



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Helse Vest RHF gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende tildeling av kirurgiske tjenester. Etter tildeling var gjennomført, og leverandørene var blitt informert om konkurrentenes tilbudspriser pr prosedyre, avlyste Helse Vest konkurransen som følge av uklarhet om hvordan tildeling skulle skje. Kort tid etter ble det gjennomført ny anbudskonkurranse om i hovedsak de samme tjenester, og der tildelingskriteriet laveste pris ble benyttet igjen. Nemnda kom til at Helse Vest hadde brutt taushetsplikten ved å informere om prosedyreprisene. Nemnda fant videre at avlysning av den første konkurransen var saklig, men at Helse Vest var ansvarlig for den negative kontraktsinteressen ved at klager hadde deltatt i to konkurranser i stedet for i en. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 26.2.2007 i sak 2006/27

Klager: Privatsykehuset Haugesund AS

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Tolkning av tildelingskriterier, avlysning, taushetsplikt, inhabilitet, mm

Bakgrunn:

- (1) Nedenfor redegjør nemnda innledningsvis for en del uttrykk og ordninger som danner bakgrunn for nærværende sak.
- (2) I det følgende menes det med ”prosedyre” operasjonstype. Eksempelvis er grå stær en prosedyre under fagområdet øye.
- (3) Med ”DRG ”menes diagnoserelatert gruppe. DRG-systemet er et eget klassifikasjonssystem som grupperer pasientene i medisinsk meningsfulle og ressursmessig homogene grupper. De kirurgiske fagområdene er i DRG-systemet oppdelt i ulike organorienterte hovedgrupper (hoveddiagnosegrupper), hvor like eller sammenlignbare diagnoser er samlet. Hver hoveddiagnose er inndelt i diagnoserelaterte grupper (DRG). Disse er igjen inndelt i enkeltprosedyrer. En prosedyre er dermed det laveste spesifikasjonsnivå i klassifiseringssystemet.

Nærmere om den statlige refusjonsordningen ISF-refusjon:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

- (4) For å utnytte kapasitet hos privatpraktiserende avtalespesialister har Stortinget besluttet at de regionale helseforetakene kan anskaffe dagkirurgiske tjenester utenfor egen virksomhet. Ved anskaffelse av slike dagkirurgiske tjenester vil de regionale helseforetakene så motta statlig refusjon, såkalt ISF-refusjon (innsatsstyrt finansiering). Helsedepartementet har i denne forbindelse utarbeidet et rundskriv, datert 8.1.2002 hvor det blant annet heter at:

”Stortinget har vedtatt at de regionale helseforetakene også skal få ISF-refusjon når de kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister utenfor offentlige godkjente sykehus. Ordningen trådte i kraft fra 1. januar 2002. Refusjonen utbetales til det regionale helseforetaket og dekker pasienter som først har vært henvist til et helseforetak/sykehus. Det er en forutsetning at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale. Det er opp til partene å avtale godtgjørelsen fra helseforetaket til avtalespesialisten.”

Om samarbeidsavtaler/driftsavtale

- (5) Det fremgår av sitatet ovenfor at det er en forutsetning for statlig ISF-refusjon at de regionale helseforetakene, uavhengig av den konkrete anskaffelse, har inngått en samarbeidsavtale med den privatpraktiserende avtalespesialist. Dersom det er inngått en driftsavtale på 100 % forplikter vedkommende spesialist seg overfor det aktuelle helseforetak til å levere spesialisthelsetjenester innenfor sitt område i 37,5 timer pr. uke. Dette omtales også som en heltidshjemmel. Samarbeidsavtalene/driftsavtalene omfatter ikke dagkirurgi. Det må derfor inngås tilleggsavtaler for denne type tjenester.
- (6) For å få ISF-refusjon ved anskaffelse av dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister, er det tilstrekkelig at omfanget av samarbeidsavtalen overstiger 20 % av en heltidshjemmel.
- (7) Med virkning fra 1. januar 2007 trådte ny forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr 402 i kraft. Konkurranser som er kunngjort før dette tidspunkt skal bedømmes etter forskrift 15. juni 2001 nr 616. Henvisningene i denne saken til ”forskriften” gjelder derfor forskriften som gjaldt da konkurransen ble kunngjort.

Anbudskonkurranse 1

- (8) Den 11.11.05 kunngjorde Helse Vest RFH (Helse Vest) åpen anbudskonkurranse for kjøp av kirurgiske tjenester. Verdien på tjenestene er i ettertid anslått til ca NOK 250 millioner. Konkurransen omfattet både dagkirurgi og kirurgiske inngrep som krevde innleggelse. Tilbudsfrist var 9.12.05.
- (9) Av konkurransegrunnlaget pkt 5.1 fremgikk det om kvalifikasjonskriteriene bl.a. at leverandørene skulle utløse ISF-refusjon, ha en god organisasjon som var kompetent til å utføre tjenestene, og ha god gjennomføringsevne.
- (10) Om tildelingskriterier gjengis det fra konkurransegrunnlaget pkt 8.2.1:

”Ved evalueringen vil tilbud på dagkirurgiske tjenester og kirurgiske tjenester som krever innleggelse vil bli vurdert hver for seg. Det vil bli foretatt en evaluering av tilbudene i henhold til dette punkt for hvert fagområde nevnt i pkt 3.2. Tildeling skjer utelukkende ut fra hvilke(t) tilbud som har den laveste prisen.”

- (11) Av pkt 3.2 fremgikk følgende fagområder:

Øre-nese-hals kirurgi
Ortopedisk kirurgi
Rygg-og nakkekirurgi
Øyekirurgi
Generell kirurgi
Urologi
Ikke-kosmetisk plastisk kirurgi

- (12) Fra pkt 3.2 hitsettes videre:

”...Det ønskes tilbud på utvalgte prosedyrer som inngår i ISF-refusjonsordningen...Det er anledning til å gi tilbud på ett fagområde, eller flere fagområder, og det kan gis tilbud på alle eller deler av de oppgitte DRG-koder innenfor hver hoveddiagnosegruppe...Vedlagte tilbudsskjema skal anvendes for angivelse av de prosedyrer/DRG-koder som tilbys samt pris, jf. vedlegg 1”

- (13) Vedlagte tilbudsskjema forutsatte at det skulle inngis pris pr prosedyre.

- (14) Av konkurransegrunnlaget pkt 8.2.1 og pkt 8.2.2. fremgikk:

”Ved evalueringen vil dagkirurgiske tjenester og kirurgiske tjenester som krever innleggelse bli vurdert hver for seg. Det vil bli foretatt en evaluering av tilbudene i henhold til dette punkt for hvert fagområde nevnt i pkt 3.2.

Tildelingen skjer utelukkende ut fra hvilke(t) tilbud som har den laveste prisen.

...

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å tildele flere kontrakter innenfor det enkelte fagområdet. Tildelingen skal følge den rangering som er gjort av tilbudene i henhold til pris, jf. Pkt 8.2.1. Oppdragsgivers beslutning med hensyn til hvor mange avtaler som vil bli inngått, jf. konkurransegrunnlaget pkt 1 vil for øvrig bli basert på

Leverandørens kapasitet

Mål om geografisk spredning av tjenestetilbudene innad i regionen- dvs at tjenestene leveres i nærhet til pasientene

Behov for tjenester”

- (15) Det ble avholdt en spørsmålsrunde, der bl.a. tema var hvordan Helse Vest hadde til hensikt å evaluere tilbudene. Spørsmål og svar ble distribuert til tilbyderne før tilbudsfristens utløp.

- (16) Spørsmål 12 gjengis her:

"Hvordan blir det vurdert dersom en har lav pris på noen prosedyrer og høy pris på andre prosedyrer. Får en Tilslag på enkeltprosedyrer eller på hele pakken med varierende priser. Blir det lagt vekt på bredde i tilbudet?"

(17) Til dette svarte Helse Vest:

"Det vil bli foretatt en evaluering innenfor hvert fagområde, jf pkt 8.2.1 i konkurransegrunnlaget. Det vil bli brukt en modell som gjør at tilbud kan sammenlignes på pris uavhengig av enkeltprosedyrer. De tilbyderne det blir inngått kontrakt med vil få avtale på de prosedyrene som er tilbudt."

