



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale på polikliniske radiologitjenester. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt anskaffelsesregelverket. At en part i saken var representert ved et nemndsmedlem som ikke deltok i klagebehandlingen, medførte ikke inhabilitet.

Klagenemndas avgjørelse 28. januar 2008 i sak 2007/110

Klager: Capio Diagnostikk AS

Innklaget: Helse Sør-Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Kai Krüger og Bjørg Ven

Saken gjelder: Uklart konkurransegrunnlag. Reelle forhandlinger. Likebehandling.

Bakgrunn:

- (1) Helse Øst RHF (senere sammenslått med Helse Sør RHF til Helse Sør-Øst RHF) kunngjorde 25. april 2007 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale på leveranse av polikliniske radiologitjenester. Helseforetaket blir i det følgende kun benevnt som innklagede.
- (2) I punkt 6.3. fremgikk det følgende om anskaffelsens antatte volum og tildelingskriteriene:

”6.3 Tildelingskriterier

Tilbydere som tilfredsstiller kvalifikasjonskriteriene over vil få sine tilbud vurdert mot tildelingskriteriene som angitt i dette avsnitt og spesifisert i bilag 2 — spesifisering av ytelsen. Kontraktstildeling vil skje til tilbyder med de(t) økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på evaluering av tilbudene mot tildelingskriteriene. Kontrakt i form av én eksklusiv eller to eller flere parallelle rammeavtaler, vil bli tildelt samlet for modalitetene MR, CT, ultralyd og konvensjonell røntgen. Avrop mot rammeavtalene vil skje av pasienten selv gjennom pasientvalgt henvisning fra rekvirent og bestemmelser om fritt sykehusvalg, jf rammeavtalens §§ 6.2 og 11.

Modalitet:	Volum i kr:	Antall kontrakter:
MR	Ca 78.000.000	
CT	Ca 22.000.000	
Ultralyd	Ca 11.000.000	

Konvensjonell røntgen	Ca 26.000.000	
Totalramme	137.200.000	1-3*

*Fordeling av volumet på eventuelt flere avtaleparter og størrelse på volum, vil bli bestemt på bakgrunn av resultatet av tilbudsevalueringen mot de kriterier som er fremsatt nedenfor.

Helse Øst RHF forbeholder seg retten til å foreta justeringer i tildelt volum i avtaleperioden når spesielle forhold tilsier dette, (jf rammeavtalens § 6.1, 2 ledd og § 18, 2 ledd).

Tildelingskriteriene fremgår av tabellen nedenfor. Helse Øst RHF vil benytte en evalueringsmodell basert på nedenstående tildelingskriterier og de krav som er oppgitt i bilag 2. Tilbudene vil bli sammenstilt og evaluert per modalitet.

Tildelingskriterier	Vekt	Utfyllende kommentarer til, og detaljering av, tildelingskriteriene, hvor opplisting ikke angir prioritert rekkefølge
Kvalitet	43 %	I vurdering av kvalitet vil følgende bli evaluert: • Kvalitetssikring. • Registrering. • Kompetanseheving, internopplæring og forskning. • Erfaring innen aktuelle analysekategorier. • Bemanning, herunder faglig kompetanse.
Pris	26 %	Vurdering og sammenstilling av priser for de tilbudte ytelser i forhold til modalitet.
Leveringssikkerhet	11 %	I vurdering av leveringssikkerhet vil følgende bli vurdert: • Virksomhetens samlede kapasitet. • Sykefravær og turnover.
Tilgjengelighet	20 %	I vurdering av tilgjengelighet vil det bli lagt vekt på: • Åpningstider og beredskap. • Normale ventetider. • Oppfølging. • Reisetid for potensielle pasienter.

Helse Øst RHF vil vurdere omfang og konsekvens av eventuelle forutsetninger fra leverandøren, samt forbehold mot avtalevilkårene. Disse vil skjønnsmessig bli hensyntatt under kriteriet "pris", om forholdet antas å ha økonomisk verdi; samt under de øvrige tildelingskriteriene hvis de antas å ha betydning for hhv kvalitet, leveringssikkerhet eller tilgjengelighet. Det er ikke adgang til å ta vesentlige forbehold mot anskaffelsesgrunnlaget eller de generelle avtalevilkårene."

