



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av spesialisthelsetjenester til pasienter med ortopediske lidelser. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 11. august 2008 i sak 2008/110

Klager: Tromsø Private Sykehus AS

Innklaget: Helse Nord RHF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Evalueringen av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Bakgrunn:

(1) Helse Nord RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. april 2008 en konkurranse med forhandling, hvor private sykehus ble invitert til å inngi tilbud på spesialisthelsetjenester til pasienter med ortopediske lidelser.

(2) I konkurransegrunnlagets punkt 1.2 fremgikk det følgende om utførelsessted:

"På bakgrunn av ovennevnte krever Helse Nord RHF at tjenesten/oppdraget utføres i eller i umiddelbar nærhet av Tromsø by. Med umiddelbar nærhet menes en avstand på maksimalt 75 kilometer fra Tromsø sentrum."

(3) I konkurransegrunnlagets punkt 3.3 var det blant annet fastsatt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

"Krav 3: Det kreves at leverandøren har et lovlig etablert foretak.

Krav 4: Det kreves at leverandøren ikke har ansatt personell som kan komme i lojalitetskonflikt eller skape uheldige konkurranseforhold med helseforetakene i Helse Nord.

[...]

Dokumentasjon — bevis for at det stilte krav er oppfylt:

3) Leverandør bes å oppgi bedriftens organisasjonsnummer i det norske Foretaksregisteret. Oppdragsgiver vil benytte dette til å innhente foretaksopplysninger fra Brønnøysundregistrene.

4) Oversikt over virksomhetens ledelse, samtlige medisinsk ansvarlige leger, samt

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

ansettelsesforhold for utførende helsepersonell, herunder hovedarbeidsgiver for deltidsansatte og evt innleid arbeidskraft.”

- (4) I konkurransegrunnlagets kapittel 3.5 var det blant annet fastsatt følgende kvalifikasjonskrav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

”Krav 8: *Det kreves offentlig godkjenning som privat sykehus.*

Krav 9: *Det kreves et velfungerende kvalitetssikringssystem/-styringssystem.*

Dokumentasjon — bevis for at det stilte krav er oppfylt

8) *Oppdragsgiver vil benytte offentlig tilgjengelige registre til å innhente dokumentasjon på at leverandør innehar offentlig godkjenning (fra Helse- og omsorgsdepartementet) som privat sykehus.*

9) *Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/-styringssystem.”*

- (5) I konkurransegrunnlagets kapittel 6.2 var det fastsatt følgende tildelingskriterier:

”Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

- **Priser** som oppgitt i prisskjemaet (vedlegg 2.a).
- **Kvalitet.**
 - *Det tilbudte personelletts kompetanse og erfaring (som vil være ansvarlig for gjennomføringen av behandlingen). Det bes vedlagt CV, referanser ol.*
 - *Pasientoppfølging. Leverandør skal beskrive sitt system for oppfølging av pasienter før/etter behandling.*
- **Leveringssikkerhet.**
 - *Beskrivelse av lokaler som leverandør disponerer over og tilgang på nødvendig personell. Dokumentasjon vedr tilgjengelige lokaler og personell bes vedlagt.*

Kriteriene er ikke oppstilt i prioritert rekkefølge. Hvert av de tre kriteriene er vektet likt, og vurderes på en skala fra 1-6. Det tilbud med høyeste sammenlagte poengsum vurderes som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.”

- (6) I rammeavtalen som skulle benyttes ved inngåelsen av kontrakt, var det i punkt 5.4 fastsatt følgende om ytelsens kvalitet:

”Leverandøren skal ha et iverksatt og dokumentert internkontrollsystem.”

- (7) Innen tilbudsfristens utløp 30.april 2008 mottok innklagede to tilbud, fra Tromsø Private Sykehus AS (heretter kalt klager) og Aleris Helse AS Tromsø.

- (8) Fra tilbudsbrevet til Aleris Helse AS Tromsø av 29. april 2008 hitsettes:

”Aleris Helse AS er etablert med offentlig godkjent sykehus i Tromsø, gjennom overtakelse av sykehusvirksomheten (herunder sykehuskonsesjonen) til Ishavsklinikken.

[...]

Leveransedyktighet

Aleris Helse har mer enn nok kapasitet på vårt sykehus i Tromsø til å utføre hele anbudet som Helse Nord har lagt ut.

Avvik/forbehold

Vi tar ingen forbehold i vårt tilbud.”

- (9) I tilbudets skilleark 4 var kvalifikasjonskrav 8, om at det kreves offentlig godkjenning som privat sykehus, dokumentert på følgende vis:

”Aleris Helse AS sin virksomhet i Tromsø utgjør en fullverdig sykehusvirksomhet som et offentlig godkjent privat sykehus (sykehuskonsesjon) i henhold til spesialisthelsetjenesteloven. Sykehuskonsesjonen i Tromsø gjelder et bredt spekter med fagområder, deriblant ortopedi, og sykehusvirksomheten er godkjent med fire senger.

Den godkjente sykehusvirksomheten står oppført på departementets liste over godkjente private sykehusvirksomheter under navnet Ishavsklinikken med org. nummer 979177445. Denne sykehusvirksomheten er nå overtatt av Aleris Helse AS.”

- (10) I tilbudets skilleark 4 var også kvalifikasjonskrav 9, om at det kreves et velfungerende kvalitetssikringssystem/-styringssystem, dokumentert:

”Sertifisering i henhold til ISO

Som en konsekvens av vårt fokus på kvalitet og for å sikre alle våre prosesser og rutiner, ble hele Aleris Helse ISO-sertifisert i februar 2007. Ledelsen har faste møter for å sikre jevnlig ISO-gjennomgang og at vår ISO sertifisering er et aktivt hjelpemiddel i vårt kvalitetsarbeid. Ekstern revisjon ble foretatt i januar 2008, hvor Aleris Helse ble resertifisert uten avvik, se rapport på side 24-28. Alle våre ISO rutiner implementeres også ved sykehuset i Tromsø.”

- (11) Den 23. mai 2008 innga Aleris Helse AS Tromsø et revidert tilbud. Fra dette hitsettes følgende:

”Kvalitet

[...]

Aleris Helse Tromsø har en heltidsansatt legesekretær som har ansvaret for resepsjon og sentralbord.

[...]

Beskrivelse av krav firmaet stiller til ny daglig leder i Tromsø

Aleris Helse Tromsø har engasjert en daglig leder, NN, bosatt i Tromsø gjennom mange år, og som kjenner regionen meget godt. Vedkommende er utdannet operasjonssykepleier med administrativ kompetanse og ledererfaring.

[...]

Leveringssikkerhet

Beskrivelse av personellet som skal sikre gjennomføringen i en oppstartsfase

Vi forventer å ha alle de stedlige medarbeidere på plass innen oppstart, siden denne er utsatt til 15. aug. 2008.

I tillegg til sekretær og daglig leder (se over) har vi følgende operasjonsteam:

*spesialist i ortopedi
anestesilege
2 operasjonssykepleiere
1 anestesisykepleier
1 assistent*

I tillegg kommer en intensivsykepleier som betjener oppvåkningsenheten.

Dersom noen av disse personene mot formodning ikke er tilsatt innen 15. aug. 2008 vil personer med tilsvarende kompetanse, ansatt i Aleris Helse i Oslo, utføre oppgavene inntil ansettelsene er gjort.”

(12) Innklagede hadde forhandlingsmøte med klager 20. mai 2008, og fra innklagedes møtereferat hitsettes:

”Oppdragsgivers vurdering av Klinikk Stokkan sitt tilbud iht tildelingskriteriene:

Kvalitet	Svært god besvarelse
Leveringssikkerhet	Svært god besvarelse
Priser	Betydelig forbedringspotensial i forhold til konkurrerende tilbud

Presisering av følgende punkter:

- *For denne anskaffelsen mottok oppdragsgiver tilbud fra to leverandører. Begge tilbyderne har anledning til å forbedre sitt tilbud ved å innlevere revidert tilbud.*
- *På grunn av forsinkelser hos oppdragsgiver vil kontraktens oppstartsdato endres fra 16. juni til "senest innen 15. august 2008". Oppdragsgiver har til hensikt å inngå kontrakt med den valgte leverandør innen 1. juli 2008.”*

(13) I brev av 30. mai 2008 ble klager informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Aleris Helse AS Tromsø (heretter også kalt valgte leverandør). Fra brevet hitsettes følgende:

”Vi viser til Deres tilbud av 25. april 2008 og revidert tilbud av 26. mai 2008 vedrørende vår utlyste tilbudskonkurranse "Ortopedi 2008 — Raskere tilbake". Det vises også til forhandlingsmøte med tilhørende referat av 20. mai 2008.

