



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av behandlingstilbud for rusmiddelavhengige. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde gjennomført reelle forhandlinger fordi klager ikke ble gitt anledning til å forbedre tilbudet sitt, til tross for berettiget forventning om dette. Prissammenligningen ble også kommentert.

Klagenemndas avgjørelse 26. juni i sak 2005/129

Klager: Stiftelsen P22

Innklaget: Helse Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Inger Roll-Matthiesen, Siri Teigum.

Saken gjelder: Evaluering av tildelingskriterier, forhandlingsplikt, prissammenligning.

Bakgrunn:

- (1) Helse Øst RHF kunngjorde 14. juni 2004 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av behandlingstilbud til rusmiddelavhengige. Kontrakten var en rammeavtale med halvannet års varighet.
- (2) I konkurransegrunnlaget var det angitt at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli valgt, basert på følgende kriterier:

”Pris

Kvalitet

Helheten i tiltaksapparatet med tanke på geografisk fordeling og en riktig differensiering, som i rimelig grad dekker den registrerte etterspørselen etter tjenester, jfr. tilbudsinnbydelsen, punkt 1.

Leveringssikkerhet

Tilgjengelighet”

- (3) I konkurransegrunnlagets vedlegg 2 ”kravspesifikasjon” fremgikk det under pkt. I ”Innledning” følgende:

” I denne kravspesifikasjonen er det lagt vekt på de behov som skal dekkes og hvordan den enkelte tilbyder tenker seg at dette skal skje. Det gis stor frihet med hensyn til utforming av tjenestene, og til hvordan leverandøren ønsker å organisere driften for å ivareta brukernes behov og kravene til kvalitet i tjenestene innenfor rammen av lovgivning, forskrifter og retningslinjer. Innenfor de rammene som er gitt i

tilbudsdokumentet står leverandøren fritt til å velge de metodene/løsningene han finner formålstjenlig”

- (4) I samme dokument pkt. 2.1 fremgår det at:

” I tillegg vil Helse Øst RHF vektlegge følgende hensyn:

Redusere kapasiteten noe på lavterskel akuttbehandling i Oslo.

.....

Helse Øst RHF vektlegger fortsatt variasjon i tilbudene der medikamentfrie tilbud også skal opprettholdes.

- (5) Stiftelsen P22 (heretter kalt klager) leverte inn tilbud innen tilbudsfristen den 30. august 2004.
- (6) Klager gjennomførte to forhandlingsmøter med innklagede. I henhold til møtereferat fra forhandlingsmøte den 11. oktober 2004 ble det stilt en rekke spørsmål til klager om tilbudets innhold, og det ble bedt om tilbakemelding fra klager på en del forhold i tillegg til kommentarer til utkast til avtaletekst. Av referat fra forhandlingsmøte den 3. november 2004 fremgår det at:

”vurderingen av P22 er å ikke inngå avtale”,

Det ble likevel på nytt bedt om en tilbakemelding på utkast til avtale.

Klager kom deretter med et endret tilbud med færre behandlingsplasser som totalt sett førte til et lavere pristilbud.

- (7) I anskaffelsesprotokoll vedlegg 5 fremgikk det følgende om bakgrunnen for at klager ikke ble tildelt kontrakt:

” Pris: Prisen vurderes som høy for et lavterskel akutt-tilbud med den beskrevne kvalitet.

Kvalitet: Kvaliteten vurderes som mangelfull ved at det legges opp til å bruke mange medarbeidere uten formell fagutdanning, og ved at mange av medarbeiderne går i deltidsstillinger. Tilbyder tilkjennegav gjennom forhandlingene liten forståelse for at tilbudet skulle fungere som en integrert del av øvrig spesialisthelsetjeneste.”

- (8) I brev av 17. november 2004 ble det navngitt 17 leverandører som var tildelt kontrakt. Klager var ikke blant disse.
- (9) På forespørsel ga innklagede en nærmere begrunnelse i brev av 23. november 2004. Innklagede skrev blant annet:

”Tilbudene er vurdert i forhold til de kriteriene som fremgår av konkurransegrunnlaget. Pris, kvalitet, helheten i tiltaksapparatet, tilgjengelighet og leveringssikkerhet.

