



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse vedrørende leveranse av dagkirurgiske tjenester. Klagenemnda fant at konkurransegrunnlaget ikke var tilstrekkelig klart med hensyn til hvem som kunne inngi tilbud, og at dette var i strid med kravet til forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 26. februar 2007 i sak 2006/83 – 8

Klager: Argus Øyeklinikk

Innklaget: Helse Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Konkurransgrunnlag. Likebehandling. Tildelingsevaluering.

Bakgrunn:

- (1) Helse Øst RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. juni 2005 i Doffin, og 27. juni 2005 og 30. juni 2005 i Norsk Lysningsblad, en åpen anbudskonkurranse vedrørende en rammeavtale på leveranse av dagkirurgiske tjenester.

- (2) Konkurransgrunnlaget inneholdt i pkt. 1 "Innledning" følgende:

"Som et supplement til de tjenester våre egne helseforetak leverer, ønsker vi å inngå avtale om leveranse av dagkirurgiske tjenester fra private spesialister. Avtalene begrenses til å gjelde prosedyrer som utløser ISF-refusjon til de regionale helseforetak, med mindre annet er oppgitt.

Oppdragsgiver ønsker å kjøpe helsetjenester innen dagkirurgi. Helse Øst RHF ønsker tilbud innenfor følgende områder:

- Generell kirurgi
- Ortopedi
- Urologi
- Øyekirurgi, herunder korreksjon av nærsynthet/langsyndhet
- Øre, nese hals"

- (3) Kunngjøringen inneholdt i pkt. III.2.1.1) "Juridisk stilling – krav til dokumentasjon" følgende:

"Leverandøren må være en privat institusjon eller selskap/virksomhet".

- (4) Videre inneholdt kunngjøringen under pkt. III.2.1.2) ”Økonomisk og finansiell kapasitet – krav til dokumentasjon”, og pkt. III.2.1.3) ”Teknisk kapasitet – krav til dokumentasjon”, krav som rettet seg mot foretaket og leverandørens bemanning.
- (5) Det hitsettes fra konkurransegrunnlaget pkt. 4 ”Tilbudet”:

”4.1 Leverandørens kvalifikasjoner

De kvalifikasjonskrav som må være innfridd/dokumentert for at leverandørene skal komme i betraktning:

1. *Leverandøren må være en privat spesialist*
 2. *Leverandøren må ha økonomisk grunnlag for drift*
 3. *Leverandøren må ha helse- og medisinskfaglig bemanning i fht ytelse og regelverk.*
 4. *Kvalitetssikringssystem og internkontrollsystem.*
 5. *Leverandøren skal ikke ha avviksmerknader fra offentlige myndigheter*
 6. *Leverandørens utførende personell skal beherske norsk språk”*
- (6) Samme sted var det angitt en liste over dokumentasjon som skulle vedlegges tilbudet, blant annet:

”12. Oversikt over bemanning: *Gi en oversikt over foretakets totale bemanning. Herunder en oversikt over medisinsk og helsefaglig utdanning og faglige kvalifikasjoner hos leverandøren, særlig hos den eller de som er faglig ansvarlig for utførelsen av ytelsen og foretakets administrative ledelse. Samt en oversikt over hovedarbeidsgiver for deltidsansatte og evt. innleid arbeidskraft. Jfr også vedlegg 5 – med vedlegg for bemanning.”*

- (7) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget pkt. 6:

”6. Valg av tilbud – tildelingskriterier

Helse Øst skal velge det for Helse Øst mest økonomiske fordelaktige tilbudet basert på kvalitet, tilgjengelighet, leveringssikkerhet og pris. På ellers like betingelser vil pris bli utslagsgivende.

6.1 Pris

I vurdering av pris vil alle kostnader forbundet med ytelsen inngå.

6.2 Kvalitet

I vurderingen av kvalitet vil det bli lagt vekt på:

- *System for oppfølging av lovkrav*
- *Faglig bemanning*
- *Metoder og resultat*
- *Lokaler*

Det vil ikke bli lagt avgjørende vekt på ”kvalitet” som er utover det som er nødvendig og hensiktsmessig for å levere faglig forsvarlig tjeneste i hht dette anbudsgrunnlaget.

