



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende leveranse av dagkirurgi. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 21. mai 2007 i sak 2006/133

Klager: Idrettsklubben AS

Innklaget: Helse Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Per Christiansen, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Tildelingsevaluering.

Bakgrunn:

- (1) Helse Øst RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. juni 2006 i DOFFIN-databasen en åpen anbudskonkurranse vedrørende *"leveranse av dagkirurgi og inneliggende tjenester innenfor private sykehus"*.
- (2) Det fremgikk av kunngjøringen punkt II.1.6) at anskaffelsen omfattet åtte fagområder, blant disse ortopedi og karkirurgi. Det var anledning til å innlevere deltilbud, jf kunngjøringen punkt II.1.9).
- (3) Konkurranses grunnlaget datert 22. august 2006 inneholdt i punkt 6 *"Evaluering"* følgende tildelingskriterier:

"6.3 Tildelingskriterier

Tilbydere som tilfredsstiller kvalifikasjonskriteriene over vil få sine tilbud vurdert mot tildelingskriteriene som angitt i dette avsnitt. Kontraktstildeling vil skje til tilbyder med de(t) økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på evaluering av tilbudene mot tildelingskriteriene.

[...]

Tildelingskriteriene fremgår av tabellen nedenfor. Helse Øst RHF vil benytte en evalueringsmodell for evaluering av tilbudene. Tilbudene vil bli sammenstilt og evaluert per fagområde.

Tildelingskriterier	Vekt	Utfyllende kommentarer til- og detaljering av tildelingskriteriene, oppgitt i prioritets rekkefølge
Kvalitet	41 %	I vurdering av kvalitet vil følgende bli evaluert: • Kvalitetssikring • Registrering • Kompetanseheving, internopplæring og forskning • Erfaring innen aktuelle diagnoser • Bemanning, herunder faglig kompetanse og kapasitet

Pris	31 %	Vurdering og sammenstilling av priser for de tilbudte ytelser pr fagområde.
Leveringssikkerhet	17 %	I vurdering av leveringssikkerhet vil følgende bli vurdert: • Virksomhetens samlede kapasitet • Sykefravær og turnover
Tilgjengelighet	11 %	I vurdering av tilgjengelighet vil det bli lagt vekt på: • Åpningstider og beredskap • Normale ventetider • Oppfølging av pasienter

(4) Før tilbudsfristens utløp ble det i en særlig meddelelse innført et tredje underkriterium, "Fordeling av kapasitet", under tildelingskriteriet "Leveringssikkerhet".

(5) Det hitsettes fra konkurransegrunnlaget bilag 3 pkt. 2 "Prisbestemmelser":

"Alle priser skal oppgis i NOK eksklusive mva i henhold til følgende bestemmelser:

- Tilbyder skal gi pris pr prosedyre/operasjonskode innenfor hoveddiagnosegruppene.
- I tillegg skal det angis 40 % av gjeldende DRG-pris for hver prosedyre"

(6) I dokumentet "Spørsmål og svar" datert 22. august 2006 het det:

Nr.	Mottatt dato	Spørsmål	Svar
[...]			
5	8.8.06	[...]	Det skal gis priser på alle tilbudte enkeltprosedyrer innenfor de fagområder som omfattes av tilbudet. Ut fra dette, som beskrevet i kulepunkt 1, ser vi at kulepunkt 3 kan skape forvirring. Tilbyderne bes derfor se bort fra kulepunkt 3 og prise de tilbudte operasjonskoder pr diagnose individuelt som indikert i spørsmålet.
[...]			
10	10.8.06	Vedr. Priser – Bilag 3: i prisbestemmelser står det at "tilbyder skal gi pris pr. prosedyre/operasjonskode innenfor hoveddiagnosegruppene. Mener dere her at operasjoner som havner i samme DRG-gruppe skal prises likt? Eks. diagnoser innen DRG-gruppe 234 – skal ha samme pris?	Alle operasjonskoder pr diagnose skal prises separat. Se for øvrig svar på spm 5 over.
[...]			
14	15.08.06	Leverandører kan tilby ulike operasjonskoder med ulike enkeltpriser på enkeltdiagnoser. Hvordan vil eventuelle prisforskjeller som følg av dette hensyntas ved evalueringen?	Vi vet ikke på forhånd hvor mange operasjonskoder vi får tilbud på innen hver diagnosegruppe. Sammenligninger både når det gjelder kvalitet og pris vil bli foretatt iht de kriterier som fremkommer av konkurransegrunnlaget. Dog vil vi måtte legge et innkjøpsfaglig- så vel som et helsefaglig skjønn til grunn når det gjelder sammenstilling og evaluering av priser ut fra en mulighet at flere operasjonskoder kan tilbys for samme diagnose.
[...]			
17	15.08.06	Er Helse Øst oppmerksom på at ulike diagnoser/operasjonskoder krever ulik type personell med varierende kompetanse? Dette er særlig aktuelt i forhold til prising.	Helse Øst vil evaluere den beskrevne organisatoriske kapasitet ift de fagområder, diagnoser og operasjonskoder som omfattes av tilbudet. Videre vil dette nødvendigvis også reflekteres ved sammenstilling og vurdering av tilbudte priser.

(7) Idrettsklinikken AS (heretter kalt klager) innga 22. august 2006 tilbud på dagkirurgi ortopedi og dagkirurgi karkirurgi.

(8) I brev av 19. september 2006 meddelte innklagede at kontrakt for tjenesten dagkirurgi ortopedi ville bli tildelt Mjøskirurgene, Ringvoll klinikken og Aleris,

mens kontrakt for tjenesten dagkirurgi karkirurgi ville bli tildelt Mjøskirurgene. Følgende ble uttalt om klagers tilbud:

"... Deres tilbud (har) ikke vunnet frem. Sammenlignet med Deres tilbud er de vinnende tilbud i henhold til evalueringskriterier – kvalitet – evaluert som bedre. I tillegg kommer Deres tilbud på ortopedi ikke opp blant de rimeligste på pris, og for karkirurgi faller Deres tilbud dessverre ut som dyrest."

- (9) Det ble avholdt et møte mellom klager og innklagede 21. september 2006 på bakgrunn av at klager ønsket ytterligere innsyn i prosessen.
- (10) Klager klaget på tildelingsbeslutningen i brev av 26. september 2006 til innklagede. Klager fremmet krav om at det ble foretatt en ny evaluering, hvor den innbyrdes vekten av underkriteriene samsvarte med den prioriterte rekkefølgen i konkurransegrunnlaget.
- (11) I brev av 28. september 2006 til klager opplyste innklagede at feilene som ble påpekt av klager var rettet ved en ny innbyrdes vekting av 25. september 2006. Det hitsettes følgende fra brevet:

"2. Prioriteringen av underkriteriene under tildelingskriteriene

[...]

