



**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 innklagede hadde brutt forhandlingsforbudet ved å tillate en leverandør å endre omfanget i sitt tilbud etter tilbudsfristens utløp. Avlysning av den første konkurransen var saklig, men Helse Vest var ansvarlig for den negative kontraktsinteressen ved at klager hadde deltatt i to konkurranser i stedet for i én. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse av 26.2.2007 i sak 2006/73

Klager: Fana Medisinske Senter AS

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger, Jakob Wahl

Saken gjelder: Taushetsplikt, avvisning, forhandlingsforbudet, avlysning med mer.

Bakgrunn:

- (1) Bakgrunnen for de anbudskonkurransene som er omhandlet i nærværende sak er også omtalt i sak 2006/27. Til dels er samme anførsler gjort gjeldende i begge saker. Der det er tilfelle henviser nemnda til avgjørelsen i sak 2006/73.
- (2) Nedenfor redegjør nemnda innledningsvis for en del uttrykk og ordninger som danner bakgrunn for nærværende sak:
- (3) I det følgende menes det med ”prosedyre” operasjonstype. Eksempelvis er grå stær en prosedyre under fagområdet øye.
- (4) 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

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

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:

- (5) 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:
- (6) *”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. Avtalespesialisten mottar egenandeler fra pasientene etter samme takster som for sine”*

Om samarbeidsavtaler/driftsavtale:

- (7) 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.
- (8) Samarbeidsavtalene/driftsavtalene omfatter ikke dagkirurgi. Det må derfor inngås tilleggsavtaler for denne type tjenester. 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.

Om sakens bakgrunn:

- (9) Den 11.11.05 kunngjorde Helse Vest RFH (Helse Vest) åpen anbudskonkurranse for kjøp av kirurgiske tjenester. Verdien på tjenestene var anslått til ca NOK 250 millioner. Konkurransen omfattet både dagkirurgi og kirurgiske inngrep som krevde innleggelse. Tilbudsfrist var 9.12.05.
- (10) 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.
- (11) 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.”

(12) Av pkt 3.2 fremgikk følgende fagområder:

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

(13) 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”

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

(15) 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”

(16) Klager deltok i denne anbudskonkurransen. Det ble avholdt en spørsmålsrunde, og 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) Ved e-post av 16.01.06 ble leverandørene informert om tildelingsbeslutningen. 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.

(25) Tildeling skjedde enkeltvis for hver prosedyre til de leverandører som hadde lavest pris.

(26) 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

(27) Ved brev av 3. februar 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)."

(28) Ved brev av 09.02.06 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"

(29) Ny anbudskonkurranse ble kunngjort 22.03.06. Konkurransen gjaldt i hovedsak de samme tjenestene som i den første konkurransen. Tildelingskriteriet var også denne gang laveste pris, jf konkurransegrunnlaget pkt 9.2.1 og 9.2.2.

(30) 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.

(31) Av konkurransegrunnlaget pkt 6.1 om kvalifikasjonskriterier, fremgikk det bl.a. at leverandørene skulle ha en organisasjon som var kompetent til å utføre tjenestene, og som skulle ha en god gjennomføringsevne.

(32) Tilbudsfrist for den nye konkurransen var 06.04.06. Klager deltok også i denne konkurransen, men ble ikke tildelt kontrakt.

(33) Klager påklaget den 08.05.06 konkurransen og tildelingsbeslutningen. 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 også deltok i konkurransen, og som ble tildelt kontrakt innen fagområdet rygg.

(34) Ved klage av 11.05.06 ble klage sendt inn til KOFA.

(35) Kontrakt er inngått på samtlige 9 fagområder som ble omfattet av den andre anbudskonkurransen.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Opplysninger om anbudspriser

(36) Det utgjør en saksbehandlingsfeil når hver leverandørs tilbudspriser i den første anbudskonkurransen ble gjort kjent for de andre leverandørene. En ny påfølgende anbudsrunde blir en farse, når tildelingskriteriet også der er laveste pris.

Likebehandling av informasjon

(37) Det var ikke alle leverandørene i den andre anbudskonkurransen som fikk tilgang på tilbudsprisene fra den første konkurransen. Dette utgjør ulovlig forskjellsbehandling av leverandørene.

