



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede hadde laget et konkurransegrunnlag som åpnet for at leverandørene kunne inngi tilbud som ikke var sammenlignbare. Konkurransegrunnlaget la også opp til ulovlig geografisk diskriminering. Innklagede vektla hensyn som ikke naturlig kunne utledes av de fastsatte tildelingskriteriene. Klagenemnda fant det ikke avgjørende at klagers tilbud var så uklart at det kunne vært avvist, i det ikke kunne utelukkes at konkurransegrunnlagets uklarhet kunne ha hatt innvirkning på konkurransens utfall.

Klagenemndas avgjørelse 1. november 2004 i sak 2004/236

Klager: OmniaSykehuset AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder: Sammenlignbare tilbud. Geografisk diskriminering. Delvis forkastelse. Evaluering av tildelingskriterier.

Sakens bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. april 2004 en konkurranse med forhandling om □kjøp av spesialisthelsetjenester - innleggelser og dagkirurgi□. Konkurransen gjaldt inngåelse av rammeavtaler for spesialisttjenester i form av kirurgiske inngrep som krever innleggelse eller som kan utføres som dagkirurgi innenfor en ramme på 3900 DRG-poeng pr. år i en toårsperiode. Tjenestene omfattet fagområdene ortopedi og revmakirurgi, øre-nese-hals, ikke-kosmetisk plastikkirurgi, kvinnesykdommer og øvrig kirurgi. Aktuelle sykdommer og prosedyrer innenfor de ulike områdene var nærmere beskrevet i

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

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

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

konkurranses grunnlaget. Anskaffelsen skulle gjennomføres i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser del III.

- (2) I forbindelse med saksbehandlingen for klagenemnda har innklagede gitt følgende definisjon på □DRG□:

□DRG (diagnoserelaterte grupper) er et system for standardisering av kostnaden ved ulike sykdommer/diagnoser og behandling av disse.

Hver sykdom/diagnose/behandling gir en omforent/fastsatt DRG-poengsum, som direkte kan omgjøres til et kronebeløp (for eksempel 1 DRG-poeng er ca kr 30.000,-). Dette innebærer at en sykdom/behandling/prosedyre med DRG-vekt 0,5 poeng, gir en refusjon fra staten på ca 15.000 kroner.

De offentlige sykehusene får sine overføringer fra staten i form av basistilskudd + refusjon for produserte DRG-poeng (=innsatsstyrt finansiering). Verdien av 1 DRG-poeng fastsettes hvert år av sentrale myndigheter. □

- (3) Tildelingskriteriene er i konkurransegrunnlaget angitt å være:

□Oppdragsgiver vil velge leverandør(er) ut fra det økonomisk mest fordelaktige tilbudet og følgende kriterier blir lagt til grunn i vurderingen.

- *Kostnader □ pris for behandling, reiseutgifter og refusjoner*
- *Erfaring/kompetanse*
- *Gjennomførings-/ leveringsevne*

Kriteriene er ikke vektet eller oppgitt i prioritert rekkefølge □

- (4) Det fremgikk videre at det var anledning til å gi tilbud på deler av tjenestene.

- (5) Under overskriften □kontraktsvilkår□ fremgikk følgende:

☐Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å inngå rammeavtale med flere leverandører innenfor omfanget som er beskrevet i dette konkurransegrunnlaget med vedlegg.☐

- (6) I alt 14 leverandører leverte inn tilbud, herunder OmniaSykehuset AS (heretter Omnia eller klager) og Trondheim Spesialistlegesenter (heretter TSLS). Opprinnelig ble 12 av disse ansett kvalifiserte, og 6 av disse ble kalt inn til forhandlinger. I brev fra innklagede datert 11. juni fremgikk det at fire leverandører ville bli tildelt kontrakt, herunder Omnia. TSLS var ikke invitert til forhandlinger og klaget saken inn for klagenemnda. Sak 2004/126 ble behandlet i nemnda 9. august 2004. Klagenemnda fastslo at det forelå feil ved utvelgelsen av deltakere til forhandlinger.
- (7) Etter klagenemndas avgjørelse ba innklagede de opprinnelig 12 kvalifiserte leverandørene om ytterligere dokumentasjon i forhold til kvalifikasjonskravene. Kun 8 leverandører besvarte denne henvendelsen. Disse ble ansett kvalifisert og ble invitert til forhandlinger. En av disse trakk seg, og innklagede forhandlet med 7 leverandører, herunder Omnia og TSLS.
- (8) I innbydelsen til videre forhandlinger fra innklagede til leverandørene, datert 6. september sto det blant annet:

☐Hensikten med de videre forhandlinger er [☐] at de tilbudte prisene skal reduseres.

☐

Prisene for behandling utenfor helseregion Midt-Norge skal inkludere flyreise tur/retur fra nærmeste flyplass i regionen og til Gardermoen, og flytog/tog tur/retur fra Gardermoen og til det private sykehuset.☐

- (9) I tilbudet fra Omnia til innklagede datert 9. ble følgende opplyst:

☐Som vi tidligere har gjort kjent overfor HMN [Helse Midt-Norge] har Omnia ASA inngått avtale om kjøp av aksjene i Trondheim Spesialistlegesenter AS (TSL). Tidspunkt for overtagelse er 1.1.05. TSL vil da bli et datterselskap i

Omnia konsernet. Dette vil bli på lik linje med OmniaSykehuset as. Da det er inngått en bindende avtale om kjøp og da Omnia allerede er involvert i driften av TSL, vil det derfor være naturlig i disse forhandlingene å betrakte Omnia og TSL som samme konsern. Oppkjøpet innebærer at Omnias kvalitetssystem, intern kontroll system, pasientadministrative system, rapporteringsrutiner og personelle og kompetanse vil bli gjort tilgjengelig for og benyttet i TSL.

