



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

I en konkurranse med forhandling for levering av laboratorietjenester var det stilt krav om at utførelsen skulle skje av leverandørenes egne ansatte. I det valgte tilbudet var det opplyst at leverandøren unntaksvis ville bruke underleverandører” på konsultativ basis”. Klagenemnda fant at dette ikke innebar et avvik fra konkurransegrunnlaget. Videre kunne ikke klagenemnda se at innklagede hadde gjort noen andre feil under evalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2005/265

Klager: Først Medisinske Laboratorium

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen

Saken gjelder: Underleverandører. Evaluering.

Bakgrunn:

- (1) Helse Vest RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. februar 2005 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av laboratorietjenester. Kontrakten var beskrevet som en rammeavtale for analyser av prøver innsendt fra leger/helseforetak for pasienter i Rogaland, Hordaland og Sogn og Fjordane. Kontrakten skulle ha en varighet på to år.
- (2) I kunngjøringen var det stilt følgende krav til tilbydernes tekniske kapasitet:

”Leverandøren skal ha en organisasjon som er kompetent til å utføre tjenesten. Leverandøren skal ha god gjennomføringsevne. Leverandøren skal ha gode og velfungerende kvalitetssikringssystem/internkontrollsystem for utføring av tjenesten.”
- (3) Det var videre stilt krav om forskjellig dokumentasjon på tilbydernes tekniske kvalifikasjoner.
- (4) I konkurransegrunnlaget var det under overskriften ”kontraktsbestemmelser” blant annet satt opp som eget kulepunkt at ”undersøkelser innenfor rammeavtalen skal skje av eget ansatt personell”.

- (5) Det var videre oppgitt at kontrakt skulle tildeles den leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ”basert på følgende”:

- *Pris*
- *Kapasitet og leveringssikkerhet*
 - *volum*
 - *utstyr (alder og mengde)*
- *Kvalitet og service*
Leverandøren skal beskrive hvordan tjenestene skal organiseres og gjennomføres.

Tildelingskriteriene er listet i uprioritert rekkefølge.”

- (6) Pris skulle oppgis som prosentsats av de refusjonssatser fra Rikstrygdeverket (RTV-sats) som gjaldt da konkurransen ble gjennomført. Det var oppgitt anslått volum for 2004 innen hver gruppe av laboratorieytelser.
- (7) To leverandører innga tilbud innen fagområdet medisinsk biokjemi: Først Medisinske Laboratorium AS (heretter kalt klager) og Capiro Diagnostikk AS (heretter kalt Capiro).
- (8) I Capios tilbud var det inntatt noen kommentarer til kontraktsvilkår. Blant annet het det at:
- ”Vi vil benytte eget ansatt personell til arbeidet med alle undersøkelser innenfor rammeavtalen. I spesielle tilfeller vil vi dog, for å sikre utvilsomt tilfredsstillende medisinsk kvalitet, unntaksvis bruke underleverandører på konsultativ basis.”*
- (9) Det ble gjennomført noen forhandlingsrunder med tilbyderne, og både klager og Capiro sendte inn sitt siste reviderte tilbud 30. august.
- (10) Klager oppga en pris på 88% av RTV-sats for alle analyser, mens Capiro hadde prissatt noen analyser til 80%, andre til 100% og atter andre til 190%.
- (11) Basert på anslått volum og fordeling fra 2004 la innklagede til grunn at de analysene Capiro hadde prissatt til 80%, utgjorde det vesentligste av det totale volumet, og at prisforskjellen var 7,7% i Capios favør. Capios tilbud ble gitt karakteren 10, mens klagers tilbud fikk karakteren 9. På kriteriet kapasitet og leveringssikkerhet fikk begge tilbudene karakteren 5, mens kriteriet kvalitet og service ble belønnet med karakteren 6 for begge vedkommende.
- (12) Ved evalueringen av kriteriet kvalitet og service hadde innklagede vurdert tilbyderens henteruter, tidsbruk ved laboratoriesvar, hvorvidt prøvesvar kunne overføres elektronisk, tilgjengelighet for telefonkonsultasjoner og informasjon, kundestøtte og kommunikasjon for øvrig overfor rekvirenten.
- (13) I brev av 1. september 2005 ble tilbyderne meddelt at Capiro var tildelt kontrakten for blant annet medisinsk biokjemi.

