



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i en konkurranse for anskaffelse av røntgentjenester. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt forskriften § 10-1 ved fastsettelsen av tilbudsfristen. Innklagede hadde heller ikke brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved fastsettelsen av oppstartfrist for leveranse, og fastsettelsen av oppstartfristen var ikke en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget i strid med forskriften § 8-2 (1).

Klagenemndas avgjørelse 25. august 2008 i sak 2008/48

Klager: Capio Diagnostikk AS

Innklaget: Helse Nord RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Tilbudsfrist, oppstartfrist og endring av konkurransegrunnlaget.

Bakgrunn:

- (1) Helse Nord RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. oktober 2007 en konkurranse med forhandling vedrørende inngåelse av rammeavtale for kjøp av røntgentjenester.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.1 og 1.2 fremgikk følgende om oppdragsgiver og anskaffelsens formål og omfang:

”1.1 Oppdragsgiver

Helse Nord RHF, heretter kalt oppdragsgiver, innbyr til konkurranse med forhandling i forbindelse med anskaffelsen ”Kjøp av røntgentjenester”.

Som et tillegg/supplement til de tjenester våre egne helseforetak leverer, ønsker vi å inngå rammeavtale om leveranse om røntgentjenester fra private røntgeninstitutt.

For ytterligere informasjon, se vår informasjonsside på internett: www.helse-nord.no.

1.2 Anskaffelsenes formål og omfang

Anskaffelsen gjelder rammeavtale vedrørende kjøp av røntgentjenester til oppdragsgiver. For nærmere spesifikasjoner – se vedlagte kravspesifikasjon merket ”Bilag 1”.

Utførelsessted

Av hensyn til pasientenes tilstand og reisetid skal tjenesten utføres i Helse Nords geografiske pasientområde (som utgjør fylkene Nordland, Troms og Finnmark).

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

Leverandøren skal kunne tilby tjenesten i en eller helst to av de større byene i Nord-Norge som hver for seg har en befolkning på mer enn 30 000 innbyggere.”

- (3) I kravspesifikasjonen i bilag 1 var omfanget av anskaffelsen presisert slik:

”Avtaletype

Avtalen vil bli utformet som en rammeavtale med maksimal årskostnad hvor pristilbud og forhandlinger gir volum som vil justeres årlig. Det vil bli fastsatt en øvre grense for årskostnad i 2008 på 16 mill. kroner. Inngåelse av rammeavtaler medfører ikke at leverandøren har krav på noe bestemt volum i perioden eller leveranser i det hele tatt. Det forutsettes at det til enhver tid foreligger en reell ledig kapasitet innenfor rimelig ventetid hos leverandøren som er disponibel for Helse Nord.

[...]

Tilbud i volum

Leverandøren skal tilby volum for hver modalitet innenfor en samlet budsjetttramme på 16 mill. kroner i 2008. Fordelingen mellom MR og Ultralyd skal være 85 % MR og 15 % Ultralyd i forhold til budsjetttrammen. Fordelingen må kunne justeres under forhandlingene. Innenfor MR-undersøkelser skal det største volumet ligge på nevreradiologi og muskel-skjellett.”

- (4) Krav til leverandøren fremgikk i kapittel 3 i konkurransegrunnlaget. Her fremgikk også hvilken dokumentasjon leverandørene skulle legge frem for at kravene var oppfylt. Fra konkurransegrunnlaget hitsettes:

”3.2 Forskriftsmessige obligatoriske og ufravikelige krav

Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt

- a) Norske leverandører skal fremlegge skatteattester for merverdiavgift fra skattefogden (fylkesskattekontoret) og skatteattest for skatt utstedt av kemner/kommunekasserer (Skjema RF-1244) i kommunen der leverandøren har sitt hovedkontor. Disse to attestene skal foreligge innen tilbudsfristens utløp, og de skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra tilbudsfristens utløp.*
- b) Leverandører som skal utføre arbeid i Norge, skal fremlegge en egenerklæring om at leverandøren oppfylder, eller eventuelt ved tildeling av kontrakt vil oppfylle, lovbestemte krav i Norge når det gjelder helse, miljø og sikkerhet. Egenerklæringen skal foreligge innen tilbudsfristens utløp.*

3.3 Leverandørens organisatoriske og juridiske stilling

Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:

Krav 1: Det kreves at leverandøren har et lovlig etablert foretak.

