



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse for helsetjenester som klager mente var omfattet av en eksisterende avtale. Klagenemnda kom til at konkurransen var kunngjort i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser, og at anførselen om at innklagede hadde en plikt til å varsle klager om konkurransen, var et rent privatrettslig spørsmål som klagenemnda ikke kunne ta standpunkt til.

Klagenemndas avgjørelse 15. august 2005 i sak 2005/176

Klager: Sentrum Røntgeninstitut AS

Innklaget: Helse Øst RHF

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

Saken gjelder: Kravet til konkurranse. Regelverkets virkeområde.

Bakgrunn:

- (1) Helse Øst RHF (heretter kalt innklagede) inngikk høsten 2003 en rammeavtale om kjøp av røntgentjenester med Sentrum Røntgeninstitut AS (heretter kalt klager). Avtalens varighet var fra 1. januar 2004 til 31. desember 2006. En tilsvarende avtale ble inngått med Cadio Diagnostikk AS (heretter kalt Cadio). Kontraktene ble inngått etter en forutgående konkurranse med forhandling.
- (2) Finansieringen av røntgentjenester følger i dag et tosporet system. Rikstrygdeverket betaler i alle tilfeller refusjon etter standardiserte satser for tjenester som leveres av private, forutsatt at firmaet har en avtale med et regionalt helseforetak. I tillegg betaler det regionale helseforetaket for de tjenestene foretaket bestiller iht. avtale, etter kontraktens vilkår og omfang. Tjenester som er dekket av en slik avtale, betales dermed både av det regionale helseforetaket, etter avtalens satser, og av Rikstrygdeverket, etter standardsatser. Firmaer som har en avtale med de regionale helseforetakene, er ikke forpliktet til å levere tjenester ut over det volumet som følger av avtalen. Dersom de likevel gjør dette, har de bare krav på refusjon fra Rikstrygdeverket.
- (3) I henhold til rammeavtalen mellom klager og innklagede består tjenesten i å yte røntgentjenester på vegne av innklagede etter henvisning fra primærleger, privatpraktiserende spesialister, poliklinikker, tannleger samt kiropraktorer og

fysioterapeuter. Kontrakten inneholder en klausul om endringer/justeringer én gang i året med hensyn til volum, prøvespekter og pris.

- (4) I henhold til avtalen om tjenestekjøp for 2004 var det satt et tak på kroner 23.700.000. For disse tjenestene betaler Rikstrygdeverket fastsatt godtgjørelse i tillegg til innklagedes godtgjørelse, mens tjenester ut over dette taket bare betales fra Rikstrygdeverket.
- (5) I henhold til partenes forklaringer har det lenge vært ventet at Stortinget ville endre budsjettfordelingen, slik at de regionale helseforetakene skal stå for en større del av betalingen for helsetjenester som kjøpes inn gjennom rammeavtaler. Som følge av uvissheten omkring finansiering sendte innklagede et brev til klager datert 11. november 2004, der det ble opplyst at:

"Helse Øst RHF finner ikke grunnlag for endringer i avtalene pr 01.01.05. Med bakgrunn i de forestående endringene, vil nye forhandlinger skje med virkning fra 01.05.05."

- (6) Den 16. februar 2005 sendte innklagede over en kjøpsavtale som var lik den som gjaldt for 2004. I oversendelsesbrevet opplyste innklagede følgende:

"Når det gjelder omlegging av finansieringen av den polikliniske laboratorie- og røntgenvirksomheten, skal nye takster gjelde fra 1. 9. 2005. Dette innebærer at nye priser i våre avtaler skal gjelde fra samme tidspunkt."

Brev om endringene vil komme så fort Helse Øst RHF har fått oversikt over konsekvensene for den enkelte avtale."

- (7) Den 12. april 2005 kunngjorde innklagede en åpen anbudskonkurranse for kjøp av radiologitjenester, dvs. røntgentjenester. Anslått volum var 168.000 radiologiregninger årlig, til en verdi av 31.000.000 kroner. I henhold til innklagedes forklaring ble ingen av de to eksisterende leverandørene gjort oppmerksom på at en del av det meruttaket av tjenester som tidligere var dekket av Rikstrygdeverket, ble satt ut som en egen konkurranse. Det er opplyst at klager ikke ble oppmerksom på utlysningen før etter at tilbudsfristen var utløpt, og at Capio og én annen leverandør deltok i konkurransen. Capio ble så tildelt kontrakten, da det viste seg at den andre leverandøren ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å kunne levere det aktuelle volum og i tillegg ikke hadde levert tilbud som dekket hele forespørselen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (9) Innklagede har foretatt en anskaffelse av tjenester som er dekket av en eksisterende avtale. Meruttaket av tjenester under rammeavtalen var en fast og etablert praksis som både de private aktørene og innklagede hadde akseptert og forutsatt under avtaleforhandlingene. Å gjennomføre en ny konkurranse for en del av meruttaket innebærer et kontraktsbrudd. Videre innebærer det et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Den plutselige og ikke varslede delingen av rammeavtalen innebærer et brudd på kravet om god forretningsskikk. Dersom Capio har fått andre

opplysninger om dette enn klager har, utgjør det en forskjellsbehandling av leverandørene.