(18) Spørsmål 25 lød slik:

"Vil tildeling skje for hver prosedyre for seg, slik at man kan få tildelt noen inngrep og ikke andre?"

(19) Helse Vest svarte slik:

"Tildeling skjer samlet etter fagområde og gjelder for de prosedyrer sykehuset/spesialisten har levert tilbud på."

(20) Fra spørsmål 32 gjengis:

"...Vil Helse Vest evaluere tilbudene i lys av prisen for hver enkelt hoveddiagnosegruppe innen hvert fagområde?"

(21) Til dette svarte Helse Vest bekreftende.

(22) Spørsmål 33 lød:

"Vil Helse Vest evaluere tilbudene i lys av gjennomsnittsprisen for hvert fagområde?"

(23) Til dette svarte Helse Vest at de ikke ville benytte gjennomsnittsberegninger.

(24) I spørsmål 40 ble det påpekt at såkalt clear lens extraction med IOL (linseekstraksjon) var den anbefalte behandlingsform for høye verdier av langsynthet og høy nærsynthet, samtidig som det ble påpekt at behandlingsformen ikke var gjort til en del av anbudskonkurransen. Til dette svarte Helse Vest:

"Svaret er basert på fagstøtte fra Haukeland Universitetssjukehus (HUS). HUS meiner at eit slikt tilbod vil komplettere det synskirurgiske tilbodet (refraktiv kirurgi), og tilrår at det kan takast med i tilbodsskjema. Tilbodet er innretta mot personar over 50 år med høggradig nærsyntheit eller langsyntheit. Kriterier for operasjon på medisinsk grunnlag gjeld som for annan refraktiv kirurgi. DRG 39. Diagnosekode: H520 eller H521. Operasjonskode: CJE20".

(25) Det ble ikke sendt ut noe nytt tilbudsskjema, eller gitt informasjon på annen måte om at det kunne gis tilbud også på denne prosedyren. Privatsykehuset var den eneste av tilbyderne som innleverte tilbud på denne prosedyren innen tilbudsfristens utløp.

- (26) Den 10. januar 2006 sendte Helse Vest ut en e-post med invitasjon om å komme med tilbud på linseekstraksjon innen en tilleggsfrist som ble satt til 13. januar 2006.
- (27) Privatsykehuset Haugesund AS (Privatsykehuset) innga tilbud den 8.12.05. Tilbudet omfattet inngrep som krevde innleggelse innenfor fagområdet ortopedi, og utvalgte typer dagkirurgi innenfor fagområdene ortopedisk kirurgi og øyekirurgi
- (28) Privatsykehuset ble ved e-post av 16.1.06 medelt at sykehuset var tildelt tre prosedyrer ortopedisk kirurgi i kategorien som krevde innleggelse. Innen dagkirurgi ble Privatsykehuset tildelt to prosedyrer ortopedisk kirurgi. Linseekstraksjon ble tildelt Fana Medisinske Senter. Av e-posten fremgikk det en oversikt over rangeringen av tilbyderne innenfor hver enkelt prosedyre. De tilbudte priser pr prosedyre var oppgitt, men tilbyderne var anonymisert ved at navnet på hver enkelt tilbyder var erstattet med en bokstav. Det var markert hvilke (anonymiserte) tilbud som var antatt for hver prosedyre. I tillegg var det vedlagt en samlet oversikt over hvilke tilbydere Helse Vest hadde til hensikt å inngå kontrakt med.
- (29) Tildeling skjedde enkeltvis for hver prosedyre til de leverandører som hadde lavest pris.
- (30) Privatsykehuset påklagde tildelingen både til Helse Vest og til KOFA ved klage av 27.1.06. En av Privatsykehusets hovedanførsler var at tildeling skulle skjedd ved en samlet vurdering innenfor hvert fagområde, der de tilbyderne det ble inngått avtale med skulle få avtale på alle prosedyrene de hadde tilbudt.
- (31) I alt 10 tilbydere klaget over anbudskonkurransen/tildelingen. Tre klagegrunner var sentrale hos flere av klagerne:
- tildeling av kontrakt til tilbydere som ikke var kvalifisert
 - evaluering av tilbud i strid med det som var angitt i anbudsdokumentene
 - uhensiktsmessig oppdeling av prosedyreporteføljen som følge av tildelingen
- (32) Ved brev av 3.2. 2006 meddelte Helse Vest at tildelingsbeslutningen var annullert. Fra brevet hitsettes:
- "Sett i lys av de klager som er mottatt, har Helse Vest foretatt en vurdering av valgt modell i forhold til det som var blitt kommunisert ut gjennom anbudsdokumentene. Med bakgrunn i denne gjennomgangen erkjenner Helse Vest at den metode som er valgt ikke reflekteres klart nok i anbudsdokumentene. Helse Vest legger til grunn at dette kan ha hatt betydning for utforming av tilbudene og for utfallet av konkurransen. På denne bakgrunn finner Helse Vest det riktig å annullere tildelingsbeslutning av 16. januar 2006, jf. anskaffelsesforskriften § 17-3 (3)."*
- (33) Ved brev av 9.2.06 meddelte Helse Vest at konkurransen var avlyst. Fra brevet hitsettes:
- "Det er klart at pris skulle gis pr prosedyre. Deler av teksten kan imidlertid tolkes i retning av at det skulle finne sted en mer samlet vurdering innen hvert enkelt fagområde."*

...Det har... ikke lyktes å finne en alternativ metode som muliggjør en sammenligning av tilbudene som Helse Vest vil kunne innta for og som vil være i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Det skyldes først og fremst at tilbudene er så ulikt sammensatt innenfor det enkelte fagområde at de vanskelig lar seg sammenligne på annen måte enn pris pr prosedyre.

...Under henvisning til at konkurransen er avlyst, finner Helse Vest ikke grunn til å ta stilling til de spørsmål som for øvrig er reist i saken ”

Anbudskonkurranse 2

- (34) Ny anbudskonkurranse ble kunngjort 22.03.06. Konkurransen gjaldt i hovedsak de samme tjenestene som i den første konkurransen. Protesekirurgi, som Privatsykehuset opprinnelig ble tildelt i den første konkurransen, var imidlertid nå tatt ut av anskaffelsen.
- (35) Av et internt notat fra Helse Vest datert 22.02.06 ble det vist til at Regjeringen i Soria Moria erklæringen hadde gitt uttrykk for at omfanget av avtaler mellom regionale helseforetak og private kommersielle sykehus måtte begrenses, og at ledig kapasitet i de offentlige sykehusene skulle utnyttes. Det ble videre påpekt at denne føringen var gjentatt i bestillerdokumentet 2006, og at Helse Vest hadde lagt føringen til grunn, sammen med en fornyet vurdering av behov og kapasitet i egne helseforetak. Det fremgår av notatet at disse føringene og vurderingene var årsaken til at omfanget på den nye anbudskonkurransen ble redusert.
- (36) Tildelingskriteriet var også denne gang laveste pris, jf konkurransegrunnlaget pkt 9.2.1 og 9.2.2.
- (37) Fra pkt 4.2 om pris, hitsettes:

”Leverandøren skal i tilbudet oppgi en enhetspris i kroner pr DRG-poeng for hver DRG-kode (jf. tilbudsskjema, kolonne D). Denne prisen blir multiplisert med DRG-vekten for 2006 (kolonne E) for den enkelte DRG-kode, og dette blir vederlag i kroner pr. prosedyre.”