Krav 2: Det kreves at leverandøren ikke har ansatt personell som kan komme i lojalitetskonflikt eller skape uheldige konkurranseforhold med helseforetakene.

Krav 3: Det kreves at leverandøren ikke har eiere eller aksjonærer (med vesentlig innflytelse i virksomhetens daglige drift) som av ulike årsaker kan komme i lojalitetskonflikt med oppdragsgiver eller skape uheldige konkurranseforhold i dette markedet.

Dokumentasjon – bevis for at det stilte krav er oppfylt

- a) *Firmaattest fra Brønnøysundregisteret.*
- b) *Oversikt over virksomhetens ledelse, samtlige medisinsk ansvarlige leger, samt ansettelsesforhold for utførende helsepersonell, herunder hovedarbeidsgiver for deltidsansatte og evt. innleid arbeidskraft.*
- c) *Stiftelsespapirer og oversikt over virksomhetens styremedlemmer. I tillegg kreves det en oppdatert liste over de aksjonærer med mer enn 5 % av aksjene i virksomheten (siste pkt. gjelder kun aksjeselskaper). Opplysninger om eier av leverandørens lokaler, dersom det er annen eier enn virksomheten selv (for eksempel eiendomsselskap)*

3.4 Leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet

Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:

Krav 4: Det kreves god soliditet, nærmere bestemt positiv egenkapitalandel.

Dokumentasjon – bevis for at det stilte krav er oppfylt

- a) *Siste årsregnskap eller årsberetning til Brønnøysundregisteret, og evt. nyere opplysninger som har relevans til leverandørens økonomiske og finansielle situasjon.*
- b) *Alternativ dokumentasjon: Annen dokumentasjon som kan godtgjøre at firmaet/foretaket oppfylder forutsetningen om fortsatt drift i samsvar med lover og forskrifter.*

3.5 Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner

Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:

Krav 5: Det kreves erfaring fra oppdrag med lignende omfang og kompleksitet.

Krav 6: Det kreves et internkontrollsystem iht. gjeldende lover og forskrifter.

Dokumentasjon – bevis for at det stilte krav er oppfylt

- a) *En liste over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste tre år, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt, samt navnet på den offentlige eller private mottaker. Dersom det gjelder ytelser til offentlige oppdragsgivere, skal det dokumenteres ved attester utstedt eller bekreftet av vedkommende myndighet. Dersom det gjelder ytelser til private, skal attestene utstedes eller bekreftes av denne. I mangel av slike attester kan en egenerklæring fra leverandøren godtas. En slik egenerklæring skal inneholde de nødvendige opplysninger om hver leveranse/avtale og skal inkludere navn på oppdragsgivers kontaktperson, dennes stilling, telefonnummer og e-postadresse.*
- b) *En redegjørelse/beskrivelse av virksomhetens internkontrollsystem.”*

- (5) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 6.2:

”6.2 Tildelingskriterier

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

- **Priser** som oppgitt i Bilag 2 og priskonsekvenser av eventuelle forbehold.

- **Kvalitet og kompetanse** tilknyttet tjenesten.
- **Leveringsdyktighet og kapasitet.** Gjelder ventetid fra henvisning til undersøkelse og generell kapasitet.

<i>Vekting av tildelingskriteriene skal skje på følgende vis;</i>
<i>I vurderingen blir tilbudene gitt poeng fra 1 til 10 for hvert av kriteriene. Kriteriet pris gis deretter dobbel vekt i forhold til de to andre kriteriene. De tilbud med høyeste sammenlagte poengsum vurderes som de mest fordelaktige tilbud.</i>

NB! Det er leverandørens rett og plikt å påse at det medsendes relevant dokumentasjon som gjør oppdragsgiver i stand til å vurdere tilbudet i forhold til de oppgitte tildelingskriterier”

- (6) Avtalens varighet var opplyst i bilag 3 til konkurransegrunnlaget, ”Kontraktsforslag”:

”§ 4 Varighet

Avtalen skal gjelde f.o.m 01.01.2008 t.o.m. 31.12.2009 med opsjon for Oppdragsgiver på prolongering for 2 år med ett år om gangen. Ønsker Oppdragsgiver å benytte seg av opsjonen må Oppdragsgiver varsle om dette senest 2 måneder før avtalen utløper.”