Som det vil ha fremgått er det altså nå foretatt en ny utregning (for alle tilbyderne i hele konkurransen), hvor det er gjort to endringer i beregningen. For det første har man gitt den riktige vektingen til kriteriene "Leveringssikkerhet" og "Tilgjengelighet" (dette er helt teknisk, og de riktige tallene mates bare direkte inn i programvaren), og for det andre har man anvendt underkriteriene i prioritert rekkefølge i samsvar med konkurransegrunnlaget. Dette innebærer at det er utøvet et innkjøpsfaglig skjønn over hvilken innbyrdes vekt underkriteriene skal gis, innen rammen av at de i konkurransegrunnlaget er oppgitt i prioritert rekkefølge. Fremgangsmåten skal belyses noe nærmere i det følgende.

Årsaken til at feilen oppsto var at underpunktene under tildelingskriteriene var tildelt en relativ vekt av arbeidsgruppen i forbindelse med ferdigstillelsen av konkurransegrunnlaget, men uten at denne vektingen ble reflektert i konkurransegrunnlaget.

[...]

Som det fremgår er den innbyrdes vektingen av underpunktene i begge tilfeller i strid med forutsetningen i konkurransegrunnlaget om at underpunktene er oppgitt i prioritert rekkefølge.

Kontraktstildelingen som ble varslet ved brev av 19. september 2006 er basert på denne prosentvise fordelingen. Som De påpeker representerer det et brudd på anskaffelsesforskriftens (FOA) § 17-2, som oppdragsgiver vil ha adgang til å rette etter FOA § 17-3. tredje ledd.

På denne bakgrunn har arbeidsgruppen for konkurransen, som foretok den opprinnelige vektingen, avholdt et nytt møte den 25. september 2006. I møtet ble det foretatt en ny innbyrdes vekting av underkriteriene, som ivaretar at de i konkurransegrunnlaget ble oppgitt i prioritert rekkefølge.

Ved vurderingen har arbeidsgruppen utelukkende vurdert hvordan de aktuelle underkriteriene riktigst kan vektlegges, for å gi de enkelte punkter den vekt de etter en medisinskfaglig og innkjøpsfaglig vurdering bør ha i forhold til hverandre, men under hensyn til begrensningen som ligger i kravet til forutberegnelighet ut fra at underkriterienes overordnede prioritet er gitt i konkurransegrunnlaget. Det er ikke sett hen til det opprinnelige utfallet av konkurransen ved evalueringen.

[...]

Etter at denne fordelingen var drøftet og vedtatt ble den nye innbyrdes vektingen av underkriteriene og den riktige prosentvise vektingen på to av tildelingskriteriene lagt inn i modellen, og poengsummene regnet ut på nytt. Som nevnt over ledet dette imidlertid bare til noen mindre bevegelser, og ikke til endring av sluttresultatene.”

3.2 Rangeringen

[...]

Evalueringsprosessen har vært gjennomført i to steg; hvorav steg 1 ble gjennomført før ferdigstillelsen av konkurransegrunnlaget og følgelig før tilbudsfristen. Dette gjelder fastleggelsen av evalueringsmodellen, herunder tildelingskriteriene som fremgår av konkurransegrunnlaget, samt evalueringsguiden. Det har utover de endringer som ble foretatt i møte den 25. september 2006 for å rette feilen beskrevet over, ikke vært foretatt endringer i evalueringsmodellen.

Evalueringsmodellen er fremkommet ved at kravene er gruppert i tildelingskriterier. På grunn av kravspesifikasjonens relativt beskjedne omgang ble, blant annet av hensynet til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, overskriftsstrukturen i Bilag 2, kap 3-5 lagt til grunn for organisering av tildelingskriteriene. Tildelingskriteriene ble altså i steg 1 gruppert i henhold til de fremsatte krav til ytelser.

Kriteriene på laveste nivå er dermed en operasjonalisering av kriteriene på nivå 1 i evalueringsmodellen; følgelig skal evaluering skje på dette nivået, og i henhold til omforent vekting av disse kriteriene.

Deretter er det utarbeidet en evalueringsguide, hvor det angis retningslinjer til deltakerne i evalueringsgruppen om hvilke momenter som skal legges til grunn for å rettferdiggjøre karakterene, hvor 5 er best og 1 er dårligst. Dette er gjort for å sikre objektivitet i vurderingen ved å redusere innslaget av personlig og subjektiv skjønnsutøvelse/vilkårlighet og dermed bidra til å sikre at en gitt karakter gis ut fra like og omforente fortsetninger. Dog vil man måtte foreta skjønnsmessige vurderinger ved den faktiske evalueringen, jf nedenfor, men dette er da også kjernen i det innkjøpsfaglige skjønn som regelverket nettopp forutsetter at blir utøvet.

Karakterene er gitt verdier fra 0 (karakter 1) til 1 (karakter 5) i evalueringsmodellen. Prinsippet i evalueringsmodellen bygger på relative forskjeller mellom en vinner og de øvrige i flere dimensjoner, med poeng fordelt relativt mellom 0 og 1 – dette gjelder både vekting samt den verdi hver enkeltkarakter har fått i tilsvarende intervall.

Endelig er de grupperte tildelingskriteriene vektet i evalueringsmodellen ut fra en "bottom up" tilnærming innenfor hvert område basert på parvis sammenstilling av kriterier på hvert nivå. Helt til slutt blir modellen gjenstand for en enkel simulering/test, der modellens robusthet testes. Her vurderes ut fra predefinerte case med gitte forutsetninger hvilke utslag som gis i modellen dersom karakter og vekting endres. Dersom små endringer ut fra forutsetningene gis signifikante utslag er dette et signal om at modellen kan være sårbar for skjønnsutøvelsen i evalueringen, og modellen bør følgelig gjennomgås og kanskje vektet på nytt. Testen av modellen i dette tilfellet indikerte robusthet i forhold til at det skulle relativt store utslag til før resultatene endret seg.

Steg 2 omfatter selve evalueringen, hvor det, slik det også ble redegjort for under møtet med Idrettsklinikken den 21. september 2006, først ble foretatt individuell evaluering basert på evalueringsguiden og de foreliggende tilbud. Deretter har evalueringsgruppen trådt sammen for en omforening av evalueringresultatet; dvs omforent karakter med kort kommentar/begrunnelse.

Til slutt er karakterene matet inn i evalueringsmodellen, og resultatet er således (etter en kvalitetssikring av at riktig informasjon er matet inn på riktig sted i modellen) blitt tatt til følge."

(12) Vedlagt brevet var evalueringsmatrisen for tjenesten ortopedi:

Nivå 1	Nivå 2	Kriterium	Guide	Skala
Ortopedi	Kvalitet	Kvalitetssikring	Vurder virksomhetens beskrivelse og implementering av kvalitetsrutiner. Vurder særlig ift relevans og transparens mot respektiv fagområde.	5: Utmerker seg ift konkurrentene med sitt fokus på – og implementering av konkrete og transparente kvalitetssikringsrutiner. 4: Meget god beskrivelse som ikke levner tvil om virksomhetens fokus på – og implementering av kvalitetssikringsrutiner. Ingen tvil om relevans for de aktuelle fagområder og transparens. 3: Beskriver kvalitetssikringsrutiner som er tilstrekkelig til å gi et tilfredsstillende bilde av virksomhetens fokus på kvalitetssikring. 2: Viser til kvalitetssikringsrutiner, tvil om relevans mot fagområdet, eller for dårlig beskrevet til å gi et fullgodt bilde av den reelle verdien av disse. 1: Ikke besvart, eller er ikke tilfredsstillende dokumentert fokus på kvalitetssikring.
	Registrering		Vurder beskrivelse av hvordan virksomheten ivaretar registrering og anvendelse av incidents.	5: Beskriver et "best of breed" regime for registrering og aktiv anvendelse og rapportering av incidents. 4: Dokumenterer et gjennomgående fokus på dette, anvender data løpende i virksomhetens kvalitetsarbeid. 3: Registrerer, rapporterer og anvender data – en konsis og tilfredsstillende beskrivelse. 2: Beskriver en viss registrering, men ingen planmessig oppfølging på bakgrunn av dataene. 1: Ingen beskrivelse eller ingen etablert praksis.