Tilbudene fremmet fra henholdsvis Omnia og TSL er dermed koordinert. Dette betyr at alt som det er faglig hensiktsmessig å utføre ved TSL, vil bli utført der. Mer spesialiserte prosedyrer som det er hensiktsmessig å samle på et sted, vil enten bli gjort ved TSL eller Omnia. Tilbudene fra Omnia og TSL vil derfor bære preg av dette. Bl.a. vil i hovedsak dagkirurgiske inngrep bli utført i ved TSL i Trondheim, mens der vi ser det som faglig hensiktsmessig at pasienten overnatter i et større sykehusmiljø med nødvendig ekspertise til stede, vil dette skje i ved OmniaSykehuset i Oslo. □

- (10) Tilbudet fra TSLS til innklagede datert 9. september 2004 inneholdt tilsvarende ordlyd. Etter å ha mottatt tilbudene, ba innklagede 15. september 2004 om ytterligere reviderte tilbud.:

□ Helse Midt-Norge RHF har nå evaluert de tilbudte prisene og sammenholdt disse med forventede behov innen de ulike fagområdene. Imidlertid er det meget komplisert å foreta en likeverdig sammenligning av de ulike tilbudene. Dette skyldes at tilbudene varierer i forhold til omfanget av tilbudte DRG / prosedyrer innen det enkelte fagområdet, at prisen i enkelte tilbud kun er gitt for dag- eller døgnbehandling og at prisene for dag- og døgnbehandling for øvrig ikke er oppgitt på en enhetlig måte for mange av DRG-ene / prosedyrene.

På dette grunnlag finner Helse Midt-Norge RHF det nødvendig å be om nye tilbud som sikrer et reelt sammenligningsgrunnlag. (□) Det gis med dette adgang til å gi nye og forbedrede priser, men etter dette avsluttes forhandlingene.

Det vises videre til Vedlegg 1- Prisskjema og Vedlegg 2 □ Spesifiserte DRG.

Prisskjemaet i vedlegg 1 skal forstås på følgende måte:

Alle tilbyderne skal i modell A fylle ut en % DRG-pris for henholdsvis dag- og døgnbehandling for de fagområdene som tilbys. Det legges til grunn en fordeling mellom de spesifiserte DRG i henhold til vedlegg 2 og øvrige DRG innen de enkelte fagområdene på 90%-10%. Prisene i modell A skal ta hensyn til at det kan gis pris på spesielle DRG/prosedyrer i modell B. De tilbyderne som kan utføre operasjonene som er angitt i modell B skal gi én pris i kroner som dekker både dag- og døgnbehandling. Det vil bli inngått kontrakter både etter modell A, som tildeles fagområde for fagområde, og etter modell B der tildelingen skjer pr. DRG / prosedyre.

Det gis en frist til fredag 17.09.04 kl 12.00 med å oversende utfylt prisskjema.
(□)

Vedlegg 1 □ Prisskjema

*Modell A. Pris oppgis i % av DRG**

<i>Plastikkirurgi</i>	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
<i>**Spesifiserte DRG</i>		
<i>Øvrig DRG</i>		
<i>Øre-nese-hals</i>	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
<i>**Spesifiserte DRG</i>		
Øvrig DRG		
<i>Øyekirurgi</i>	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
<i>**Spesifiserte DRG</i>		
<i>Øvrig DRG</i>		
<i>Ortopedi/revmakirurgi</i>	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
<i>**Spesifiserte DRG</i>		
<i>Øvrig DRG</i>		
<i>Annen kirurgi</i>	<i>Dag</i>	<i>Døgn</i>
<i>**Spesifiserte DRG</i>		
<i>Øvrig DRG</i>		

***Pris oppgis i % av DRG:** Alle feltene (spesifiserte DRG og øvrig DRG fordelt på dag- og døgnbehandling) **skal** fylles ut for de fagområdene som det gis pris på.

****Spesifiserte DRG:** De spesifikerte DRG fremgår av vedlegg 2. Hvis det tas forbehold om at tilbudet ikke omfatter en eller flere av disse DRG-ene, skal denne/disse listes opp i et eget vedlegg. I vurderingen av tilbudet vil dette tillegges negativ vekt. I prisen (% DRG) for fagområdene plastikkirurgi, øre-nese-hals og ortopedi/ revmakirurgi skal det tas hensyn til de spesielle DRG/ prosedyrene som skal prises separat jf. modell B nedenfor i de tilfellene disse operasjonen er en del av det som tilbys.