Når det gjelder vurderingen av P22 i forhold til tilgjengelighet og leveringssikkerhet, vurderes P22 å være like gode som øvrige tilbydere.

Ved vurderingen av kvalitet er det lagt vekt på at tilbudet generelt gir behandling på et lavere omsorgsnivå enn det som Helse Øst RHF har vedtatt å satse på i sin strategiske plan for utvikling av behandlingstilbudet for rusmiddelavhengige.

Sett på denne bakgrunn fremstår også prisen som høy, også sett i forhold til øvrige, mer spesialiserte tilbud.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (11) Innklagede har brutt forskriftens § 17-2 ved ikke å ha evaluert tilbudene i samsvar med tildelingskriteriene, herunder kriteriet ”helheten i tiltaksapparatet”. I konkurransegrunnlaget ble det for det første signalisert at det skulle inngås avtaler med leverandører over et bredt spekter, også leverandører som tilbyr tjenester innenfor det såkalte behandlingsnivå 2 som omfatter avrusning/avgiftning. Likevel er ingen av tilbyderne i denne gruppen valgt.
- (12) Av konkurransegrunnlaget fremgår det videre at innklagede ser for seg å redusere kapasiteten noe på lavterskel akuttbehandling i Oslo. Innklagede bryter med sine egne forutsetninger når de ender opp med ikke å kjøpe en eneste plass innen ”lavterskel akuttbehandling” i Oslo. Klager har således blitt forledet til å delta i en konkurranse hvor man uansett ikke ville hatt mulighet til å få tildelt kontrakt. Innklagede har brukt anbudsprosessen til å bestemme seg for både hvilke behandlingskategorier man skulle foreta kjøp innenfor, og volumet innenfor den enkelte kategori.
- (13) Klager anfører videre at anbuksforespørselens beskrivelse av tjenesten som skal omfattes, er så generell at det i praksis er umulig å etterprøve avgjørelsen om tildeling av kontrakt, jfr. kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5.
- (14) Innklagede har videre tatt i betraktning forhold som ikke var omfattet av tildelingskriteriene, og det er foretatt uriktige vurderinger av tildelingskriteriene kvalitet og leveringssikkerhet.
- (15) Det er foretatt irrelevante sammenligninger mellom de ulike tjenestene. Innklagede må ha sammenlignet klagers tilbud med tjenester på et annet behandlingsnivå, siden det fremgår av begrunnelsen for tildeling at klagers tilbud var noe høyere prismessig enn de andre tilbudene, og klager var eneste tilbyder på behandlingsnivå 2. Det lar seg ikke gjøre å foreta en direkte sammenligning av døgnpriser for ulike behandlingsnivåer.
- (16) Verken pris eller kvalitet på ytelsen ble tatt opp under forhandlingene selv om for høy pris og lavere kvalitet var hovedbegrunnelsen for at klagers tilbud ikke nådde opp i konkurransen.
- (17) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i lovens § 5 ved ikke å føre referater fra forhandlingene.

- (18) Det anføres videre at det er i strid med forskriftens § 16-2 at protokoll ikke er ført gjennom anskaffelsesprosessen, slik at det er mulig å utlede hvordan de valgte tilbudene er evaluert.
- (19) Klagenemnda bes uttale seg om vilkårene for erstatning for den positive eller negative kontraktsinteressen er tilstede.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (21) Det var vanskelig å utforme en presis og detaljert kravspesifikasjon siden anskaffelsen gjelder et felt med mange ulike typer behandling på ulike nivåer. Innklagede visste heller ikke før konkurransen hvilke tilbud som ville komme.
- (22) Innklagede mener at oppsummeringen som ble gjort i e-post i etterkant av møtet, viser hva som ble tatt opp i forhandlingsmøtet, og hva som presiserte eller endret det opprinnelige tilbudet fra institusjonen. Dette fremgår av e-post fra innklagede til klager og svar fra klager etter 1. og 2. forhandlingsmøte. Av innklagedes egne notater fremgår det også at både pris og kvalitet var et tema på møtene.
- (23) Innklagede har ført protokoll over evalueringen av tilbudene. Denne viser klart hvordan tilbudene er vurdert. Det er en vurdering ut fra de tildelingskriterier som ble kunngjort, og som fremgår av konkurransegrunnlaget. Innklagede har ikke tatt i betraktning forhold som ikke var omfattet av tildelingskriteriene.
- (24) Det bestrides videre at det er foretatt irrelevante sammenligninger mellom ulike tjenester, slik klager anfører. Innklagede valgte ikke å kjøpe behandlingstilbud på nivå 2. Dette innebærer en reduksjon i det totale tilbudet innklagede har på nivå 2. Innklagede ønsket gjennom forhandlingene å få et inntrykk av tilbudene og institusjonene og vurdere kvaliteten på tilbudene. Det fremgår av evalueringen som er beskrevet i anskaffelsesprotokollen, at det også ble lagt vekt på helheten i tiltaksapparatet.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste, og følger som utgangspunkt reglene i forskriftens del I og III, jfr. forskriftens 3-1 (3). Oppdragsgiver hadde i denne saken mulighet for å foreta en direkte anskaffelse, jf. forskriftens § 11-2 (1) bokstav h, men har valgt å gjennomføre anskaffelsen etter forskriftens del I og III, samt "Tilbudsbestemmelser" i vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget. Klagen er rettidig.

