



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder åpen anbudskonkurranse vedrørende kjøp av kirurgiske tjenester til Helse Midt-Norge. I henhold til konkurransegrunnlaget skulle kontrakt tildeles på grunnlag av det tilbudet som hadde lavest kostnad for innklagede. Tilbudene skulle evalueres etter en oppgitt fordelingsnøkkel mellom pasienter som skulle underlegges henholdsvis dag- og døgnbehandling. Klagers tilbud var priset taktisk ved at det baserte seg på en annen forventet pasientfordeling enn hva innklagede hadde lagt til grunn i konkurransegrunnlaget. Enkelte av prisene ble av innklagede ansett som unormalt lave, og tilbudet ble avvist på dette grunnlag. Klagenemnda kom til at avvisningen var urettmessig, da innklagede ikke hadde godtgjort at de lave prisene utgjorde noen risiko for leverandørens gjennomføring av kontrakten.

Klagenemndas avgjørelse 30. mars 2005 i sak 2005/57

Klager: Medi 3 AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Inger Marie Dons Jensen og Per Christiansen

Saken gjelder: Avvisning av tilbud på grunn av unormalt lav pris.

Sakens bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 21.01.2005 en åpen anbudskonkurranse om kjøp av kirurgiske tjenester. Leverandørene kunne innngi tilbud på ett eller flere av følgende fagområder:
 - Ortopedi
 - Ikke-kosmetisk plastikkirurgi
 - Øre-nese-halskirurgi
 - Generell kirurgi
 - Ryggkirurgi
 - Øyekirurgi
- (2) Tildeling av kontrakt skulle i henhold til konkurransegrunnlaget skje på følgende måte:

*”Oppdragsgiver vil velge leverandør(er) utelukkende ut fra hvilke(t) tilbud som innebærer den **laveste** kostnaden knyttet til behandlingen for hvert av fagområdene og til dekning av pasientenes reise tur/retur bostedsområde og behandlingssted [...]*
- (3) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det nærmere hvordan leverandørene skulle prise tilbudene sine:

”Tilbudene skal, med unntak av øyekirurgi, omfatte både dagbehandling (dagkirurgi) og døgnbehandling (innleggelse). Dagkirurgi og innleggelse skal tilbys ved én og samme institusjon som innehar sykehusgodkjenningen [...]”

*Pristilbudene skal gis som **én felles pris i % av DRG** for alle de inngrepen/operasjonene som er ført opp som aktuelle innenfor hvert område. Det er med andre ord ikke anledning til å ta forbehold eller gi særskilte priser for enkelte typer inngrep innenfor fagområdet [...]”*

- (4) ”DRG” er en forkortelse for ”Diagnose Relatert Gruppe”, og for hver slik DRG fastsettes det en beregnet pris for den kirurgiske behandlingen. Gjennom ISF – innsatsstyrt finansiering – får helseforetakene 60% av satsen for DRG for hver behandling de utfører innenfor kategorien. De øvrige kostnader dekkes via rammebevilgninger. DRG-satsene er forskjellig for henholdsvis dag- og døgnbehandling.
- (5) Det fremkom av konkurransegrunnlaget at tilbudene skulle vurderes på følgende måte:
- ” I prissammenligningen vil de tilbudte prisene gis en DRG-vekt på 0,6 for dagkirurgi og 1,2 for innleggelse. Dette er gjennomsnittlig DRG-vekt for henholdsvis all dagkirurgi og alle innleggelser for pasienter fra Midt-Norge som ble behandlet hos de private sykehusene i 1. og 2. tertial i 2004. I tillegg vil de tilbudte prisene bli vektet med henholdsvis 85% (0,85) for dagkirurgi og 15% (0,15) for innleggelser for å relatere dette til pasientssammensetningen som behandles. På denne måten beregnes **behandlingskostnaden pr. pasient** ut fra de prisene som tilbys for dagkirurgi og innleggelse. I tillegg utgjør dette en sammenlignbar størrelse i forhold til kostnadene for hver pasientreise.”*
- (6) Konkurransegrunnlaget hadde i tillegg en egen beskrivelse av hvordan reisekostnadene i forbindelse med behandlingene skulle beregnes inn i den totale prisvurderingen.
- (7) Medi 3 AS (heretter kalt klager) var en av totalt 10 leverandører som innleverte tilbud i konkurransen. Klagers tilbud dekket alle etterspurte fagområder.
- (8) På enkelte områder skilte klagers tilbud seg prismessig fra gjennomsnittet av de øvrige tilbudene. Følgende prisinformasjon er fremlagt av innklagede:

