”erfaring med leverandøren”, utgjør det et brudd på kravet til forutberegnelighet at innklagede ikke meddelte dette til leverandørene. For å sikre kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet burde det også vært angitt eksplisitt i protokollen.

Evalueringen

- (21) De leverandørene som har fått tildelt kontrakt, har ikke bedre kvalitet sammenlignet med klager. Det bes om en forklaring på hvordan Colosseumklinikken i Stavanger har skåret, ettersom denne er nyoppstartet. Det kan reises tvil om tildelingskriteriene er brukt på en forsvarlig måte. Innklagede har ikke vært konsekvent med hensyn til innsamling og sammenstilling av data. Ut fra fremlagte dokumentasjon mangler det opplysninger om enkelte tildelingskriterier. Tilgjengelig faktagrunnlag er ikke tilstrekkelig til å vurdere om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet er valgt.

Avlysning uten saklig grunn

- (22) Innklagede har avlyst deler av konkurransen uten saklig grunn. Innklagede har hevdet at pasientgruppen ”søvn og snorkepasienter” ligger inne i de inngåtte kontraktene. Søvn og snorkepasienter behandles imidlertid av offentlige sykehus i Helse Sør, slik at det faktisk har skjedd en tilbaketrekking av deler av anbudskonkurransen.

Erstatning

- (23) Klagenemnda bes uttale seg om det er grunnlag for å kreve erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Manglende etterprøvbarehet

- (24) Anskaffelsesregelverket oppstiller ikke et krav til referater fra forhandlingsmøtene.
- (25) Evalueringsmodellen gjenspeiler evalueringen av alle tildelingskriteriene etter endte forhandlinger, da det var leverandørenes priser som først og fremst var tema i forhandlingene. Etter endte forhandlinger var leverandørenes tilbudte priser så klare at det ikke var nødvendig å oppstille disse i en evalueringsmodell for å kunne sammenligne tilbudene. Den opprinnelige evalueringsmodellen ble benyttet for de øvrige tildelingskriteriene.

Geografisk beliggenhet – lokal diskriminering

- (26) Innklagede har ikke lagt vekt på lokal tilhørighet ved vurderingen av tilbudene. Innklagede har følgelig ikke brutt ikke-diskrimineringsprinsippet.
- (27) Bemerkningen i meddelelsesbrevet datert 12. desember 2003 viser at reisekostnad eventuelt kunne ha medført at man ville se bort fra ellers interessante tilbud. Hva gjelder Colosseumklinikken Stavanger gjorde reisekostnadene ikke dette tilbudet uaktuelt. Det er intet som tyder på at lokalisering skulle ha talt imot klager ved innklagedes valg av tilbud. To av de valgte leverandørene er lokalisert i hhv Drammen og Oslo, den tredje i Stavanger. Klager har tilbudt tjenester ved sitt sykehus i Oslo.

Utenforliggende hensyn

- (28) Innklagede har heller ikke vektlagt tildelingskriterier som ikke fremkom av konkurransegrunnlaget.
- (29) Et av tildelingskriteriene var ”pris og kostnader (% av DRG)”. Reisekostnader har ikke vært gjenstand for vurdering og har ikke hatt betydning for valg av tilbud.