Samtlige to tilbydere som innleverte tilbud ble vurdert som kvalifiserte i henhold til

konkurransegrunnlagets punkt 3.

Helse Nord RHF vil meddele samtlige deltakere i konkurransen om at vi har til hensikt å inngå kontrakt med Aleris Helse AS Tromsø (Aleris).

Valget er gjort ut fra tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget av 9. april 2008, og begrunnes i vedlagte evalueringsrapport av 28. mai 2008, jf FOA § 11-14 (1).

Tilbudet fra Aleris ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige, slik det fremgår av poengtabellen nedenfor. Det er gitt inntil 6 poeng for hvert av de tre oppgitte kriterier, iht våre opplysninger om vektning av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlagets pkt 6.2.

<i>Vurderte kriterier</i>	<i>Poengskala</i>	<i>Klinikk Stokkan</i>	<i>Aleris Helse</i>
<i>- Priser</i>	<i>1-6</i>	<i>5,5</i>	<i>6</i>
<i>- Kvalitet</i>	<i>1-6</i>	<i>6</i>	<i>6</i>
<i>- Leveringssikkerhet</i>	<i>1-6</i>	<i>6</i>	<i>6</i>
<i>Samlet poengsum</i>	<i>Maks. 18</i>	<i>17,5</i>	<i>18</i>

Selv om karakterene til leverandørene er like for kriteriene Kvalitet og Leveringssikkerhet, vil det opplagt kunne finnes mindre nyanser mellom tilbudene. Disse nyansene er vurdert til å være så marginale, slik at tilbudene oppnådde samme antall poeng for dette, jf tabellen over.”

(14) Av evalueringsrapporten (av 28. mai 2008) som var vedlagt brevet av 30. mai 2008 fremgikk det følgende:

”Vurdering av kvalitet:

<i>Leverandør 1</i>	<i>6 poeng</i>	<i>Leverandør 2</i>	<i>6 poeng</i>
<i>Leverandørens personell vurderes til å ha svært god kompetanse og erfaring. Systemet for pasientoppfølging vurderes også som svært bra.</i>		<i>Leverandør vil benytte erfarent medisinsk personell ved sin virksomhet i Tromsø. Kompetanse og erfaring til dette personellet vurderes som svært god. Deres system for pasientoppfølging vurderes også som svært bra. Mottakstjeneste og andre servicefunksjoner er trygt ivaretatt i tilbudet.</i>	

Vurdering av leveringssikkerhet:

<i>Leverandør 1</i>	<i>6 poeng</i>	<i>Leverandør 2</i>	<i>6 poeng</i>
<i>Leverandøren har dokumentert høy grad av leveringssikkerhet i tilbudet, og tilbyr svært gode lokaler i Tromsø. De har også dokumentert at de har det nødvendige personell for leveransen.</i>		<i>Leverandøren har dokumentert at de formelle forhold vedrørende lokalene i Tromsø er i orden. Det som tilbys er svært gode lokaler. Leverandør har også en felles nordisk pool av medisinsk teknisk utstyr som evt kan overføres til lokalene i Tromsø ved behov. Leverandøren har beskrevet at leveransen vil bli ivaretatt gjennom nytilsatt personell,</i>	

	eller evt ved tilføring av egne kompetente medarbeidere fra andre sykehus i landet som leverandøren rår over. De har i tilbudet dokumentert at de har svært gode systemer/kapasitet til å kunne utveksle kompetanse mellom sine sykehus ved behov.
--	--

Vurdering av priser:

<i>Leverandør 1</i>	5,5 poeng	<i>Leverandør 2</i>	6 poeng
<i>Leverandøren har en noe høyere totalsum for de tjenester som skal leveres iht prisskjema.</i>		<i>Leverandør har den laveste total sum for de tjenester som skal leveres iht prisskjema.</i>	

Valg av leverandør:

Leverandør 2 = Aleris Helse AS Tromsø.

- (15) I brev av 1. juni 2008 fremsatte klager en klage på tildelingsbeslutningen. Klagepunktene ble nærmere presisert i et møte klager og innklagede hadde 6. juni 2008.
- (16) I brev av 16. juni 2008 gav innklagede sin vurdering av klagen, og klager fikk ikke medhold i sine anførsler.
- (17) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 20. juni 2008. Kontrakt med valgte leverandør avventes inntil klagenemndas avgjørelse foreligger, men ikke lenger enn til 12. august 2008.
- (18) Vedlagt klagen fulgte en del dokumentasjon om Ishavsklinikken AS. Dokumentasjonen omhandler sykehusgodkjenningen, fusjonen med Tromsø Øre-Nese-Hals Klinikk AS og fisjonen av sykehusvirksomheten.
- (19) Av den innsendte dokumentasjon fremgår det at Ishavsklinikken AS (med daværende foretaksnummer 979 177 445) fikk godkjenning for å drive sykehusvirksomhet i Tromsø i vedtak av 14. oktober 2003. Fra vedtaket hitsettes:

”Etter direktoratets vurdering tilfredsstiller Ishavsklinikken de nødvendige krav til kompetanse for den virksomhet som planlegges. Direktoratet påpeker imidlertid eiers ansvar for forsvarlig virksomhet, og at en for stor grad av drift basert på deltidsstillinger på konsultativ basis kan gå ut over systemsikring for en faglig forsvarlig virksomhet.

[...]

Helsedepartementet finner at Ishavsklinikken AS godkjennes som sykehus med 4 senger etter lov av 2. juli 1999 om spesialisthelsetjenesten § 4-1.

[...]

Ved vesentlige avvik i forhold til det som er beskrevet kan departementet trekke godkjenningen tilbake.”

- (20) Videre fremgår det at Ishavsklinikken i 2005 ble innfusjonert i Tromsø Øre-Nese-Hals Klinikk AS, og at dette selskapet senere samme år tok foretaksnavnet Ishavsklinikken AS. Det nye selskapet beholdt samtidig organisasjonsnummeret til Tromsø Øre-Nese-Hals Klinikk AS, 975 898 482.
- (21) Tilslutt var det vedlagt en generalforsamlingsprotokoll fra Ishavsklinikken AS, som viser at klinikken avholdt en ekstraordinær generalforsamling den 8. mai 2008. Fra protokollens punkt 4 hitsettes følgende:

”Kapitalnedsettelse og vedtektsendring som følge av fisjon

Styret har inngått fisjonsplan av 8. mai 2008 for fisjonen av Ishavsklinikken AS.

[...]

Styret anbefalte fisjonen overfor generalforsamlingen, Styret fremsatte deretter følgende forslag til beslutning av generalforsamlingen:

1. Generalforsamlingen godkjenner fisjonsplanen av 8. mai 2008, for fisjonen av Ishavsklinikken AS.

2. Ved fisjonen overdras sykehusvirksomheten i Ishavsklinikken AS til Aleris Ishavsklinikken AS. Aleris Ishavsklinikken AS stiftes ved fisjonen av Ishavsklinikken AS. Det vises til åpningsbalansen for Aleris Ishavsklinikken AS, jf vedlegg 1 til fisjonsplanen.

[...]

4. Aksjene i Aleris Ishavsklinikken AS tegnes av Paul William Hansen med 74 % og av Merete Kile med 26 %.

[...]

Generalforsamlingen vurderte styrets forslag, og besluttet enstemmig å tiltre fisjonsplanen av 8. mai 2008 med dens virkninger.”