Leveringssikkerhet	Kompetanseutvikling og forskning	Det vurderes som positivt at det ved virksomheten utøves relevant forskning samt konkrete og oppfølgbare planer for individuell kompetanseheving.	5: Utstrakt forskning relatert til fagområdet og meget godt beskrevet kompetansehevingsstrategi. 4: En del forskning og et godt beskrevet individuell kompetansehevingsstrategi. 3: Driver forskning i begrenset omfang og har individuell kompetansehevingsstrategi. 2: Bedriver ikke forskning men har individuell kompetansestrategi. 1: Besvarer ikke kravet eller bedriver ikke forskning. Ingen dokumentert individuell kompetanseutviklingsstrategi.
		Basert på beskrivelse av tidligere operasjoner i 2005 og Q1 2006 skal virksomhetens erfaring med aktuelle operasjonstyper innenfor fagområdet vurderes. Det bør dokumenteres rik erfaring innen alle operasjonstyper som omfattes av fagområdet.	5: Utmerket beskrivelse av erfaring innenfor alle diagnoser. 4: Som 3, men med fordeling på flere operasjonskoder. 3: Dokumenterer erfaring innenfor alle diagnoser. 2: Oppgir begrensede erfaringstall innenfor en eller flere diagnoser. 1: Oppgir ikke erfaringstall.
		Vurder faglig ansvarlig innenfor hvert område samt øvrig medisinsk og administrativ stab både ift kompetanse og kapasitet. Se spesielt etter antallet fast tilknyttede spesialister.	5: Meget god bemanning innenfor alle funksjoner og roller, høy spesialistkompetanse relatert til fagområdet. 4: Som 3, men i tillegg meget god bemanning innenfor enkelte funksjoner og roller. 3: Tilfredsstillende bilde av faktisk bemanning som i all hovedsak er dekket ved fast tilknyttede spesialister og øvrig personell. 2: Oppgir bemanning, men med begrensninger/mangler og/eller utstrakt bruk av vikarbyråer som ikke sikrer kontinuitet og kvalitet. 1: Oppgir ikke bemanning som forespurt, eller er i klart underskudd på kvalifisert bemanning for sentrale roller.
	Samlet kapasitet	Det skal gis en kapasitetsbeskrivelse som skal gi et klart bilde av virksomhetens samlede kapasitet generelt og relatert til aktuelt fagområde spesielt.	5: God beskrivelse som ikke indikerer begrensninger i kapasitet innenfor fagområdet. 4: Som 3, men med tydeliggjort god kapasitet. 3: Beskriver sin kapasitet generelt og relatert til fagområdet spesielt. Antatt tilfredsstillende. 2: Beskriver en generell kapasitet, noen uklarheter som indikerer tvil som nødvendig kapasitet. 1: Ikke besvart.
		Virksomheten bør ikke ha høyere turn over og sykefravær enn normalt i bransjen. Viktig at det skilles mellom evt. nedbemanning og reell turn over.	5: Oppgir sykefravær og turn over som begge er betydelig under bransjegenomsnittet. 4: Oppgir sykefravær og/eller turn over som ligger under bransjegenomsnittet. 3: Oppgir sykefravær og turn over som er normalt i bransjen. 2: Høyere sykefravær og/eller turn over enn bransjestandard. 1: Ikke oppgitt sykefravær og/eller turn over, eller uakseptable dårlige verdier.
		Tilbyder skal kunne fordele kapasiteten jevnt gjennom året. Vurder beskrivelsen av hvordan dette ivaretas. Legg særlig vekt på dokumenterte og innarbeidede rutiner som sikrer ivaretagelse av dette.	5: Meget god beskrivelse som viser at dette er godt innarbeidet og vil bli etterlevd. Gir garanti. 4: Meget god beskrivelse, men gir ingen garantier. 3: Beskriver rutiner, og vil etterkomme dette. Noe tvil kan tolereres. 2: Vil forsøke å etterkomme dette, men ingen god beskrivelse av rutiner. 1: Ikke besvart, vil ikke forholde seg til dette.
	Tilgjengelighet	Vurder tidsmessig tilgjengelighet for behandling. Det bør telle positivt at det er supplerende åpningstider utover "vanlige" åpningstider. Vurder også om ferieavvikling medfører reduksjoner i behandlingsvinduet.	5: Som 4, men med utvidede åpningstider for dagkirurgi. 4: Kan tilby operasjoner alle virkedager hele året. 3: Kan tilby operasjoner alle virkedager hele året, men med begrenset kapasitet i ferie-/høytidsperioder. 2: Begrensede åpningstider og stengt i perioder. 1: Kravet ikke besvart.
		Vurder de beskrevne ventetider og evt forutsetninger for disse.	5: Gjennomgående ingen/svært korte ventetider 4: Korte ventetider for de fleste diagnoser 3: Akseptable ventetider for de fleste diagnoser. 2: Lange ventetider på enkelte diagnoser. 1: Ikke oppgitt ventetider eller mangelfulle lister.
		Kandidatene skal beskrive sine rutiner for oppfølging av pasienter, herunder hvordan oppfølging skal sikres i perioder med ferieavvikling og tilfeller der det kan er deltids tilknyttede kirurger.	5: Utmerker seg med sitt fokus på pasientoppfølging – utførende kirurg "alltid" tilgjengelig. 4: Beskriver en meget god oppfølging av pasienter, også i ferier. 3: Beskriver oppfølging generelt, dog ikke spesielt i ferier. 2: Tilbyr oppfølging kun i enkelttilfeller. 1: Ikke besvart eller ingen oppfølging av pasienter etter utskriving.

	Priser	Gjennomsnittlig priser per område.	Priser vurderes i utgikt som relativt avvik fra beste pris innenfor intervallet mellom laveste og høyeste pris. Dersom dette intervallet er inntil 25 %, gis karakter på bakgrunn av absolutt avvik, dog med samme skala. Det vil dessuten måtte utøves nødvendig medisinsk skjønn i evaluering av priser innenfor hvert område i den grad det er nødvendig.	5: Beste pris + 10 % 4: Beste pris + 11-20 % 3: Beste pris + 21-40 % 2: Beste pris + 41-70 % 1: Beste pris + 71-100 %
--	--------	------------------------------------	--	---

(13) I brev av 6. oktober 2006 anførte klager at gjennomført prisevaluering innebar et brudd på kravet til forutberegnelighet, samt andre innsigelser knyttet til håndteringen av evalueringsprosessen. Videre anførte klager i brev av 10. oktober 2006 til innklagede at konkurransen måtte avlyses i henhold til anskaffelsesregelverket. Innklagede tilbakeviste kravet i brev datert 10. oktober 2006.