- (3) I grunnlagets bilag 3 var det oppgitt følgende om hvordan tilbudenes priser skulle oppgis:

"1 Innledning

Dette bilaget med vedlegg, inneholder prisbestemmelser og pris for ytelsene som omfattes av tilbudet.

2 Priser pr refusjonsberettiget primærkategorikode (PK koder) for hver modalitet.

Helse Øst RHF ønsker tilbud formulert som en % av den til enhver tid gjeldende enhetspris for privat sektor angitt av HOD (pr.1.1.2007 - kr.389,-) Tilbudet angis som en snittpris innenfor hver modalitet definert ut fra oppdeling i PK 100/200/300/400 seriene. Bentetthetsmåling (PK-080) skal innbefattes som tilhørende PK 100 serien. Enheten som faktureres blir en stk refunderbar PK kode per modalitet. Utgangspunkt for beregning av vederlag skal være oppgjørsfilen fra LABRØØNK programvaren.

3 Angivelse av antatt mulig produksjon innenfor oppgitt økonomisk volum

Tilbyder bes her angi hvor stort antall han kan produsere innenfor det angitte økonomiske volum eller det eventuelt mindre volum han ønsker å tilby innenfor, angitt for hver modalitet. Tilbyder skal se hen til Bilag 2 pkt 2, 1. avsnitt og pkt 4b, jf bilag 2, pkt.4a, 2. setning, ved denne beregning.

Analysegruppe	Økonomisk volum	Antall enheter (en stk refunderbar PK kode)
MR (PK 400 serien)	ca 78 mill	
CT (PK 300 serien)	ca 22 mill	
Ultralyd (PK 200 serien)	ca 11 mill	
Konvensjonell røntgen, inkludert bentetthetsmåling (PK 100 serien + PK 080)	ca 26 mill	

- (4) I tillegg inneholdt bilag 3 egne skjema som tilbyderne skulle fylle ut for informasjon om hvor mange undersøkelser selskapene hadde foretatt i 2005 og 2006, skjema for bemanningsoversikt, samt følgende prisskjema:

Leverandør ...	
Vedlegg 1 – prisbestemmelser (bilag 3)	Radiologitjenester 2007
Modalitet	Priser angitt i % av den til enhver tid gjeldende enhetspris for privat sektor angitt av HOD per stk.
MR (PK 400 serien)	
CT (PK 300 serien)	
Ultralyd (PK 200 serien)	
Konvensjonell røntgen, inkludert bentetthetsmåling (PK 100 serien + PK 080)	

- (5) Innen tilbudsfristens utløp 21. mai 2007 mottok innklagede tre tilbud, fra hhv Capio Diagnostikk AS (heretter kalt klager), Sentrum Røntgeninstitutt (heretter kalt SRI) og Telemark Røntgensenter AS.
- (6) I brev av 8. juni 2007 ble klager invitert til forhandlinger. Fra brevet hitsettes følgende:

”Etter gjennomgangen av tilbudene ønsker vi å gjennomgå nedenfor følgende forhold og ber Dem foreberede dette til møtet i tillegg til det De selv ønsker å ta opp.

1. *Er det noe innenfor tilbudet De ønsker å utdype nærmere? Er det noe De mener kanskje kan gjøres på en bedre måte for å styrke Deres stilling i konkurransen?*
 2. *Det ser ut til å være en praksis i instituttene med intern vurdering av om henvisers angitte modalitet er riktig/mest tjenelig for pasienten. Helse Sør-Øst RHF ønsker å drøfte denne praksisen med tilbyderne.*
 3. *Ventetider for pasienter ved oppmøte ved instituttet er av betydning for tilgjengeligheten for pasientene. Vi ønsker opplysninger om dette forhold hos Dem, hvis disse ikke allerede er gitt. Helse Sør-Øst RHF vil gjerne ha opplyst hvordan Capio orienterer allmennheten om sine ventetider.*
 4. *Det er behov for å utrede forholdet rundt bierverv nærmere. De som er satt opp med ikke full stilling og ikke bierverv bør redegjøres for i henhold til hva de bruker øvrig arbeidstid til, så langt at det blir tydeliggjort at det her ikke er noen kollisjon. Noen opplyser at aktuelle ansatte/konsulenter, som kommer i konflikt med kravet til ikke ansettelse i virksomhet tilhørende helseregionen, skal holdes borte fra avtalen med Helse Sør-Øst RHF. Det bes om en redegjørelse for hvordan dette kan gjennomføres.*