6.3 Tilgjengelighet og leveringssikkerhet

I vurdering av tilgjengelighet og leveringssikkerhet vil det bli lagt vekt på:

- *Utførende institusjons beliggenhet i forhold til befolkningstyngden i regionen og i forhold til offentlig kommunikasjon.*
- *Tilgjengelighet/tilrettelegging for forflytningshemmede og mennesker med sansetap og hvordan institusjonen organiserer åpningstider/ferieavvikling.*
- *Finansielt grunnlag og ledelsesmessige forhold som sikrer kontinuitet og utvikling.*
- *Spesialistens muligheter for å starte opp leveransen 01.01.2006.”*

- (8) I vedlegg 5 til konkurransegrunnlaget ”**TILBUDSSKJEMA PÅ PRIS for kjøp av dagkirurgi utenfor sykehus**” het det:

”Vedlegg 1

Fagressurser

Medisinsk ansvarlig lege:

Navn, spesialitet, funksjonsbeskrivelse, tilknytning/ansettelsesforhold, stillingsstørrelse, eventuelt andre arbeidsgivere/hovedarbeidsgiver/egen virksomhet. Vennligst legg ved kopi av avtaler.

Øvrige leger:

Øvrige legers stillingsstørrelse, spesialitet og tilknytning/ansettelsesforhold, stillingsstørrelse, eventuelt andre arbeidsgivere/hovedarbeidsgiver/egen virksomhet.

Øvrige ansatte:

Antall årsverk og personer, faggruppe eventuelt m/spesialitet/tilleggsutdanning og angivelse av eventuelt andre arbeidsgivere/hovedarbeidsgiver/egen virksomhet.”

- (9) Av ”**Spørsmål vedrørende anbudskonkurranse for kjøp av dagkirurgi utenfor sykehus**” sendt ut til alle tilbyderne i e-post av 16. august 2005, fremgikk følgende:

”Spørsmål 1)

Skal avsender av anbudet være den enkelte spesialist eller kan det være det firma som leier inn spesialisten for å utføre tjenesten?

Svar: Helse Øst RHF inngår avtale med den utførende spesialist. Det er derfor den utførende spesialist som skal sende tilbudet.”

- (10) Innen tilbudsfristen 1. september 2005 var det inngitt 4 tilbud på tjenesten dagkirurgi øye. Blant tilbyderne var Willy Pettersen, Argus Øyeklinikk (heretter kalt klager).
- (11) I brev av 9. september 2005 til tilbyder på leveranse av dagkirurgi øre, nese, hals, Omnia Medisinske Senter AS, opplyste innklagede om at denne ble avvist med grunnlag i følgende forhold:

”Helse Øst RHF har i tilbudsinnbydelsen presisert at det er dagkirurgi utenfor sykehus som er gjenstand for denne konkurransen. Det står i tilbudsinnbydelsen at ”Som et supplement til de tjenester våre egne helseforetak leverer, ønsker vi å inngå avtale om leveranse av dagkirurgiske tjenester fra private spesialister”. I dette ligger, som også er presisert i spørsmål og svar til konkurransegrunnlaget, at det er ønsket å inngå avtaler direkte med spesialistene.

Omnia Medisinske Senter AS har spesialister ansatt, mens man i denne konkurransen har ment å inngå avtaler direkte med den enkelte spesialist. Helse Øst RHF må på denne bakgrunn avvise Omnia Medisinske Senter fra å delta i konkurranse om kjøp av dagkirurgi utenfor sykehus.”

- (12) I brev av 20. oktober 2005 opplyste innklagede følgende om valg av tilbyder for dagkirurgi øye:

”Konkurransen er gjennomført. Helse Øst RHF har tatt en avgjørelse på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet for Helse Øst RHF. Vi har i denne vurderingen lagt vekt på: Pris, kvalitet, leveringssikkerhet og tilgjengelighet.

Etter en totalvurdering av samtlige tildelingskriterier har følgende leverandører scoret høyt og dermed fått avtale med Helse Øst RHF for perioden 1.1.06 – 31.12.06 på dagkirurgi øye;

Dagkirurgi øye:
Torgeir Sunde
Kjell U. Sandvig.”