Brudd på forskriftens § 17-2 og kravet til etterprøvnbarhet.

- (26) Problemstillingen er om innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å velge tilbud fra behandlingsnivå 2, såkalt lavterskel akuttbehandling.
- (27) Det er som utgangspunkt ikke tillatt å kunngjøre en konkurranse uten å ha intensjon om å inngå kontrakt for de anskaffelser som fremgår av konkurransen. Det ville være i strid med kravet til forutberegnelighet om tilbyderne ikke kunne vite om

oppdragsgiver kunngjorde for å inngå kontrakt, eller om kunngjøringen kun ble foretatt for å teste ut de ulike tilbudene i markedet. Det er klart at en ren testing av markedet er i strid med regleverket.

- (28) Innklagede har i konkurransegrunnlaget fremstilt anskaffelsens art og omfang ved vide formuleringer, men det fremgår at lavterskel akuttbehandling er en del av anskaffelsen ved at innklagede vil redusere kapasiteten noe på lavterskelbehandling. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at innklagede har bundet seg til å inngå kontrakt med en leverandør for denne tjenesten. Uttalelsen i konkurransegrunnlaget kan ikke forplikte innklagede dersom innklagede finner at tilbudene som er inngitt, ikke er tilfredsstillende, eller man ut fra en totalvurdering finner at tjenesten kan inngå som en del av en annen tjeneste.
- (29) Spørsmålet er dernest om innklagede har vurdert klagers tilbud ut fra tildelingskriteriet "*helheten i tiltaksapparatet*", som refererer seg til både geografisk fordeling og en differensiering av tjenester. Det fremgår av protokollen at innklagede har vurdert dette kriteriet, uten at det gis noen nærmere begrunnelse for resultatet av vurderingen. I tilsvaret hevder innklagede at flere institusjoner tilbød avrusning som en del av det helhetlige tilbudet, og at det i den forbindelse ble lagt vekt på helheten i behandlingstilbudet.
- (30) Klagenemnda finner det vanskelig å overprøve denne vurderingen, og legger til grunn at tildelingskriteriet er blitt vurdert i samsvar med lovens krav. Klagenemnda ser heller ikke grunn til å overprøve innklagedes vurdering av tildelingskriteriet kvalitet og leveringssikkerhet.
- (31) Spørsmålet er deretter om konkurransegrunnlagets beskrivelse av tjenesten som skal omfattes, er så generell at det i praksis er umulig å etterprøve utvelgelsen.
- (32) Innklagede har beskrevet behovet for tjenester og lagt noen føringer på hvordan tjenestene skal utføres i konkurransegrunnlaget, blant annet ut fra "*Strategisk plan for utvikling av behandlingstilbudene til rusmiddelavhengige i Helse Øst*", og gjennom ulike spørsmål til tilbyderne vedrørende innholdet av den tilbudte ytelsen.
- (33) Klagenemnda har kommet til at innklagede i denne anskaffelsen har gitt tilstrekkelige retningslinjer i konkurransegrunnlaget til at kravet til etterprøvbarhet og forutberegnelighet i lovens § 5 er ivaretatt.