- (38) Av pkt 4.3 om evaluering fremgikk:

”Det vil bli foretatt en evaluering av tilbudene for hvert fagområde/aktivitetsområde nevnt i pkt 3.2, og det tildeles i utgangspunktet en kontrakt pr fagområde/aktivitetsområde. Ved eventuelt like tilbud fra flere tilbydere tildeles det flere kontrakter innen det enkelte fagområdet og forespurt volum vil i så tilfelle deles. Antall leverandører innenfor det enkelte fagområde/aktivitetsområde vil for øvrig avhenge av den enkelte tilbyders kapasitet, jf pkt 9.2.2. ”

- (39) Fra pkt 9.2.2 hitsettes:

”Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å tildele flere kontrakter innen det enkelte fagområdet. Tildeling skal følge den rangering som er gjort av tilbudene i henhold til

pris, jf. pkt 9.2.1. Oppdragsgivers beslutning med hensyn til hvor mange avtaler som vil bli inngått vil bli basert på hvorvidt flere leverandører kommer likt ut i konkurransen og på leverandørenes kapasitet.”

- (40) Tilbudsfrist for den nye konkurransen var 6.4.06. Privatsykehuset innga rettidig tilbud innen fagområdene Øye 1 og Ortopedi. Også en gruppering ledet av Aleris AS (Aleris) innga tilbud innen fagområdet Øye1. Partene er enige om at Aleris på tidspunktet for innlevering av tilbud ikke oppfylte kvalifikasjonskravene til kompetent organisasjon og god gjennomføringsevne, jf konkurransegrunnlaget pkt 6.1. Det samme gjelder i følge klager i forhold til Vestnorsk Ortopedisk Sykehus (Vestnorsk) innen faggruppe ortopedi.
- (41) Konkurransegrunnlaget pkt 6.2 åpnet likevel for at tilbydere som ikke hadde hatt drift de siste tre år, eller som var under etablering, kunne gi en egen redegjørelse vedrørende disse punkt med hensyn til om leverandøren var kvalifisert. Partene synes å være enige om at dette må forstås slik at konkurransegrunnlaget dermed åpnet for at kvalifikasjonskravene ikke behøvde å være oppfylt ved tilbudsfristens utløp, men at det var tilstrekkelig at leverandøren dokumenterte at kriteriene ville bli oppfylt før kontraktens leveringstidspunkt.
- (42) Tildelingsbeslutning ble meddelt deltakerne 27.04.06. Privatsykehuset ble ikke tildelt kontrakt for noen av de fagområder der tilbud var gitt. I stedet gikk kontrakten innen Øye 1 til en gruppering ledet av Aleris AS, og kontrakten innen Ortopedi til Bergen Kirurgiske Sykehus, med Vestnorsk Ortopedisk Sykehus på andreplass.
- (43) Privatsykehuset påklaget den 02.06.06 konkurransen og tildelingsbeslutningen. Ved brev av 30.06.06 ble klagen avvist. Helse Vest ble fra og med klagebehandlingen representert av advokatfirmaet Thommessen. Agnar Langeland er fast advokat i Thommessen, og styreformann i Vestnorsk Ortopedisk Sykehus, som ble vurdert til en andreplass innen Ortopedi. Privatsykehuset har gjort gjeldende at advokatfirmaet Thommessen av denne grunn er inhabile til å bistå ved klagebehandlingen for Helse Vest.
- (44) Ved klage av 7.7.06 ble revidert klage, som nå også omfattet anbudskonkurranse 2, sendt inn til KOFA.
- (45) Kontrakt er nå inngått på samtlige 9 fagområder som var omfattet av den andre anbudskonkurranse.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (46) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser på en rekke punkter i både den første og den andre anbudskonkurranse. Klagers anførsler kan i korthet oppsummeres slik:

Anbudskonkurranse 1

Tildeling i strid med anbudsdokumentene og svar på spørsmål i spørsmålsrunden

- (47) Konkurranses grunnlaget, sammenholdt med Helse Vests svar i spørsmålsrunden, tilsa at kontraktene skulle tildeles samlet etter fagområde, og slik at de tilbyderne det ble inngått kontrakt med ville få avtale på de prosedyrer som var tilbudt. Privatsykehuset hadde dermed krav på å bli tildelt kontrakt for samtlige av de prosedyrer som ble tilbudt innen de fagområder der de ville blitt tildelt kontrakt, om tildeling hadde skjedd i samsvar med anbudsdokumentene. Privatsykehuset skulle dermed blitt tildelt samtlige tilbudte prosedyrer på dagkirurgi innen fagområdet ortopedi, og innen øyekirurgi.
- (48) En riktig anvendelse av tildelingskriteriene ville dermed medført at alle de leverandører som i den første konkurransen ble tildelt kontrakt fortsatt ville bli tildelt kontrakt, samtidig som det i tillegg ville blitt foretatt flere kontraktstildelinger.
- (49) Helse Vest handlet dermed i strid med prinsippene for tildeling angitt i konkurransegrunnlag og spørsmålsrundene ved å foreta tildeling pr prosedyre.
- (50) Privatsykehuset har krav på å få dekket den positive kontraktsinteressen for samtlige av de kontrakter man skulle fått tildelt om Helse Vest hadde gjennomført tildeling i samsvar med anbudsdokumentene, og ikke urettmessig hadde avlyst anbudskonkurransen.
- (51) I tillegg ble Privatsykehuset tildelt samtlige tilbudte prosedyrer innen ortopedisk kirurgi med innleggelse. Siden konkurransen urettmessig ble avlyst skal Privatsykehuset ha erstattet oppfyllelsesinteressen for disse prosedyrene.

Innhenting av tilbud – linseekstraksjon

- (52) Det var i strid med regelverket, herunder forhandlingsforbudet, å innhente tilbud på linseekstraksjon etter tilbudsfristens utløp. De tilbud som kom inn etter den opprinnelige tilbudsfristen må settes ut av betraktning, og tildelingen som ble gjort må annulleres. Privatsykehuset står da tilbake som eneste tilbyder, og skulle vært tildelt kontrakt på prosedyren.
- (53) Tapet ved ikke å få tildelt kontrakt (den positive kontraktsinteressen) kreves uansett dekket. Det er sannsynliggjort tilstrekkelig klart at Privatsykehuset ville fått kontrakten om ikke feilen var begått.

Fana Medisinske Senter (FM) oppfylte ikke kvalifikasjonskravene for faggruppen øye

- (54) FM hadde ikke sykehusgodkjenning for faggruppen øye. Dermed var ikke kvalifikasjonskriteriet om ISF-refusjon oppfylt, og FM skulle vært avvist. Siden Privatsykehuset uansett ikke ville blitt tildelt kontrakt på dette området har spørsmålet ikke konkret betydning for klager, men det er av hensyn til totalbildet ønskelig at KOFA uttaler seg om spørsmålet.

Ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen

- (55) Årsaken til avlysning var at tildeling ble foretatt i strid med det som var opplyst i anbudsdokumentene. Avlysning av konkurransen skyldes dermed oppdragsgivers egne feil, og dette kan ikke regnes som en saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf anskaffelsesforskriften § 10-1.

Brudd på taushetsplikt

- (56) Ved å publisere detaljerte opplysninger om enhetsprisene til de enkelte leverandørene i e-post av 16.1.06 har Helse Vest opplyst om forretningshemmeligheter, og dermed brutt taushetsplikten. Forsøket på anonymisering var mislykket.
- (57) Det er ikke avgjørende at man i den andre anbudskonkurransen benyttet en prismodell der det skulle gis enhetspris pr DRG poeng innen hver DRG kode. Den eneste forskjellen i forhold til fri fastsettelse av prosedyrepris, var at når ulike prosedyrer innen en DRG kode hadde lik vekt så måtte de i den andre konkurransen prises likt. Dersom man kjente prosedyreprisene fra den første konkurransen var det enkelt å regne ut enhetspris pr DRG poeng innen en DRG kode i den andre konkurransen. Det var ikke mange prosedyrer pr DRG kode. Dermed kunne leverandørene enkelt slutte seg til pris pr DRG kode basert på kunnskap om de opprinnelige prosedyreprisene. Den videre vektingen av DRG koder for utregning av samlet konkurransepris pr fagområde var angitt i konkurransegrunnlaget pkt 4.3. På denne bakgrunn var det av stor betydning å kjenne prosedyreprisene
- (58) Som følge av at detaljert prisinformasjon var distribuert til alle godkjente leverandører var det ikke lovlig adgang til å avlyse konkurransen for deretter umiddelbart å igangsette en ny anbudsprosess.