(14) Klage ble inngitt til klagenemnda 12. oktober 2006.

(15) Innklagede foretok så en ny prisevaluering som førte til annullering av den opprinnelige tildelingsevalueringen og en ny tildelingsbeslutning. Det fremgikk følgende i tildelingsbrev av 30. oktober 2006:

"2. Ny tildeling

[...]

2.3 Dagkirurgi

Ortopedi: Den nye prisvurderingen ledet ikke til endringer som påvirket utfallet av evalueringen. Endringene i vekting av underkriterier ledet til enkelte endringer i plasseringen av de dårligste tilbyderne, men uten at det påvirket plasseringen av de tre beste.

Totalt sett endrer ikke dette tildelingen. Mjøs, Ringvoll og Aleris kommer relativt klart ut foran de øvrige tilbyderne, og tildeles henholdsvis 900 DRG, 700 DRG og 500 DRG.

[...]

Karkirurgi: Den nye prisvurderingen endret ikke på noen karakter, og tildelingen på 200 DRG til Mjøs opprettholdes derfor.

[...]

4. Prisvurderingen

[...]

4.2 Grunnleggende forutsetninger

Forut for konkurransen vurderte Helse Øst RHF hvorvidt det skulle oppstilles et krav om at leverandørene bare skulle gi tilbud på bestemte, nærmere angitte operasjonskoder innenfor hver enkelt diagnose og fagområde. En slik løsning ville imidlertid i realiteten begrenset leverandørenes mulighet for å tilby og å utføre et bredere spekter av operasjoner. Det ble derfor ganske raskt konstatert at dette ville være uheldig, også for pasientene, noe man fortsatt klart mener er tilfellet.

[...]

4.4 Fornyet vurdering

På denne bakgrunn har Helse Øst RHF foretatt en helt ny vurdering av prisene. Det man nå har gjort, er først – som tidligere – å trekke ut uaktuelle/feil operasjonskoder og koder med uriktig DRG-vekt/-gruppe. Deretter har man innenfor hver enkelt diagnose i utgangspunktet utelukkende sammenlignet gjennomgående, identiske operasjonskoder. Der det ikke finnes identiske operasjonskoder, men operasjonskoder som må anses som reelt sett fullt ut sammenlignbare (typisk for de er av samme kompleksitet, innen samme DRG-gruppe og med samme DRG-vekt), er dette blitt ansett sammenlignbart ut fra en medisinskfaglig vurdering.”

- (16) Klager stilte spørsmål ved den nye evalueringen i brev av 7. november 2006. Dette ble besvart av innklagede i brev av 7. november 2006:

”Som det fremgår av det nye tildelingsbrevet er det ikke foretatt noen rangering av det enkelte tilbud pr operasjonskode eller diagnose. Det er imidlertid hentet ut sammenlignbare priser fra hver diagnose, som det deretter er beregnet et gjennomsnitt av, slik at man har kartlagt hvilke tilbydere som har gitt den beste prisen pr fagområde, i samsvar med konkurransegrunnlaget pkt. 6.3, hvor det fremgår at pris skal vurderes ved en ”vurdering og sammenstilling av de tilbudte priser per fagområde”.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avlysning/erstatning

- (17) Klager anfører at konkurransen skulle ha blitt avlyst, jf forskriften § 17-1 (1), på grunnlag av at denne er gjennomført i strid med anskaffelsesregelverket, og at regelbruddene ikke lar seg rette innen regelverkets rammer. Regelbrudd som ikke lar seg rette innen regelverkets rammer må utgjøre en ”saklig grunn” for avlysning.
- (18) Konkurransen skulle ha vært avlyst fordi det dreier seg om endring av grunnleggende betingelser for konkurransegjennomføringen, ved at innklagede har endret vektingen av tildelingskriteriene, jf regelverkets grunnleggende prinsipper nedfelt i loven § 5. Klager viser til EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom). Konsekvensen av at det var angitt et ulovlig tildelingskriterium i denne saken var at konkurransen måtte avlyses og kunngjøres på nytt, jf premissene 89 til 95. Begrunnelsen var at kravene til likebehandling og gjennomsiktighet innebærer at oppdragsgiver måtte fastholde den samme fortolkningen av tildelingskriteriet under hele anskaffelsesprosessen. Det anføres at begrunnelsen for dette standpunkt er overførbart på dette faktum.

- (19) Under enhver omstendighet anføres at regelbruddene gir grunnlag for erstatningsansvar for negativ kontraktsinteresse.

Endret vekting

- (20) Innklagede har erkjent at den første evalueringen innebar et brudd på forskriften § 17-2. Derfor valgte innklagede en vekting som innklagede mente var forutsigbar på grunnlag av opplysninger gitt om prioritet i konkurransegrunnlaget, jf innklagedes brev av 28. september 2006. I utgangspunktet mente innklagede altså at den prosentvise vekten som man forholdt seg til ved utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget, og ved første evaluering, er den som er korrekt på grunnlag av en medisinskfaglig og innkjøpsfaglig vurdering. Det var denne vektingen innklagede mente var best egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Fordi en slik vekting ikke ville ha vært forutsigbart på grunn av feil opplysninger i konkurransegrunnlaget, gikk innklagede bort fra denne vektingen.
- (21) Å legge til grunn en annen vekting innebærer et brudd på loven § 5. Endringen er et brudd selv om den opprinnelige vektingen skulle vise seg å gi uheldige utslag. Leverandørene hadde utformet tilbudene annerledes dersom den vektingen man hadde bestemt seg for på forhånd var opplyst i konkurransegrunnlaget, og tilsvarende dersom man hadde vært kjent med den vektingen som innklagede la til grunn. Dersom man skulle stå fritt til å endre en evalueringsmodell etter at man kjente de nærmere tilbudenenes innhold, skjerpes mistanken om at endringen er motivert ut fra et ønske om å velge en bestemt leverandør. Konkurransen må avlyses og eventuelt kunngjøres på nytt dersom oppdragsgiver etter tilbudsfristens utløp vurderer det slik at tildelingen blir uforsvarlig eller at evalueringsmodellen ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (22) Subsidiært anføres at den konkrete vektingen i andre evalueringsrunde innebærer et brudd. Utgangspunktet er at tildelingskriteriene skal være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dette innebærer at vektingen av kriteriene, herunder underkriteriene, skal gjenspeile den økonomiske betydningen av det enkelte kriteriet. Dersom det er grunnlag for å si at kriteriene er lite vesentlige for gjennomføring av oppdraget, så vil det fremstå som uventet og usaklig dersom dette kriteriet gis høy prioritet/vekt. Samtidig erkjennes at oppdragsgiver står relativt fritt ved vurderingen av hva som har økonomisk betydning for aktuelle oppdrag. Vektingen fremstår som uventet/usaklig idet innklagede har uttalt at de vektingsprosjenter man i utgangspunktet forholdt seg til ble fastsatt etter en medisinskfaglig vurdering, underforstått at det var disse som var best egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Manglende opplysninger

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 5, jf forskriften § 3-1, og forskriften § 17-2 (2), ved ikke å opplyse tilbyderne om evalueringsmodellen.
- (24) Evalueringsmodellen i sin helhet forelå allerede på kunngjøringstidspunktet, jf brev av 28. september 2006. Underkriterienes innbyrdes prosentvise vekt var også fastlagt på kunngjøringstidspunktet, jf de vektprosjenter som ble lagt til grunn i evalueringsrunde nr. 1 og opplysningene i brevet fra innklagede av 28. september

2006. Dette var ikke opplyst i konkurransegrunnlaget. Leverandørene ble ikke gjort kjent med dette før etter evaluering av tilbudene.