- (7) I dokumentet ”Spørsmål og svar vedrørende tilbudskonkurransen” av 1. november 2007 var det stilt opp følgende spørsmål og svar om varigheten av avtalen:

#	Leverandørens spørsmål:	Svar fra Helse Nord:
2.	<i>Fra hvilket tidspunkt forutsettes det at tilbyder senest skal kunne utføre de tilbudte tjenester i Helse Nords geografiske pasientområde, dvs. kan man forvente at tilbydere gis en rimelig tid til å bygge opp de nødvendige fasiliteter etter at kontrakt er inngått, og i så fall hvor lang tid?</i>	<i>Avtalene skal gjelde fra 1. januar 2008. For leverandører som ikke er etablert med fasiliteter tilstås en etableringsperiode på to – 2 måneder. Fasilitetene må følgelig være på plass senest 1. mars 2008.</i>

- (8) Frist for å inngi tilbud i konkurransen var 21. november 2007 kl. 12.00. Capio Diagnostikk AS (heretter kalt klager) innga tilbud 16. november 2007. Fra klagers tilbud hitsettes:

”6. Utstyr

Capio har merket seg at Helse Nord RHF krever at fasilitetene må være på plass senest 1. mars 2008, dvs. ca 2 måneder etter kontraktssignering. Etter Capio’s syn er det da mest adekvat å basere seg på mobile MR-enheter, som – for å gi tilfredsstillende pasientservice – i nødvendig grad vil bli supplert med tilleggslokaler i midlertidige bygg (paviljong/modulbygg). Dette vil også gjøre at vi kan tilby tjenestene til en mer konkurransedyktig pris, siden mobilt utstyr i vesentlig grad reduserer vår risiko i forhold til at avtalen kun er av to års varighet (med mulighet for Helse Nord til å prolongere ytterligere 1 + 1 år) og at leverandøren ikke har krav på noe bestemt volum i perioden eller leveranser i det hele tatt.

I forbindelse med dette tilbudet har Capio opsjon på kjøp av to stk MR-enheter fra Philips med følgende spesifikasjoner:

[...]

Med Capios effektive måte å arbeide på regner vi med å dekke behovet for MR-undersøkelser med disse to enhetene. I motsatt fall stiller vi opp en tredje.”

- (9) Den 13. desember 2007 ble det avholdt forhandlingsmøte mellom klager og innklagede. I notat fra møtet ga innklagede følgende vurdering av klagers opprinnelige tilbud:

- *Vurderinger av Deres opprinnelige tilbud i forhold til tildelingskriteriene*
 - *Pris: Forbedringspotensiale, spesielt på ultralyd.*
 - *Kvalitet og kompetanse: Grunnlag for forbedringer i revidert tilbud. Tilbyder bes klargjøre bemanning i hht gjennomgang i møtet.*
 - *Leveringsdyktighet og kapasitet: Tilfredsstillende besvarelse på dette punkt, men Capio bes beskrive mobil enhet nærmere, herunder hvordan garderobeforhold for pasientene ivaretas, spesielt ivaretagelse av personvern når flere pasienter skal foreta klesskifte.*

- (10) Den 17. desember 2007 leverte klager sitt reviderte tilbud i konkurransen. Her ble det blant annet gjort enkelte presiseringer i forhold til leveringsdyktighet og kapasitet:

”Leveringsdyktighet og kapasitet:

I forbindelse med etablering av røntgeninstitutter i Danmark har vi nylig etablert kontakt med leverandører av modulbygg eller paviljonger. Disse kan leveres (kjøpes eller leies) meget fleksibelt med toaletter, omklede rom, kontorer, rom til UL-undersøkelser, personalfasiliteter osv. Det er enkelt å bygge den enkelte modul sammen, og vi vil lage direkte utgang til den mobile MR-en slik at den ”dokkes” til paviljongen. Det er mulig å sette opp ”pyntefasader” og lignende slik at det eksteriør-messige blir pent. Kort sagt: Den løsningen som vi tilbyr vil ikke på noe punkt stå tilbake for fasilitetene i et permanent røntgeninstitutt. Dette gjelder selvsagt også personvern i forbindelse med at flere pasienter kler av seg samtidig.

Vedlagte link til en av leverandørene av modulbygg viser hva en slik løsning kan innebære:

[...]”

- (11) I brev av 20. desember 2007 ble klager informert om at innklagede ville inngå kontrakt med Nordland Medisinske Senter Røntgeninstitutt AS i Bodø og Tromsø MR-senter AS i Tromsø (heretter kalt valgte leverandør). Fra brevet hitsettes:

”Tilbudet fra NMS/TMR ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige, og i evalueringstabellen nedenfor er deres tilbud vurdert opp mot det valgte tilbud. Det er gitt inntil 10 poeng for hvert av de oppgitte kriterier, men pris er gitt dobbel vekt i forhold til de øvrige kriteriene. Dette er i henhold til opplysninger i konkurransegrunnlagets punkt 6.2 om vekting av tildelingskriteriene.