Modell B. Pris oppgis i kroner for følgende spesielle DRG/ prosedyre:

Plastikkirurgi		
DRG Navn/ prosedyre	DRG-vekt	Pris i kroner
261 Mammaop ved godartet sykd ekskl biopsi / 288B Stor bukplastikk	0,95 0,92	
Øre-nese-hals		
DRG Navn/ prosedyre	DRG-vekt	Pris i kroner
53 Mellomørekirurgi 55 Mellomørekirurgi	0,56 0,58	
Ortopedi/ revmakirurgi		
DRG Navn/ prosedyre	DRG-vekt	Pris i kroner
209A Primære proteseop i hofte/ kne/ ankel	3,62 6,21	
214A Kombinert fremre/ bakre spondylodese	3,15	
215B Fremre eller bakre spondylodese u / bk	1,77	
215C Operasjoner på kolumna ekskl. spondylode	0,66	
222 Korsbånd		

- (11) I brev av 16. september sendte TSLS inn nytt tilbud, hvor det fremkom at:

☐ *Følgende DRG tilbys ikke:*

Modell A

Øye

Drg 40 Op på cornea er dekket under plastikk kirurgi

Drg 47 Øyesykdommer ITAD u/bk

Modell B

☐ ☐

- (12) Som vedlegg til nevnte tilbud fulgte prisskjema, der samtlige fagområder i modell A var fylt ut for dagbehandling. I tillegg var det gitt tilbud på døgnbehandling av spesifiserte DRG for faggruppen øre-nese-hals. I modell B ble det gitt tilbud på fem av ni DRGer.

- (13) Også Omnia sendte inn et nytt tilbud ved brev av 17. september, der det bl.a. sto:

☐ *Modell A*

Øre-nese-hals

Omniasykehuset as kan levere innenfor alle drg. I vår prising av denne gruppen har vi tatt hensyn til tidligere henvisninger fra leger i HMN. Dette er i hovedsak pasienter med kompliserte nese- og søvnproblemer. Nese

operasjonene krever ekstra anesti service og må følges opp flere ganger i løpet av det første døgn.

Øyekirurgi

Vi har i tidligere tilbud presisert at vårt tilbud innen øye i hovedsak er Retina (bakre øye) problematikk og vil også i denne omgang presisere følgende. Det er et få tall av disse som trenger kirurgisk behandling da pasientene i hovedsak blir laser behandlet med og uten medikament. (□)

- (14) Som vedlegg til dette tilbudet fulgte prisskjema, der samtlige fagområder i modell A var fylt ut for døgnbehandling med unntak av spesifisert DRG for øyekirurgi. I tillegg var både spesifisert og øvrig DRG fylt ut for dagbehandling i faggruppen øyekirurgi.
- (15) Av brev fra innklagede datert 20. september 2004 fremgår det at 4 leverandører skulle tildeles kontrakt. Omnia og TSLs var ikke blant disse. Videre ble det opplyst at:

□ Det tildeles ikke kontrakt for inngrepet □ mellomørekirurgi □ da det ikke forelå tilbud som gjorde det mulig å foreta en reell sammenligning. Tilbudene for denne prosedyren blir derfor forkastet

Oppdragsgiver har valgt de økonomisk mest fordelaktige tilbudene for de forskjellige fagområdene nevnt i modell A og enkeltprosedylene i modell B. Tilbudene ble vurdert ut fra kriteriene kostnader, erfaring/ kompetanse og gjennomførings-/ leveringsevne. Herunder ble det blant annet lagt vekt på at tilbudet til pasientene skal være mest mulig helhetlig med både poliklinisk behandling og innleggelse, samt hvilke rutiner som finnes for oppfølging etter operasjonen. Av tildelingskriteriene ble kostnadene tillagt mest vekt □.

- (16) Klager påklaget avgjørelsen i brev av 27. september. Samme dato besvarte innklagede brevet, og ga en nærmere begrunnelse for valget. Den 8. oktober begjærte klager midlertidig forføyning med påstand om å pålegge innklagede å avvente avgjørelse fra KOFA før inngåelse av kontrakt. Innklagede har i rettsmøte bekreftet at de ikke vil foreta tildeling av kontrakt før KOFA har behandlet klagen, såfremt klagen ble behandlet innen 3. november. I motsatt fall skulle saken tas opp igjen 4. november 2004.

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Omnia og TSLS innleverte opprinnelig separate tilbud, men etter at TSLS overdro 100 % av aksjene til Omnia, inngikk de to selskapene i samme konsern. De ble da innlevert et koordinert tilbud. Innklagede hadde anledning til å evaluere tilbudene fra Omnia og TSLS hver for seg eller samlet. Innklagede valgte å foreta en samlet vurdering av de to tilbudene, hvilket klager ikke har fremsatt innsigelser mot.
- (18) Koordineringen av tilbudene synes å ha skapt problemer i forhold til den beregningsmodell innklagede har valgt. Innklagede burde ha avklart usikkerhet knyttet til koordineringen av tilbudene. Dette gjelder både avklaringer knyttet til det inngitte pristilbud og nødvendige avklaringer knyttet til den praktiske gjennomføringen av det koordinerte tilbudet. Manglende avklaringer utgjør saksbehandlingsfeil og er i strid med god anbudsskikk.