- (22) Fisjonen av Ishavsklinikken AS ble kunngjort i Foretaksregisteret 17. mai 2008:

”Kunngjøring for:

Organisasjonsnummer 975 898 482 (ISHAVSKLINIKKEN AS)

Kreditorvarsel

Fisjon

Følgende foretak er involvert i fisjon:

Overdragende foretak

Navn/foretaksnavn: ISHAVSKLINIKKEN AS
Organisasjonsnummer: 975 898 482
Forretningsadresse: Sjøgata 31/33
9008 TROMSØ
Kommune: 1902 TROMSØ
Organisasjonsform: Aksjeselskap

[...]

Overtakende foretak

Navn/foretaksnavn: Aksjeselskap under stiftelse
Organisasjonsnummer: Foretaket har ikke fått tildelt organisasjonsnummer
Forretningsadresse: Sjøgata 31/33
9008 TROMSØ
Kommune: 1902 TROMSØ
Organisasjonsform: Aksjeselskap

Eventuelle krav/innsigelser må meldes foretaket innen to måneder regnet fra 17.05. 2008.

Foretaksregisteret 17.05. 2008”

- (23) Under saksbehandlingen henvendte klagenemndas sekretariat seg til Aleris Helse AS v/ administrerende direktør Grethe Aasved, for å få nærmere opplysninger om forholdet mellom Aleris Helse AS og Aleris Ishavsklinikken AS. I e-post fra Grethe Aasved av 21. juli 2008 ble det gitt følgende opplysninger:

”Den godkjente sykehusvirksomheten lå opprinnelig i selskapet Ishavsklinikken, eid av Paul William Hansen. Hansen hadde i tillegg til sykehusvirksomheten, sin øre nese hals praksis. Denne lå i et eget selskap; Tromsø Øre Nese Hals Klinikk. For å forenkle den juridiske strukturen, ble disse to selskapene fusjonert og kalt Ishavsklinikken. Dette skjedde i 2005.

Da Aleris Helse skulle kjøpe den godkjente sykehusvirksomheten fra Hansen, ble det fusjonerte selskapet igjen delt/fisjonert tilbake til de to opprinnelige selskapene, det ene inneholdende sykehusvirksomheten, Aleris Ishavsklinikken, og det andre inneholdende øre nese hals praksisen (Ishavsklinikken). Denne fisjonen ble vedtatt og meldt Brønnøysundregistrene i mai 2008 og endelig bekreftet i juli 2008 etter utløpet av kreditorfristen. I den grad det var behov for Aleris Helse å levere sykehustjenester før utløpet av kreditor fristen, var dette regulert i aksjekjøpsavtalen slik at Aleris hadde full kontroll over sykehusvirksomheten også i denne perioden.”

- (24) Klagenemndas sekretariat henvendte seg også til Ishavsklinikken AS v/ klinikkssjef Paul William Hansen, og fikk 22. juli 2008 per faks oversendt aksjekjøpsavtalen mellom Merete Kile, Paul William Hansen, Aleris Helse AS og Ishavsklinikken AS. Fra avtalen hitsettes følgende:

*”Denne avtale (**”Avtalen”**) er inngått den 25. april 2008 mellom:*

Merete Kile [...]

Paul William Hansen [...]

(heretter i fellesskap benevnt "**Selgerne**");

Aleris Helse AS, org. nr. 943 545 634 (heretter benevnt "**Kjøper**"); og

Ishavsklinikken AS, org. nr. 975 898 482, (heretter benevnt "**Ishavsklinikken**").[...]

1. BAKGRUNN

Selgerne eier 100 % av aksjene i Ishavsklinikken, et selskap som driver legesentervirksomhet, samt innehar konsesjon og eier utstyr for drift av sykehusvirksomhet. Selgerne har innledet en fisjonsprosess hvorved eiendeler og rettigheter knyttet til sykehusvirksomheten skal skilles ut til et eget selskap som stiftes ved fisjonen ("**Fisjonen**"). Sykehusvirksomheten betegnes i det følgende som "**Virksomheten**".

[...]

Det nye selskapet ("**Selskapet**") skal ha navnet Aleris Ishavsklinikken AS og vil ved stiftelsen være eid 100 % av Selgerne.

Selgerne ønsker å selge og Kjøper ønsker å kjøpe samtlige aksjer i Selskapet på de vilkår og betingelser som følger av denne Avtalen ("**Transaksjonen**")

2. KJØP OG SALG AV AKSJENE

Selgerne skal selge og Kjøper skal kjøpe samtlige aksjer i Selskapet ("**Aksjene**") fri for heftelser av noe slag på de vilkår og betingelser som følger av Avtalen.

[...]

4. PLIKTER FREM TIL OVERTAKELSE [...]

4.1.2 Rettigheter og eiendeler som skal overføres til Selskapet

Følgende rettigheter og eiendeler skal gjennom Fisjonen overføres fra Ishavsklinikken til Selskapet:

a) Ishavsklinikkens godkjenning som privat sykehus i henhold til godkjenningsbrev fra Helsedepartementet datert 14. oktober 2003 vedlagt denne avtalen som **bilag 1**, og igangsettingstillatelse fra fylkeslegen datert 22. mai 2003 vedlagt denne avtalen som **bilag 2** (heretter samlet benevnt "**Konsesjonen**"), og alle andre nødvendige tillatelser for igangsetting og drift av Virksomheten; og [...]

5. DISPONERING AV VIRKSOMHETEN

5.1 Tilbud Helse Nord

Helse Nord har utlyst konkurranse på levering av ortopediske operasjoner med frist for innlevering av tilbud 30. april 2008. Konkurransgrunnlaget forutsetter leveranse fra tilbyder med godkjent sykehusvirksomhet (konsesjon) i Tromsø. [...]

5.2 Disponering av Virksomheten

Selgerne, Ishavsklinikken og Kjøper ønsker at Kjøper skal innlevere tilbud på det utlyste konkurransegrunnlaget fra Helse Nord. Fra datoen for denne Avtalen gir Ishavsklinikken Kjøper, uavhengig av alle andre bestemmelser i denne Avtalen, en ugjenkallelig rett til å disponere over Virksomheten og Konsesjonen slik at Kjøper har den fulle rådigheten over Virksomheten og Konsesjonen som er nødvendig for å tilfredsstille konkurransegrunnlaget og i tilfelle leveransevilkårene.”

(25) I e-post av 1. juli 2008 oversendte innklagede et brev fra Haavind Vislie til Helse- og omsorgsdepartementet som omhandlet Ishavsklinikkens sykehusgodkjenning. Fra brevet hitsettes:

”ISHAVSKLINIKKEN AS

Aleris Helse AS har som kjent inngått avtale om kjøp av aksjene i Ishavsklinikken. Ishavsklinikken er godkjent som sykehus med bla fire senger ved det daværende Det kgl Helsedepartementets konsesjon av 14. oktober 2003. Aleris Helse AS ønsker å være en sentral tilbyder til det offentlige i de anbud de regionale helseforetakene utlyser og vil gjennom Ishavsklinikken fortsatt være en tilbyder ved utlysning av anbud i forhold til først og fremst Helse Nord.

Ishavsklinikken har i mai 2008 vunnet anbudskonkurranse til Helse Nord på leveranse av ortopedisk kirurgi i forbindelse med utlysningen ”Raskere tilbake”. Klinikk Stokkan har innklaget denne tildelingen for KOFA, og har angivelig bla anført at det hefter mangler ved Ishavsklinikkens sykehuskonsesjon. På denne bakgrunn, og fordi vi vil anta at eventuelt både KOFA og Klinikk Stokkan, eventuelt Helse Nord, vil ta kontakt med departementet, finner vi grunn til å presisere at den foreliggende sykehuskonsesjonen til Ishavsklinikken av 14. oktober 2003 gjelder fullt ut og alle faktiske krav til virksomheten er oppfylt. Det har mao ikke skjedd noen endringer som tilsier at det er nødvendig med noen ny søknad m.m.