- (25) Kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomskiktighet tilsier at når det er bestemt på forhånd hvilken karakterskala som vil bli benyttet, og hvilke retningslinjer som skal gjelde for karaktersettingen, så skal disse opplyses. Tilbudene kan da innrettes i forhold til dette, hvilket samtidig gir et best mulig grunnlag for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det kan da også etterprøves at man ikke har endret retningslinjene etter at man er kjent med tilbudenes innhold. I EF-domstolens dom C-470/99 (Universale-Bau) jf premiss 99, ble det konkludert med at dersom det er fastsatt regler for vektingen av kvalifikasjonskriteriene forut for kunngjøringen, så skal leverandørene opplyses om disse. Klagenemnda har lagt til grunn at denne plikten også må gjelde for tildelingskriteriene, jf eksempelvis sak 2003/3, 2003/38, 2003/110, 2003/236 og 2005/75.
- (26) Klager viser til Borgarting lagmannsretts dom av 4. juni 2003. Denne dommen gjaldt generelle retningslinjer som var ment å støtte oppdragsgiver ved kvalifikasjonsvurderingen. I denne saken dreier det seg om konkrete retningslinjer utarbeidet for akkurat denne konkurransen. De er styrende for evalueringen, ved at det både sies hvilke forhold som skal vektlegges, og helt konkret hvordan karakterene skal fastsettes.
- (27) Klager er uenig i at den rettslige konsekvensen vil være en vidtrekkende regel som innebærer en plikt til å fremlegge "*enhver dokumentasjon*" inneholdende retningslinjer for evaluering. Det er karakteren av retningslinjene i denne sak som tilsier at disse må vurderes på linje med opplysningene om vekting fastsatt på forhånd.

Vektingen av "Kvalitetssikring"

- (28) Det fremstår som uventet at "*Kvalitetssikring*" ikke har vært tillagt større vekt når dette erfaringsmessig alltid blir tillagt større vekt av denne oppdragsgiver. Det avgjørende må være hva bransjen synes er forutberegnelig basert på alminnelig erfaring ved lesning av konkurransegrunnlaget.

Kriterier av ulik prioritet er gitt samme vekt

- (29) Videre anføres at det innebærer et brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling, jf loven § 5 og forskriften § 17-2, at kriterier av ulik prioritet er gitt samme vekt. I denne saken er tre av underkriteriene vektet likt som et overordnet underkriterium, det vil si i forhold til et kriterium som i følge opplysningene i konkurransegrunnlaget skulle hatt større prioritet, jf "*i prioritets rekkefølge*". Dette gjelder "*Registrering*" som er gitt samme vekt som "*Kvalitetssikring*" (25 %), "*Erfering*", som er gitt samme vekt som "*Kompetanseutvikling*", og "*Forskning*" (17 %) og "*Oppfølging av pasienter*" som er gitt samme vekt som "*Ventetider*" (33 %).
- (30) Klager viser her til klagenemndas sak 2006/90, jf premissene (31) og (32). Klagenemnda konkluderte ikke med brudd på tross av feilen bestående i at man hadde gitt kriterier av ulik prioritet samme vekt, da leverandørene var kjent med vektingstabellen på forhånd. Det var da forutsigbart at kriterier av ulik prioritet ble tillagt samme vekt. I denne saken var ikke leverandørene kjent med vektingstabellen.

Da følger det av klagenemndas egen praksis at det å gi kriterier med ulik prioritet samme vekt er et brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling.

Prisevaluering

- (31) I konkurransegrunnlaget pkt 6.3 er det oppgitt at "*Pris*" ville bli evaluert på grunnlag av en "*Vurdering og sammenstilling av priser for de tilbudte ytelser per fagområde*". I konkurransegrunnlaget bilag 3 pkt 2 "*Prisbestemmelser*" er det opplyst at tilbyder skal gi "*pris per prosedyre/operasjonskode*" innenfor hoveddiagnosegruppene, og at det i tillegg skal angis 40 % av gjeldende DRG-priser for hver prosedyre. Det vises videre til "*Spørsmål og svar*" spørsmål 5, 10, 14, 15 og 17 og de svar som er gitt der.
- (32) Av evalueringsmatrisen under "*Guide*" fremgår at man skulle legge til grunn "*Gjennomsnittlige priser per område*". I møtet den 21. september 2006, jf også brevet fra innklagede av 28. september 2006, ble det opplyst at det ved den første prisevalueringen var lagt til grunn gjennomsnittsberegninger for prisene. Det var altså ikke blitt foretatt noen sammenligning av prisene "*sideveis*". Det fremgår videre av tildelingsbrevet av 30. oktober 2006, protokollen av 20. oktober 2006 og tilsvaret av 14. november 2006, at kjernen i innklagedes metodikk også i den andre evalueringen var gjennomsnittsbetraktninger, og at man i en viss grad har foretatt et selektivt utvalg av hvilke operasjonskoder som har vært medtatt i sammenligningsgrunnlaget.
- (33) Det er i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 å legge gjennomsnittet til grunn. Klager ville ha priset tilbudet annerledes dersom det hadde vært kjent at innklagede ville legge gjennomsnittsbetraktninger til grunn. Det er opplyst i tilsvaret av 14. november 2006 at man har hensyntatt operasjonspriser som ikke er direkte sammenlignbare med konkurrerende priser ved prisevalueringen. Det forhold at tilbudene i varierende grad nettopp inneholder priser som ikke er sammenlignbare med de konkurrerende priser viser med all tydelighet at konkurransegrunnlaget ikke har vært tilstrekkelig klart. Konkurransegrunnlaget skulle ha oppstilt klare og utvetydige prinsipper for selve prisingen av tjenesten, slik at det kunne gjennomføres en etterprøvbar sammenligning av tilbudene på priskriteriet. Argumentasjonen for at dette ikke ble gjort, er ikke saklig begrunnet.
- (34) I klagenemndas sak 2006/90 premiss (39) uttalte nemnda at "*Det kan ikke ses bort fra at tilbyderne ville priset varelinjene annerledes om de hadde visst at de fire siste ville bli unntatt fra evaluering*". Dette har generell relevans i forhold til om prisevalueringen er annerledes enn hva man kunne forutse på grunnlag av opplysningene i konkurransegrunnlaget. Vedrørende innklagedes henvisning til den senere kjennelse fra Øst-Finnmark tingrett av 18. oktober 2006, vises det til at det sentrale spørsmål her var "*om utfallet av konkurransen ville blitt annerledes dersom de fire siste varelinjene var medtatt i evalueringen, eventuelt om disse ikke hadde vært medtatt fra begynnelsen av*". Retten kom etter en konkret vurdering til et benektende svar. Herunder ble det vektlagt at vitner hadde forklart at de fire siste varelinjene ikke hadde betydning for prisingen av de 179 andre varelinjene. Det ble også påpekt at det av konkurransegrunnlaget fremgikk at det var anledning til å avgi tilbud som ikke dekket hele sortimentsbredden. I vår sak anføres at leverandørene hadde priset annerledes dersom de i forkant hadde vært kjent med at oppdragsgiver ville foreta slike gjennomsnittsbetraktninger som det i ettertid er redegjort for. Leverandørene var også forutsatt å prise samtlige diagnoser. Det vises også til EF-