<i>Vurderte kriterier</i>	<i>Poeng</i>	<i>Deres tilbud</i>	<i>Vekt</i>	<i>Sum</i>		<i>Valgt tilbud</i>	<i>Vekt</i>	<i>Sum</i>
<i>- Priser</i>	<i>0-10</i>	<i>10</i>	<i>2</i>	<i>20</i>		<i>9</i>	<i>2</i>	<i>18</i>
<i>-Kompetanse/ kvalitet</i>	<i>0-10</i>	<i>7</i>	<i>1</i>	<i>7</i>		<i>10</i>	<i>1</i>	<i>10</i>
<i>Leveringsdyktighet/ kapasitet</i>	<i>0-10</i>	<i>7</i>	<i>1</i>	<i>7</i>		<i>10</i>	<i>1</i>	<i>10</i>
<i>Samlet poengsum</i>				<i>34</i>				<i>38</i>

Kompetanse og kvalitet

Deres tilbud ble trukket 3 poeng for noe svakere kvalitet i form av teknisk løsning med mobil enhet som kan medføre ustabile bilder og dermed risiko for repetisjon av behandling. Det er ikke forberedt fasiliteter og ikke angitt god nok plan for plassering av anlegget. Den foreslåtte løsning med paviljongløsning og mobil enhet vil være mindre gunstig for pasientene.

Leveringsdyktighet og kapasitet

Tilbudet fra dere ble trukket tre poeng for kapasitet og leveringsdyktighet, og dette skyldes at kapasiteten med en maskin i Tromsø er helt på grensen av hva som kan produseres med en maskin. At fasiliteter ikke er skaffet til veie kan medføre forsinket oppstart og dermed svekke leveringsdyktigheten ytterligere, spesielt i første driftsår.”

- (12) Klager påklaget innklagedes tildelingsbeslutning i brev av 21. desember 2007. Fra brevet hitsettes:

”1. Ulikebehandling av tilbyderne

Konkurransen ble utlyst 21. november 2007 etter at man i flere år har visst at kontrakt med nåværende leverandører utløper 31. desember 2007. Konkurranses grunnlaget forutsatte at beslutning om tildeling skulle treffes i uke 50 og kontraktssignering i uke 51. På spørsmål til konkurranses grunnlaget ble opplyst at det var et krav at leverandøren skulle være klar til å levere tjenester 1. mars 2008, dvs kun 2 måneder etter kontraktssignering.

Capios vurdering er at intet sykehus eller privat leverandør av røntgentjenester noen gang har klart å bestille skaffe lokaler, innrede disse, bestille og få levert MR-er og Ultralyd-apparater, og få installert og kalibrert dette utstyret på bare to måneder. Den eneste praktiske måten å klare denne tidsfristen på, er å basere seg på mobile MR-er og pasientfasiliteter og UL-apparat i paviljong-tilbygg til disse. Når denne løsningen trekkes 3 poeng for kompetanse og kvalitet og ytterligere 3 poeng for kapasitet og leveringsdyktighet, må dette bety at det kun er aktører som allerede er etablert i institutter i drift som kan få topp score. Den helt unødvendige korte tidfristen fra kontraktssignering til siste frist for leveransestart gir inntrykk av at det på forhånd er lagt opp til at det kun er etablerte institutter som kan få kontrakt, hvilket er et klart brudd på kravet om likebehandling av tilbyderne.

[...]

3. Capios kompetanse og kvalitet er usaklig nedvurdert pga mobil MR og paviljongløsning

Da det er nøyaktig samme MR som står i mobile enheter som dem som er permanent

installert, og man selvsagt plasserer den mobile MR slik at man ikke får forstyrrelser av noen art, er det en helt vilkårlig og grunnløs påstand at en løsning med mobile enheter medfører større risiko for repetisjon og behandling. Som redegjort for i forhandlingsmøtet, har Capiro omfattende erfaring med mobile MR-er i UK, og det er aldri fremkommet noe som skulle støtte den påstand som Helse Nord her kommer med. Vi gjorde det også klart under forhandlingsmøtet og etterfølgende korrespondanse at vi ville sørge for at en paviljongløsning ville tilfredsstille alle de krav som Helse Nord måtte stille til komfort for pasientene. Det er derfor uforståelig at vi er trukket 3 poeng for kompetanse og kvalitet. Det fremkommer heller ikke hvorvidt vi har fått noen tilleggspoeng for vår svært brede radiologkompetanse og erfaring innen bildediagnostikk.