Anførsler:*Klagers anførsler:*

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (15) Innklagede har beregnet tilbyderens pris på det historiske prøvevolumet for 2004. Innklagede skulle imidlertid basert sin vurdering på det mest oppdaterte prøvevolum. Dette ville medført at prisforskjellen mellom de to tilbudene ville blitt mindre.
- (16) Også tildelingskriteriet kapasitet og leveringssikkerhet er vurdert feil. Det fremgår av Capios tilbud at Capio ikke vil oppfylle konkurransegrunnlagets krav til hvordan tjenesten skal utføres. Capio tar sikte på å la en andel av prøvene bli analysert i utlandet, og ikke av "egne ansatte". Om dette kravet er utformet med sikte på en annen problemstilling, eller om det eventuelt er i strid med EØS-forpliktelsene, endrer ikke det faktum at konkurransegrunnlaget setter et forbud mot at undersøkelser foretas av andre enn egne ansatte.
- (17) Når det gjelder tildelingskriteriet kvalitet og service, har innklagede utelukkende vurdert service, mens kvalitet er oversett. Klager har ikke forstått formuleringen "*leverandøren skal beskrive hvordan tjenesten skal organiseres og gjennomføres*" som et underkriterium.
- (18) Innklagede skulle lagt vekt på akkreditering, som er den overordnede og viktigste kvalitetsindikator for medisinsk biokjemisk laborativ virksomhet. Klager har akkreditering for langt flere analytter enn Capio. Videre er det ikke lagt vekt på medisinsk faglig kompetanse. I motsetning til Capio har klager fast ansatte leger som er tilgjengelige til enhver tid. Capio skulle dessuten hatt uttelling for å tilby praksisplasser. Etter klagers vurdering er satsning på utdanning og forskning relevant ved bedømmelsen av kvalitet.
- (19) Endelig skulle innklagede vektlagt datakompetanse og dataløsning. Dette er en naturlig del av tjenestens innhold. Innklagede har uriktig lagt til grunn at tilbyderne er likestilt mht. nettsider. Klagers nettsider er interaktive i egentlig forstand. Mens det på Capios nettside bare er et bilde av Capios rekvisisjonsskjema (som ikke kan skrives ut til anvendelse), tilbyr klager muligheten til å rekvirere og føre dialog via nettet. Det er en betydelig kvalitetforskjell mellom tilbyderne på dette punkt, og det må trekkes inn i vurderingen av tilbudenes kvalitet.
- (20) Innklagede kan ikke høres med at tildelingskriteriet kvalitet i realiteten skal være begrenset til en vurdering av hvordan tjenestene praktisk skal organiseres og gjennomføres. Tilbudenes kvalitet må vurderes i samsvar med en naturlig forståelse av ordet kvalitet.
- (21) Beslutningen om tildeling av kontrakt har dermed vært i strid med forskriftens § 17-2, og beslutningen må derfor annulleres, jf § 17-3 (3).

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (23) I konkurransegrunnlaget er det angitt volum basert på anslått aktivitet i 2004, beregnet på grunnlag av aktivitetstall for i de første ni måneder av året. Det følger av

praksis at en vurdering basert på historisk forbruk er i samsvar med regelverket. Innklagede mener at den prismodell som har vært benyttet, gir det beste og riktigste sammenligningsgrunnlaget. Prisforskjellen var 7,7% klagers ugunst, som resulterte i at Capios uttelling var ett poeng høyere enn klagers uttelling på dette punkt.

- (24) Konkurranses grunnlagets krav om at undersøkelser innefor rammeavtalen skal skje av eget ansatt personell, er et kontraktskrav som retter seg mot leverandørens utførelse av kontrakten. Dersom Capio skulle la andre enn egne ansatte utføre undersøkelsens som skal leveres i henhold til avtalen, ville det i utgangspunktet representere et mislighold. Innklagede har ikke grunnlag for å antas mislighold av en slik art at det skulle gi grunnlag for heving av kontrakt, og følgelig gir ikke nevnte forhold grunn til å la være å tildele kontrakt.
- (25) Denne bestemmelsen i konkurransegrunnlaget er inntatt i kjølvannet av diskusjonen som har funnet sted om bierverv, og har først og fremst vært benyttet i forbindelse med kjøp av sykehustjenester. Fra oppdragsgiversiden har hensikten vært å forhindre at sykehustjenester som etterspørres på grunn av sykehusenes manglende kapasitet, blir levert fra private foretak av helseforetakenes eget personell som utfører arbeidet som bierverv. Den foreliggende situasjon rammes derfor ikke av bestemmelsen.
- (26) Innklagede kan uansett ikke se at Capios tilbud innebærer at leveransen skal utføres av andre. Bestemmelsen er under ingen omstendighet ment å avskjære leverandøren fra tildele arbeidet til ansatte innen samme selskapsgruppe eller konsern dersom det skulle være behov for det. For øvrig ville det ikke være i overensstemmelse med EØS-forpliktelsene å tillegge det noen betydning at et slikt laboratorium ligger i en annen EØS-stat.
- (27) Når det gjelder tildelingskriteriet kvalitet og service, er det angitt i konkurransegrunnlaget hva som er vurderingstemaet, nemlig hvordan tjenesten skal organiseres og gjennomføres. Innklagede vil likevel knytte noen bemerkninger til de forhold klager mener skulle vært vurdert.
- (28) Akkreditering er et irrelevant forhold ved vurderingen av tilbudene. Akkreditering av analytter er en frivillig ordning som det må betales for. Det utelukkes ikke at dette kan være en indikator på kvalitet, men innklagede har ikke ansett det relevant under vurderingen av tildelingskriteriene. For øvrig er Capio akkreditert som prøvingslaboratorium.
- (29) Medisinsk faglig kompetanse har innklagede vurdert i forbindelse med kvalifiseringen av tilbyderne. Det er ikke oppgitt i konkurransegrunnlaget at dette også ville bli vurdert i tildelingsfasen, og innklagede har derfor ikke vektlagt slik kompetanse.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 kategori 25, og konkurransen følger derfor forskriftens del I og III, jf § 2-1 (3).