Innsyn i sensitive opplysninger

(38) I første anbudsrunde fikk en leverandør tilsendt sensitive opplysninger fra tilbudsgrunnlagene fra en del andre leverandører. Dette er i strid med konkurransegrunnlaget pkt 5.6. Det at slike opplysninger ble gitt til konkurrenter i den første runden kunne benyttes til å posisjonere seg i den andre konkurransen. Dette er i strid med likebehandlingsprinsippet.

(39) Det er nesten like kritikkverdig at denne praksisen ble snudd i den påfølgende anbudskonkurransen, slik at Helse Vest ikke lenger ville gi samme innsyn som man hadde hatt i den første konkurransen.

Avvisning som følge av dumpingpriser

(40) Kjennskapet til prisene i første anbudsrunde ble benyttet av noen av leverandørene til å inngi så lave priser i neste runde at de ikke dekker kostnadene med administrasjon og operasjon av de prosedyrer det ble inngitt tilbud på. Det er risiko for at leverandørene ikke kan gjennomføre oppdraget uten å omgå bestemmelsene om ikke å kunne avvise pasienter. Tilbudene burde vært avvist.

Brudd på kvalifikasjonskriteriene- forhandlingsforbudet I - likebehandlingsprinsippet

(41) Konkurransegrunnlaget pkt 6.1 krever at leverandøren skal ha en organisasjon som er kompetent til å utføre tjenestene. Det er innenfor øre-nese-hals gitt 900 + 150 DRG-poeng til fire Helse Vest avtalespesialister, som har 100 % avtalepraksis. Disse har ikke lov til å redusere sin praksis under en viss definert arbeidstid uten søknad om permisjon. Leverandører som har 100 % avtalepraksis må derfor avvises som ukvalifiserte, siden de fire leverandørene det her er tale om ikke har kapasitet til å utføre en så stor operasjonsrelatert aktivitet som evalueringen forutsetter.

- (42) Helse Vest har endret kontraktsvilkårene for tilbyderne i de ”små kontorpraksisene” som nå tilbys avtale innenfor fagområdet øre-nese-hals, ved å fravike kravet om at ”ingen pasienter kan avvises”. Helse Vest åpner dermed for at ”lavpristilbyderne” i de ”små kontorpraksisene” kan få tilby kun de enkle lavprisoperasjonene som ikke krever omfattende operasjonsfasiliteter eller personell. Dette utgjør brudd på forhandlingsforbudet og likebehandlingsprinsippet.

Forhandlingsforbudet II

- (43) I anbudene ble det oppgitt en eksakt pris og et eksakt DRG-kapasitetstall. Klager anfører at disse størrelsene er eksakte og kan ikke endres i ettertid, selv om tilbudet skulle angi at man har kapasitet til å operere inntil en gitt DRG. Dersom dette er et forbehold skal tilbudet avvises. Det ble gjennomført kontakt mellom en øre-nese-hals-tilbyder og oppdragsgiver, og denne kontakten medførte en endring i tilbudet slik at oppgitt DRG-kapasitetstall ble endret. Dette skjedde etter et utilbørlig press fra oppdragsgiver med hensyn til at leverandøren måtte redusere sin oppgitte kapasitet. Det refereres her til telefonkonferanse mellom øre-nese-hals lege Michael Strand i Haugesund og advokat Eriksen og seniorrådgiver Ingvill Skogseth fra Helse Vest, der DRG tilbud på 900 ble redusert til 450. Forholdet er i strid med forhandlingsforbudet.

Forhandlingsforbudet III

- (44) Kombinasjonen av avlysning av første anbudskonkurranse og spredning av informasjon om prisene, samt påfølgende utlysning av ny konkurranse, anser vi som omgåelse av forhandlingsforbudet.

Totalforkastelse i den første anbudskonkurransen

- (45) Det var ikke saklig grunn for å totalforkaste samtlige tilbud i den første anbudskonkurransen.

Avlysning og erstatning

- (46) Som følge av brudd på regelverket har klager krav på at den andre konkurransen avlyses, alternativt krav på erstatning.

Inhabilitet

- (47) Advokatfirmaet Thommessen er inhabile til å behandle klagesaken, siden Agnar Langeland er styreformann i Vestnorsk Ortopedisk Sykehus AS (Vestnorsk) og advokat i Thommessen. Det innebærer at advokatfirmaet Thommessen representerer både innklagede og en av tilbyderne som har fått tildelt kontrakt.