4. Capios leveringsdyktighet og kapasitet er feilaktig vurdert

Det er brukt mot oss at vi bare tilbyr én MR i Tromsø. Dette er feil da vi i tilbudet under skilleark 6, punkt 6 nederst på side 3 uttrykkelig tilbyr oss å stille opp en tredje MR hvis vi ikke dekker behovet med to MR-enheter. Vi opplyste dessuten i forhandlingsmøtet at vi hadde opsjon på kjøp av to mobile MR-er som var ferdig installert på "tilhenger" og bare kunne kjøres til en parkeringsplass, f.eks i nærheten av sykehusene i Bodø og Tromsø. Det eneste som i praksis skulle ordnes i løpet av de to måneder frem til 1. mars var å finne en egnet parkeringsplass eller lignende i Bodø og i Tromsø som MR-er og paviljonger kunne settes opp på. Capiro mener derfor vi er trukket 3 poeng på usaklig grunnlag også her. Det virker dessuten som om Helse Nord overhodet ikke har tatt hensyn til vår opplysning om at vi kunne påta oss å overta utstyr og ansatte fra dem som p.t. har avtale."

(13) Innklagede besvarte klagen i brev av 27. desember 2007:

"Ad: 1. Ulikebehandling av tilbyderne.

Vi er klar over at det er veldig kort frist for å starte opp et tilbud på linje med allerede etablert tilbyder. Tilbudet fra Dere med mobile enheter kombinert med paviljonger har vi allikevel sett på som interessant og det er vurdert ut fra de samme kriterier som de øvrige. Det er heller ikke gjort fradrag for ulikheter mht. stasjonær virksomhet kontra mobil, utover det som konkret er knyttet til kriteriene i konkurransegrunnlaget. Vurderingene av tilbudt løsning er knyttet til Deres punkt 3 i tilbudet og dette er følgelig kommentert der. Poengtrekken er knyttet til punktene 3 og 4 og vil også bli kommentert under disse.

[...]

Ad: 3. Capios kompetanse er usaklig nedvurdert pga mobil MR og paviljongløsning

Vår vurdering av behov for repeterende behandling er basert på utsagn fra egne leger med erfaring fra mobile enheter. Vi tar imidlertid til følge innvendingen og aksepterer at de mobile enhetene som Capiro vil benytte, vil være fast stasjonert og mer stabil enn om de skulle forflyttes. Vi vil følgelig ikke trekke poeng for dette. Kvalitet og faglig erfaring hos tilbudt personell er vurdert likt. Vi vurderer imidlertid den tekniske løsningen med paviljong tilkoblet mobil enhet som kvalitetsmessig mindre tilfredsstillende for pasientene og opprettholder to poeng trekk.

Ad: 4 Capios leveringsdyktighet og kapasitet er feilaktig vurdert

Vi har ikke vært oppmerksom på at Capio tilbyr en tredje MR, hvilket vi beklager. Følgelig opprettholder vi ikke poengtrekk for kapasitet. Capio har i sitt tilbud sagt at det vil bli fremskaffet tomt i Bodø og Tromsø for etablering av paviljong og mobil enhet, satt opp med ferdig IKT-løsning innen 1. mars 2008. Tomt/lokalisering av mobil enhet skulle vært løst på forhånd for at vi skulle føle oss trygge på at en løsning vil være på plass i tide. Denne mangelen ved tilbudet gjør at vi opprettholder trekk av to poeng på dette kriteriet.”

[...]