Biervervsproblematikken angår ikke bare leger, jf formuleringen "personell som er ansatt i Helse Sør-Øst RHF". En del tilbydere har så stor bemanning at de, etter aksept fra oss, ikke har listet opp de øvrige ansatte. Andre har ikke gjort rede for disses eventuelle bierverv. Det bes om verifisering at heller ikke denne delen av bemanningen kommer i konflikt med dette kravet.
 5. *I forhold til bruk av bemanningen hos Capio vil vi gjerne ha belyst om man bruker både autorisert helsepersonell og internt opplærte pasientmedarbeider til praktiske undersøkelser. Hvilke oppgaver har for øvrig pasientmedarbeiderne (43 stk). Hva legger Capio til grunn for kategorien spesialisert personell?*
 6. *I bilag 2 pkt 4.1.1 — samlet kapasitet kan det se ut som det er et forbehold om leveransen i Hedmark. Vi ber om en avklaring av dette forholdet.*
 7. *Helse Sør-Øst RHF vil gjerne ha en nærmere gjennomgang av Capios rutiner med oppfølging.*
 8. *Helse Sør-Øst RHF har nå gått gjennom alle foreliggende tilbud. Som forberedelse til forhandlingsmøtet ber vi Dem vurdere om De har anledning til å forbedre deres pristilbud."*
- (7) I referat fra forhandlingsmøtet av 19. juni 2007 fremgår det hvordan klager besvarte spørsmålene. I referatets punkt 8 fremgikk det blant annet at innklagede skulle komme tilbake til hvilke volum det var ønskelig å få revidert pristilbud på.
- (8) I e-post av 21. juni 2007 kom innklagede så med følgende tilbakemelding:

"Vi viser til forhandlingsmøtet tirsdag 18.juni, hvor vi lovet å komme tilbake med innspill til deres tilbud, i forhold til vurdering av pris /volum.

Ut fra vår utlysning fremgår det at vi vanskelig kan komme alle i møte i forhold til de volum som ønskes. Vi ber dere derfor gjøre en prisvurdering, sett i forhold til en avgrensning oppad i størrelse til forrige års fakturering (ca 84 mill) til Helse Øst RHF og gi et tilbud i henhold til dette.

Av deres tilbud ser vi at deres fordeling mellom modalitetene avviker fra vår vurdering i konkurransegrunnlaget. Da vi var enige om at det var lite tjenelig å fordele modalitetene mellom leverandørene, ber vi om at dere vurderer deres tilbud i forhold til vår fordeling mellom modalitene som tilsvarer MR 57 %, CT 16 %, Ultralyd 8 %, og konv. rtg 19 %.

Vi vil også be dere opplyse om enhetsprisene fordelt på samme måte, vil kunne fastholdes om volumet ble redusert til ca 80 mill nok. I fall det ikke er mulig vil vi gjerne vite hvilken konsekvens en slik reduksjon vil ha for deres tilbud.”

- (9) I e-post av 22. juni 2007 fremsatte klager så revidert pristilbud på tre ulike volumtak, 93, 84 og 80 millioner kroner.

- (10) I e-post av 25. juni kom innklagede så med følgende tilbakemelding:

”Viser til din siste oversendte tilbudsmail. Vi ser fordeling mellom modalitetene fremdeles ikke er i overensstemmelse med vår. For å kunne sammenligne prisene er vi som tidligere sagt avhengig av at prisen gis i henhold til vår modalitetsfordeling. Vi må derfor be om et nytt tilbud som helt og holdent forholder seg til fordelingen som MR 57 %, CT 16 %, Ultralyd 8 % og konv. rtg 19 %. I tillegg ønsker vi tilbud på noen lavere volum. Tilbud som viser hvordan deres tilbud vil kunne utvikle seg i området mellom 50 mill og 80 mill. Vi vil da kunne gi et klart bilde sett i sammenheng med det dere har oversendt tidligere.”

- (11) I e-post av 26. juni 2007 innga klager så reviderte tilbud på volumtak 94,2, 93, 84, 80, 70, 60 og 50 millioner kroner. Pristilbudene var nå i samsvar med den modalitetsfordeling innklagede hadde oppgitt i e-posten av 25. juni 2007.