1. Flytting til nye lokaler

Ishavsklinikken flyttet i andre halvår 2007 fra sine tidligere lokaler i Stokkvollveien 99 i Tromsø til nye nåværende lokaler i Sjøgata 31/33 i Tromsø. Fylkesmannen som statlig tilsynsmyndighet er blitt underrettet om flyttingen. Det er imidlertid noe usikkert om når meldingen ble sendt idet Fylkesmannen ikke har kunnet finne meldingen, men har bekreftet at den er blitt mottatt. Ved en inkurie er meldingen ikke blitt sendt til Helse- og omsorgsdepartementet. Vi vil derfor for ordens skyld med dette konfirmere den foreliggende flyttemelding, idet vi beklager at meldingen ikke har kommet igjennom til alle instanser. For øvrig vil vi kort kommentere på generell basis at etter vår vurdering vil sykehuskonsesjoner i sin alminnelighet måtte anses å ha en geografisk begrensning, slik at tillatelsene er knyttet til det geografiske området som fremgår av den enkelte konsesjonen. Dette innebærer samtidig at sykehusvirksomhet normalt kan flyttes innenfor et slikt geografisk ”nærområde”. Flytting som i dette tilfellet av Ishavsklinikkens virksomhet fra en adresse i Tromsø til en annen, er ikke å anse som ny virksomhet som trenger godkjenning. Dette er også en lovforståelse Helse- og omsorgsdepartementet tidligere har lagt til grunn bla i sak om Axxess Sykehus` og Spesialistklinikk AS` flytting av sin virksomhet i Oslo og overdragelse

Spesialistsenteret/Mosseakutten, som begge ikke ble ansett som en flytting som anses som ny virksomhet som krever egen søknad.

Når det gjelder de konkrete lokaler og godkjenning av disse, er det i dag ikke en egen godkjenningsordning for sykehuslokaler. Den som er ansvarlig etter den enkelte sykehuskonsesjon er imidlertid ansvarlig for at lokalene er faglig tilfredsstillende for den sykehusvirksomheten som det aktuelle sykehus er godkjent for. Ishavsklinikken kan derfor flytte virksomheten sin til nye lokaler og videreføre sykehusvirksomheten i disse lokalene uten at dette krever egen særskilt godkjenning av lokalene. De statlige tilsynsmyndigheter (først og fremst Fylkesmannen) skal imidlertid være informert til enhver tid hvor sykehusvirksomheten drives, og ved flytting som beskrevet ovenfor skal derfor dette meldes omgående til Fylkesmannen og Helse- og omsorgsdepartementet, slik at Fylkesmannen bla har mulighet til å føre tilsyn og evt gi pålegg dersom lokalene ikke anses som faglig forsvarlig. I dette tilfellet gjør vi oppmerksom på at det for øvrig har vært tett kontakt med Fylkesmannen vedrørende de nye lokalene, og det er avtalt at Fylkesmannen/Fylkeslegen skal komme på befaring den 22. juli i de aktuelle lokalene.

2. Virksomheten ved Ishavsklinikken

Når det gjelder virksomheten ved Ishavsklinikken, kan vi opplyse at det var sykehusvirksomhet i gang i henhold til den foreliggende godkjenningen, da Aleris Helse AS inngikk avtale om overtagelse av aksjene. Sykehusvirksomheten drives og er lokalisert i Sjøgata 31/33 i Tromsø hvor det er fullt utstyrt operasjonsstue med tilhørende fasiliteter, sengeavdeling og øvrige ytre rom. De lokalene som Ishavsklinikken disponerte før flyttingen i 2007, benyttes ikke lengre til sykehusvirksomhet.

Fra Aleris Helse AS side tas det sikte på å drive sykehusvirksomhet innenfor alle de fagområdene som omfattes av den foreliggende konsesjonen. Virksomheten er imidlertid helt avhengig av at man oppnår avtaler med de regionale helseforetakene og det er dette som vil være styrende for den virksomheten som til enhver tid vil bli drevet. Fra Aleris Helse AS side tas det foreløpig ikke sikte på å søke om utvidelse av fagområder. Når det gjelder helsepersonell, vil det ikke skje noen endring verken når det gjelder omfang eller kategori av disse i forhold til det som har ligget til grunn for den foreliggende konsesjonen. Aktivitetsnivået vil imidlertid som nevnt avhenge av i hvilken grad man oppnår avtaler med RHF.

Medisinskansvarlig for virksomheten er som kjent dr. Paul W. Hansen. Det er tatt sikte på å endre på dette medio sommeren 2008. Vedkommende er foreløpig ikke tilsatt, men straks vedkommende er på plass vil dette bli meddelt til både Fylkesmannen og Helse- og omsorgsdepartementet. Når det gjelder omfanget av virksomheten ved sykehuset vil denne i utgangspunktet være dimensjonert for det samme antall senger som i den foreliggende godkjenningen. I hvilket omfang denne kapasiteten vil bli fullt utnyttet, vil som nevnt bero på de anbudskonkurranser man vinner frem med.

På denne bakgrunn vil vi derfor kort oppsummere at det i forhold til Ishavsklinikkens foreliggende sykehuskonsesjon av 14. oktober 2003 er alle faktiske krav til virksomheten oppfylt. Det har heller ikke skjedd eller er planlagt å skje endringer i virksomheten verken når det gjelder tjenestetilbudet eller behov for helsepersonell, produksjon av tjenester eller ansvarsforholdene.”

- (26) I e-post av 24. juli 2008 oversendte klager et brev fra Helse- og omsorgsdepartementet datert 7. juli. Fra brevet hitsettes:

”Det vises til brev av 16. juni 2008.

Etter spesialisthelsetjenesteloven § 4-1 må sykehus godkjennes av departementet før det kan yte helsetjenester. I forskrift om godkjenning av sykehus og om landsfunksjoner og nasjonale medisinske kompetansesenterfunksjoner ved sykehus er det gitt nærmere bestemmelser om godkjenning av sykehus.

Innledningsvis vil departementet understreke at det er den enkelte virksomhet som ved etablering må vurdere om det skal ytes helsetjenester som krever godkjenning. Godkjenning for å drive sykehusvirksomhet gis til en gitt søker, for en bestemt lokalisering, for et gitt antall senger og nærmere angitte medisinske fagområder. I forbindelse med behandlingen av søknaden vurderer Helsedirektoratet prosjektets faglige forsvarlighet og lokalene befares av fylkesmannen.

Ved behandlingen av søknader om godkjenning av sykehus kan departementet legge vekt på ulike samfunnsmessige hensyn som bla samlet kapasitet i helsetjenestetilbudet, geografisk fordeling av helsetjenester og tilgangen på helsepersonell. Videre om det legges opp til forsvarlig bruk av helsepersonell samt om prosjektet er faglig forsvarlig. Det er den enkelte virksomhet som til enhver tid har ansvaret for å påse at de driver innenfor sin godkjenning og i tråd med de vilkår og begrensninger som er satt.

Ved endringer i virksomheter som er godkjent som sykehus vil departementet i hvert enkelt tilfelle måtte foreta en konkret vurdering av om endringene er av en slik karakter at det kreves ny godkjenning. Dette har vært gjort i enkelte tilfeller.

I en sak hvor en virksomhet hadde gått konkurs og sykehusvirksomheten var innstilt fra konkursåpningen, alle eiendeler knyttet til sykehusvirksomheten overlatt til pantaver og solgt, fant departementet at en eventuell gjenopptagelse av virksomheten med ny eier måtte godkjennes før det kunne drives sykehusvirksomhet i de aktuelle lokalene.

I en sak som gjaldt flytting av virksomhet fant departementet, når eneste endring var flytting av eksisterende virksomhet innen samme by, at dette ikke krevde ny godkjenning. Det samme var resultatet i en sak der det ble gjennomført et eierskifte. Forutsetningen var at eierskiftet ikke medførte endringer i den eksisterende virksomheten som gikk ut over den godkjenningen som var gitt, herunder at enheten fortsatte å være en selvstendig enhet med egen leder og stedlig medisinfaglige ansvarlige.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

Valgte leverandør skulle vært avvist

- (27) Valgte leverandør oppfyller ikke kvalifikasjonskravene, og skulle derfor vært avvist, jf klagemndas sak 2005/264.

- (28) Det anføres at valgte leverandør ikke har slik sykehusgodkjenning i Tromsø-området som det følger av konkurransegrunnlagets punkt 1.2 om utførelsessted at tilbyder må ha.

Aleris Helse AS har i tilbudet opplyst at de har ervervet godkjenningen fra Ishavsklinikken, noe klager av flere grunner mener ikke er riktig.