Erfaring med leverandøren

- (30) Tildelingskriteriet "egen erfaring med leverandøren" er ikke benyttet på en slik måte som klager anfører. Innklagede ble kjent med KOFA sak 2004/126 først etter at anskaffelsesprosessen var igangsatt, og anså at nevne kriterium ikke burde benyttes ved vurderingen av tilbudene. Innklagede erkjenner at ordlyden i meddelelsesbrevet av 12. desember 2003 er uheldig, og til dels misvisende, men det er intet i evalueringen som tyder på at kriteriet "egen erfaring med leverandøren" har vært benyttet på noen måte som har hatt betydning for vurderingen av tilbudene. Riktignok er spørsmålet "hva er vår erfaring med leverandøren" stilt i den foreløpige sammenstillingen av tilbudene, men i det påfølgende arbeidsnotatet datert 17. november 2003, der det ble innstilt på hvilke leverandører det skulle forhandles med, fremgår det at det ville være diskriminerende å bruke kriteriet. Man må derfor kunne legge til grunn at kriteriet ikke har hatt betydning for resultatet av evalueringen. Klagers anførsler bygger på spekulasjoner om faktum og den fremlagte dokumentasjon som det ikke er dekning for.
- (31) Manglende meddelelse om at et tildelingskriterium ikke er benyttet, nettopp for å sikre likebehandling av leverandørene, utgjør ikke et brudd på kravet til forutberegnelighet. Klager kan uansett ikke ha antatt at et kriterium klager mener er ulovlig, ville benyttes i evalueringen. Klager har dermed ikke grunnlag for å hevde at det er i strid med kravet til forutberegnelighet at dette ikke har vært meddelt. Uansett har ikke mangel på slik meddelelse hatt betydning for resultatet av konkurransen.

Evalueringen

- (32) Det ligger utenfor KOFAs kompetanseområde å overprøve innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Avlysning uten saklig grunn

- (33) Avlysning har ikke skjedd. Behandling av søvn og snorkepasienter var ikke del av denne konkurransen. Ikke-kirurgisk snorkebehandling, dvs søvnutredning og maskebehandling, inngikk ikke i konkurransegrunnlaget, og er heller ikke omfattet av kontraktene som er inngått. Øre, nese og halskirurgi inngikk imidlertid i konkurransegrunnlaget, og snorkeoperasjoner inngår også i avtalene med Colosseumklinikkene.

Erstatning

- (34) Innklagede avviser at det er grunnlag for å kreve erstatning.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III.

Krav til etterprøvbarhet

- (36) Forskrift om offentlige anskaffelser § 15-1 om protokollføring krever at det føres protokoll som beskriver alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver plikter å dokumentere gangen i forhandlinger, noe som i praksis betyr at det må føres referat, jf kravet til etterprøvbarhet i lovens § 5 og KOFA sak 2003/171. Innklagedes ”mal for møtene” dokumenterer ikke hva som faktisk foregikk i forhandlingene, og tilfredstiller således ikke kravet til referat fra forhandlingsmøtene.
- (37) Innklagede har også vist til sin ”protokoll” datert 30.desember 2003. Denne er imidlertid satt opp mer enn to uker etter at valg av leverandører var gjort. Den fremstår som et tillegg til begrunnelsen som allerede var gitt i brevet av 12.desember, og er derfor ikke en tilfredsstillende dokumentasjon på hva som ble drøftet under forhandlingene.
- (38) Forskriftens § 15-1 (2) bokstav c) krever at anbudsprotokollen minst inneholder opplysninger om *”begrunnelse for valg av tilbud med angivelse av tilbudets verdi og relative fordeler og egenskaper i forhold til de øvrige tilbudene”*, jfr også begrunnelsesplikten fastsatt i forskriften § 17-3 (2) og § 10-3 (2). Den fremlagte protokollen viser til begrunnelsen for valg av leverandør som fremgår av innklagedes brev datert 12. desember 2003. Denne angir verken de valgte tilbudenes verdi eller de relative fordelene og egenskapene i forhold til de øvrige tilbudene. Begrunnelsen omtaler først og fremst tilbydernes geografiske plassering, hvoretter pris og øvrige tildelingskriterier anses som tilfredsstilt. Dette er ikke i overensstemmelse med forskriften, som krever at begrunnelsen skal vise at den foretatte tildelingen er i samsvar med de forhåndskunngjorte tildelingskriteriene.
- (39) I protokollen har innklagede videre vist til den foreløpige evalueringen som ble foretatt før forhandlingene, og anført at denne står ved lag med unntak for prisvurderingene, ettersom det først og fremst var priser som var tema i forhandlingene. Innklagedes anførsel forutsetter at tilbudenes innhold i forhold til tildelingskriteriene for øvrig er uendret etter gjennomførte forhandlinger. Når det ikke er fremlagt dokumentasjon på hva forhandlingene dreide seg om, kan de foretatte sluttvurderinger ikke etterprøves, slik regelverket forutsetter. Klagenemnda bemerker at mulige reviderte pristilbud ikke er dokumentert. Nemnda peker dessuten på at