- (12) I brev av 6. juli 2007 ble tilbyderne meddelt at SRI var tildelt et volum på ca kr 84 millioner og klager et volum på ca kr 52 millioner. Begrunnelsen for at ingen av tilbyderne var blitt tildelt hele kontrakten var at ingen av dem hadde tilbudt seg å dekke hele volumet.

- (13) I brev av 8. juli 2007 begjærte klager innsyn i SRIs tilbud og anskaffelsesprotokollen for å kunne vurdere tildelingsevalueringen. I brev av 13. juli 2007 nektet innklagede å etterkomme begjæringen når det gjaldt SRIs tilbud og vedleggene til anskaffelsesprotokollen. Protokollen uten vedlegg ble derimot oversendt. I brev av 20. juli 2007 påklagde Capio tildelingsevalueringen. Klagen ble avslått i innklagedes brev av 27. juli 2007.

- (14) Etter dette ble saken brakt inn for klagenemnda i brev av 20. august 2007. Kontrakt med klager var inngått 13. august 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har brutt kravet til reelle forhandlinger ved ikke å la klager forhandle om selskapets pristilbud.
- (16) Innklagedes system for å inngi priser er upresist, og gjør det mulig å oppnå forskjellige priser på samme tjeneste selv om prosentsatsene er de samme. Dette kan ha medført at tilbydernes priser er inngitt på forskjellige grunnlag.
- (17) Innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å la en av tilbyderne gi råd om hvilket prissystem som burde benyttes.
- (18) Klagenemnda bes om å uttale seg om vilkårene for erstatning er oppfylt.
- (19) I siste innlegg til klagenemnda av 19. november tar klager opp spørsmålet om klagenemndas habilitet på bakgrunn av at innklagede i saken representeres av et av klagenemndas medlemmer. Det anføres med henvisning til forvaltningslovens § 6 annet ledd (som forskriftens § 3-7 viser til) at det i slikt tilfelle foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til nemndas upartiskhet.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede har ikke brutt kravet om at det skal avholdes reelle forhandlinger. Klager ble både i innkallelsen til forhandlingene og per e-post i ettertid oppfordret til å inngi reduserte pristilbud.
- (21) Selv om det kan være visse svakheter ved det prissystemet innklagede benyttet, kan ikke innklagede se at det finnes andre systemer som i bedre grad minsker aktuelle svakheter. Systemet tilfredsstiller de krav som kan stilles til et system for angivelse av priser, at leverandøren får betalt for utført arbeid, at det forhindres at det benyttes mer omfattende undersøkelser enn nødvendig, og at prisenheten er såpass enkel at leverandørenes tilbud er sammenlignbare.
- (22) SRIs forslag til bruk av prissystem var identisk med det som allerede var foreslått internt fra Asker og Bærum HF og fra radiologinettverket for alle helseforetakene i regionen. At forslaget også kom fra SRI har dermed ikke hatt betydning for tildelingen. I tillegg er systemet godt kjent av tilbyderne fordi det benyttes av NAV i refusjonsordningen. Innklagede har forutsatt at alle tilbyderne priser sine tjenester i henhold til den veilederen som nylig er utgitt av Norsk Radiologisk Forening om dette. Dersom dette ikke er tilfelle, kan en kodepraksis som skiller seg fra det som er forutsatt i veilederen, møtes med misligholdssanksjoner.
- (23) Capio har fått tildelt et betydelig volum. Det foreligger derfor ikke grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteresse. Det foreligger heller ikke grunnlag for erstatning for den positive kontraktsinteresse idet SRI hadde vesentlige lavere priser enn klager på de høyere volumene. Capio kunne derfor ikke fått tildelt et høyere volum.

Klagenemndas vurdering:

- (24) 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 etter sin art forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 (5) og vedlegg 6 pkt. 25.

Habilitetsspørsmålet

- (25) Det sier seg selv at når et av klagenemndas medlemmer er advokat for en av partene i en klagesak, kan vedkommende ikke delta i den klagenemnd som vurderer saken. Klager reiser videre spørsmål om klagenemndas habilitet etter forvaltningslovens § 6 annet ledd i et slikt tilfelle, spesielt der vedkommende klagenemndsmedlem, uten å delta i klagebehandlingen, representerer en offentlig oppdragsgiver som her.