Feil vurdering av inngitt pristilbud □ øyekirurgi

- (19) Innklagede har foretatt feil og uforsvarlig vurdering av faktum vedrørende det inngitte pristilbud fra Omnia/TSLS. Med en korrekt vurdering av den tilbudte pris, ville det fremgått at tilbudet fra Omnia/TSLS er priset lavere enn flere av de tildelte kontraktene.
- (20) Innklagede har foretatt en gjennomsnittberegning av prisen til Omnia og TSLS innenfor fagfelt □ øye□. Med en korrekt snittberegning ville tilbudet fremstått som det rimeligste og vesentlig under det nivå det er tildelt kontrakter på. Årsaken til at prisingen fra Omnia lå betydelig høyere enn prisingen av dagbehandlingen for spesifisert DRG hos TSLS var at Omnia ville utføre de mer spesialiserte inngrep, hvilket utgjør et beskjedent antall sammenlignet med hovedtyngden som ble tilbudt fra TSLS til en vesentlig lavere pris. På tross av dette har innklagede foretatt en gjennomsnittsberegning av disse prisene. Tilsvarende gjelder for dagbehandling av ikke spesifiserte DRG, hvor de spesialiserte inngrep var forutatt gjennomført av Omnia, mens størstedelen av inngrepene var forutsatt gjennomført av TSLS. Dette ble kommunisert til innklagede.

- (21) Uansett vil innklagede kunne inngå avtale med enten Omnia eller TSLS eller begge, og i en vurdering der begge har inngitt tilbud på samme behandling, må de vurderes separat. Der prisingen er ulik for driften i Trondheim og Oslo, vil innklagede kunne velge det tilbud som anses best.
- (22) Omnia/TSLS kan ikke se behov for døgnbehandling av spesifiserte DRG for øye, og har ikke inngitt pristilbud på dette, da pasientene vil dekkes under tilbudet om dagbehandling. For øvrige DRG ga Omnia et tilbud på 100%. Denne prisen har blitt lagt til grunn av innklagede også for døgnbehandling av spesifisert DRG. Dette innebærer at det har blitt lagt til grunn en høy pris på en behandlingsom er lite praktisk. Konsekvensen er at innklagede har sett bort fra at TSLS tilbød dagbehandling av spesifisert DRG for 40% av de offentlige satsene. Dette utgjør det vesentligste av volumet for øyebehandling.

Feil faktum □ DRG 40

- (23) Det er ikke riktig at Omnia kun tilbyr to av tre spesifiserte DRG og at TSLS kun tilbyr en av tre spesifiserte DRG. Både Omnia og TSLS har inngitt pristilbud på DRG 40. Det ble spesifisert i tilbudet at denne DRG kun var oppført under plastikkirurgi for å unngå uklarhet av å oppføre den to ganger. Innklagede har lagt til grunn feil faktum, og tillagt dette negativ vekt.
- (24) Når det gjelder DRG 47 som opplyses ikke å ha blitt tilbudt av TSLS, fremgår det av tilbudet fra Omnia at dette tilbys, og at behandlingen om ønskelig også kan gjøres i Trondheim. Dette har innklagede sett bort i fra, til tross for at innklagede anfører å ha evaluert tilbudene som ett.

Feil vurdering av inngitt pristilbud □ DRG 261, 288B og 215C

- (25) Innklagede har lagt feil pris til grunn hva gjelder tilbudet i □modell B: DRG 261, 288B og 215C□. Innklagede har ikke lagt til grunn den laveste prisen fra Omnia/TSLS, men den høyeste. Den høyeste prisen gjelder for behandling ved Omniasykehuset i Oslo, mens TSLS har levert et lavere pristilbud. Også her vil innklagede kunne inngå avtale med enten Omnia eller TSLS eller begge, og i en vurdering der begge har inngitt tilbud på samme behandling, må de vurderes separat. Det er merkelig å legge til grunn at behandling ikke ville bli foretatt av TSLS da det var behov for innleggelse. Det kan ikke utelukkes at feilen har hatt innvirkning i tildelingsvurderingen.

Tildelingskriteriet erfaring/kompetanse

- (26) Det koordinerte tilbudet fra Omnia/TSLS var på flere fagfelt like bra eller bedre på pris enn de leverandørene som ble tilbudt kontrakt på det aktuelle fagfelt. For eksempel var Omnia/TSLS nest best på pris på fagfelt ortopedi, og tilbudet ble vurdert som et av de beste på tildeling erfaring/kompetanse. Likevel ble Omnia/TSLS som eneste leverandør ikke tilbudt volum på dette fagfeltet. Kriteriet burde vært tillagt stor vekt, da dette er vesentlig for kvaliteten som leveres.
- (27) Det er uforsvarlig å se bort fra □kvalitet□ ved kjøp av sepesialistlegetjenester, og det er umulig å sikre at kontrakt blir tildelt beste leverandør hvis man legger til grunn at alle leverandørene hadde □god nok□ kvalitet, og man ser bort fra □kvalitet□ som et tildelingskriterium eller et relevant moment under tildelingskriteriet erfaring/kompetanse eller gjennomførings-/ leveringsevne.
- (28) Saksbehandlingen har vært i strid med lov om helseforetak og lov og forskrift om offentlige anskaffelser, ved at innklagede har sett bort fra kvalitet ved tildelingen av kontrakter.