domstolens sak C-331/04 premiss 32 og klagenemndas avgjørelse i sak 2004/184 premiss (37) og (38).

- (35) Evaluering basert på gjennomsnittsprisen er heller ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Man kan score høyt på gjennomsnittsprisen, men samtidig tilby høye priser på de operasjonskoder som innklagede kommer til å kjøpe mest av. Denne forskjellen mellom forutsetningene som legges til grunn for evalueringen og hvordan kontraktsavviklingen kommer til å skje, innebærer at evalueringen blir usaklig og ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Innklagedes anførsler:

Avlysning/endret vekting

- (36) Innklagede anfører at det verken foreligger rett eller plikt til å avlyse konkurransen i denne situasjonen. Klager har ikke oppgitt hva som skulle utgjøre en "*saklig grunn*" for avlysning, jf forskriften § 17-1 (1). Det skal mye til for at oppdragsgiver skal ha adgang til å avlyse en konkurranse. Leverandørene som har levert de beste tilbudene har en beskyttelsesverdig interesse i å få tildelt kontrakten. Den påberopte avgjørelsen fra EF-domstolen i sak C-448/07 (Wienstrom) viser at oppdragsgiver etter omstendighetene kan ha plikt til å avlyse konkurransen dersom konkurransegrunnlaget angir et ulovlig tildelingskriterium. I vår sak er det ikke tale om å endre eller sløyfe tildelingskriterier. De øvrige feilene er heller ikke av en slik karakter at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen.
- (37) Det har ikke skjedd noen endring av evalueringsmodellen. Innklagede har fulgt evalueringsmodellen fra konkurransegrunnlaget i den nye evaluering. Denne evalueringen er i samsvar med regelverket og egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det forhold at innklagede i interne dokumenter har gitt anvisning på enkelte andre retningslinjer for vektingen, ved å endre prioriteringen av underkriteriene noe, har ikke påvirket utfallet av konkurransen. Når den første evalueringen inneholder enkelte avvik fra konkurransegrunnlaget, er den korrekte løsningen etter regelverket å korrigere vektingen slik at den kommer i samsvar med oppdragsgivers opprinnelige forutsetninger fastsatt i konkurransegrunnlaget. Dersom regelverket var slik at oppdragsgiver ikke har anledning til å rette opp feil ved anvendelsen av tildelingskriteriene, ville dette ha gjort klageadgangen lite effektiv. En avlysning ville ha vært et åpenbart regelbrudd i forhold til leverandørene som har gitt de beste tilbudene basert på tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget.

Manglende opplysninger

- (38) Det er ikke grunnlag for å oppstille noen forpliktelse til utlevering av den fullstendige evalueringsmatrisen i konkurransegrunnlaget. Forpliktelsen til å gjøre rede for en evalueringsmodell retter seg kun mot tildelingskriteriene.
- (39) Det er i konkurransegrunnlaget pkt 6.3 inntatt en tabell som gir en oversikt over tildelingskriterier med vekting og underkriterier, etterfulgt av enkelte presiseringer. Denne redegjørelsen er fullt ut tilstrekkelig i forhold til regelverkets krav.
- (40) For uprioriterte tjenester og kjøp under EØS-terskelverdiene vil det under den nye anskaffelsesforskriften av 7. april 2006 være tilstrekkelig å opplyse om "*hvordan konkurransen skal gjennomføres, herunder kriterier for tildeling av kontrakt*".

Prinsippene fra retts- og nemndspraksis er kodifisert i den nye forskriften. Når man i forskriften bevisst har valgt ikke å kodifisere praksis innenfor uprioriterte tjenester, er det tvilsomt om retts- og nemndspraksis nevnt ovenfor er relevant i denne saken.

- (41) Klager har videre sitert en dom fra Borgarting lagmannsrett. Retten fastslo at oppdragsgiver ikke hadde plikt til å kommunisere et rundskriv selv om dette inneholdt viktige retningslinjer for evalueringen. Tilsvarende hadde ikke innklagede plikt til å kommunisere evalueringsguiden som inneholdt nærmere retningslinjer for evalueringen i denne sak.
- (42) Dersom klagers anførsel hadde vært korrekt, ville dette ha medført at oppdragsgivere ville være pålagt å fremlegge enhver dokumentasjon som inneholder retningslinjer for en evaluering. En slik regel har ikke hjemmel i nåværende regelverk.

Vektingen av "Kvalitetssikring"

- (43) Kriteriet "Kvalitetssikring" er det kriteriet som sammen med "Registrering" er tillagt størst vekt, med 25 % hver. Dette er ikke uventet ut fra konkurransegrunnlaget. Det er ikke sagt noe om at "Kvalitetssikring" skal gis klart større vekt enn de øvrige underkriteriene.

Kriterier av ulik prioritet er gitt samme vekt

- (44) Vektingen er i samsvar med lovens prinsipper, og fremstår ikke som uventet for tilbyderne. Det er fastsatt en liste over fem underkriterier oppgitt i prioritert rekkefølge. En angivelse av en prioritering eliminerer ikke skjønn og handlefrihet. Å gi to påfølgende kriterier samme vekt, er innenfor de muligheter en slik prioriteringsliste gir.
- (45) I klagenemndas sak 2006/90 sa nemnda ikke noe om hvorvidt det å gi kriterier av ulik prioritet samme vekt, kan være problematisk. Innklagede bemerker at avgjørelsen i er satt til side av Øst-Finnmark tingrett i en kjennelse av 18. oktober 2006.