Innklagedes anførsler:

Opplysninger om anbudspriser i den første konkurransen

- (48) Avgjørende i forhold til anskaffelsesregelverket er at de aktuelle tilbyderne hadde samme informasjon, og at det foreligger likebehandling av tilbyderne. De opplysningene som ble gitt om priser i den første konkurransen var nødvendige ledd i begrunnelsesplikten. Uansett var det tale om opplysninger som ikke var av konkurransemessig betydning for dem opplysningene angikk.

Likebehandling av informasjon

- (49) Om det skulle foreligge tilbydere som ikke fikk nøyaktig samme informasjon som de tilbyderne som deltok i den første anbudskonkurransen vil det ikke påvirke evalueringen, eller den konkurransemessige situasjonen i forhold til klagers tilbud. Samtlige tilbydere har uansett hatt samme informasjon, og det foreligger ingen relevant forskjellsbehandling. Med ett unntak deltok alle tilbydere i den andre konkurransen også i den første konkurransen.

Innsyn i sensitive opplysninger

- (50) Forholdet kommenteres ikke nærmere. Det har uansett ikke betydning for den andre anbudskonkurransen, og det har ingen relevant betydning for klagers tilbud eller evalueringen av dette. At konkurransegrunnlaget ble endret ved utlysningen av mars 2006 representerer en omstendighet som er lik for samtlige tilbydere.

Avvisning som følge av dumpingpriser

- (51) Tilbyderne i den andre konkurransen hadde informasjon om tilbudsprisene i den første konkurransen. Alle tilbyderne måtte vurdere denne omstendigheten ved sin prisfastsettelse i forhold til det angitte tildelingskriterium. Det forelå ingen plikt for Helse Vest til å avvise tilbud på grunn av pris, og Helse Vest har vurdert og tatt stilling til denne muligheten.

Brudd på kvalifikasjonskriteriene/forhandlingsforbudet/ likebehandlingsprinsippet

- (52) Helse Vest har i sin evaluering lagt til grunn den praksis man har fulgt tidligere hvor avtalespesialister kan nytte deler av sin praksis til dagkirurgiske oppgaver med ISF-refusjon etter avtale med regionalt helseforetak. Den enkelte leges ressursbruk vil avhenge av den konkrete avtale inngått mellom Helse Vest og legen om hvordan avtalepraksisen skal benyttes. Etter Helse Vests vurdering vil derfor avtalespesialister kunne bruke deler av arbeidstiden på dagkirurgiske oppdrag knyttet til de angjeldende rammeavtaler, såfremt dette skjer i samforstand med Helse Vest. Leverandørene oppfylte kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget. Oppfyllelsesevnen videre er et kontraktsspørsmål.

- (53) Det avvises at forhandlingsforbudet er brutt, og at kontraktsvilkår er endret.

Forhandlingsforbudet II

- (54) Samtalen det refereres til var foranlediget av at evalueringsteamet på Helse Vest oppfattet tilbudet fra lege Michael Strand som om han hadde tolket konkurransegrunnlaget slik at det *ikke* var anledning til å inngi tilbud på deler av oppgitt kvantum for det enkelte fagområdet.
- (55) På denne bakgrunn kontaktet Skogseth og Eriksen Strand. Det ble presisert at henvendelsen kun hadde som formål å få avklart spørsmål Helse Vest satt igjen med etter å ha gjennomgått tilbudet fra Strand, og det ble understreket at det ikke var anledning til å forhandle eller gjøre endringer i det mottatte tilbudet. Strand ga da uttrykk for at han hadde anledning til å operere i samsvar med det inngitte tilbud, men at det ville kunne gå utover kapasiteten til å påta seg andre oppgaver (typisk utredning av pasienter henvist til fastleger).
- (56) Strand ga uttrykk for at Helse Vest måtte ta stilling til hvor mye av arbeidstiden de ønsket at han eventuelt skulle bruke på de dagkirurgiske inngrep som var omfattet av anbudet hans, og hvor mye tid de ønsket at han skulle bruke på andre oppgaver.

Helse Vest fant på denne bakgrunn at Michael Strand var kvalifisert til å operere henholdsvis 400 og 50 DRG-poeng i kategoriene øre-nese-hals 1 og 2.