Dette spørsmålet ble, på klagenemndas egen oppfordring, av Nærings- og handelsdepartementet tatt opp med Justisdepartementets lovavdeling umiddelbart etter at nemnda startet sin virksomhet i 2003. Lovavdelingens svar av 24. februar 2003 går ut på at det forhold at en av partene i en klagesak er representert ved en person som ellers er nemndmedlem, ikke fører til at de øvrige nemndsmedlemmer blir inhabile. Lovavdelingen viser til at Høyesterett flere ganger har *"...vurdert spørsmålet om dommere i en kollegial domstol blir inhabil i en situasjon der en annen dommer ved samme domstol er part i en sak for domstolen, og slått fast at dette som et utgangspunkt ikke fører til inhabilitet etter domstoloven § 108. Når partsforhold som et utgangspunkt ikke gir inhabilitet, er det desto mindre grunn til å statuere inhabilitet ved partsrepresentasjon."*

Nemnda har lagt dette til grunn i sin praksis.

Klagenemndas leder opptrer derimot aldri som partsrepresentant i klagesaker for KOFA.

Reelle forhandlinger

- (26) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til reelle forhandlinger ved ikke å la klager forhandle om selskapets tilbudte priser.
- (27) I klagenemndas saker 2003/171 og 2003/267 fastslo nemnda at oppdragsgiver i en konkurranse med forhandling har plikt til å sørge for at forhandlingene blir reelle. I kravet om reelle forhandlinger ligger det at tilbyderne må gis anledning til å revurdere sine tilbud, for så å eventuelt komme med reviderte tilbud, jf klagenemndas uttalelser i 2003/171. Selv om ikke oppdragsgiver kan ha noen plikt til å påpeke alle sider av tilbudet som kan forbedres, må det i alle fall kunne kreves at det opplyses om de forhold som vil kunne ha størst betydning.
- (28) Av innsendt dokumentasjon fremgår det at klager både i brevet av 8. juni 2007, og i de to etterfølgende e-postene av 21. og 25. juni 2007, klart ble oppfordret til å inngi sine beste priser på de etterspurte volum. Klager ble dermed gitt anledning til både å revurdere sine allerede inngitte priser og forbedre disse. Dette tilfredsstiller etter nemndas oppfatning kravet om reelle prisforhandlinger. Basert på dette kan klagers anførsel ikke føre frem.

Uklart konkurransegrunnlag

- (29) Partene er uenige i om konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig presist med hensyn til angivelsen av hvordan tilbyderne ut fra PK koder skulle prise de etterspurte tjenester.

Klager mener at dette kan ha medført at tilbudene ikke var sammenlignbare fordi de kan ha vært avgitt på forskjellig grunnlag.

- (30) PK-koder benyttes av NAV som grunnlag for refusjon. Det er utgitt en veileder om bruken av Norsk Radiologisk Forening om hvordan tjenestene skal prises i henhold til dette systemet. Innklagede må kunne legge til grunn at denne veilederen følges av leverandørene. Det kan ikke forutsettes at innklagede skal gå inn og vurdere forskjeller i leverandørenes håndtering og mer eller mindre "aggressive" praksis mht hvordan systemet benyttes. I utgangspunktet synes det å gi et nøytralt og sammenlignbart resultat når man ber om priser knyttet til % av enhetsprisen pr modalitet. Klager har ikke kommet frem med dokumentasjon som viser at PK-evalueringen ikke var dekkende, eller forsøkt å beskrive alternative prisberegningsmåter som etter klagers oppfatning fungerer mer nøytralt.

Likebehandlingsprinsippet

- (31) Klager har anført at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved å la én av tilbyderne gi innklagede råd om hvilket prissystem som burde benyttes.
- (32) I kravet til likebehandling ligger det at tilbyderne har rett til å få de samme mulighetene i konkurransen og til å bli behandlet likt.
- (33) I tilsvaret har innklagede forklart at begrunnelsen for at PK systemet ble valgt som prissystem var at Siri Holmboe fra sykehuset Asker og Bærum HF og lederen i radiologinettverket Heidi Jørgensen rådet innklagede til å benytte dette systemet. Ut fra dette kan nemnda ikke se at det skulle være i strid med likebehandlingsprinsippet at også SRI foreslo at dette systemet burde benyttes.

Konklusjon:

Helse Sør-Øst RHF har ikke brutt anskaffelsesregelverket.

For klagenemnda,

28. januar 2007


Bjørn Ven