- (13) Det fremgikk følgende av evalueringsnotat:

”DAGKIRURGI – ØYE

4 SPESIALISTER HAR LEVERT TILBUD PÅ DAGKIRURGI ØYE.

Tilbud 1 fra

Torgeir Sunde, Oslo Øvelegesenter AS, Oslo

Tilbud 2 fra

Willy Pettersen, Argus Øyeklinikk, Oslo

Tilbud 3 fra

Kjell U. Sandvig, Oslo Øvelegesenter, Oslo

Tilbud 4 fra

Bjart Eirik Dysthe, Norsk Synskirurgi Oslo AS, Oslo

OPPSUMMERING/VURDERING:

Av de 4 spesialistene som har levert tilbud på dagkirurgi øye, fremstår tilbudene som forholdsvis like kvalitetsmessig, med det forbehold at Dysthe ikke har levert og beskrevet tilbudet på samme måte som de øvrige, heller ikke noe om system for internkontroll og kvalitetssikring.

Alle tilbud har lokaler sentralt som er lett tilgjengelig med offentlig kommunikasjon. Leveringssikkerhet og tilgjengelighet beskrives som god på de fleste, men også her skiller Dysthe seg ut i negativ retning ved at det ikke beskrives hvordan lokalene ser ut, maskinpark, prosedyrer eller åpningstider/ferieavvikling.

Pettersen skiller seg ut ved høyest pris, samt at tilbudet viser en omfattende virksomhet som kan gi inntrykk av at hel-privat, privat og offentlig virksomhet drives av samme aktør i samme lokaler. En må også spørre seg om samlet volum er forenlig med samtidig 100 % driftsavtale med Helse Øst om ordinær øyelegepraksis.

En samlet vurdering er at Sandvig og Sunde har det beste tilbudet, selv om en også for disse må kunne stille spørsmål ved totalvolumene idet også de har store driftstilskuddsavtaler med Helse Øst på hhv. 100 % og 90 %."

- (14) I brev av 24. mai 2006 ble saken brakt inn for klagenemnda. Kontrakt ble inngått med valgte tilbydere 13. desember 2005.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører at konkurransegrunnlaget er uklart. I pkt. 4.1 kreves det at leverandøren må være en privat spesialist samtidig som det kreves at man skal dokumentere og gi oversikt over foretakets totale bemanning. Det er som følge av dette uklart om anbudet gjelder for en enkeltperson (privat spesialist) eller for en juridisk, økonomisk enhet (foretak) inkludert spesialist. Alle de fire tilbyderne var spesialister som jobber på det private markedet tilknyttet forskjellige foretak. Innklagede har gitt tildelinger til to enkeltpersoner samtidig som det i begrunnelsen for tildelingene i det vesentlige er foretatt vurderinger i forhold til foretakene som spesialistene er ansatt i.
- (16) Klager anfører videre at konkurranseloven er brutt. Tilbud er gitt til to enkeltstående spesialister som er ansatt og har kontorfellesskap i samme foretak. Klager mener at det her foreligger et prissamarbeid i strid med konkurranselovens kapittel 3. De to spesialistene, som opptrer under samme foretak, har nøyaktig samme pristilbud, og oppnår å dele markedet mellom seg.
- (17) Klager anfører at kravet om likebehandling er brutt. Klager mener at det er forekommet diskriminering ved tildeling av den aktuelle kontrakten. I evalueringsnotatet legges det på en diskriminerende måte vekt på at øyelege Willy Pettersen har 100 % driftsavtale med innklagede, og at han driver både offentlig og privat praksis i samme lokaler. Tilsvarende gjelder for de to tilbyderne som har vunnet anbudet uten at disse forholdene ble vektlagt her.
- (18) Klager anfører videre at evalueringen av kvalitet har vært uklar. I konkurransegrunnlaget pkt. 6.2 står det spesifisert hva som menes med kvalitet. Her står det at det vil bli lagt vekt på system for oppfølging av lovkrav, faglig bemanning, metoder, resultater og lokaler. I evalueringsnotatet står det at tilbudene fremstår som like kvalitetsmessig, samtidig som det påpekes at et av tilbudene ikke har dokumentert system for internkontroll og kvalitetssikring. Den samme tilbyderen har ikke beskrevet lokaler, maskinpark, prosedyrer eller åpningstid/ferieavvikling. Det er uklart for klager hvordan innklagede kan konkludere med at tilbudene er forholdsvis like kvalitetsmessig, samtidig som det påpekes vesentlige forskjeller. I beste fall kan