- (10) Det fremgår av lov om offentlige anskaffelser § 5 at en anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse. Etter kunngjøringen våren 2005 ble hele kontrakten, med et volum på 168.000 radiologiregninger årlig over to år, tildelt én av helseregionens to store leverandører. Klager, som den andre sentrale aktør i regionen, har ikke vært omfattet av konkurranseutsettingen, verken ved forhandlinger under rammeavtalen eller ved deltakelse etter den nye utlysningen.
- (11) Da det viste seg at Capio var eneste aktuelle leverandør som deltok i konkurransen, var det ingen reell konkurranse om oppdraget.
- (12) Endelig er det feil i kunngjøringen. Når det ikke angis varighet for rammeavtalen, har leverandørene ikke grunnlag for å regne på om de ønsker å delta i konkurransen.
- (13) De feilene som er nevnt ovenfor, gir saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 17-1.

Innklagedes anførsler:

- (14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (15) Klager har en rammeavtale med innklagede for perioden 1. januar 2004 til 31. desember 2005 på et volum til en verdi av 23.700.000. Av kunngjøringen og konkurransegrunnlaget fremgår det at omfanget av tjenestene som legges ut på anbud, er 168.000 radiologiregninger på årsbasis med et økonomisk tak på 31.000.000 per år. Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at dette er et volum utenfor og i tillegg til de eksisterende avtalene, og det gjelder andre avtalevilkår for rammen.
- (16) Innklagede var pålagt å inngå avtale om kjøp av dette volumet, noe som var kjent i bransjen. Omleggingen av finansieringsordningen av laboratorie- og røntgentjenester har vært en offentlig prosess, der de private institusjonene har vært orientert.
- (17) Innklagede har ikke forskjellsbehandlet leverandørene, da ingen av dem ble varslet om kunngjøringen. Konkurransen er for øvrig gjennomført i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser. Innklagede kan ikke se at det faktisk at klager ikke har deltatt i konkurransen, medfører at kravet til konkurranse er brutt.
- (18) Når innklagede ikke har gjort noen feil, er det verken plikt eller anledning til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager anfører at regelverket for offentlige anskaffelser ble brutt, slik at klager ikke fikk deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse i forhold til dette spørsmålet, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder helsetjenester, som er klassifisert som uprioriterte tjenester, og er regulert av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf forskriftens § 2-1 (3).

- (20) I henhold til forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 1 er klagenemndas kompetanse begrenset til å behandle spørsmål om brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til om innklagede brøt kontrakten med klager ved å gjennomføre en egen konkurranse for de tjenester som klager har ytt ut over beløpstaket, dvs tjenester som klager ikke har vært forpliktet til å levere i henhold til kontrakten, og som bare har vært betalt av Rikstrygdeverket. Klagenemnda behandler heller ikke spørsmålet om innklagede brøt alminnelige regler om lojalitet og god forretningsskikk i kontraktsforhold ved at klager ikke ble opplyst særskilt om den nye konkurransen.
- (21) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede brøt kravet til konkurranse, jf lov om offentlige anskaffelser § 5, ved at klager ikke ble opplyst om at en del av meruttaket ble kunngjort som en egen konkurranse. Lovens generelle krav til konkurranse er i forskriften konkretisert som et krav til kunngjøring i Doffin-databasen. En slik kunngjøring gir alle potensielle leverandører lik mulighet til å delta i konkurransen. Klagenemnda kan ikke se at kravet til konkurranse medfører en plikt til varsling av potensielle leverandører ut over kunngjøringen. Kravet til konkurranse tilsier heller ikke at en anbudskonkurranse der det bare melder seg én aktuell leverandør, må avlyses.
- (22) Det kan riktignok hevdes at klager, på bakgrunn av den eksisterende avtalen, vanskelig kunne forvente at en slik konkurranse ville bli arrangert. I henhold til innklagedes forklaring var det imidlertid ingen forskjell på klager og andre potensielle leverandører på dette punkt.
- (23) Konkurransen er kunngjort som ”kjøp av radiologitjenester”, med CPV-kode 85000000, betegnet som ”helse og sosial tjenesteyting”, og tilleggskode 85140000, ”tjenesteytelser innen helsevesenet”, underkategori ”diverse helsetjenester”. Klagenemnda kan ikke se at den tjenesten som etterspørres, er feil beskrevet i kunngjøringen.
- (24) Forskriftens § 13-1 stiller ikke krav om at det angis varighet for løpende avtaler. Det er videre ikke obligatorisk å fylle ut feltet for ”kontraktens varighet” i kunngjøringsskjemaet, og skjemaet synes dermed å være fylt ut i samsvar med forskriftens krav på dette punkt. All den tid kontraktens varighet var angitt i avtalen, som var vedlagt konkurransegrunnlaget, oppfyller dette lovens krav til forutberegnelighet. Konkurransgrunnlaget kunne fås ved en henvendelse til innklagede.
- (25) Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede har begått noen brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, og spørsmålet om innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen på dette grunnlag, er dermed uaktuelt.

Konklusjon:

Helse Øst RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
15. august 2005

Kai Krüger