- (29) For det første er Ishavsklinikkens sykehusgodkjenning falt bort på grunn av ikke-bruk. Ishavsklinikken AS (org nr 979 177 445) drev sykehusvirksomhet en kort periode, men så vidt klager vet har ikke Tromsø Øre-Nese-Hals Klinikk AS (org nr 975 898 482) drevet sykehusvirksomheten videre. Dette understøttes av punkt 1 i aksjekjøpsavtalen, hvor det fremgår at Ishavsklinikken er *"et selskap som driver legesentervirksomhet, samt innehar konsesjon og eier utstyr for drift av sykehusvirksomhet"* (klagers understrekning). Dette viser at Ishavsklinikken har vært drevet som et øre-nese-hals senter, mens sykehusdriften har ligget nede i denne perioden. Klager har tidligere henvendt seg til departementet i forbindelse med vurdering av oppkjøp av sykehus med ubenyttet sykehusgodkjenning, og har da fått opplyst at et slikt oppkjøp krever ny godkjenning.
- (30) Videre er sykehusgodkjenningen Ishavsklinikken fikk i 2003, ugyldig som følge av overdragelse. Godkjenningen opphørte å eksistere da Ishavsklinikken ble fusjonert med Tromsø Øre-Nese-Hals Klinikk AS i 2005, eventuelt ved fisjonen som nå pågår. Dette fordi det i begge tilfeller er tale om en overdragelse av aktiva ("innmat"), og ikke et rent eierskifte. Ved overdragelse av aktiva følger ikke eksisterende godkjenninger automatisk med uten samtykke fra forvaltningen, jf Eckoff/Smith, Forvaltningsrett, 8. utgave, side 424, 2. avsnitt. Her fremgår det at tillatelser som er gitt virksomheten og som ikke er av personlig karakter, ofte ikke kan overdras uten samtykke fra forvaltningen. *"Slik er det i hvert fall når tillatelsen gjelder en varig virksomhet (f.eks. oljeutvinning, transport eller hotell drift)"*. Videre vises det til Høyesteretts formulering i Rt. 1997 s 527 (på s 532), om at *"det generelle utgangspunktet er at begunstigelser fra det offentlige ikke kan overdras ved privat avtale uavhengig av godkjenning fra det relevante offentlige organ"*. Senere i samme avsnitt fremgår at dette også må være utgangspunkt ved overdragelse av begunstigelsen sammen med en forretning. Klager er heller ikke kjent med at det foreligger ny lovgivning som understøtter at godkjenninger består etter overtakelse, slik innklagede hevder.
- (31) Dersom offentlige godkjenninger fritt kunne overdras, ville dette gjøre offentlig kontroll vanskelig. Videre er klager ikke kjent med at det er gjennomført tilsvarende overtakelser av offentlige godkjenninger av private sykehus, men er kjent med at det har vært overdragelser av aksjer i selskaper som har godkjenning. Her er som kjent utgangspunktet det motsatte; godkjenningen følger selskapet og organisasjonsnummeret, og departementet har ikke hatt oppfordring til å reagere. Klager har også på konkret forespørsel til departementet i vinter fått opplyst at overdragelse av virksomhet med godkjenning krever godkjenning av departementet. En overføring av sykehusgodkjenningen ut av regionen til Aleris Helse AS i Oslo vil også være et vesentlig avvik fra vilkårene i godkjenningsvedtaket, og dermed i strid med godkjenningen, jf forskrift om godkjenning av sykehus mv § 1, hvor det fremgår at godkjenning gis i et *"bestemt geografisk område"*.
- (32) At Ishavsklinikken AS er registrert som privat sykehus i departementets register, og som privat, somatisk sykehus, i SSBs *"Håndbok for rapportering av regnskapsdata for helseforetak og regionale helseforetak 2006"*, innebærer ikke noen offentlig godkjenning av overdragelsen. SSBs håndbok er basert på helseforetakenes egne innmeldinger til SSB.

- (33) For øvrig bemerkes at Ishavsklinikken AS flyttet til nye lokaler i mai 2007 uten å melde fra om dette, hvilket innebærer at de nye lokalene ikke er inspisert og godkjent.
- (34) Dersom godkjenningen fremdeles eksisterer, vises det til at kvalifikasjonskrav må være oppfylt ved tilbudsfristen, og under enhver omstendighet ved kvalifikasjonsvurderingen. Dokumentasjonen fra Foretaksregisteret viser at fisjonen ikke var gjennomført på tidspunktet for kvalifikasjonsvurderingen. Fisjonen vil tidligst være gjennomført 18. juli då, og godkjenningen må anses for å tilhøre Ishavsklinikken AS inntil fisjonen er endelig. Gjennomføringen av fisjonen er i tillegg beheftet med usikkerhet fordi gjennomføringen vil være avhengig av at det ikke fremsettes innsigelser innen utløpet av kreditorfristen 17. juli 2008. Bestemmelsen i punkt 5.2 i aksjekjøpsavtalen om at Aleris Helse AS skal kunne disponere over virksomheten og konsesjonen før fisjonen er gjennomført, slik at Aleris Helse AS har den fulle rådigheten, tilfredsstiller ikke konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav til leverandøren. Den er også neppe lovlig, og gir ikke dekning for å si at man er etablert med godkjenning.
- (35) Opplysningene i valgte leverandørs tilbud om at selskapet var etablert og hadde godkjenning gjennom overtakelse av sykehusvirksomheten (herunder sykehuskonsesjonen) til Ishavsklinikken, var dermed ikke korrekte. Dette understøttes også av brevet fra Haavind Vislie til Helse- og omsorgsdepartementet av 1. juli 2008. Her skriver Haavind Vislie at Aleris Helse AS har inngått avtale om kjøp av aksjene i Ishavsklinikken, noe som viser at det ikke var gjennomført noe kjøp ved tilbuds- eller tildelingstidspunktet.
- (36) Det synes heller ikke riktig at Aleris Helse AS skal kjøpe aksjene i Ishavsklinikken. I så fall hadde ikke Aleris Helse AS som aksjeeier vært leverandør, men Ishavsklinikken (noe Haavind Vislie synes å indikere ved å skrive i brevet til Helse- og omsorgsdepartementet av 1. juli at *"Ishavsklinikken har i mai 2008 vunnet anbudskonkurranse til Helse Nord"*).
- (37) Videre bemerkes at innklagedes opplysninger om at Aleris Helse AS skal eie godkjenningen ikke stemmer overens med opplysningene i generalforsamlingsprotokollen av 8. mai då, om at godkjenningen skal overføres til et selskap ved navn Aleris Ishavsklinikken AS, hvor aksjene skal tegnes av Paul William Hansen med 74 % og av Merete Kile med 26 %.
- (38) Innklagede har således ikke foretatt kvalifikasjonsvurderingen ut fra korrekte og fullstendige opplysninger, og tilbudet fra Aleris Helse AS skulle vært avvist om riktige opplysninger var lagt til grunn. Innklagede hevder avtalen mellom Ishavsklinikken og valgte leverandør er et anliggende mellom disse, mens klager er av den oppfatning at oppdragsgiver ikke kan legge til grunn uriktige opplysninger fra en tilbyder. Det vises her til klagenemndas sak 2006/220.
- (39) Ettersom også Helse- og omsorgsdepartementet har fått feilaktige og mangelfulle opplysninger, har departementet ikke hatt foranledning til å ta stilling til overdragelsen og fatte et riktig vedtak. Et eventuelt svar fra departementet til Haavind Vislie vil derfor ha begrenset relevans for spørsmålet om Ishavsklinikkens godkjenning.

- (40) I brevet av 30. mai då opplyste innklagede at kontrakten skulle tildeles Aleris Helse AS Tromsø. Dette er ikke et lovlig etablert foretak, ettersom det i Foretaksregisteret ikke eksisterer noe selskap med dette navnet.
- (41) Tilslutt bestrides det at valgte leverandørs kvalitetssikringssystem oppfyller innklagedes krav. Etter ordlyden i kravspesifikasjonen skal det dokumenteres at kvalitetssikringssystemet er velfungerende, og etter rammeavtalen skal systemet være iverksatt og dokumentert. At et system er velfungerende krever at det er iverksatt og implementert i virksomheten, og klagers egen erfaring tilsier at det vil ta fra 6-12 måneder å implementere et kvalitetssikringssystem i en virksomhet. At Aleris Helse AS i Oslo har et kvalitetssikringssystem kan neppe tilfredsstillende kvalifikasjonskravene om et iverksatt, dokumentert og velfungerende system for Ishavsklinikken i Tromsø.