det virke som om det er en manglende avklaring internt hos innklagede av hva kvalitet i helsetjenesten kan bety, dette til tross for at innklagede har vedtatt å ha fokus på kvalitet i sitt dokument *"Strategisk Fokus 2003-2006"*. Innklagede unnlater å vektlegge at en av tilbyderne faktisk har et dokumentert kvalitetssystem, som også er ISO 9001-sertifisert, noe innklagede har som formål å arbeide mot for hele sin virksomhet i inneværende periode.

Innklagedes anførsler:

- (19) Vedrørende klagers anførsel om uklart konkurransegrunnlag, viser innklagede til spørsmål og svar sendt pr e-post til alle deltakerne 16. august 2006. Her fremgår det av svar på spørsmål 1) at innklagede inngår avtale med den enkelte spesialist.
- (20) Vedrørende klagers anførsel knyttet til overtredelse av konkurranseloven, var innklagede av den oppfatning at de som fikk avtale hadde det for innklagede økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på en vurdering av tilbudet mot tildelingskriteriene. Dette fremgår av evalueringen.
- (21) Det har ikke har skjedd diskriminering på bakgrunn av størrelse på spesialistenes driftstilskudd. Det ble i den helhetlige vurderingen av tilbudene også lagt vekt på hvor stort driftstilskudd den enkelte spesialist mottar fra innklagede. Dette forholdet var på ingen måte avgjørende for utfallet av tildelingen. Det var her noe ulik størrelse på driftstilskuddet til deltagerne. De to spesialistene som fikk tildelingen hadde henholdsvis 90 % og 100 % driftstilskudd. Klager har 100 % driftstilskudd. Innklagede er av den oppfatning at størrelsen på driftsavtalen sier noe om vedkommende spesialists kapasitet til å produsere på avtalen. Dette er faktiske forhold som innklagede, pasientene og klager må forholde seg til.
- (22) Klager anfører at det er foretatt en uklar evaluering i forhold til tildelingskriteriet *"kvalitet"*. Innklagede viser også her til anbudsevalueringen, samt til konkurransegrunnlaget pkt. 6.2 siste avsnitt. Her står det følgende: *"Det vil ikke bli lagt avgjørende vekt på "kvalitet" som er utover det som er nødvendig og hensiktsmessig for å levere faglig forsvarlig tjeneste i hht dette anbudsgrunnlaget."* Innklagede er på bakgrunn av det som fremgår av anbudsevalueringen av den oppfatning at tilbudene er vurdert i forhold til kriteriet *"kvalitet"* slik at det nivået for kvalitet som er beskrevet ovenfor er vektlagt i vurderingen. Samtidig er det påpekt mangelfull beskrivelse av ulike forhold ved ett av tilbudene, noe som for det tilbudet har trukket ned i den totale vurderingen.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omhandler en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 § 2-5 (25). Anskaffelsen følger derfor anskaffelsesforskriftens del I og III, jf forskriften § 2-1 (3).
- (24) Klagenemnda forstår sakens dokumenter dit hen at klager har inngitt tilbud i egenskap av å være et enkeltmannsforetak som er omfattet av anskaffelsesregelverket, jf anskaffelseslovens § 4.