Fagområde	Klagers tilbud (% av DRG-sats)	Gjennomsnitt øvrige tilbud (% av DRG-sats)
Ortopedi (døgnbehandling)	5%	58,4%
Plastikkirurgi (døgnbehandling)	5%	76,8%
Øre-nese-hals kirurgi (døgnbehandling)	5%	39,0%
Generell kirurgi (døgnbehandling)	5%	50,3%
Ryggekirurgi (dagbehandling)	5%	52,5%

- (9) Innklagede vurderte tilbudene fra klager for å være svært lave, og valgte derfor å spørre klager om de oppgitte prisene var korrekte og be om en forklaring til prissettingen. Klager ble i denne forbindelse varslet om at tilbudene kunne bli avvist på grunn av unormalt lave priser.
- (10) Klager bekreftet at prisene var korrekte. Som forklaring på de lave enkeltprisene opplyste klager at de opererte med andre anslag over fordelingen mellom dagkirurgi og innleggelse for de enkelte fagområder enn det innklagede selv hadde forutsatt i konkurransegrunnlaget. Videre forklarte klager at de lave prisene kunne gis som følge av vesentlig forbedrede betingelser overfor primærleverandørene.
- (11) Innklagede avviste klagers tilbud, med unntak av tilbudet på øyekirurgi. Begrunnelsen i avvisningsbrevet var at tilbudet inneholdt avvik fra konkurransegrunnlaget, med henvisning til forskrift om offentlige anskaffelser § 15-10 (1) c og § 15-6 (1).
- (12) Innklagede har gitt tilbyderne meddelelse om utfallet av konkurransen. I påvente av klagenemndas avgjørelse har imidlertid innklagede utsatt kontraktsinngåelse.

Klager har i det vesentligste anført:

- (13) Det foreligger ingen rettslige grunnlag for å avvise klagers tilbud.
- (14) Tilbudet er fullt ut i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget. Innklagede har i konkurransegrunnlaget lagt til grunn klare og relativt enkle parametere for anbudskonkurransen. Alle priser er oppgitt som forutsatt.
- (15) Vektingen på henholdsvis 85% og 15% i forholdet mellom dagbehandling og innleggelse er kun styrende for innklagedes prissammenligning ved tilbudsevalueringen. Vektingen/fordelingen har ingen betydning for hvordan det faktiske honoraret i kontrakten skal fordeles. At klager har lagt til grunn en annen forventning om den fremtidige fordelingen mellom dag- og døgnpasienter enn hva innklagede har gjort, innebærer ikke at tilbudet avviker fra konkurransegrunnlaget.
- (16) Tilbudet er priset taktisk, noe som etter norsk rett i utgangspunktet er tillatt. I den taktiske prisingen ligger det både risiko og potensiell fortjeneste for klager.
- (17) Avvisning på grunn av unormalt lave priser kan heller ikke føre frem. For det første ble denne anførselen først fremmet under saksbehandlingen for nemnda, og avvisningen har ikke skjedd på formriktig måte. For det andre lider avvisningsbeslutningen uansett av innholdsmessige feil. Innklagede kan ikke sees å ha etterprøvd innholdet i den forklaring som klager har gitt vedrørende prisene sine. Dette er i strid med forskriftens § 15-11.
- (18) Uansett er ikke vilkårene for å avvise på grunn av unormalt lave tilbud oppfylt i dette tilfellet. Grunnforutsetningen for avvisning av unormalt lave tilbud er at prisingen kan anses som en indikasjon på feilberegning fra leverandørens side, manglende gjennomføringsevne hos leverandøren, manglende kvalitet på produkt eller subsidier etc. Slike forhold foreligger ikke i dette tilfellet. Selv om man legger til grunn en fremtidig pasientfordeling på 85/15, har klager budsjettert med fortjeneste.