”kapasitet” er spesifisert som et av de relevante tildelingskriterier. Det synes å fremgå at verken Colosseumklinikken Stavanger eller Colosseumklinikken Oslo har oppgitt kapasitet, slik at dette i tilfelle måtte forventes berørt under forhandlingene. Men hvordan dette kriterium er håndtert og vurdert under forhandlingene fremgår ikke, og kan derfor heller ikke etterprøves.

- (40) For å sikre etterprøvbareheten, må innklagede i det minste gjøre det klart i protokollen at de reviderte tilbudene er evaluert, og at innklagede på bakgrunn av innholdet i de reviderte tilbudene fremdeles finner ordlyden i den foreløpige evalueringen dekkende med unntak for prisvurderingen. Ut fra sakens papirer er det således ikke mulig å utlede hvordan de valgte tilbudene er vurdert, med relative fordeler og egenskaper, i forhold til de øvrige tilbudene.
- (41) Innklagede har således brutt forskriftens § 15-1 (2) bokstav c) krav til protokollføring, og de generelle krav til etterprøvbarehet i lovens § 5.
- (42) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket i forbindelse med evalueringen. I denne saken synes det å foreligge motstrid mellom det som fremgår av den opprinnelige dokumentasjonen, og det innklagede i forbindelse med saksforberedelsen for nemnda har anført at har skjedd. Klagenemnda baserer seg på skriftlig bevisførsel. Slik denne saken fremstår, der innklagede ikke kan legge frem noen dokumentasjon som underbygger den senere fremstillingen av hva som har skjedd, må nemnda legge til grunn den dokumenterte begrunnelsen som ble gitt for vurderingen.

Erfaring med leverandøren som tildelingskriterium

- (43) I henhold til brev datert 12. desember 2003, er tildelingskriteriet ”egen erfaring” vektlagt i evalueringen. ”Egen erfaring” med leverandøren er uttrykkelig nevnt som et tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda mener at et slikt tildelingskriterium forutsetter at det er egnet til å inngå i en vurdering av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, jf forskriftens § 17-2. Klagenemnda har i tidligere saker søkt å presisere når det kan være relevant å vektlegge erfaringer som kvalitetskriterium for tilbudte tjenester. Forutsetningen må være at slik erfaring sier noe om hvilken tjenestekvalitet som faktisk tilbys i det konkrete tilfelle. Dessuten tilsier likhetshensynet at denne slags erfaring dokumenteres på en måte som gjøre det mulig å foreta objektive sammenligninger med tilbydere som anskaffelsesmyndigheten ikke har erfaringer med, noe som normalt betyr dokumentasjon i form av referanser vedrørende kvalitet fra andre enn anskaffelsesmyndigheten. Klagenemnda nøyer seg med å bemerke at slike tidligere erfaringer tilsynelatende er vektlagt for de to Oslo- og Drammen-lokaliserte foretakene, uten nærmere dokumentasjon eller sammenligning i forhold til

konkurrentene eller klageren. Dette er i strid med likhetsprinsippet i lovens § 5 og forskriftens § 3-1(2).