Brudd på forhandlingsforbudet

- (59) Da det ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, innebærer det i realiteten et brudd på forhandlingsforbudet å gjennomføre en ny konkurranse om i hovedsak de samme tjenestene, så kort tid etter.
- (60) I realiteten er det tale om én anskaffelsesprosess. Da alle tilbyderne var kjent med enhetsprisene i den første konkurransen, medførte det et prispress i den andre konkurransen, som var i strid med forhandlingsforbudet.

Særlig om protesekirurgi med innleggelse

- (61) Privatsykehuset ble tildelt protesekirurgi med innleggelse i den første anbudskonkurransen, og det forelå ikke saklig grunn for avlysning. Den begrunnelse som ble oppgitt i Helse Vests interne notat av 22.02.06 viser videre at en vesentlig del av begrunnelsen for å ta ut protesekirurgi bygget på at Helse Vest selv hadde kapasitet til å håndtere disse inngrepene. Det var dermed også i strid med saklighetskravet å avlyse deler av konkurransen for i stedet å utføre oppdraget selv.
- (62) Privatsykehuset har dermed krav på erstatning for tapt fortjeneste som følge av at kontrakt ikke ble inngått i samsvar med opprinnelig tildeling i den første anbudskonkurransen. Det er sannsynliggjort tilstrekkelig klart at Privatsykehuset ville fått kontrakten om ikke feilen var begått, siden man ble tildelt kontrakten i første anbudskonkurranse.

Særlig om ortopedisk dagkirurgi

- (63) I den første anbudskonkurransen ble Privatsykehuset tildelt kontrakt for to prosedyrer innen dagkirurgi på fagområdet ortopedi. Konkurransen ble avlyst uten saklig grunn, og Privatsykehuset ble ikke tildelt kontrakt på dette området i den nye konkurransen. Det er sannsynliggjort tilstrekkelig klart at Privatsykehuset uansett

ville fått kontrakten for disse to prosedyrene om ikke feilen var begått, siden man ble tildelt to prosedyrer i første anbudskonkurranse.

- (64) Også for de øvrige prosedyrene innen dette fagområdet skulle Privatsykehuset ved en riktig anvendelse av tildelingskriteriet blitt tildelt kontrakt.
- (65) Fortjenestetap som følge av manglende kontraktstildeling for hele fagområdet ortopedi kreves således erstattet. Det fremmes også subsidiært krav på negativ kontraktsinteresse. Det anføres at det er gjort vesentlige feil og at klager ville unnlatt å delta i konkurransen - eller levert et vesentlig annerledes tilbud - dersom man hadde kjent til at regelverket ikke var blitt fulgt.

Anbudskonkurranse 2

Ikke adgang til å bruke tildelingskriteriet laveste pris

- (66) Det var ikke adgang til å benytte tildelingskriteriet laveste pris i den andre konkurransen, når Helse Vest på forhånd hadde opplyst alle enhetsprisene til deltakerne i den første konkurransen.
- (67) Helse Vest hadde en særlig aktsomhetsplikt da de utlyste en ny konkurranse like etter at den første konkurransen var avlyst som følge av Helse Vests egne feil. Det vises til Eidsivating Lagmannsretts dom av 7. desember 2001 (SØIR). Det var i strid med aktsomhetsplikten å igjen benytte tildelingskriteriet laveste pris. Bruk av dette kriteriet medførte en konkurranse om å slippe seg lavest i forhold til det som var beste pris ved den første konkurransen.
- (68) Oppdragsgiver måtte i det minste, for det tilfelle at det som anført av innklagede ikke lot seg gjøre å evaluere tilbudene i den første konkurransen, benyttet tildelingskriteriet ”økonomisk mest fordelaktig” i den nye konkurransen. Dette ville dempet skadevirkningene av at enhetsprisene var kjent.
- (69) Denne feilen er av en slik art at den andre anbudskonkurransen skulle vært avlyst.

Brudd på kravet til konkurranse

- (70) Oppdelingen i fagområder der bare en leverandør skulle tildeles kontrakt på det enkelte område vil måtte lede til svekket konkurranse i dette markedet fordi det etableres små monopoler på det enkelte fagområde. Helse Vests gjennomføring av konkurransen fører derfor til at leverandørmarkedet begrenses eller faller bort. Dette virker så begrensende på konkurransen at det strider mot anskaffelsesloven § 5, annet ledd.
- (71) I den første konkurransen var derimot kravet til konkurranse ivaretatt ved at det ved en korrekt tildeling pr fagområde ville blitt tildelt kontrakter til flere leverandører. Det er derfor ingen motsetning mellom klagers anførsler knyttet til første og andre konkurranse, slik innklagede hevder.
- (72) Konkurransen hemmes også fordi det bare er de leverandører som kan tilby samtlige tjenester innen et fagområde som kan delta i konkurransen. Videre blir det mindre

konkurranse ved at Helse Vest mister muligheten til å foreta avrop under kontraktperioden når det ikke er flere leverandører å velge mellom.

(73) Denne feilen er av en slik art at den andre anbudskonkurransen skulle vært avlyst.

Tildeling til leverandør som ikke var kvalifisert

(74) Innen faggruppen Øye 1 skjedde tildeling til Aleris. Aleris har dokumentert hvordan kvalifikasjonskriteriene skal oppfylles før leveransen starter, men var ikke kvalifisert på tilbuds- eller kontraktstildelingstidspunktet.

(75) Innen faggruppe ortopedi gjelder langt på vei det samme for Vestnorsk, som ble rangert som nr 2, foran Privatsykehuset. Godkjenning av lokaler mv, vil først være oppfylt etter eventuell kontraktsinngåelse.

(76) Når kvalifikasjonskriteriene for den andre anbudskonkurransen åpner for at tildeling kan skje til leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskriteriene på tidspunktet for innlevering av tilbud eller kontraktstildeling er dette i strid med kravet til etterprøvbarhet og likebehandling, jf anskaffelsesloven § 5, tredje og fjerde ledd, og anskaffelsesforskriften § 3-1.

(77) Tilbudene fra Aleris og Vestnorsk skulle av denne grunn vært avvist fra konkurransen.

(78) For fagområde Øye 1 var Privatsykehuset rangert som nr 2. Privatsykehuset skulle da blitt tildelt kontrakt på dette området, og har krav på erstatning for oppfyllelsesinteressen.

Habilitet

(79) Som følge av at styreformann i Vestnorsk, Agnar Langeland, er fast advokat i advokatfirmaet Thommessen er dette firmaet inhabile til å bistå innklagede under klagebehandlingen.

Negativ kontraktsinteresse

(80) Som påvist har innklagede begått en rekke feil. Dersom Privatsykehuset før inngivelse av tilbud hadde kjent til at regelverket ville bli praktisert på en slik måte, ville man unnlatt å delta i konkurransen, eller levert et vesentlig annerledes tilbud. Dette gjelder både konkurranse 1 og konkurranse 2.

Saklig klageinteresse

(81) KOFA kan selvsagt prøve om betingelsene for avlysning av anbudskonkurransen var i samsvar med forskriften § 10-1.

(82) Innklagedes anførsel knyttet til saklig interesse for den andre anbudskonkurransen er uholdbar.

Innklagedes anførsler:

(83) Innklagedes anførsler kan i korthet gjengis slik:

Saklig klageinteresse

- (84) Privatsykehuset har ikke saklig interesse i å få vurdert spørsmål som knytter seg til den første anbudskonkurransen, ettersom denne konkurransen ble avlyst, og fulgt av en ny anbudskonkurranse som i all vesentlighet gjelder den samme anskaffelsen.
- (85) Uansett kan Privatsykehuset ikke ha saklig interesse i å få vurdert om selve beslutningen om å avlyse konkurransen var saklig begrunnet. Oppdragsgiver har ikke kontraheringsplikt, noe som klart innebærer at en avlysning ikke kan betraktes som et spørsmål om "lovmessigheten av en unnlatelse, handling eller beslutning...". Det er uten betydning at en avlysning som ikke er saklig begrunnet kan utløse erstatningsplikt. Ved vurderingen av om det foreligger saklig grunn for å behandle selve avlysningsbeslutningen, må det uansett legges vekt på at det umiddelbart etter avlysningen ble utlyst en ny anbudskonkurranse som i det vesentlige gjaldt samme anskaffelse.
- (86) Tildelingsbeslutningen av 16. januar 2005 ble senere annullert, og er derfor uten praktisk interesse i dag. Klager har ingen saklig interesse i å få prøvd om tildelingen var i strid med anbudsdokumentene.
- (87) Heller ikke i forhold til den andre anbudskonkurransen har klager saklig interesse, siden Privatsykehuset har varslet at det vil bli fremmet krav om erstatning fra Helse Vest som følge av påståtte feil under gjennomføringen av denne konkurransen. Dette må tolkes som om søksmål er forestående, og gjennom saksanlegg vil klager få belyst alle spørsmål.