Tildelingskriteriet gjennomførings-/leveringsevne

- (29) Klager bestrider at Omnia/TSLs tilbud kunne skåre dårligere enn øvrige leverandører på tildelingskriteriet gjennomføring-/leveringsevne. På fagfeltet ortopedi synes innklagede å ha lagt avgjørende vekt på at døgnbehandlingen forutsettes å skje i Oslo. Døgnbehandlingen utgjør i følge innklagedes eget vedtak kun 15 % av volumet. Det fremstår da som sterkt urimelig at dette tildelingskriteriet alene skal anses avgjørende.
- (30) Gitt pasienters rett til fritt sykehusvalg er det urimelig at lokaliseringen av døgnbehandlingen skal tillegges så stor vekt uten at dette er oppgitt i konkurransegrunnlaget.
- (31) Når innklagede fant at det var små forskjeller mellom leverandørene på dette tildelingskriteriet, og derfor vurderer andre kriterier i tillegg under dette for å skille leverandørene, blir det galt å vekte kriteriet med 30 %. Vektingen ble besluttet etter mottak av tilbudene.

- (32) Kravet til forutberegnlighet innebærer at innklagede ikke hadde anledning til å foreta vurdering av reisebelastning, ettersom dette ikke var opplyst som tildelingskriterium. Innklagede har vektlagt et utenforliggende hensyn.
- (33) Det utgjør et utenforliggende hensyn å vektlegge at □ en behandling i nærheten av bostedet vil bli opplevd som positivt av pasientene i forhold til blant annet pårørende og eventuelle etterkontroller. Kriteriet innebærer dessuten geografisk diskriminering.
- (34) Det utgjør et utenforliggende hensyn å vektlegge at det er enklere for pasienter og henvisende instanser å forholde seg til et sykehus og ikke to, og at samme argument gjelder for oppdragsgivers arbeid med oppfølging/kontroll av kontrakten.

Diskriminering grunnet geografisk tilhørighet

- (35) Det er ulovlig geografisk diskriminering når reisekostnader innen Midt-Norge, som for eksempel Ålesund □ Trondheim, ikke skal medregnes i prisen, mens prising til sykehus i Osloregionen skal medregnes.

Uriktig avvisning

- (36) Innklagede har avlyst en del av anbudskonkurransen, mellomørekirurgi, i strid med regelverket. Den delvise avlysningen innebærer en endring i konkurransegrunnlaget, hvilket bare er tillatt før tilbudsfristens utløp og dersom endringen ikke er vesentlig. Det foreligger ikke saklig grunn for avlysning, da det innkom tilbud fra to leverandører, herunder klager. Det forhold at tilbudene gjelder operasjoner av ulikt omfang er et forhold som burde være avklart med leverandørene på forhånd.

Mangelfullt konkurransegrunnlag

- (37) Konkurransegrunnlaget var mangelfullt, ettersom det la opp til at leverandørene kunne gi deltilbud. Konsekvensen er at tilbudene ikke er sammenlignbare. Det er nødvendig å kjenne prisingen for den enkelte DRG for å kunne foreta en reell prissammenligning. Modell A åpner ikke for en slik sammenligning, da det kun gis priser for hver hele gruppe.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (38) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.
- (39) På tidspunkt for kontraktstildeling 20. september 2004 anså innklagede Omnia og TSLS som to helt uavhengige selskaper/juridiske enheter. På bakgrunn av Omnia og TSLS i sine tilbudsbrev datert 9. september skrev at det var naturlig å betrakte dem som samme konsern og at tilbudne var koordinerte, vurderte innklagede tilbudene fra Omnia og TSLS som ett tilbud, og koordinerte disse for hvert enkelt fagområde det var inngitt tilbud på, slik det var bedt om.
- (40) Dersom innklagede hadde vurdert tilbudene fra Omnia og TSLS hver for seg i separate vurderinger ville de blitt forkastet med hjemmel i forskriftens § 15-10 (2). Det var i brev datert 15. september med forespørsel til leverandørene om å inngi nye priser som avslutning av forhandlingene, presisert i prisskjemaet at alle feltene i ☐modell A☐ skulle fylles ut. Omnia og TSLS ga tilbud som utfylte hverandre med priser for dagbehandling hos TSLS og døgnbehandling hos Omnia. Ved en separat vurdering av tilbudene fra Omnia og TSLS, ville de blitt forkastet, jf. forskriftens § 15-10 (2). Hvis det skulle blitt åpnet for at tilbudene kunne omfattet kun dagbehandling eller kun døgnbehandling, måtte de andre leverandørene også fått denne muligheten ut fra kravet til likebehandling og forutberegnlighet.

Feil vurdering av inngitt pristilbud ☐ øyekirurgi

- (41) Ingen av tilbudene var komplette med priser for både spesifiserte og uspesifiserte DRG fordelt på dag- og døgnbehandling. Først ble gjennomsnittsprisen for dagbehandling fra de to leverandørene lagt til grunn i sammenligningen. Samme utregningsmåte er benyttet for de uspesifiserte DRG.
- (42) Verken Omnia eller TSLS har gitt pris for døgnbehandling av spesifiserte DRG innen øyekirurgi. I sammenligningen er prisen for dette satt lik døgnbehandling av uspesifiserte DRG (100%) som Omnia ga. På dette grunnlaget ble den vektete gjennomsnittsprisen for øyekirurgi fra Omnia/TSLS 75% av DRG, som var det dyreste tilbudet.
- (43) Det er innklagede som må få bestemme hvorvidt det er nødvendig å kreve en døgnpris for spesifiserte DRG innen øyekirurgi, samt om og i hvilket omfang det er behov for et bestemt inngrep (behandling av makuladegenerasjon). At Omnia veler å legge en slik behandling i stort omfang til grunn, noe som medfører at dette blir dyrere enn konkurrentene, er deres risiko.