- (44) Innklagedes oppsett i protokoll av 30. desember 2003 viser dels til den foreløpige evalueringen, der det fremgår at innklagede har vurdert kriteriet, dels til begrunnelsesbrevet datert 12. desember 2003, der det også blant annet vises til innklagedes ”*gode erfaringer med DPS som samarbeidsaktør*”. Dersom det er korrekt, som innklagede har anført, at kriteriet faktisk ikke ble vektlagt i evalueringen, inneholder protokollen og begrunnelsesbrevet uriktige eller misvisende opplysninger om de vurderinger innklagede faktisk foretok, hvilket i seg selv utgjør et brudd på lovens § 5 krav til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

Bruk av andre tildelingskriterier enn de som var varslet i kunngjøring og konkurransegrunnlag

- (45) Innklagedes brev datert 12. desember 2003 gir uttrykk for at geografisk plassering har vært et av hensynene som har vært vektlagt i evalueringen. Videre gir brevet klart inntrykk av at innklagede har tatt reisekostnader med i betraktning i vurderingen av tildelingskriteriet ”pris og kostnader (% av DRG)”, jf for eksempel setningen ”*Forutsetningen vil være at private aktører i eller nær vår egen region har et tilbud som sammen med stipulerte reisekostnader og øvrige betingelser gjør tilbudet aktuelt å vurdere*”. Også reisetid synes å ha vært et moment innklagede har sett hen til, jf setningen ”*Reisetid og reisekostnader fra den delen av regionen til Stavanger gjør dette til et reelt alternativ for pasienter i området*”. Klagenemnda vil ikke avvise at geografiske forhold etter omstendighetene kan være relevante for denne type publikumstjenester, men bemerker at dette kriterium i all fall ikke var varslet verken i utlysningen eller konkurransegrunnlaget. Innklagede har således brutt forskriftens § 17-2 (2). Slik saken står, finner klagenemnda ingen grunn til å ta stilling til om også forbudet mot diskriminering på grunnlag av geografisk beliggenhet i forskriftens § 3-1 (3) er overtrådt.

Avlysning uten saklig grunn

- (46) Dette forhold er dårlig opplyst i saken. Klagenemnda konstaterer at innklagede har inngått avtale om snorkeoperasjoner, og at denne delen av konkurransen således ikke er avlyst. Spørsmålet om innklagede har brutt avtalene med valgte leverandører hva gjelder søvn- og snorkepasienter, er et spørsmål av rent kontraktsrettslig karakter, og behandles derfor ikke av klagenemnda, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

Erstatning

- (47) Klagenemnda avgjør ikke erstatningsspørsmål, men kan etter klageforskriften § 12 fjerde ledd uttale seg dersom den finner grunn til det. Nemnda konstaterer at det er gjort til dels nokså klare feil i denne konkurransen, og mener at vilkårene for å kreve erstatning for såkalt negativ interesse (spilt tid og utgifter ved deltagelse i konkurransen) derfor kan være tilfredsstilt, jf. den veiledende Rt. 1997 s 574. Klagenemnda har ikke tatt stilling til om også vilkårene for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse foreligger.

Konklusjon:

Helse Sør RHF har brutt lovens § 5 om krav til etterprøvbarhet ved ikke å føre referater fra forhandlingene.

Helse Sør RHF har brutt forskriftens § 15-1 (2) bokstav c om krav til protokollføring, ved ikke å føre en protokoll som gjør det mulig å utlede hvordan de valgte tilbudene er vurdert, med relative fordeler og egenskaper, i forhold til de øvrige tilbudene.

Helse Sør RHF har brutt forskriftens § 17-2 ved å vektlegge forholdene geografisk beliggenhet, reisekostnader og reisetid til tross for at det ikke fremgikk av tildelingskriteriene at dette ville bli vektlagt.

Helse Sør RHF har brutt lovens § 5 og forskriftens § 3-1 (2) ved å vektlegge tidligere erfaringer med to av de valgte leverandører uten nærmere dokumentasjon for relevante sammenligninger.

For klagenemnda, Oslo 7. mars 2005

Kai Krüger