Prisevaluering

- (46) Den nye prisevalueringen var i samsvar med kravet til forutberegnelighet på grunnlag av opplysningene i konkurransegrunnlaget. Evalueringsmetoden var også egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (47) For å sammenligne de ulike tilbudene har det vært utregnet en gjennomsnittspris for hver leverandør for hvert enkelt fagområde. Spørsmålet ble hvordan man skulle komme frem til en gjennomsnittspris når ett fagområde inneholder flere diagnoser, og hvordan gjennomsnittsprisene for de ulike diagnosene skal vektas i forhold til hverandre. Tilgjengelig statistikk var mangelfull, og forskjellige sykehus har ulik fordeling. På denne bakgrunn ble det ikke foretatt noen vekting mellom diagnoser. Av samme grunn er det heller ikke foretatt vekting mellom operasjonskoder innenfor hver diagnose. Dette er i samsvar med konkurransegrunnlaget, der det ikke er oppgitt noen vekting på disse nivåene.
- (48) Spørsmålet ble deretter hvordan gjennomsnittsprisen innenfor den enkelte diagnose skulle utregnes. Ved den opprinnelige evalueringen og den påfølgende tildelingen i brev av 19. september 2006, ble det utregnet et flatt gjennomsnitt for alle prisene

som var angitt av den enkelte tilbyder, basert på korrekte operasjonskoder i forhold til de forespurte diagnosene. Tilbyderne hadde imidlertid til en viss grad tilbudt priser på forskjellige operasjonskoder med til dels ulik kompleksitet og på et forskjellig antall operasjonskoder innenfor hver faggruppe. Dette kunne tenkes å slå vilkårlig ut, for eksempel i forhold til en leverandør som hadde tilbudt mange dyre eller billige operasjoner.

(49) Ved den nye prissammenligningen har man skilt mellom på den ene siden situasjoner der leverandøren kun har tilbudt direkte sammenlignbare priser, og på den annen side situasjoner der leverandøren også har tilbudt operasjoner med priser som ikke er direkte sammenlignbare. Ved direkte sammenlignbare priser innenfor den aktuelle diagnosen, har gjennomsnittsprisen for disse operasjonene blitt lagt til grunn i sammenstillingen for det aktuelle fagområdet. Ved operasjoner som ikke er direkte sammenlignbare med hva som ble tilbudt av konkurrentene, er det foretatt initielle gjennomsnittsberegninger av de prisene og operasjonene som er direkte sammenlignbare. I tillegg er det foretatt en vurdering av hvorvidt andre tilbudte operasjoner, som ikke er direkte sammenlignbare med de øvrige, er egnet til å påvirke gjennomsnittsprisen for de prisene som utgjør sammenligningsgrunnlaget. På denne måten har også operasjonspriser som ikke er direkte sammenlignbare med konkurrentenes priser, blitt medtatt i prisevalueringen. I forhold til prisvurderingen er avgjørelsen i klagenemndas sak 2006/90 satt til side av Øst-Finnmark tingrett i en kjennelse av 18. oktober 2006.

(50) Tildelingen innenfor områdene klagen gjelder, ble ikke påvirket av den nye prisvurderingen.

Klagenemndas vurdering:

(51) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. I henhold til konkurransegrunnlaget følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og III, og klagenemnda legger dette til grunn i sin vurdering.

Endret vekting/kriterier av ulik prioritet er gitt samme vekt

(52) Klager anfører at innklagedes endring av vektingen av underkriteriene fra den første til den andre evalueringen innebærer et brudd på de grunnleggende prinsipper i loven § 5. Klager anfører at når innklagede først hadde bestemt seg for og gjennomført en vekting av tildelingskriteriene, var det i strid med loven § 5 å endre denne, selv om denne var i strid med den vekting som fremgikk av konkurransegrunnlaget.

(53) Ved innklagedes første evaluering ble enkelte tildelingskriteriene ikke gitt en vekt som svarte til forutsetningen i konkurransegrunnlaget om en prioritert rekkefølge mellom kriteriene. For eksempel ble det underkriterium som var prioritert høyest under "Kvalitet" gitt en vekt på under halvparten av det underkriterium som var prioritert på andreplass. Etter at dette ble klart foretok innklagede en ny evaluering med sikte på å rette de feil som forelå ved vektingen. Klagenemnda er enig i at det var adgang til å rette denne feilen etter forskriften § 17-3 (3), jf § 17-2, slik innklagede gjør rede for i brev av 28. september 2006. Endringen av vektingen var således ikke i strid med de grunnleggende krav i loven § 5.

- (54) Klager har også anført at det innebærer et brudd på kravet til forutberegnelighet og likebehandling, jf loven § 5 og forskriften § 17-2, at kriterier av ulik prioritet er gitt samme vekt. Det fremgår av innklagedes tilsvarende svar at ulike underkriterier ble gitt lik vekt ved den nye evalueringen. En prioritering av tildelingskriteriene innebærer imidlertid at rekkefølgen av tildelingskriteriene angis i forhold til hvordan de vil bli vektlagt. I sak 2006/90 uttalte klagenemnda blant annet følgende i premiss (32): *"Når innklagede i den aktuelle konkurransen har gitt et kriterium med lavere prioritet større vekt enn et kriterium med høyere prioritet, og gitt kriterier av ulik prioritet samme vekt, fremtrer dette som logisk uforenlig. Dette er uheldig."*
- (55) Kravet til forutberegnelighet i loven § 5 innebærer at leverandørene skal ha kjennskap til hvilke egenskaper ved tilbudet oppdragsgiver vil legge størst vekt på. Når innklagede i konkurransegrunnlaget har valgt å angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge, vil det kunne være i strid med kravet til forutberegnelighet om kriterier med ulik prioritet gis samme vekt ved evalueringen. Klagenemnda finner imidlertid ikke holdepunkt for å anta at denne svakhet ved den vekting som innklagede benyttet ved annen gangs evaluering, i dette tilfelle kan ha hatt noen betydning for utformningen av tilbudene. Forholdet anses derfor ikke som et brudd på regelverket.

Avlysning

- (56) Klager anfører at konkurransen skulle ha blitt avlyst på grunn av de feil som ble gjort ved gjennomføringen av anbudskonkurransen, jf forskriften § 17-1 (1). Spørsmålet blir om dette kan utgjøre *"saklig grunn"* for å avlyse konkurransen i henhold til forskriften § 17-1 (1). I og med at klagenemnda som nevnt ikke har funnet holdepunkt for å anta at feilen kan ha innvirket på utformningen av tilbudene, og for så vidt heller ikke på resultatet av tildelingen, kunne feilen ikke ses som en saklig grunn til å avlyse konkurransen etter forskriften § 17-1. Konkurransen kunne derfor ikke ha vært avlyst på dette grunnlag.

Det økonomisk mest fordelaktige tilbud

- (57) Klager har subsidiært anført at den konkrete vekting i den andre evaluering innebærer et brudd på regelverket ved at denne ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.
- (58) Innklagede har et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn ved fastsettelse av tildelingskriteriene og vekten av disse. Innklagede har i brevet av 28. september 2006 forklart at innklagede ved den andre evalueringen *"utelukkende har vurdert hvordan de aktuelle underkriteriene riktigst kan vektlegges for å gi de enkelte punkter den vekt de etter en medisinskfaglig og innkjøpsfaglig vurdering bør ha i forhold til hverandre, men under hensyn til begrensningen som ligger i kravet til forutberegnelighet ut fra at underkriterienes overordnede prioritet er gitt i konkurransegrunnlaget."* Klagenemnda kan ikke overprøve innklagedes vurderinger på dette punkt, og kan heller ikke på grunnlag av klagers anførsel se at innklagedes fastsettelse av vektingen har vært usaklig, vilkårlig eller uventet for tilbyderne.