- (44) Av de spesifiserte DRG tilbød Omnia to av tre, mens TSLS tilbød en av tre. Det fremgikk av prisskjemaet at det ved forbehold om at tilbudet ikke omfattet en eller flere DRG, ville dette i vurderingen bli tillagt negativ vekt.

Feil vurdering av inngitt pristilbud □ DRG 261, 288B og 215C

- (45) Omnias priser ble lagt til grunn. Grunnen til dette er at Omnia i sitt tilbud har understreket at spesialiserte prosedyrer som det er hensiktsmessig å samle på ett sted vil legges til enten Oslo eller Trondheim. Det fremgår videre av tilbudet at døgnbehandling forutsettes å skje ved Omnia i Oslo. Innklagede legger til grunn at de DRG/ prosedyrer som det her er snakk om, krever innleggelse.
- (46) Det endrer imidlertid ikke faktum om TSLSs priser benyttes. Omnia/TSLS sitt tilbud er dyrere enn alle de som ble innstilt til kontrakt om laveste pris, gjennomsnittspris eller høyeste pris benyttes.

Usakelig forskjellsbehandling

- (47) I forhold til priser i tilbudet innen ortopedi fra Omnia/TSLS på et vektet gjennomsnitt av DRG hadde Omnia/TSLS lik pris med to andre leverandører, 1% bedre enn en leverandør og 4% dårligere enn en annen leverandør. Tildelingskriteriet kostnader ble tillagt mest vekt i vurderingen.

Usakelig forskjellsbehandling - Erfaring/ kompetanse

- (48) I evalueringen av erfaring/ kompetanse vurderte innklagede tilbudene fra Omnia og TSLS sammen, slik det er spurt om. Erfaring/ kompetanse er vurdert som bedre hos Omnia i Oslo enn TSLS. Det er lagt opp til at dagbehandling skal skje hos TSLS i Trondheim, som i prissammenlikningen er tillagt et omfang på 85%, og som også legges til grunn på dette punktet. Det medfører at Omnia/TSLS samlet fikk dårligere skår enn om Omnia i Oslo hadde gitt et separat tilbud. Det er således vanskelig å vurdere erfaringen og kompetansen i det koordinerte tilbudet. Under tvil ble Omnia/TSLSs tilbud likevel vurdert som et av de beste på dette tildelingskriteriet. Dette kriteriet ble tillagt minst vekt i vurderingen.

Usakelig forskjellsbehandling - Gjennomførings- /leveringsevne

- (49) I evalueringen av gjennomførings- /leveringsevne la innklagede til grunn forhold som behandlingskapasitet, begrensninger i forhold til hvilke ASA-grupper som tilbys behandling og rutiner for oppfølging av pasienter etter operasjon. Det er svært små

forskjeller mellom leverandørene på disse punktene. Oppdragsgiver har imidlertid en plikt til å finne en måte å vurdere det oppgitte tildelingskriteriet på. I dette tilfellet var forhold som reisebelastning for pasientene og et helhetlig behandlingstilbud svært relevant i den videre vurderingen. En behandling i nærheten av bostedet vil bli opplevd som positivt av pasientene i forhold til blant annet pårørende og eventuelle etterkontroller. Videre kreves det herfra at det enkelte behandlingstilbudet skal omfatte både polikliniske inngrep og operasjoner som krever innleggelse. Det er enklere både for pasienter og henvisende instanser å forholde seg til ett sykehus i stedet for to. Det samme argumentet gjelder for øvrig for oppdragsgivers arbeid med oppfølging/ kontroll av kontraktene. Innklagede vurderte således tilbudet fra Omnia/TSLs som et av de dårligste på kriteriet gjennomførings-/ leveringsevne ved at deler av behandlingen skjer utenfor helseregionen og medfører økt reisebelastning for pasientene, samt at et delt tilbud med dagbehandling i Trondheim og døgnbehandling i Oslo er mindre attraktivt for henvisende instanser som legekontorer og helseforetak, samarbeidspartnere som blant annet trygdekontor og dessuten for oppdragsgivers egen del.

- (50) I en totalvurdering av hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet vil ikke en bedre pris på 1 % i forhold til den ene leverandøren telle mer enn erfaring /kompetanse og gjennomførings-/ leveringsevne i det tilbudet. Hvis andre tildelingskriterier enn kostnader skal ha noen reell betydning, så må det være rom for at oppdragsgiver kan utøve skjønn i vurderingen og vektlegging av disse.
- (51) I vurderingen av tildelingskriteriet gjennomførings-/ leveringsevne har innklagede kun vurdert forhold som er naturlig å knytte til dette kriteriet. Dette må det være opp til oppdragsgiver å definere.
- (52) Tildelingskriteriet er ikke vektet med 30% slik klager hevder.