Konkurransegrunnlag

- (25) Klager anfører at konkurransegrunnlaget er så uklart i henhold til angivelse av om tilbyderne må være private spesialister eller foretak, at dette er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- (26) Det følger av regelverket at utformingen av konkurransegrunnlaget skal være oversiktlig og klar, og at manglende etterlevelse av dette kan innebære et brudd på kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i anskaffelseslovens § 5.
- (27) Kunngjøringen stilte i pkt. III.2.1.1) krav om at leverandøren skulle være en "*privat institusjon eller selskap/virksomhet*", og inneholdt krav til dokumentasjon knyttet til foretaket og leverandørens bemanning. Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget pkt. 4.1 nr. 1 at "*Leverandøren må være en privat spesialist*". Det fulgte også av nr. 3 og nr. 6 at det ble stilt krav til leverandørens "*bemanning*" og "*utførende personell*". Det var også angitt dokumentasjon som skulle følge tilbudet, blant annet en oversikt over foretakets totale bemanning. Dette taler for at tilbyder skulle være et foretak. Innklagedes svar på etterfølgende spørsmål til konkurransegrunnlaget var imidlertid egnet til å skape tvil om hvorvidt anbudsdokumentene skulle forstås på denne måte, da innklagede oppgav at det var den "*utførende spesialist*" som skulle levere tilbudet.
- (28) Innklagedes svar av 16. august 2005 på de spørsmål som var tatt opp reiser spørsmål om innklagede ved dette foretok "*vesentlige*" endringer av konkurransegrunnlaget i strid med anskaffelsesforskriftens § 12-4. Dette er imidlertid et forhold som ikke er påberopt fra klagers side, og klagenemnda finner det derfor ikke nødvendig å ta stilling til dette spørsmål.
- (29) Innklagede foretok avvisning og tildeling av kontrakter med grunnlag i at tilbyderne var utførende spesialister, jf de svar som ble gitt 16. august 2005. Dette var ikke i samsvar med hva som framgikk av anbudsdokumentene. For tilbyderne framsto det ikke som forutberegnelig at de måtte være utførende spesialister. Klagenemnda finner på dette grunnlag at konkurransegrunnlaget var uklart og i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Konkurranseloven

- (30) Klagenemnda tar ikke stilling til klagers anførsel knyttet til overtredelse av konkurranseloven da dette ligger utenfor klagenemndas kompetanse, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.

Likebehandling

- (31) Klager anfører at innklagede har forskjellsbehandlet tilbyderne i strid med kravet til likebehandling i regelverket ved å legge avgjørende vekt på at klager har 100 % driftsavtale med innklagede.
- (32) Innklagede fremholder i tilsvaret at størrelsen på driftstilskuddene ikke var avgjørende for utfallet av tildelingen. Dette fremgår også av evalueringen, hvor innklagede uttaler i henhold til både klagers og valgte tilbyders driftstilskudd at det kunne stilles spørsmål ved om totalvolumet oppgitt i tilbudene var forenlig med 100 % og 90 % driftsavtale med innklagede. Klagenemnda kan på bakgrunn av dette ikke se at det har forekommet forskjellsbehandling av tilbyderne.

Tildelingsevaluering

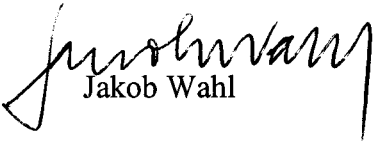
- (33) Klager anfører at det er uklart hvordan innklagede kan konkludere med at tilbyderne er forholdsvis like kvalitetsmessig, samtidig som det påpekes vesentlige forskjeller.
- (34) Innenfor rammen av tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget, kan oppdragsgiver utøve skjønn. Oppdragsgiver har en viss frihet ved skjønnsutøvelsen. Oppdragsgiver skal imidlertid anvende tildelingskriteriene på en objektiv og ensartet måte overfor alle leverandørene, jf EF-domstolen C-19/00 (SIAC) og klagenemndas sak 2004/16.
- (35) Det fremgår av innklagedes evaluering at tilbudene fremstår som *”forholdsmessig like kvalitetsmessig”*, men at en av tilbyderne har mangler ved tilbudet. Mangelen ført til en redusert score for denne tilbyderen. Klagenemnda har ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt regelverket ved å ha evaluert tildelingskriteriet *”kvalitet”* ulikt for tilbyderne.
- (36) Klagenemnda har ikke grunnlag i de fremlagte dokumenter for å ta stilling til hvorvidt innklagede har unnlatt å vektlegge at en av tilbyderne har et dokumentert kvalitetssystem, som også er ISO 9001-sertifisert. Uansett finner klagenemnda at denne vurderingen er underlagt innklagedes innkjøpsfaglige skjønn.

Konklusjon:

Helse Øst RHF har brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved ikke å presist angi i konkurransegrunnlaget hvilke krav som stilles til tilbyderne.

Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

For klagenemnda
26. februar 2007


Jakob Wahl