- (57) Strand har ikke fått en urettmessig fordel i forhold til de andre tilbyderne som følge av avklaringen. Avklaringen av Strands tilbud gjaldt verken pris eller de tilbudte tjenesters kvalitet eller innhold, men en reduksjon av den øvre ramme for ytelsens omfang. Avklaringen ivaretok hensynet til Helse Vest, og var til gunst for de øvrige tilbyderne på de aktuelle fagområdene. Det fremgår klart siden Strand hadde laveste pris på fagområdene øre-nese-hals 1 og 2. Forhandlingsforbudet er ved dette ikke brutt.

Forhandlingsforbudet III

- (58) Ingen av tilbudene har blitt endret, eller forsøkt endret i den første eller den andre anbudskonkurransen. De grunnleggende kravene til konkurranse og likebehandling som forhandlingsforbudet skal ivareta ble etterlevd i både den første og andre konkurranse.

Avlysning av den første konkurransen

- (59) Konkurransen ble avlyst fordi det var vanskelig å sammenlikne de innkomne tilbud ut fra kriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Habilitet

- (60) Advokat Valen har kun bistått Helse Vest i forbindelse med klagebehandlingen i etterkant av tildelingsbeslutningen. Bistanden har vært relatert til de klagegrunner som har vært anført av Fana Medisinske Senter og enkelte av de øvrige tilbyderne. Vestnorsk hadde ikke påklaget tildelingsbeslutningen og var ikke part i klagesakene. Helse Vest har vurdert forholdet, og ikke funnet at advokatfirmaet Thommessen hadde slik økonomisk eller personlig interesse i tildelingen at man ville være inhabil under klagebehandlingen.

Klagenemndas vurdering:

- (61) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, og følger forskrift om offentlige anskaffelser av 2001 del I og III, jf. forskriftens § 2-1 (3) jf § 2-5 (25).

Opplysninger om anbudspriser i den første konkurransen

- (62) Nemnda viser til sak 2006/27 der den samme problemstillingen er drøftet og avgjort. Nemnda finner som der nevnt at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-3.

Likebehandling av informasjon

- (63) Samtlige deltakere fra den første anbudskonkurransen, inkludert klager, fikk informasjon om tilbudsprisene til de andre leverandørene. Etter det som er opplyst i klagesak 2006/27, var det kun én leverandør i den andre konkurransen som ikke også deltok i den første konkurransen. Denne leverandøren har ikke påklaget forholdet, og nemnda kan ikke se at klager har saklig interesse i å få avgjort om kravet til likebehandling er ivaretatt i forhold til tredjepart.

Innsyn i øvrige opplysninger fra andre leverandørers tilbud i den første konkurransen

- (64) Partene er uenige om noen leverandører fikk innsyn i slike opplysninger. Klager har ikke dokumentert at det har skjedd. Basert på at bevisføringen for nemnda er skriftlig, og ikke egnet til å avklare bevisvil her, finner nemnda ikke å kunne ta stilling til anførselen.

Avvisning som følge av dumpingpriser

- (65) Anskaffelsesforskriften § 15-10 (2) c oppstiller en mulighet, men ingen plikt for innklagede til å avvise tilbud som følge av at prisene fremstår som unormalt lave. Vurderingen her er underlagt innklagedes skjønn. Skjønnsutøvelsen kan overprøves i den grad den ikke er saklig, forsvarlig eller bygger på riktig faktisk grunnlag. Nemnda finner ikke grunnlag for å overprøve klagers beslutning her.

Brudd på kvalifikasjonskriteriene/forhandlingsforbudet/ likebehandlingsprinsippet

- (66) Hvorvidt en leverandør oppfyller kvalifikasjonskriteriet om å ha en organisasjon som er kompetent til å utføre tjenestene, beror på en innkjøpsfaglig vurdering der innklagede vil ha stor skjønnsfrihet, innenfor de ovennevnte rammer.
- (67) Den enkelte leges ressursbruk vil, etter det som er opplyst av Helse Vest, avhenge av den konkrete avtale inngått mellom Helse Vest og legen om hvordan avtalepraksisen skal benyttes. Etter Helse Vests vurdering vil derfor avtalespesialister kunne bruke deler av arbeidstiden på dagkirurgiske oppdrag knyttet til de angjeldende rammeavtaler, såfremt dette skjer i samråd med Helse Vest. Nemnda finner etter dette ikke grunnlag for å overprøve Helse Vests vurderinger knyttet til hvilken kapasitet den enkelte leverandør har til å oppfylle de kontrakter som ble tildelt i den påklagede anbudskonkurransen.
- (68) Klager har videre anført at Helse Vest har endret kontraktsvilkårene for tilbyderne i de ”små kontorpraksisene” som i følge klager ble tilbudt avtale innenfor fagområdet øre-nese-hals, ved at kravet om at ”ingen pasienter kan avvises” ble fraveket. Helse Vest bestrider at det har forekommet endringer i kontraktsvilkår, og nemnda kan ikke se at klager har dokumentert påstanden.