Geografisk diskriminering

- (53) Det fremgår av St. prp. 1 (2004-2005) at målet med omlegging av ansvaret for syketransport fra folketrygden til de regionale helseforetakene er å stimulere til behandling nær bostedet når dette er en fordel for pasienten og medfører reduserte utgifter til syketransport. Emperi viser at pasientene velger det sykehuset som er nærmest når behov for behandling er tilstede. En stor del av pasientreisene innen Midt-Norge er så korte at pasientens egenandel dekker reisekostnadene fullt ut. Innklagede bestrider å ha foretatt usaklig forskjellsbehandling, og viser til at det fremgår av KOFA sak 2003/199 at man ut fra samfunnsmessige hensyn lovlig kan dimensjonere omfanget av de tjenestene som skal anskaffes og at man i rimelig grad kan strukturere tjenestekjøpet slik at hensynet til pasientene ivaretas.

Uriktig avvisning

- (54) Innklagede har ikke endret konkurransegrunnlaget, men lagt anskaffelsesprosedyren ☐ konkurranse med forhandling ☐ til grunn under hele prosessen. Volumet på 3900 DRG-poeng pr. år og inndelingen / volumene innen de oppgitte fagområdene, har vært like hele tiden. Det forelå ikke sammenlignbare pristilbud for prosedyren ☐ mellomørekirurgi ☐ fordi en leverandør hadde tilbudt operasjoner med en kompleksitet uttrykt i form av en varighet på inngrepene på inntil 3 timer, mens klager tilbød på inntil 6 timer. Det er anledning til delvis avlysning av konkurransen / delvis forkastelse av tilbudene i dette tilfellet. Omnia har ikke krav på kontrakt innen mellomørekirurgi.

Klagenemndas vurdering:

- (55) Klager har deltatt i konkurransen med forhandling, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder uprioriterte tjenester og er regulert av forskrift om offentlige anskaffelser del III.

Konkurransegrunnlagets utforming ☐ ikke sammenlignbare tilbud

- (56) Klagenemnda tar først stilling til det overordnede grunnlaget for gjennomføring av den aktuelle anskaffelsesprosedyre, nemlig konkurransegrunnlaget herunder de brev som ble sendt fra innklagede til leverandørene forut for inngivelse av de siste tilbudene. Konkurransegrunnlaget har i tilknytning til prisskjema modell A åpnet for at leverandørene kunne gi deltilbud på de enkelte faggruppene. Samtidig fremgikk det av konkurransegrunnlaget at kontrakt skulle tildeles fagområde for fagområde for modell A. Dette har klagenemnda ingen kommentarer til.
- (57) Konkurransegrunnlaget åpnet imidlertid også for at leverandørene kunne gi deltilbud på de enkelte DRG-ene innen hver faggruppe (vår undertrekning). For så vidt gjaldt denne muligheten for oppdeling har innklagede så vidt klagenemnda forstår ikke forbeholdt seg en tilsvarende rett til å dele opp tilbudene på DRG-nivå, for så å kunne tildele kontrakt for enkelt DRG-er innen hver faggruppe. Det er således åpnet opp for situasjoner der et deltilbud innen den enkelte faggruppe måtte evalueres opp mot et fullstendig tilbud innen faggruppen, eller opp mot et annet deltilbud som inneholdt en annen sammensetning av DRG-er. Slike tilbud er ikke sammenlignbare, og det er således heller ikke mulig å finne frem til det økonomisk mest fordelaktige tilbud eller å dokumentere dette. Innklagedes løsning med å tillegge det negativ vekt dersom en leverandør innga et deltilbud, avhjelper ikke det faktum at tilbudene gjelder forskjellige ytelser, og således ikke kan sammenlignes.

- (58) Konkurranses grunnlagets prisskjema modell A, slik dette ble formidlet til leverandørene ved brev av 15. september la således opp til at leverandørene kunne levere tilbud som ikke lot seg sammenligne, hvilket innebærer et brudd på kravet til likebehandling og forutberegnlighet i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (59) Innklagede har anført at klager kunne vært avvist, da de verken hver for seg eller samlet oppfylte de krav som var stilt til tilbudets utforming. Eksempelvis er tilbudene ikke fylt ut slik innklagede ba om, ettersom flere felter er fylt ut dobbelt og til dels med forskjellig innhold og priser, når en leser tilbudene i sammenheng. Tilbudene var således ikke koordinert på en klar måte, og leverandørene oppgir ikke sine priser på den enhetlige måten konkurransegrunnlaget krevde. Dette skaper uklarheter.
- (60) Det faktum at tilbudene eventuelt kunne vært avvist er imidlertid ikke avgjørende i denne sammenheng, idet det uansett ikke kan utelukkes at ovennevnte uklarhet i konkurransegrunnlaget kan ha hatt innvirkning på konkurransens utfall. Hertil kommer at den aktuelle anskaffelsesprosedyre er en konkurranse med forhandling, hvor innklagede må anses å ha et sterkt incitament til å foreta alle nødvendige klargjøringer av konkurransegrunnlaget forut for valg av leverandør og hvor oppdragsgiver fremdeles har mulighet til å rette opp den uklarhet som er oppstått med hensyn til grunnlaget for tildeling av de aktuelle kontraktene.