- (31) Klagenemnda behandler først spørsmålet om tilbydernes priser er beregnet riktig. Tilbyderne har prissatt sine tilbud forskjellig, og hva som blir endelig pris, beror derfor på fordelingen av de forskjellige analysene. For å gjøre prisene sammenlignbare må oppdragsgiver beregne prisen ut fra en forventet fordeling. I sak 2004/184 slo klagenemnda fast at når prisen avhenger av faktiske forhold som ikke er kjent ved kontraktstildelingen, må oppdragsgiver gjøre en forsvarlig vurdering av disse forholdene, se premissene 39-42.
- (32) Ved beregningen av pris har innklagede lagt til grunn anslått volum og fordeling for året 2004. Dette er i tråd med opplysningen i konkurransegrunnlaget om at *"omfanget av nye avtaler vil bygge på anslått aktivitet i 2004"*, og de oppgitte aktivitetstall. Klagenemnda kan ikke se at innklagedes valg av tallgrunnlag eller bruken av dette i klagers disfavør er i strid med regelverket. Klager har ikke vist at klagers egne beregninger fra første del av 2005 er bedre egnet som tallgrunnlag for kontraktstidsperioden enn de tallene innklagede la til grunn.
- (33) Klagenemnda behandler så klagers anførsel om at Capios tilbud ikke er i samsvar med konkurransegrunnlagets krav til hvordan tjenesten skal utføres. Det fremgår av Capios tilbud at deler av ytelsen vil bli utført av en underleverandør. Etter klagenemndas vurdering fremstår konkurransegrunnlagets forutsetning om at utførelse skal skje av *"eget personell"* i utgangspunktet som et krav til at tjenesten faktisk utføres av ansatte hos tilbyderne, i dette tilfellet Capio Diagnostikk AS. Oppdraget gjelder sensitive forhold ved pasientbehandling, og klagenemnda mener da at et slikt vilkår om særskilt kvalitetssikring og kontroll kan være saklig begrunnet i tjenestens art. Klagenemnda finner uansett at når Capio varsler at bruk av underleverandører vil skje unntaksvis og bare på konsultativ basis, innebærer dette ikke at oppdraget forutsettes utført i strid med konkurransegrunnlagets forutsetning.
- (34) Når det gjelder tildelingskriteriet kvalitet og service, fremgår det av evalueringsdokumentene og innklagedes forklaring at innklagede først og fremst har vurdert forhold som etter klagenemndas oppfatning naturlig hører under betegnelsen service, og som tilbyderne ble bedt om å belyse. Tilbydernes medisinskfaglige kompetanse er ikke vurdert. Så lenge konkurransegrunnlaget i tilknytning til tildelingskriteriene ba om å få oppgitt hvordan tjenestene skal organiseres og gjennomføres, men ikke ba om dokumentasjon på faglig kvalitet, kan ikke klagenemnda se at innklagedes vurdering har fremstått som uventet. Riktignok var det bedt om dokumentasjon på leverandørenes kompetanse i tilknytning til kvalifikasjonskravene, men klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget slik at hensikten med dokumentasjonen utelukkende var å belyse om kvalifikasjonskravene er oppfylt.
- (35) Derimot vurderte innklagede blant annet hvordan kommunikasjonen mellom leverandøren og innklagede skulle foregå. Klager anfører at deres tilbud la noe bedre til rette for elektronisk kommunikasjon enn hva Capios tilbud gjorde, og innklagede har ikke anført at dette er uriktig. Klagenemnda kan likevel ikke se at dette alene skulle medført at klagers tilbud skulle hatt bedre uttelling på kriteriet kvalitet og service.
- (36) Klagenemnda finner etter dette at evalueringen av tilbudene har vært i samsvar med § 17-2.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
24. oktober 2005

Inger Roll-Matthiesen