Forhandlingsforbudet II

- (69) Spørsmålet er om det var i strid med forhandlingsforbudet i forskriften § 16-1 (1) da Helse Vest kontaktet lege Michael Strand for å avklare omfanget av hans tilbud innen fagområdet øre-nese-hals. I § 16-1 (2) bokstav a-c er det uttømmende redegjort for hvilke avklaringer som kan foretas. Det er kun adgang til å foreta oppklaring av eventuelle uklare punkter. Tilbudets innhold kan ikke endres som følge av avklaringene.
- (70) Helse Vest har ikke anført at det var uklart hvordan Strands tilbud skulle forstås. Derimot var Helse Vest i tvil om Strand hadde forstått at han ikke var forpliktet til å la tilbudet omfatte hele det oppgitte kvantum på fagområdet. Strand hadde opprinnelig tilbudt et omfang på 900 DRG poeng. Etter tilbudsåpning ble han derfor kontaktet av Helse Vest, og omfanget ble som følge av kontakten redusert til 450 DRG poeng. Helse Vest har forklart at Strand ble ansett kvalifisert til å operere henholdsvis 400 og 50 DRG-poeng i kategoriene øre-nese-hals 1 og 2.

- (71) Nemnda forstår Helse Vests forklaring slik at denne leverandøren ikke ville hatt ledig kapasitet til å operere de opprinnelige tilbudte 900 DRG poeng. Dermed ville leverandøren ikke oppfylt konkurransegrunnlagets krav i pkt 6.1 om god gjennomføringsevne, og kravet om å ha en organisasjon som var kompetent til å utføre tjenestene. Realiteten er da at oppdragsgiver har kontaktet en leverandør for å få tilbudet nedjustert til et nivå som gjør at leverandørens organisasjon kan møte kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget.
- (72) Hvis det ikke hadde vært for endringen av tilbudets omfang, skulle Strand vært avvist som ukvalifisert etter forskriften § 15-12 (1) a. Innklagedes opptreden strider da mot forhandlingsforbudet i § 16-1 (1) og mot kravet til likebehandling etter anskaffelsesloven § 5.

Forhandlingsforbudet III

- (73) Nemnda viser til sak 2006/27 der den samme problemstillingen er drøftet og avgjort. Nemnda finner som der nevnt at innklagede ikke har brutt forhandlingsforbudet i forskrift om offentlige anskaffelser § 16-1 (1).

Avlysning av den første anbudskonkurransen

- (74) Nemnda viser til sak 2006/27 der den samme problemstillingen er drøftet og avgjort. Nemnda finner som der nevnt at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse den første konkurransen.

Avlysning av den andre anbudskonkurransen

- (75) Nemnda viser til sak 2006/27 der den samme problemstillingen er drøftet og avgjort. Nemnda finner som der nevnt at innklagede ikke handlet i strid med regelverket da ”laveste pris” ble benyttet som tildelingskriterium. Nemnda kan etter dette ikke se at den andre konkurransen skulle vært avlyst.

Erstatning

- (76) Klager har ikke spesifisert eller grunnlagt nærmere sitt krav på erstatning. Nemnda viser til sak 2006/27 der nemnda fant at klager hadde krav på erstatning for merutgiftene til deltakelse i to anbudskonkurranser i stedet for i én. Tilsvarende gjelder for klager i nærværende sak.

Habilitet

- (77) Nemnda viser til sak 2006/27 der den samme problemstillingen er drøftet og avgjort. Nemnda finner som der nevnt at advokatfirmaet Thommessen ikke var inhabile til å bistå under klagebehandlingen.

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 har brutt forhandlingsforbudet i anskaffelsesforskriften § 16-1 (1) og kravet til likebehandling i anskaffelsesloven § 5 ved å la en leverandør endre tilbudets innhold etter tilbudsfristens utløp.

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

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda,

26.2.2007,

Kai Krüger