Uklart tildelingskriterium

- (42) Tildelingskriteriet leveringssikkerhet er uklart utformet. Beskrivelsen som er gitt av kriteriet i konkurransegrunnlaget, samsvarer ikke med en vanlig språklig forståelse av ordlyden. En slik forståelse tilsier at det er elementer som gjennomføringsevne, god organisering og planlegging, tilgang på ekstra ressurser, beredskap ved sykdom, god kommunikasjon mv, som er relevante. I stedet er beskrivelsen av kriteriet leveringssikkerhet delvis en gjentakelse av beskrivelsen av tildelingskriteriet "kvalitet", og må saklig sett sies å høre under dette punktet. Ettersom overskriften og beskrivelsen peker i forskjellige retninger når det gjelder meningsinnhold, blir punktet uforutsigbart og uklart for tilbyderne. Innklagede får på sin side et vidt rom til å ta inn de momenter de måtte ønske uten den nødvendige gjennomsynlighet og etterprøvbarehet. Dette medfører at tildelingskriteriet ikke tilfredsstiller kravene til forutberegnelighet, gjennomsynlighet og etterprøvbarehet i lovens § 5.

Tildelingsevalueringen

- (43) Poenggivning under tildelingskriteriene knyttet til kvalitet og leveringssikkerhet er vilkårlig, usaklig, uforsvarlig og i strid med kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5. Ettersom valgte leverandør ikke hadde dokumentert drift på evalueringstidspunktet, er det påfallende at alle manglende forhold og usikkerhetsmomenter ved oppstart overhodet ikke har gitt seg utslag i form av reduserte poeng.
- (44) Særlig må poenggivning under tildelingskriteriet "leveringssikkerhet" sies å være vilkårlig. Den som starter en ny virksomhet vil normalt ha en ulempe i forhold til den som driver en velfungerende virksomhet. At valgte leverandør i løpet av noen måneder kan etablere og igangsette en virksomhet med full leveransesikkerhet er tvilsomt. Etter klagers erfaring må man ved oppstart av et nytt sykehus påregne forsinkelser med levering av utstyr og utfordringer med innkjøring av lokaler, ansettelse og samkjøring av personell, samt etablering av kvalitetssystemer. Fra egen erfaring vet klager at det tar 6-12 måneder å implementere et nytt kvalitetssystem fra et privat sykehus til et annet i samme gruppe. Et etablert og fungerende kvalitetssikringssystem krever at prosedyrene innarbeides og forankres i organisasjonen og hos personellet.
- (45) Poenggivning virker også uforsvarlig sett i lys av at foretaket skal foreta et oppkjøp av en klinikk, med de usikkerhetsmomenter dette nødvendigvis må innebære. På evalueringstidspunktet hadde lokalene ikke vært i bruk som sykehus, og det er usikkerhet rundt hvilke konsekvenser flytting av lokalene har for godkjennelsen.

- (46) Volumet av avtalen tilsier at det ikke vil være tilstrekkelig å fly inn en ortoped og noen spesialsykepleiere på sporadisk basis for å bemanne operasjonsstuen. På grunn av innklagedes regler om interessekonflikter (se anbudsglennene krav 3), kan det ikke benyttes personer som har ansettelse ved Helse Nord. Klager er ikke kjent med ledig spesialistkompetanse i Tromsø, og klagenemnda må derfor legge til grunn at valgte leverandør skal fly inn personell fra andre steder i landet. Å gi like mange poeng for leveransesikkerhet til en leverandør som må fly inn personell fra andre deler av landet, som til en leverandør som har ansatt personell bosatt i Tromsø, virker vilkårlig.
- (47) Hva gjelder kapasitet, gjennomføringsevne og beredskap ved sykdom har klager vanskelig for å se at personell som flys inn ved behov skal gi like høy grad av leveringssikkerhet som personell som bor i Tromsø og arbeider fast ved sykehuset.
- (48) Innklagedes utsetting av igangsettingen fra 16. juni til 15. august, kan dessuten ha gjort det mulig for valgte leverandør å oppnå en høyere poengsum for leveringssikkerhet. Klager kan ikke se at innklagede hadde reelle grunner for å utsette oppstartstidspunktet.
- (49) Hva gjelder poenggivningen under tildelingskriteriet "kvalitet", vises det til godkjenningsvedtaket for Ishavsklinikken av 2003:

"Etter direktoratets vurdering tilfredsstiller Ishavsklinikken de nødvendige krav til kompetanse for den virksomhet som planlegges. Direktoratet påpeker imidlertid eiers ansvar for forsvarlig virksomhet, og at en for stor grad av drift basert på deltidsstillinger på konsultativ basis kan gå ut over systemsikring for en faglig forsvarlig virksomhet."

- (50) Dette viser at personellens tilknytning til sykehuset må få betydning for kvalitetsevalueringen. Klager er ikke kjent med om valgte leverandørs medisinske personell skal være fast ansatt eller flys opp sørfra ved behov. Dersom personellet skal være ansatt i Aleris Helse AS i Oslo, men skal utføre tjenester ved Aleris Helse AS Tromsø etter behov, er det tvilsomt om en slik ordning gir grunnlag for å gi valgte leverandør høyeste poengsum på kvalitet. For klager synes poengsettingen vilkårlig.

Innklagedes anførsler

Valgte leverandør skulle vært avvist

- (51) Innklagede bestrider at Ishavsklinikkens godkjennelse fra 2003 ikke lenger er gyldig.
- (52) Til anførselen om at sykehusgodkjenningen er falt bort på grunn av ikke-bruk, vises det til at sykehusvirksomheten ved Ishavsklinikken AS har vært redusert siden 2005, men ikke lagt ned. Ved siden av private avtalespesialisters virksomhet i lokalene, har det også vært utført operasjoner i et begrenset omfang. Verken forskrift om godkjenning av sykehus mv eller rundskriv 1-4/2004 "Godkjenning av sykehus" gir adgang til å trekke tilbake en godkjenning på grunnlag av lavere aktivitet.
- (53) Sykehusgodkjenningen er heller ikke falt bort som følge av overdragelse, verken ved fusjonen i 2005 eller fisjonen i 2008. Årsaken til at organisasjonsnummeret ble slettet etter fusjonen i 2005, var at den "nye" Ishavsklinikken beholdt organisasjonsnummeret til det overtagende selskap. Slettingen medførte ingen realitetsendringer for sykehusdriften som sådan. Ishavsklinikken AS er registrert som privat sykehus i

departementets registre, og som privat, somatisk sykehus i SSBs ”*Håndbok for rapportering av regnskapsdata for helseforetak og regionale helseforetak 2006*”.