Anbudskonkurranse 1

Det ble ikke foretatt tildeling i strid med anbudsdokumentene

- (88) Helse Vest erkjenner at det forelå tolkningsmuligheter i forhold til hvordan tildelingskriteriene skulle forstås. Å gjøre bruk av en av flere velfunderte tolkninger medfører ikke at tildeling skjedde i strid med regelverket. På grunn av tolkningstvil annullerte Helse Vest tildelingen, og senere ble konkurransen avlyst av samme grunn. Det fremstår som klart at Helse Vest ikke har foretatt en tildeling i strid med relevante anbudsdokumenter.

Innhenting av tilbud – linseekstraksjon

- (89) Det syntes for Helse Vest som om de manglende tilbudene på linseekstraksjon skyldtes at konkurrentene ikke var blitt gjort tilstrekkelig oppmerksom på at prosedyren var en del av anbudskonkurransen. Det ville da være i strid med kravene til likebehandling og konkurranse å tildele kontrakt til Privatsykehuset uten ny kunngjøring. Der det bare foreligger et tilbud har oppdragsgiver antakelig ikke plikt til å tildele kontrakt til denne tilbyderen.
- (90) Helse Vests opptreden sikret dermed likebehandling og konkurranse, og det foreligger klart ingen overtredelse av regelverket for offentlige anskaffelser.

Brudd på taushetsplikt

- (91) De aktuelle opplysningene er ikke av konkurransemessig betydning. Ingen av deltakerne som var med i begge konkurransene fikk sin konkurransemessige stilling negativt påvirket i den andre konkurransen som følge av at opplysningene ble gjort

kjent. Det vises til at den andre anbudskonkurransen benyttet et komplisert tildelingskriterium, konkurransepris pr fagområde, som innebar at prosedyreprisene i den første konkurransen var av liten betydning for valg av tilpasning i den andre konkurransen. Klager må være av samme oppfatning siden Privatsykehuset har krevd å få opplyst prosedyreprisene til Aleris og Vestnorsk.

- (92) Spørsmålet er likevel ikke helt klart, men nemnda må uansett se hen til at Helse Vest har forsøkt å anonymisere opplysningene på en slik måte at plikten til å "hindre" tilgang i anskaffelsesforskriften § 3-3 må anses oppfylt.

Saklig grunn til å avlyse den første anbudskonkurransen

- (93) På bakgrunn av tolkningstvil om hvordan tildelingskriteriet skulle anvendes fant Helse Vest det nødvendig å avlyse konkurransen med sikte på ny utlysning. Helse Vest kan klart ikke klandres for denne situasjonen, og konkurransen ble avlyst med saklig grunn.

Avvisning av leverandører

- (94) Det ble foretatt en grundig kvalifikasjonsevaluering i den første anbudskonkurransen. Helse Vest avviste fem leverandører, og bestrider at flere skulle vært avvist.

Erstatning for den positive kontraktsinteresse

Særlig om protesekirurgi og ortopedisk kirurgi

- (95) Klagers krav bygger på at det fantes et klart tolkningsalternativ for hvordan tildeling skulle skje. Dette bestrides av Helse Vest. Klagers argumentasjon for synspunktet fremstår som så uklar og vilkårlig, at det har styrket Helse Vest i deres oppfatning av at annullering og avlysning var eneste korrekte alternativ.
- (96) Dersom tildelingsbeslutningen av 16. januar 2006 var i strid med regelverket er det i høyden en feil som kan konstateres under tvil, og kan ikke danne grunnlag for krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen.
- (97) Dersom klagenemnda mot all formodning skulle finne at det foreligger en tildeling i strid med "relevante anbudsdokumenter", er dette uansett en feil som i seg selv er irrelevant, ettersom tildeling ble rettmessig annullert den 2. februar 2006, da det hersket uenighet om fortolkningen av tildelingskriteriene.
- (98) Dersom klagenemnda skulle komme til at avlysning ikke var saklig, gir det ikke uten videre klager krav på erstatning. Nemnda må legge vekt på at avlysningen hadde som formål å ivareta hensynet til likebehandling av leverandørene, og å sikre mest mulig konkurranse ved gjennomføring av anskaffelsen.
- (99) Det er ikke klar sannsynlighetsovervekt for at klager ville blitt tildelt disse kontraktene. Tildelingsbeslutningen av 16. januar 2006 er irrelevant, siden beslutningen ble annullert. Siden det hersker tvil om hvordan tildelingskriteriene skulle vært tolket, kan det heller ikke sies noe sikkert om hvordan tildeling skulle ha funnet sted. Dermed er det lite sannsynlig at Privatsykehuset ville blitt tildelt disse kontraktene.

- (100) Det er uforståelig at Privatsykehuset kan hevde at tildeling var i strid med anbudsdokumentene, og samtidig hevde at det var en erstatningsbetingende feil å annullere tildelingsbeslutningen.

Særlig om linseekstraksjon

- (101) De samme anførsler som ved protesekirurgi og ortopedisk kirurgi gjelder også her. Helse Vest bestrider videre at forespørselen om å inngi tilbud av den 10. januar 2006 var en vesentlig feil. Kunngjøringen fant sted for lojalt å etterleve regelverkets krav til konkurranse og likebehandling.
- (102) Det er heller ikke her grunnlag for å anta at det er større sannsynlighet for at Privatsykehuset ville blitt tildelt kontrakten enn de øvrige tilbyderne.

Erstatning for negativ kontraktsinteresse

- (103) Det foreligger ikke klare overtredelser av regelverket om offentlige anskaffelser, jf argumentasjonen ovenfor.
- (104) Det er videre svært sannsynlig at Privatsykehuset ville deltatt i konkurransen selv om de på forhånd hadde kjent til hvordan konkurransen ville blitt gjennomført. Anbudskonkurransen gjaldt mange og store kontrakter med en samlet verdi på nærmere 250 millioner kroner. Det er hard konkurranse om kontraktene, og det er ingen andre kontraktsparter som kan tilby kontrakter i denne størrelsesorden for Privatsykehuset. Klager avsto heller ikke fra å delta i den andre anbudskonkurransen.

Anbudskonkurranse 2

Adgangen til å benytte tildelingskriteriet laveste pris

- (105) Oppdragsgiver har etter anskaffelsesforskriften § 17-2 (1) anledning til å velge fritt mellom de der angitte tildelingskriterier. Det foreligger ingen omstendigheter som innskrenker oppdragsgivers frie skjønn her.
- (106) Kunnskap om prosedyreprisene hadde neppe noen konkurransemessig betydning. I den grad slik kunnskap intensiverte priskonkurransen i den andre anbudskonkurransen så hindrer det uansett ikke oppdragsgiver i å benytte laveste pris som tildelingskriterium.
- (107) Det foreligger ingen relevant forskjellsbehandling mellom leverandørene, siden alle, unntatt Atle Søreide, deltok i den første konkurransen og hadde samme kunnskap. Atle Søreide har ikke påklaget tildelingsbeslutningen av 27. april 2006.
- (108) Verken hensynet til likebehandling eller andre forhold, medfører at Helse Vest, som ledd i gjennomføringen av den andre konkurransen, har brutt forhandlingsforbudet, eller det generelle kravet til likebehandling etter anskaffelsesloven § 5.