Transportkostnader - Geografisk diskriminering

- (61) Forskriftens § 3-1 (3) bestemmer at oppdragsgiver ikke skal diskriminere leverandører på grunn av lokal tilhørighet. Klagenemnda har forstått det slik at pasienter vil kunne kreve eventuelle reisekostnader utover egenandelen refundert av Helse Midt-Norge, uavhengig av om de har valgt sykehus innen eller utenfor Midt-Norge. Det følger av konkurransegrunnlaget at leverandører utenfor Midt-Norge må inkludere transportkostnadene i sine priser. Det fremgår videre av informasjonen fra innklagede at reisekostnadene innen Midt-Norge av og til overstiger egenandelen. Når leverandører innen Midt-Norge ikke trenger å inkludere eventuelle transportkostnader i sine tilbud, innebærer dette en fordel, ettersom de da kan tilby lavere priser enn om transportutgiftene skulle inkluderes. Konkurranses grunnlaget legger derfor opp til en geografisk forskjellsbehandling i strid med forskriftens § 3-1 (3).

Tildelingskriteriet erfaring/kompetanse

- (62) Klager anfører at kriteriet erfaring/kompetanse burde vært tillagt større vekt, herunder at kvalitet burde vært vektet høyere.

(63) Forskriftens § 17-2 (2) bestemmer at:

□Dersom tildelingen av kontrakten skjer på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge.□

(64) Oppdragsgiver har et vidt innkjøpsfaglig skjønn i sitt valg av tildelingskriterier og evalueringen av disse. Klagenemnda finner ikke grunn til å underkjenne innklagedes valg og vektning av tildelingskriteriet erfaring/kompetanse, herunder innklagede manglende vektlegging □kvalitet□ som tildelingskriterium. Det faller utenfor nemndas kompetanseområde å ta stilling til om det foreligger brudd på lov om helseforetak.

Tildelingskriteriet gjennomførings- / leveringsevne

(65) Innklagede har overfor klagenemnda argumentert for at reisebelastning for pasientene og et helhetlig behandlingstilbud er relevant i vurderingen av gjennomførings- og leveringsevne. I KOFA sak 2003/199 ble det uttalt at *□hensynet til pasientene, herunder ønske om kort reisevei til behandling, kan være eksempler på forhold som på saklig måte begrunner forskjellsbehandling av leverandørene.□* Med dette må også forstås at det i visse tilfeller kan vektlegges som tildelingskriterium.

(66) I følge forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) skal imidlertid alle tildelingskriteriene som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at tildelingskriteriene skal være formulert slik at det er mulig for alle rimelige opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke tildelingskriteriene på samme måte.

(67) Klagenemnda finner at verken □reisebelastning□ eller det forhold at □en behandling i nærheten av bostedet vil bli opplevd som positivt av pasientene i forhold til pårørende og etterkontroller□ faller inn under en normal, språklig forståelse av tildelingskriteriet gjennomførings- / leveringsevne. Innklagede har således i denne saken vektlagt utenforliggende forhold i evalueringen av tildelingskriteriet gjennomførings- / leveringsevne.

- (68) Det å legge vekt på hvor enkelt det er for pasientene og henvisende instanser å forholde seg til to sykehus i stedet for ett, synes heller ikke å falle inn under en naturlig språklig forståelse av tildelingskriteriet □ gjennomførings- / leveringsevne □. Også dette hensynet må, i denne saken, anses som et utenforliggende hensyn.

Delvis forkastelse

- (69) Innklagede har ikke tildelt kontrakt for inngrepet mellomørekirurgi, da det visstnok ikke forelå tilbud som gjorde det mulig å foreta en reell sammenligning. Dette gjelder tjenester listet opp i Prisskjema modell B, hvor pris skulle oppgis i kroner for den angitte operasjon. Begge de aktuelle tilbud knyttet til denne operasjonen synes å inneholde klare forutsetninger/forbehold som innklagede ut fra et anskaffelsesfaglig skjønn må gis rett til å vurdere. Det var for modell B angitt at kontrakt skulle tildeles pr. DRG /prosedyre. Det foreligger således ingen absolutt kontraheringsplikt for hver enkelt kontrakt eller for en samlet kontrahering. Det følger av 17-1 (2) at oppdragsgiver kan forkaste alle tilbudene dersom resultatet av konkurransen gir saklig grunn for det. Klagenemnda finner ikke grunn til å overprøve den anskaffelsesfaglige vurderingen av tilbudene på inngrep mellomørekirurgi.

Øvrige anførsler

- (70) Da klagenemnda allerede har konkludert med at det hefter feil ved den gjennomførte anskaffelsesprosedyre, finner klagenemnda ikke tilstrekkelig grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Proessen fremover

- (71) I lys av at det for klagenemnda er opplyst at Omnia / TSLS har fått oversendt samtlige tilbud og prisskjemaer av innklagede i forbindelse med pågående begjæring om midlertidig forføyning, finner klagenemnda grunn til å påpeke at en eventuell fortsettelse av konkurransen med forhandling, vil reise visse spørsmål knyttet til kravet til likebehandling

Konklusjon:

Helse Midt-Norge har brutt kravet til likebehandling og forutberegnlighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å åpne for usammenlignbare tilbud i konkurransegrunnlaget.

Helse Midt-Norge har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (3) ved i konkurransegrunnlaget å legge opp til geografisk diskriminering.

Helse Midt-Norge har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) ved å vektlegge hensyn som ikke naturlig kan utledes av de fastsatte tildelingskriteriene.

For klagenemnda, Oslo 1. november 2004

Inger Roll-Matthiesen