- (54) Innklagede er ikke enig i klagers forståelse av Rt. 1997 s 527, og det vises særlig til dommens side 532, nest siste avsnitt flg, samt side 533. Både reelle hensyn og sentrale myndigheters praksis tilsier at godkjenningen består selv etter overtakelse, noe som understøttes av nyere lovgivning. Helse- og omsorgsdepartementet er kjent med at det forekommer overtakelser av denne type virksomhet, og har ikke tatt initiativ til å endre verken lov, forskrift eller rundskriv, ved for eksempel å pålegge en varslingsplikt eller en innføring av ny godkjenning etter overtakelser. I denne sammenhengen er det ikke egenskaper ved eier som er vesentlig for sentrale myndigheters holdning til virksomheten, men behovet for tjenesten og den geografiske plasseringen av denne.
- (55) En overføring av godkjenningen fra Ishavsklinikken til Aleris Helse AS vil ikke være brudd på vilkårene for offentlig godkjenning. Slik godkjenning gis i bestemt geografisk område, jf forskrift om godkjenning av sykehus § 1. Det følger av godkjenningsvedtaket at kun vesentlige avvik kan føre til at godkjenningen trekkes tilbake. Dette må forstås som endringer som krever departementets godkjenning, jf forskriftens § 6 (2). Verken endringer i eierforhold eller flytting innen samme geografiske område er å regne som vesentlige avvik. Ettersom det er i Tromsø ytelsen skal leveres, har klager ikke grunnlag for å hevde at godkjenningen skal overdras ut av området.
- (56) Til klagers anførsel om at lokalene Ishavsklinikken AS flyttet til ikke er inspisert og godkjent, bemerkes det at tilsynsmyndighetene har ansvar for tilsyn, men ikke for godkjenning. Helsetilsynet i Troms har bekreftet å ha mottatt melding om flytting, og har ikke funnet grunn til å iverksette tilsyn.
- (57) Slik innklagede ser det, foreligger det ikke forhold ved Ishavsklinikken AS som gir holdepunkter for å hevde at godkjenningen ikke består, eller omstendigheter som burde foranlediget nærmere undersøkelser fra innklagedes side.
- (58) Vedrørende anførselen om at overdragelsen av Ishavsklinikken AS ikke var gjennomført ved tildelingen, vurderte innklagede valgte leverandørs kvalifikasjoner på tidspunktet for kvalifiseringen. I tilbudet opplyste Aleris Helse AS Tromsø at sykehusvirksomheten til Ishavsklinikken var overtatt, og bekreftet å ville levere fra denne. Innklagede måtte derfor kunne legge til grunn at valgte leverandør hadde overtatt en godkjent sykehusvirksomhet, selv om det gjenstod formalia ved den underliggende overdragelse. Hvilke avtaler valgte leverandør og Ishavsklinikken har gjort seg i mellom, er et anliggende mellom disse.
- (59) Aksjekjøpsavtalen dokumenterer at innklagede ikke har bygget sin avgjørelse om å kvalifisere Aleris Helse AS i konkurransen på feilaktig grunnlag. Sammenholdt med brevet fra Helse- og omsorgsdepartementet av 7. juli underbygger dette at Aleris Helse AS hadde den nødvendige tillatelse til å drive virksomhet i Tromsø, og at dette var på plass ved tilbudsfristens utløp.
- (60) Hva gjelder anførselen om at Aleris Helse AS Tromsø ikke er et lovlig etablert foretak, er betegnelsen Tromsø bare en markering av at det er i Tromsø ytelsen skal leveres. Ut fra tilbudets utforming er det ikke grunnlag for å hevde annet enn at det er Aleris Helse AS som er leverandør.

- (61) Til klagers anførsel om at valgte leverandørs kvalitetssikringssystem vanskelig kan tenkes å være velfungerende, vises det til at rammeavtalens § 5.4 er et krav til ytelsen og ikke et kvalifikasjonskrav. Hvorvidt systemet er implementert er derfor ikke vurderingstema på tidspunktet for kvalifiseringen. Det avgjørende er om systemet er dokumentert på en slik måte at oppdragsgiver kan vurdere om det er et velfungerende system. Innklagede har vurdert den redegjørelse og dokumentasjon som fremgår av tilbudets skilleark 4, og må kunne legge til grunn at systemet vil være implementert ved kontraktsstart.

Uklart tildelingskriterium

- (62) Videre bestrides det at tildelingskriteriet "leveringssikkerhet" er uklart og lite forutberegnelig. Tildelingskriteriene "kvalitet" og "leveringssikkerhet" har et synlig ulikt innhold og angir to ulike vurderingstema. Kriteriene er gjort kjent på forhånd og utformet på en klar måte. Dette understøttes av at både klager og valgte leverandør har tolket kriteriene likt, og innrettet tilbudene i samsvar med det som etterspørres. Klagers anførsel om at oppdragsgiver har gitt seg selv et ubetinget fritt skjønn må derfor avvises.

Tildelingsevalueringen

- (63) Under evalueringen av tildelingskriteriene "kvalitet" og "leveringssikkerhet" ville det være et brudd på likebehandlingsprinsippet å trekke en tilbyder i poeng på grunn av manglende lokal tilhørighet/manglende etablering på evalueringstidspunktet, dersom det ellers er dokumentert og bekreftet at den etterspurte kvalitet og leveringssikkerhet vil foreligge på tidspunktet for kontraktsstart. Innklagedes skjønnsutøvelse under evalueringen var verken vilkårlig eller usaklig, og kan derfor ikke overprøves av klagenemnda.
- (64) Når det gjelder utsettelsen av oppstartstidspunktet fra 16. juni til 15. august, skyldtes dette manglende kapasitet hos innklagede til å evaluere tilbudene til planlagt tid, noe som førte til forskyvninger i den øvrige prosess. Det var uhensiktsmessig å sette oppstartstidspunktet til midt i fellesferien, og fristen ble derfor satt til midten av august. Begge tilbydere erklærte uten forbehold at de kunne starte opp 16. juni, og utsettelsen skyldtes utelukkende oppdragsgivers forhold.

Klagenemndas vurdering:

- (65) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt valgte leverandør skulle vært avvist

- (66) Klager anfører at Aleris Helse AS ikke oppfylte flere av kvalifikasjonskravene, og derfor skulle vært avvist.
- (67) Oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller de krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (1) bokstav a.
- (68) Klager viser til flere forhold som skal danne grunnlag for hvorfor valgte leverandør skulle vært avvist. For det første er det anført at leverandøren mangler godkjenning som

privat sykehus i nærheten av Tromsø sentrum. Til støtte for dette er det vist til at Ishavsklinikkens godkjenning fra 2003 ikke lenger kan anses gyldig, dette som følge av ikke-bruk og overdragelse, hvorav det sistnevnte refererer seg til fusjonen i 2005 og den pågående fisjonen. Videre er det vist til at overdragelsen til Aleris Helse AS krever godkjenning fra offentlige myndigheter, og at overdragelsen må anses som et brudd på vilkårene i sykehusgodkjenningen fra 2003. Samtlige av disse spørsmål vil være regulert av regelverk utenfor anskaffelsesregelverket, og klagenemnda kan dermed ikke ta stilling til om godkjenningen er gyldig eller ikke.

- (69) Klagenemndas sak 2008/15 (premiss 65) viser uansett at disse forholdene ikke nødvendigvis vil være avgjørende for spørsmålet om innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør:

"Ved vurderingen av om kvalifikasjonskriteriene er oppfylt må oppdragsgiver kunne ta utgangspunkt i at den informasjonen som mottas er riktig."

- (70) Dette tilsier at oppdragsgiver i utgangspunktet kan legge tilbyders opplysninger til grunn ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt, noe som også er utgangspunktet for opplysninger som har betydning for tilbudsevalueringen, jf klagenemndas sak 2007/62 (premiss 48) med videre henvisninger til klagenemndas saker. Etter klagenemndas oppfatning måtte innklagede kunne legge til grunn at godkjenningen var gyldig. Sak 2006/120 er ikke relevant her (klager henviste til sak 2006/220, men klagenemnda antar at det var ment å henvise til sak 2006/120), i det det i denne saken var oppdragsgivers forhold som var årsaken til at det ble lagt til grunn uriktige opplysninger.

- (71) For å ta stilling til om valgte leverandør skulle vært avvist, er det således ikke nødvendig å foreta nærmere undersøkelser om selskapet faktisk hadde godkjenning som privat sykehus i nærheten av Tromsø sentrum. Avgjørende er om det fremgikk av opplysningene og dokumentasjonen i tilbudet at dette var tilfelle.

- (72) I tilbudet opplyste valgte leverandør følgende:

"Aleris Helse AS er etablert med offentlig godkjent sykehus i Tromsø, gjennom overtakelse av sykehusvirksomheten (herunder sykehuskonsesjonen) til Ishavsklinikken."

- (73) På grunnlag av disse opplysningene måtte innklagede kunne legge til grunn at valgte leverandør hadde den nødvendige sykehusgodkjenning i Tromsø. Dersom det viser seg at sykehusgodkjenningen ikke er gyldig, vil dette utgjøre et kontraktsbrudd, som oppdragsgiver er nærmest til å forfølge ved bruk av eventuelle kontraktsrettslige misligholdsbeføyelser.