Innklagede har i det vesentligste anført:

- (19) Tilbudet må avvises på tre grunnlag.
- (20) Klager har, gjennom å inngi tilbud som inneholder avvik fra konkurransegrunnlaget, uten å opplyse om dette og spesifisere avviket, opptrådt i strid med forskriftens § 15-6, noe som medfører at tilbudet skal avvises, jf § 15-10 (1) bokstav c.
- (21) Klager har basert tilbudet sitt på andre forventninger om fordelingen mellom dag- og døgnpasienter enn innklagede forutsatte. Disse avvikende forventningene må anses som et kontraktsforbehold. Forbeholdet innebærer at klagers tilbud ikke blir sammenlignbart med de øvrige tilbud. Å anta tilbudet fra klager vil innebære en svært stor risiko for at tildelingen ikke skjer til den billigste leverandøren. Tilbudet skal i slike tilfeller avvises, jf § 15-10 (1) bokstav d.
- (22) Klager har oppgitt unormalt lave priser. For enkelte behandlinger vil prisene ikke gi dekning for klagers variable kostnader. Det anføres at man ved vurderingen av om prisene er unormalt lave, er berettiget til å vurdere prisene for henholdsvis dagbehandling og døgnbehandling separat, og at man følgelig ikke er forpliktet til å vurdere den samlede prisen for hvert fagområde under ett. Tilbudet kan avvises, jf § 15-10 (2) bokstav c.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5, og følger dermed forskriftens del I og III.
- (24) Spørsmålet i saken er om innklagede hadde adgang til avvise klagers tilbud fra konkurransen.
- (25) Det er ikke omstridt at klagers tilbud hva gjelder leveransenes innhold (kirurgiske tjenester) er i samsvar med de krav som er satt i konkurransegrunnlaget. Fordelingen på henholdsvis 85% og 15% på dag- og døgnbehandling er oppstilt for å kunne sammenligne tilbudenes totalpris. Fordelingen skal altså ikke fungere som en kontraktsmessig regulering av hvor mange pasienter som skal dag- eller døgnbehandles. Dette skal skje etter leverandørens egne medisinske vurderinger i hvert enkelt tilfelle.
- (26) Klagenemnda mener derfor at klagers tilbud verken inneholdt avvik fra konkurransegrunnlaget eller forbehold mot kontraktsvilkårene.
- (27) Det følger av forskriftens § 15-10 (2) bokstav c at oppdragsgiver kan avvise tilbud som virker unormalt lavt i forhold til ytelsen som tilbys.

I dette tilfellet går det uttrykkelig frem av konkurransegrunnlaget at *"Oppdragsgiver vil velge leverandør(er) utelukkende ut fra hvilke(t) tilbud som innebærer den laveste kostnaden knyttet til behandlingen for hvert av fagområdene og til dekning av pasientenes reise tur/retur bostedsområde og behandlingssted"*.

- (28) Det klare utgangspunktet er derfor at leverandørene er oppfordret til å konkurrere på pris, samt at lav pris er et konkurransefortrinn. Lav pris i seg selv kan således ikke være tilstrekkelig for å avvise tilbudet. Etter klagenemndas syn vil likevel et tilbud kunne avvises med grunnlag i § 15-10 (2) bokstav c dersom den lave prisen utgjør en risiko

ved gjennomføringen av leverandørens kontraktsforpliktelser, for eksempel ved at prisen indikerer dårlig kvalitet på tjenestene eller utgjør en fare for leverandørens økonomiske stilling, og som dermed kan påvirke leverandørens gjennomføringsevne.

- (29) Klagenemnda kan ikke se at innklagede har godtgjort at klagers *lave priser* utgjør en risiko ved kontraktsgjennomføringen. Som klager har anført, kan det, ut fra innklagedes begrunnelse av avvisningen, virke som om avvisningen skyldes at innklagede har en forventning om at klagers tilbud ut fra en totalvurdering av priser og forventninger om hvilke faktiske tjenester som vil bli ytt i realiteten ikke er det billigste. Beslutningen om å avvise tilbudet på grunn av unormalt lav pris fremstår dermed som ubegrunnet.
- (30) Avvisningen av klagers tilbud er urettmessig.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har brutt forskrift om offentlige anskaffelser ved å avvise tilbudet fra Medi 3 uten å ha dokumentert grunnlag for dette.

For klagenemnda,
30. mars 2005

Siri Teigum