Krav til konkurranse

- (109) Valg av leverandører er gjort i samsvar med konkurransegrunnlaget pkt 9.2.2. Det er uforståelig at valg av leverandører i samsvar med dette kan føre til små monopoler på det enkelte fagområde, og derfor er i strid med kravet til konkurranse i

anskaffelsesloven § 5. Kravet til konkurranse må avveies mot de andre hensynene bak § 5, og må vurderes ut fra hensynet til mest mulig verdiskapning og effektiv ressursbruk. Tanken bak å dele inn prosedyrene i fagområder som tildeles en leverandør er særlig de klare faglige og økonomiske fordelene som er knyttet til at en leverandør kan ha samlet praksis og tilbud for prosedyrer som er nær beslektet med hverandre.

- (110) Argumentasjonen til klager fremstår forøvrig som underlig, når klager samtidig påstår at en korrekt tildeling i den første konkurransen skulle skjedd per fagområde, og ikke per prosedyre.

Kvalifikasjonskrav

- (111) Konkurranses grunnlaget pkt 6 fastslår at leverandører som ikke har hatt drift de siste tre årene, eller som er under etablering, må gi en grundig redegjørelse for hvordan kvalifikasjonskravene vil være oppfylt på tidspunktet for oppfyllelse. Dermed åpnes det for at leverandører som ikke oppfyller kravene på tilbudsinnleveringstidspunktet likevel kan delta i konkurransen. Dette sikrer best mulig konkurranse, og strider verken mot kravet til likebehandling eller til etterprøvnbarhet.

Habilitet

- (112) Advokat Valen og advokatfirmaet Thommessen har kun bistått Helse Vest i forbindelse med klagebehandlingen i etterkant av tildelingsbeslutningen 27. april 2006. Bistanden som ble innhentet var kun relatert til de klagegrunner som var anført av tilbyderne. Vestnorsk hadde ikke påklaget tildelingen, og var ikke part i klagesakene. Helse Vest vurderte på forhånd habilitetsspørsmålet, men kom til at det ikke forelå forhold som ga advokat Valen eller advokatfirmaet Thommessen slik økonomisk eller personlig interesse i tildelingen at man ville være inhabil ved klagebehandlingen.

Erstatning for den positive kontraktsinteresse

- (113) I forhold til øyekirurgi bemerkes at det ikke var grunnlag for å avvise Aleris fra konkurransen. Hvis KOFA likevel skulle legge det til grunn må det betraktes som et tvilstilfelle som ikke vil utgjøre en vesentlig feil.
- (114) Det foreligger uansett ikke tilstrekkelig sannsynlighetsovervekt for at Privatsykehuset ville blitt tildelt kontrakten.

Erstatning for den negative kontraktsinteresse

- (115) Det er ikke begått erstatningsbetingende feil. På samme måte som ved den første konkurransen er det sannsynlig at Privatsykehuset uansett ville deltatt i den andre konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (116) Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, og følger forskrift om offentlige anskaffelser av 2001 del I og III, jf. forskriftens § 2-1 (3) jf § 2-5 (25).

Klageinteresse

- (117) Klager har deltatt i konkurransene og har i så måte saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Nemnda finner at klager har saklig interesse i å få prøvd om det er begått brudd på anskaffelsesregelverket i den første anbudskonkurransen. Hvorvidt slike feil er begått vil ha betydning for klagers krav på erstatning, og klager har dermed en aktuell interesse i å disse forholdene vurdert.
- (118) Vurderingen av om den første tildelingsbeslutningen var riktig har også aktualitet for klager, selv om den senere ble annullert. Det er av betydning for erstatningsspørsmålet å få klarlagt om både tildeling og annullering var i strid med regelverket.
- (119) Innklagedes anførsel om at Privatsykehuset ikke kan ha saklig interesse i å få vurdert om selve beslutningen om å avlyse konkurransen var saklig begrunnet kan ikke føre frem. Det er tilstrekkelig å vise til at forskriftens § 17-1 (1) oppstiller vilkår for når avlysning kan skje. Det hører klart under klagenemnda å ta stilling til om vilkårene for dette er oppfylt.
- (120) Innklagedes anførsel om manglende klageinteresse for den andre anbudskonkurransen bygger på at spørsmålet om ansvarsgrunnlag og erstatning sammen med "alle spørsmål" - vil bli belyst i eventuell rettssak (ovenfor under (87)). Nemnda avgjør ikke rettsvirkninger av påviste saksbehandlingsfeil. Men når nemnda i klagesaken er kommet til at det er gjort ansvarsbetingende feil under begge konkurranser, kan nemnda uttale seg om erstatningsspørsmålet når den finner grunn til det – klageforskriftens § 12 annet ledd. Hvorvidt kravet – hvis det reises - faktisk fører frem, beror på rettens avgjørelse. Nemndas praksis er at man ikke tar opp erstatningsspørsmål uten at klager anmoder om dette – og det finnes å være grunn til å uttale seg om dette. Nemnda mener at det foreligger slik grunn i denne saken. Klager har derfor saklig interesse etter klageforskriftens § 6.

Særlig om avvisning av Fana Medisinske senter (FM)

- (121) Klager har påpekt at spørsmålet om hvorvidt FM skulle vært avvist bør avgjøres av klagenemnda, selv om Privatsykehuset uansett ikke skulle fått tildelt kontrakt på dette området. Nemnda finner at i en slik situasjon vil klager ikke ha noen aktuell interesse i å få forholdet prøvet, og nemnda behandler ikke dette spørsmålet nærmere.

Anbudskonkurranse 1

Saklig grunn til å avlyse konkurransen som følge av uklarhet om tildeling

- (122) Konkurransegrunnlaget pkt 3.2, som gjengitt innledningsvis, sammenholdt med at tilbudsskjemaet forutsatte at det skulle inngis pris pr prosedyre, tyder på at det var anledning til å tildele enkeltprosedyrer til tilbyderne, slik oppdragsgiver gjorde ved den første tildelingen.
- (123) På den annen side står det i pkt 8.2.1, som gjengitt innledningsvis, at evaluering vil skje for hvert fagområde. Når det da i pkt 8.2.2 slås fast at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å tildele flere kontrakter innen det enkelte fagområdet trekker det i retning av at det ikke skulle skje tildeling for hver enkelt

prosedyre. Dersom tildeling skulle skje pr prosedyre ville det vært unødvendig å presisere at det kunne tildeles flere kontrakter innen hvert fagområde.

- (124) Oppdragsgivers svar på spørsmål 12 og 25, jf ovenfor, tyder også klart på at tildeling ikke skulle skje enkeltvis pr prosedyre.
- (125) Nemnda finner det etter dette uklart hvordan tilbyderne etter konkurransegrunnlaget kunne forvente at tildeling skulle skje. Svarene i spørsmålsrunden klargjorde at tildeling skulle skje samlet pr fagområde. Samtidig fremgikk det ikke hvordan kriteriet "laveste pris" skulle benyttes. Av svaret på spørsmål 12 fremgikk det at det ville bli brukt en modell som gjorde at tilbud skulle kunne sammenlignes på pris uavhengig av enkeltprosedyrer, samtidig som de tilbyderne det ville bli inngått avtale med ville få avtale på de prosedyrene som var tilbudt. Hvordan dette i praksis skulle skje fremstår som uklart, også i lys av at oppdragsgiver til spørsmål 33 hadde svart at de ikke ville benytte gjennomsnittsberegninger.
- (126) Nemnda kan ikke se at det fremgår klart av anbudsdokumentene at tildeling skulle skje ved at alle leverandører som hadde laveste pris på en prosedyre, dermed også skulle få tildelt samtlige prosedyrer de hadde inngitt tilbud på innen samme fagområde. Leverandørene ville da kunne bli tildelt samtlige kontrakter innen et fagområde ved å innlevere et tilbud som var lavt kun på en prosedyre. Dette fremstår ikke for nemnda som en naturlig anvendelse av tildelingskriteriet "laveste pris". Ved dette er tildelingskriteriene ikke tilstrekkelig tydeliggjort, men dette betyr også at Klagenemnda ikke slutter seg til klagers fortolkning om å ligge best an til å oppnå tildeling.
- (127) Nemnda finner etter dette at konkurransegrunnlaget, sammenholdt med svarene i den etterfølgende spørsmålsrunden, ikke gjorde det tilstrekkelig klart for leverandørene på hvilken måte tildeling skulle skje. Det er da vanskelig å se andre alternativer til å avlyse konkurransen, dersom kravene til forutberegnelighet og likebehandling i anskaffelsesloven § 5 skulle overholdes. Avlysning var dermed saklig begrunnet, jf forskriften § 17-1 (1). At avlysning var saklig begrunnet utelukker likevel ikke erstatningsansvar, jf nedenfor