- (74) Også for anførselen om at kvalifikasjonskravet ikke var oppfylt på tidspunktet for kvalifikasjonsvurderingen, må det tas utgangspunkt i hva som fremgikk av tilbudet. Aleris Helse AS Tromsø opplyste i tilbudsbrevet av 29. april 2008 at de "er" etablert med offentlig godkjent sykehus i Tromsø. I tilbudets skilleark 4 ble kravet til offentlig godkjenning som privat sykehus dokumentert, og her fremgikk det at Ishavsklinikkens sykehusvirksomhet "er" nå overtatt av Aleris Helse AS. Tilbyder opplyste således ordrett at godkjenningen allerede var overdratt til valgte leverandør, og innklagede måtte dermed kunne legge til grunn at kravet var oppfylt.

- (75) Klager har videre anført at "Aleris Helse AS Tromsø" ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om at leverandøren er et lovlig etablert foretak. Selv om det er riktig at det ikke eksisterer noe selskap med navn "Aleris Helse AS Tromsø" i Foretaksregisteret, er det Aleris Helse AS som er den formelle tilbyderer i dette tilfellet. Det er på det rene at dette er et lovlig etablert foretak. Betegnelsen "Tromsø" er derfor kun tilføyd selskapets navn for å angi steds plasseringen av denne delen av selskapets virksomhet. Dette kan ikke være til hinder for at kvalifikasjonskravet er oppfylt.
- (76) Hva gjelder anførselen knyttet til konkurransegrunnlagets krav til et "*velfungerende kvalitetssikringssystem*" begrenser klagenemndas myndighet seg til å prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om evalueringen er basert på korrekt faktum og ellers er saklig og forsvarlig, jf klagenemndas sak 2006/120. Idet valgte leverandør i tilbudet opplyste at selskapet var ISO sertifisert, og at alle selskapets "*ISO rutiner implementeres også ved sykehuset i Tromsø*", kan klagenemnda ikke se at det på noen måte skulle være i strid med regelverket å legge til grunn at kvalifikasjonskravet om et velfungerende kvalitetssikringssystem måtte anses oppfylt.
- (77) Til klagers anførsel vedrørende rammeavtalens punkt 5.4 om et "*iverksatt og dokumentert internkontrollsystem*", bemerker nemnda først at dette kravet er et avtalevilkår, og ikke et kvalifikasjonskrav, slik klager synes å mene. Videre må kravet, ut fra hvordan dette er formulert, forstås slik at det er tilstrekkelig at kravet oppfylles fra det tidspunkt kontrakten trer i kraft. Dette har ikke skjedd ennå.

Uklart tildelingskriterium

- (78) Klager anfører at tildelingskriteriet "*leveringssikkerhet*" var uklart utformet og saklig sett hørte under tildelingskriteriet "*kvalitet*". Videre anføres det at oppdragsgiver fikk et for vidt skjønn til å ta inn de momenter de måtte ønske uten den nødvendige gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Av disse grunner må tildelingskriteriet anses i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (79) Av de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lovens § 5, følger det at tildelingskriteriene ikke må gi oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn ved tildelingen av kontrakten, og at tildelingskriteriene skal være klart utformet, slik at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å tolke dem på samme måte, jf. EF-domstolens dommer C-31/87 Bentjees, C-19/00 SIAC, C-517/01 Concordia og C-448/01 Wienstrom, og klagenemndas sak 2006/94 med videre henvisninger.
- (80) Selv om det er mulig at oppdragsgiver i dette tilfellet har lagt til grunn en noe spesiell fortolkning av tildelingskriteriet "*leveringssikkerhet*", fremgikk denne fortolkning direkte av konkurransegrunnlaget. Oppdragsgivers forståelse av kriteriets innhold ble derfor tilkjennegjort ovenfor tilbyderne allerede ved utleveringen av konkurransegrunnlaget. Kriteriets innhold kan derfor ikke sies å ha vært uforutsigbart eller uklart for tilbyderne. Videre kan nemnda, ut fra oppdragsgivers spesifisering av kriteriets innhold, ikke se at dette skulle gi oppdragsgiver noe ubegrenset fritt skjønn ved evalueringen av tilbudene opp mot kriteriet. Nemnda mener også at vurderingstemaet etter kriteriet har et selvstendig innhold i forhold til det som skal

vurderes under tildelingskriteriet *"kvalitet"*. Selv om noen av elementene er de samme, er det ulike sider av disse som er oppgitt som relevante under de to tildelingskriteriene. Tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"* kan etter dette ikke sies å være i strid med kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet i lovens § 5.

Tildelingsevalueringen

- (81) Klager anfører at poenggivningen under tildelingskriteriene *"leveringssikkerhet"* og *"kvalitet"* er vilkårlig, usaklig, uforsvarlig og strid med kravet til likebehandling i lovens § 5.
- (82) Klagenemndas mulighet til å prøve innklagedes innkjøpsfaglige vurderinger begrenser seg til å avgjøre om kravet til forsvarlig saksbehandling er overholdt, jf premiss 77 ovenfor.
- (83) Klagenemnda legger til grunn at tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"* i denne saken kan ses på linje med *"tid for levering eller ferdigstillelse"* etter forskriftens § 13-2 (2) (jf direktiv 2004/18/EF Art 53 *"delivery date and delivery period or period of completion"*), og derfor er et lovlig tildelingskriterium også etter EF-domstolens sak C-532/06 Lianakis.
- (84) Klager gjør gjeldende at poenggivningen under tildelingskriteriet *"leveringssikkerhet"* er vilkårlig, ettersom det ikke er gitt trekk til valgte leverandør for usikkerhetsmomenter som klager mener at erfaringsmessig gjør seg gjeldende ved oppstart av en ny virksomhet. Til dette bemerker klagenemnda at oppdragsgiver skal basere sin poenggivning på det som er tilbudt. Så lenge tilbyder ikke har opplyst om forhold som oppdragsgiver selv finner at må anses for å utgjøre et usikkerhetsmoment, kan nemnda heller ikke se at oppdragsgiver skal ha noen plikt til å legge til grunn at slike usikkerhetsmomenter foreligger.
- (85) Når det gjelder kapasitet, gjennomføringsevne og beredskap ved sykdom, har klager vanskelig for å se at personell som flys inn ved behov skal gi like høy leveringssikkerhet som personell som bor i Tromsø og arbeider fast ved sykehuset. Da det klart fremgår av valgte leverandørs tilbudsbrief av 29. april 2008 at *"Aleris Helse har mer enn nok kapasitet på vårt sykehus i Tromsø til å utføre hele anbudet som Helse Nord har lagt ut"*, kan klagenemnda ikke se at det skulle være vilkårlig å gi valgte leverandør full poengscore på dette punkt.
- (86) Vedrørende klagers anførsel tilknyttet utsettelsen av oppstartstidspunktet for kontrakten, foreligger det ingen dokumentasjon som tyder på at oppstartstidspunktet ble utsatt av andre grunner enn oppdragsgivers egne forhold. Klager kan derfor ikke høres med at utsettelsen er blitt gjort for å muliggjøre at det ble gitt valgte leverandør bedre score under kriteriet *"leveringssikkerhet"*.
- (87) Klager gjør også gjeldende at dersom valgte leverandørs personell er ansatt av Aleris Helse AS i Oslo, men skal utføre tjenester ved Aleris Helse AS Tromsø etter behov, synes det vilkårlig å gi høyeste score for tildelingskriteriet *"kvalitet"*. Til støtte for dette er det vist til et utdrag fra Ishavsklinikkens sykehusgodkjenning, hvor det fremgår at: *"Direktoratet påpeker imidlertid eiers ansvar for forsvarlig virksomhet, og at en for stor grad av drift basert på deltidsstillinger på konsultativ basis kan gå ut over systemsikring for en faglig forsvarlig virksomhet."* Klagenemnda kan ikke se at denne passus i

godkjenningen kan være relevant i denne sammenheng. For øvrig viser nemnda til konkurransegrunnlaget, hvor det klart fremgikk at det var personalets kompetanse og erfaring, og ikke hvor disse var bosatt, som skulle vektlegges i evalueringen av tildelingskriteriet "*kvalitet*". Etter dette fremstår ikke poenggivningen som vilkårlig på dette punkt.

Konklusjon:

Helse Nord RHF har ikke brutt anskaffelsesregelverket.

For klagenemnda,

11. august 2008

Jakob Wahl