Manglende forhandling

- (34) Spørsmålet er om innklagede har brutt regelverkets krav til likebehandling, ved å unnlate å gi klager anledning til forhandling om pris og kvalitet. I begrunnelsen for tildeling fremgår det at både pris og kvalitet på klagers tilbud er forhold som begrunner avslaget. Dette fremgår også av anskaffelsesprotokollen. Det er imidlertid ikke holdepunkter i møtetreferatene, korrespondansen i forkant eller i anskaffelsesprotokollen for at kvalitet eller pris har vært gjenstand for forhandlinger ved at klager har fått mulighet til å forbedre sitt tilbud.
- (35) Oppdragsgiver skal etter regelverket gjennomføre reelle forhandlinger med samtlige leverandører. I tidligere saker for klagenemnda, jf. blant annet sak 2003/171, er det

slått fast at oppdragsgiver må legge forholdene til rette for at de aktuelle leverandører kan revurdere sine tilbud på pris og annet. Det fremgår videre at:

”Bare gjennom reelle forhandlinger hvor tilbyderne innbyrdes gis like muligheter til å komme med reviderte tilbud, basert på oppdragsgivers klargjøringer av konkurransegrunnlaget, kan det grunnleggende kravet til likebehandling, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskriften § 3-1, ivaretas.”

- (36) Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag for å statuere en plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle de sider ved leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas sak 2003/105. I nærværende sak virker det imidlertid som om forhandlingsmøtene utelukkende er brukt til å avklare tilbudene med hensyn til omfang og innhold. Når klager faktisk ble invitert til forhandlinger, må dette tolkes som at innklagede mente at klager hadde en reell mulighet til å få kontrakten. Det følger av dette at innklagede dermed også skulle gi klager en mulighet til å forbedre tilbudet. Klagenemnda er av den oppfatning at klager i dette tilfellet hadde en berettiget forventning om en mulighet til å forbedre tilbudet på pris og kvalitet dersom innklagede ikke fant disse forholdene tilfredsstillende.
- (37) Klagenemnda har som følge av dette kommet til at innklagede ikke har gjennomført reelle forhandlinger, og dermed brutt forskriftens § 16-3 (3), jf. § 16-3 (4).

Sammenligning av priser

- (38) Innklagede har sammenlignet prisene på lavterskeltilbudet med andre, mer spesialiserte tilbud (andre institusjoner som tilbød avrusning som en del av det helhetlige behandlingstilbudet). Dette fremgår av begrunnelsesbrevet for tildeling av 23. november 2004.
- (39) Spørsmålet er om en slik sammenligning med andre tilbud innenfor andre tjenestegrener er saklig og forsvarlig. Oppdragsgiver skal vurdere alle de relevante behandlingstilbud ut fra konkurransegrunnlagets fem oppsatte tildelingskriterier. Deretter skal det foretas en sammenligning av klagers tilbud og de øvrige tilbud. En direkte prissammenligning mellom de ulike behandlingstilbudene sikrer ikke nødvendigvis at forskjellene mellom tilbudene blir korrekt fremstilt. Klagenemnda anser det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til dette slik saken ligger an.

Protokollføring og anførsel om manglende referater fra forhandlingsmøtene

- (40) Innklagede har fremlagt protokoll med vedlegg som viser hvordan anskaffelsesprosessen har vært gjennomført, og klagenemnda kan i den forbindelse ikke se at forskriftens § 15-1 er brutt.
- (41) Innklagede har også fremlagt referat fra begge forhandlingsmøtene. Referatene må som utgangspunkt være så utfyllende at det i ettertid er mulig å etterprøve at regelverkets bestemmelser er oppfylt. Det er imidlertid ikke krav om at referatene må være sendt over til klager like etter forhandlingene så lenge referatene blir tilgjengelig for klager i ettertid. Klagenemnda har, ut fra en konkret vurdering av referatenes innhold, kommet til at de tilfredsstillende lovens krav til etterprøvbarehet.

Erstatning

(42) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for positiv eller negativ kontraktsinteresse er til stede.

Konklusjon:

Helse Øst RHF har brutt forskriftens § 16-3 (4) ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager.

For klagenemnda,
26. juni 2006

Inger Marie Dons Jensen