Manglende opplysninger

- (59) Klager har anført at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 5, jf forskriften § 3-1, og

forskriften § 17-2 (2), ved ikke å fremlegge evalueringsmatrisen i konkurransegrunnlaget.

- (60) Etter forskriften § 17-2 (2) ”skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis i enten i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen.” Oppdragsgiver skal videre, der det forut for kunngjøringen er fastsatt regler for vektingen av kvalifikasjonskriteriene, opplyse leverandørene om disse reglene, jf. EF-domstolens dom C-470/99 (Universale-Bau), premiss 99:

”Det følger heraf, at en fortolkning, hvorefter den ordregivende myndighed i tilfælde, hvor den i forbindelse med et begrænset udbud forud for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen har fastsat reglerne for afvejning af de udvælgelseskriterier, den påtænker at benytte, er forpligtet til på forhånd at oplyse ansøgerne om disse regler, er den eneste fortolkning, som er i overensstemmelse med formålet med direktiv 93/37, således som det er præciseret i denne doms præmis 89-92, eftersom den er den eneste, der kan sikre en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed og dermed, at princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne i forbindelse med de udbudsprocedurer, for hvilke direktivet finder anvendelse, overholdes.”

- (61) Klagenemnda har i sin tidligere praksis lagt til grunn at denne plikten også må gjelde når innklagede på forhånd har foretatt en prioritering av tildelingskriteriene, jf blant annet sak 2003/3 og 2003/38.
- (62) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget pkt. 6.3 hvilke tildelingskriterier som ville bli lagt til grunn ved evalueringen av tilbudene, vektingen av disse og at de var oppgitt i prioritetsrekkefølge. Videre var det angitt ”utfyllende kommentarer til- og detaljering av tildelingskriteriene, oppgitt i prioritetsrekkefølge”. Herunder fulgte de underkriterier som ville bli vurdert under de enkelte tildelingskriterier. Evalueringsmatrisen inneholdt retningslinjer til deltakerne i en evalueringsgruppe om hvilke momenter som skulle legges til grunn for å rettferdiggjøre karakterene ved vektingen av underkriteriene, jf innklagedes brev av 28. september 2006. Det er klart at denne evalueringsmatrisen ikke ble fremlagt tilbyderne innen tilbudsfristens utløp, eller at opplysningene i denne på annen måte fremgikk av konkurransegrunnlaget.
- (63) Klagenemnda kan ikke se at det er grunnlag i regelverket for å kreve at også evalueringsmatrisen måtte fremlegges for tilbyderne på forhånd når prioriteringen av tildelingskriteriene ellers fremgikk klart av konkurransegrunnlaget. Matrisen har karakter av å være en veileder til den skjønnsmessige vurderingen av de ulike tildelingskriteriene. Nemnda kan ikke se at kjennskap til denne matrisen ville ha påvirket tilbydernes utforming av tilbudene. Klagenemnda finner derfor at opplysningene fremlagt i konkurransegrunnlaget var tilstrekkelige for å ivareta kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 5, jf forskriften § 3-1.

Vektingen av ”Kvalitetssikring”

- (64) Klager har anført at vektingen av underkriteriet ”Kvalitetssikring” under kriteriet ”Kvalitet” er uventet i henhold til vekten som er oppgitt i konkurransegrunnlaget, og den vekt som erfaringsmessig blir tillagt dette kriteriet.

- (65) Klagenemnda kan på grunnlag av evalueringsmatrisen ikke se at underkriteriet *"Kvalitetssikring"* er gitt uventet lav vekt på grunnlag av det som var meddelt tilbyderne før tilbudsfristens utløp. Klager har heller ikke dokumentert det erfaringsmessige grunnlag for at kriteriet skal tillegges større vekt. Nemnda kan derfor ikke ta klagers anførsel til følge.

Prisevaluering

- (66) Klager har anført at den opprinnelige og den fornyede evaluering basert på gjennomsnittsbetraktninger er i strid med kravet til forutberegnelighet, og ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Klagenemnda forstår klagers anførsel dit hen at klagen på dette punkt gjelder tildeling av kontrakt på tjenesten ortopedi.
- (67) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget pkt 6.3 at *"Pris"* ville bli evaluert på grunnlag av en *"Vurdering og sammenstilling av priser for de tilbudte ytelser per fagområde"*. I konkurransegrunnlaget bilag 3 pkt 2 *"Prisbestemmelser"* er det opplyst at tilbyder skal gi *"pris per prosedyre/operasjonskode"*.
- (68) Innklagede opplyste i tilsvaret av 14. november 2006 at det ved den opprinnelige vurderingen ble utregnet et flatt gjennomsnitt for alle prisene, basert på korrekte operasjonskoder i forhold til de forespurte diagnosene. Innklagede har i brev av 30. oktober 2006, brev av 7. november 2006 og tilsvaret forklart hvordan priskriteriet ble evaluert ved den fornyede vurderingen. Det fremgår herav at i stedet for å evaluere tilbudene på grunnlag av pris gitt på bestemte, nærmere angitte operasjonskoder innenfor hver enkel diagnose og fagområde, har innklagede beregnet en snittpris innenfor den enkelte diagnose, men bare på bakgrunn av direkte sammenlignbare priser hos de forskjellige tilbyderne, som deretter er lagt til grunn i en gjennomsnittsberegning innenfor hvert fagområde. Klagenemnda kan ikke se at en slik fremgangsmåte står i motstrid til det opplyst i konkurransegrunnlaget.
- (69) Det fremgikk videre av *"Spørsmål og svar"* datert 22. august 2006 at *"Dog vil vi måtte legge et innkjøpsfaglig- så vel som et helsefaglig skjønn til grunn når det gjelder sammenstilling og evaluering av priser ut fra en mulighet at flere operasjonskoder kan tilbys for samme diagnose."* Dette tyder på at innklagede tok forbehold om hvilken fremgangsmåte som skulle benyttes for å vurdere og sammenstille prisene for de tilbudte ytelsene per fagområde.
- (70) Klagenemnda kan på basis av dette ikke se at evalueringsmetoden er uventet for tilbyderne på grunnlag av det som er blitt lagt til grunn i anbudsdokumentene.
- (71) Klagenemnda har heller ikke grunnlag i sakens dokumenter for å konstatere at evaluering basert på gjennomsnittsprisen ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Innklagede har forklart i tilsvaret av 14. november 2006 at tilgjengelig statistikk for priser på de ulike diagnosene var mangelfull, og at ulike sykehus praktiserte ulik fordeling mellom diagnoser. Klagenemnda finner å legge innklagedes forklaring til grunn. Innenfor rammen av tildelingskriteriene kan oppdragsgiver utøve skjønn, og klagenemnda kan ikke se at innklagedes skjønnsutøvelse på dette punkt har vært usaklig eller uforsvarlig, eller basert på uriktig faktum.

Erstatning

(72) Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12.

Konklusjon:

Helse Øst RHF har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda

21. mai 2007

Per Christiansen
Per Christiansen