Positiv kontraktsinteresse

- (128) Klager har krevd dekket oppfyllelsesinteressen for alle kontrakter som man ble tildelt, og for dem man, etter klagers fortolkning av anbudsdokumentene, skulle blitt tildelt om innklagede hadde anvendt tildelingskriteriene korrekt. Dette gjelder samtlige prosedyrer man innga tilbud på innen protesekirurgi med innleggelse, og samtlige prosedyrer man innga tilbud på dagkirurgi innen fagområdene ortopedi og øyekirurgi.
- (129) Det følger av det ovennevnte at når det var uklart hvordan tildeling skulle skje kan det ikke fastslås tilstrekkelig klart at klager hadde krav på tildeling av bestemte prosedyrer. Dermed kan krav på den positive kontraktsinteresse ikke føre frem.

Erstatning for negativ kontraktsinteresse

- (130) Etter klagenemndas praksis er det forutsatt at en avlysning kan være saklig begrunnet, men likevel utløse krav om erstatning. Det kan være gjort ansvarsbetingende feil under konkurransen som ikke kan rettes på annen måte enn ved å starte på nytt.
- (131) Nemnda finner som nevnt ovenfor at avlysningen var saklig begrunnet. Samtidig var det klart at årsaken til at det ble nødvendig å avlyse skyldtes oppdragsgivers utforming av konkurransegrunnlaget sammenholdt med de svar innklagede ga i spørsmålsrunden. Innklagede kan etter nemndas oppfatning klandres for å ha skapt en situasjon der avlysning ble nødvendig. Den feilen som var begått ved ikke å klargjøre hvordan tildelingskriteriet skulle anvendes, må regnes som alvorlig. Dermed er det også ansvarsgrunnlag for å ilegge erstatning for klagers omkostninger ved å delta i den første anbudskonkurransen. At avlysningen av konkurransen for så vidt hadde saklig grunn hindrer ikke at de feil som gjorde det nødvendig å avlyse utløser erstatningsansvar.
- (132) Nemnda finner det videre klart at klager ikke ville deltatt i den første anbudskonkurransen om man hadde visst at oppdragsgiver ville begå slike feil at konkurransen måtte avlyses. Selv om det dreier seg om verdifulle kontrakter, slik innklagede har anført, er det vanskelig å se noen fornuftig grunn til å delta i en konkurranse man vet vil bli avlyst. Innklagedes anførsler på dette punkt kan åpenbart ikke føre frem. Dermed er det også årsakssammenheng mellom klagers eventuelle tap og ansvarsgrunnlaget.
- (133) Det tap klager her kan kreve erstattet er de ekstra omkostningene klager har hatt siden de på grunn av innklagedes feil deltok i to anbudskonkurranser i stedet for bare i en.

Særlig om innhenting av tilbud på linseekstraksjon

- (134) På bakgrunn av at nemnda har kommet til at det forelå saklig grunn til å avlyse hele konkurransen behandler nemnda ikke denne anførselen som gjelder en konkret tildeling som dermed bortfalt.

Brudd på taushetsplikt

- (135) Etter forskriften § 3-3 plikter oppdragsgiver å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.
- (136) I utgangspunktet vil et tilbuds totalpris, av hensyn til etterprøvbareheten, normalt ikke regnes som en forretningshemmelighet. Anbudspriser må generelt gjøres kjent når tildeling og forkastelse av anbud skal begrunnes etter forskriftens § 10-3 (2). Når slike tilbud i en avlyst anbudskonkurranse er gjort kjent for leverandørene, er dette i seg selv ikke til hinder for å utlyse en ny anbudskonkurranse eller ny konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 4-2 a og § 4-3 a. Likhetsprinsipper ivaretas ved at leverandørene stilles på linje i konkurranse nr. 2.
- (137) Delpriser, enhetspriser og lignende detaljer i et registrert tilbud vil lettere kunne anses som forretningshemmeligheter som ikke bør tilflyte konkurrentene, verken så lenge konkurransen pågår eller senere når det blir nødvendig å starte

konkurransen på nytt. Dette kan gjelde både ved ny anbudskonkurranse og ved konkurranse med forhandling.

- (138) I denne saken kan det på bakgrunn av uklarheten om tildelingskriteriet stilles spørsmål ved om prosedyreprisene i tilbudene skal regnes som en totalpris, eller som delpriser i et samlet tilbud. Uansett er det her klart at prosedyreprisene er den laveste enhetspris i leverandørenes tilbud, og leverandørene konkurrerer direkte på disse prisene. Etter nemndas oppfatning vil det være av konkurransemessig betydning for leverandørene å holde disse prisene skjult for konkurrentene.
- (139) Nemnda kan ikke se at innklagedes anførsel om at det i den andre konkurransen var lagt opp til en annen måte å regne ut laveste pris på endrer på dette.
- (140) Etter dette har nemnda kommet til at prosedyreprisene i den første konkurransen gjaldt forretningsforhold som det var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, og som skulle vært holdt hemmelig. Nemnda kan ikke se at innklagede har overholdt plikten til å hindre at andre fikk kjennskap til prosedyreprisene ved det forsøket som er gjort på anonymisering. På denne bakgrunn finner nemnda at innklagede har brutt taushetsplikten i forskriftens § 3-3.

Brudd på forhandlingsforbudet

- (141) Det er tilbudet - slik det foreligger ved utløpet av tilbudsfristen - sammen med konkurransegrunnlaget som skal utgjøre kontraktsforholdet mellom partene. Forhandlingsforbudet i forskriften § 16-1 tar sikte på å hindre at en tilbyder får anledning til å endre tilbudet mellom tilbudsåpning og tildeling.
- (142) I dette tilfellet ble konkurransen avlyst, og ny konkurranse utlyst. Dermed var forutsetningen at leverandørene skulle inngi nye tilbud i den andre konkurransen, der tildelingskriteriet var endret, og der det ellers var gjort mindre justeringer. Selv om det i realiteten dreier seg om i hovedsak den samme anskaffelsen som i den første konkurransen er det likevel klart at det ble avholdt en ny konkurranse, forskjellig fra den første. Forhandlingsforbudet tar ikke sikte på å regulere en slik situasjon, og nemnda er ikke enig med klager i at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse den første konkurransen.
- (143) Etter dette finner nemnda at innklagede ikke har overtrådt forskriftens § 16-1 ved å gjennomføre en ny konkurranse om i hovedsak de samme tjenestene, kort tid etter den første konkurransen.

Særlig om at protesekirurgi med innleggelse ble tatt ut av den andre konkurransen

- (144) Klager har anført at det også var i strid med saklighetskravet for avlysning når oppdragsgiver avlyste tildelingene for protesekirurgi med innleggelse for å utføre dette i egenregi.
- (145) Dersom den reelle begrunnelse for avlysning på dette feltet hadde vært at innklagede, etter å ha testet markedet, ville utføre arbeidene i egenregi, ville avlysning ikke vært saklig. Anbudskonkurransen er da ikke reell i forhold til markedet. Klagenemnda kan likevel ikke se at det er tilfelle her, når nemnda har kommet til at avlysning av hele konkurransen var saklig begrunnet som følge av uklar anvendelse av tildelingskriteriet.

- (146) Ved vurderingen av hvilke tjenester som skulle omfattes av den andre konkurransen må innklagede i utgangspunktet stå fritt til å vurdere egne behov. De vurderinger som innklagede har anført som grunnlag for å ta ut disse tjenestene fremstår som saklige, og nemnda kan ikke se at den første konkurransen ble gjennomført for å "teste markedet", slik klager har anført.
- (147) Nemnda finner etter dette ikke grunnlag for å konstatere brudd på anskaffelsesregelverket fordi protesekirurgi med innleggelse ble besluttet utført av innklagede selv.

Anbudskonkurranse 2

Om bruk av tildelingskriteriet laveste pris

- (148) Klager har anført at det var i strid med oppdragsgivers aktsomhetsplikt å gjennomføre ny konkurranse basert på tildelingskriteriet "laveste pris" samtidig som de opprinnelige prosedyreprisene var kjent for samtlige leverandører som hadde deltatt i den første konkurransen.
- (149) Det vil normalt være innenfor oppdragsgivers skjønn å vurdere om tildelingskriteriet skal være laveste pris, eller det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Oppdragsgivers skjønnsutøvelse begrenses av de alminnelige kravene i anskaffelsesloven § 5.
- (150) Nemnda legger som nevnt til grunn at kunnskap om de opprinnelige prosedyreprisene var av betydning for å beregne prisnivået på konkurrentenes tilbud i den andre konkurransen. Det fremstår som klart at det i den andre konkurransen dermed måtte bli en konkurranse om å presse prisene nedover i forhold tilbudene i den første anbudsrunden. Denne virkningen strider mot formålet bak taushetsplikten i anbudskonkurranser, der det er et sentralt hensyn at leverandørene ikke skal kjenne noen deler av tilbudene til konkurrentene før tilbudsåpning. Dette er sentralt for å fremme en mest mulig effektiv konkurranse, men også hensynet til god forretningsskikk pålegger oppdragsgiver taushetsplikt for å beskytte leverandørene mot innsyn fra konkurrentene.
- (151) Nemnda finner likevel ikke grunnlag for å konstatere brudd på anskaffelsesregelverket her. I den situasjonen som var oppstått kan nemnda vanskelig se at det var andre realistiske alternativ enn å gjennomføre en ny konkurranse snarest mulig. Helse Vest var avhengig av å kjøpe inn disse tjenestene, og feilen i den første konkurransen kunne ikke forhindre dem i å gjennomføre en ny anskaffelse. Det er heller ikke grunnlag for å pålegge Helse Vest å benytte andre tildelingskriterier enn dem innklagede selv har vurdert som mest hensiktsmessig. Et slikt inngrep i oppdragsgivers skjønnsfrihet fremstår ikke i tråd med anskaffelseslovens hovedformål om at regelverket skal bidra til mest mulig ressurseffektive anskaffelser.

Kravet til konkurranse

- (152) Anskaffelsesloven § 5 skal sikre at oppdragsgivers anskaffelser i det konkrete innkjøp skjer etter konkurranse. Nemnda kan derimot ikke se at kravet til konkurranse i anskaffelsesloven § 5 pålegger oppdragsgiver å utforme

tildelingskriteriene slik at man ivaretar det bredere hensynet til konkurranse i leverandørmarkedet generelt. Nemnda kan heller ikke se at klager har dokumentert at utformingen av tildelingskriteriet i den andre anbudskonkurransen faktisk vil føre til etablering av små monopoler, slik det er anført.

- (153) Det hører videre inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å balansere hensynet til mest mulig konkurranse mot andre relevante hensyn, for eksempel hensynet til en hensiktsmessig fordeling av tjenesteleveranser på de enkelte fagområdene. Skjønnsfriheten begrenses av de alminnelige kravene til saklighet og forsvarlighet, og av de generelle kravene i anskaffelsesloven § 5. Når oppdragsgiver, som her, har oppstilt et utgangspunkt om at det ønskes en leverandør pr fagområde er det et valg som nemnda ikke finner grunn til å overprøve.

Tildeling til Aleris

- (154) Nemnda kan ikke se at det var i strid med kravene til likebehandling og etterprøvbarhet at konkurransegrunnlaget åpnet for at leverandører som dokumenterte at de var kvalifisert innen kontraktsoppfyllesestidspunktet kunne delta i konkurransen. Klagenemnda er ikke enig i at det er en prinsipiell forskjell i å dokumentere at man er kvalifisert på tilbudsinnleveringstidspunktet i forhold til at man vil være det på kontraktsoppfyllesestidspunktet.

Inhabilitet

- (155) Etter forvaltningsloven § 6 første ledd jf annet ledd, er en offentlig tjenestemann inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse i den grad det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet. Bestemmelsen gjelder tilsvarende for innkjøpere som omfattes av anskaffelsesregelverket i de tilfeller der forvaltningsloven ikke direkte kommer til anvendelse, jf forskriftens § 3-4. Dette må forstås slik at selv om en ekstern rådgiver som innkjøper benytter seg av ikke er en offentlig tjenestemann, må reglene om habilitet gjelde tilsvarende for dem.
- (156) Ved å rådgi oppdragsgiver i forbindelse med klageprosessen har advokatfirmaet Thommessen bidratt til å tilrettelegge grunnlaget for beslutningen om ikke å ta klagen til følge. Spørsmålet er da om det forelå særegne forhold som gjorde advokatfirmaet Thommessen inhabile til å tilrettelegge grunnlaget for denne avgjørelsen, jf forvaltningsloven § 6.
- (157) Vestnorsk må som deltaker i konkurransen anses som part i klagesaken, siden et av kravene fra klager var at den andre konkurransen måtte avlyses.
- (158) Agnar Langeland er styreformann i Vestnorsk, og samtidig ansatt advokat i advokatfirmaet Thommessen. Langeland har selv ikke deltatt i rådgivningen i klagesaken, og omfattes dermed ikke av den absolutte inhabilitetsgrunnen i forvaltningsloven § 6, bokstav c. Spørsmålet er om Langelands ansettelse i advokatfirmaet Thommessen gjør hele firmaet inhabilt til å delta i tilretteleggelsen av avgjørelsen i klagesaken etter den generelle regelen i § 6 annet ledd.
- (159) Som ansatt advokat vil Langeland ikke ha noen instruksjonsmyndighet overfor advokat Valen, som her har representert innklagede. Advokatfirmaet Thommessen vil ut fra det som er opplyst her ikke ha noen økonomisk interesse i utfallet av

klagesaken i forhold til utfallet for Vestnorsk, og det er ikke opplyst at det er andre bindinger mellom Vestnorsk og advokatfirmaet Thommessen. På denne bakgrunn kan klagenemnda ikke se at det er grunnlag for å regne advokatfirmaet Thommessen som inhabilt ved behandlingen av klagesaken.

Erstatning

(160) Erstatning for den positive kontraktsinteresse er uaktuelt i det nemnda har kommet til at konkurransen skulle vært avlyst. Klager kan da ikke dokumentere at han ville oppnådd tildeling om feilene ikke var blitt begått.

(161) Siden klager deltok i den andre konkurransen med kunnskap om at prosedyreprisene var gjort kjent for samtlige leverandører, og med kunnskap om at tildelingskriteriet også denne gang var laveste pris, kan nemnda ikke se at klager ikke ville deltatt i konkurransen om man på forhånd hadde vært klar over hvilke feil som ville bli begått. Det er derfor ikke grunnlag for krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen for den andre anbudskonkurransen. Men når de to konkurranser ses under ett, og det tas hensyn til at deltagelsen i den første konkurransen kan ha gitt en fordel når man skulle tilrettelegge tilbudet i den andre konkurransen, mener nemnda at klagers erstatning må settes lik de meromkostninger klager ble påført ved å måtte delta i to og ikke bare én konkurranse, jf. ovenfor under (133).

Konklusjon:

Helse Vest RHF har brutt kravet til taushetsplikt i anskaffelsesforskriften av 2001 § 3-3 ved å opplyse om de enkelte leverandørers tilbudspriser pr prosedyre i den første anbudskonkurransen.

Helse Vest RHF er erstatningsansvarlig for de ekstra omkostningene klager har hatt ved å delta i to anbudskonkurranser i stedet for i én.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,
26.2.2007

Kai Krüger