- (14) Saken ble klaget inn for KOFA i brev av 17. mars 2008.
- (15) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 10. januar 2008.
- (16) For behandling av saken i KOFA har klager levert dokumentasjon fra etablering av tilsvarende institutt i Bergen for å vise tidsbruken ved etablering av røntgeninstitutt i faste lokaler. Blant dokumentasjonen var tilbud klager mottok fra Siemens AS vedrørende ombygging av lokaler og installering av utstyr. Fra tilbudene hitsettes:

”TURN-KEY BYGG

Småstrandgaten 3, 3. etasje: Bygge om ca. 345 m2 fra restaurantlokaler til røntgeninstitutt

Ombygging i deler av eksisterende restaurantlokaler forutsettes å kunne gjøres ved melding til Byggesaksavdelingen med relativ kort behandlingstid. En utvidelse av takterrassen vil med nåværende kjennskap til saken kreve full byggesaksmelding, ca 4 måneder. Se også notat fra Sivilarkitekt Helge Christiansen AS fra møte med Byggesaksavdelingen. Med kontrakt mellom Capio og Siemens senest 26. mai og forutsatt at leiekontrakten mellom Capio og Småstrandgaten 3 er i orden vil det være mulig å åpne arealet der det i dag er restaurant som røntgeninstitutt 1. september 2008 dog forutsatt at det ikke oppstår uventede problemer. Vi tenker oss oppbyggingen av nytt institutt i to faser der fase 1 er arealet innenfor restauranten og fase 2 takpåbygg alternativt ombygging av nattklubben på tvers av takterrassen. Det må etableres en midlertidig løsning for funksjoner planlagt i takpåbygget fram til fase 2 er gjennomført. Om det fra dag én kun er en MR installert kan mammografi og ultralyd settes midlertidig inn i disse rommene.

Nytt påbygg på takterrassen i tilknytning til arealene som bygges om fra restaurant til røntgeninstitutt

Vi tar forbehold mht. gjennomføring av denne utvidelsen/påbygget da det vil kreve full byggesak og godkjenning fra Byantikvaren. Som alternativ må da en ombygging av arealet som i dag er innredet som nattklubb på motsatt side av takterrassen benyttes til de funksjoner som er planlagt i takpåbygget. Det vil da bli et 2-delt institutt hvor pasienter og betjening må sluses over takterrassen som i dag har uteservering fra restauranten alternativt at de sluses via kjøpesenteret i etasjen under. I og med at full

byggesaksbehandling må påregnes for utvidelsen/påbygget i deler av takterrassen vil ferdigstillelse av dette først kunne skje 13. februar 2009.

[...]

Prosjekt Bøhmergt 42

[...]

Leveringsplan/framdrift

Vi kan på nåværende tidspunkt ikke gi en bekreftelse på ferdigstillelse/oppstart første pasient 10. september. Alt vil være avhengig av kontraktsdato og tilgjengelige ressurser på dette tidspunktet.

[...]

Om vi kan ta første pasient inn i lokalene 1. oktober har vi en svært optimistisk framdriftsplan.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Innklagede har brutt forskriften § 10-1 og kravet til likebehandling i lovens § 5 ved å fastsette en for kort frist for innlevering av tilbud. Spørsmålet om en tilbudsfrist er tilstrekkelig lang beror på en konkret vurdering, og det kan ikke oppstilles noen presumpsjon for at anskaffelser som omfattes av forskriftens del II alltid kan gjennomføres raskere enn anskaffelser som omfattes av forskriftens del III. Anskaffelsen av røntgentjenester var av en kompleks karakter, med behov for gjennomgående planlegging og beregninger fra leverandørene. I dette tilfellet stilte også konkurransegrunnlaget omfattende og detaljerte krav til utforming av tilbudene og fremleggelse av dokumentasjon.
- (18) Før inngivelse av tilbud var det nødvendig å undersøke markedet for radiologitjenester i innklagedes pasientområde. Volumtallene i konkurransegrunnlaget var bare indikative erfaringstall fra innklagede, og det var klart forutsatt i konkurransegrunnlaget at leverandøren hadde risikoen for antall bestillinger/leveranser. Videre vil det under enhver omstendighet være i strid med likebehandlingsprinsippet dersom innklagede har fastsatt tilbudsfristen ut fra en forutsetning om at leverandørene skulle kjenne markedet for radiologitjenester i området fra før.
- (19) Lokaler for MR-maskiner må oppfylle særlige krav, blant annet i forhold til takhøyde og gulvenes bæreevne, samt magnetenes avstand til alt som enten kan påvirke den eller skades av det kraftige magnetiske feltet. Erfaringsvis tar det 4 – 6 uker å få klarert lokalenes tekniske egnethet. Dette medfører at den eneste måten leverandører, basert utenfor innklagedes pasientområde, kunne inngi et fullstendig tilbud innenfor tilbudsfristen, var å benytte seg av mobile MR-apparater og ha pasientfasiliteter og UL-utstyr i paviljongtilbygg til disse. Når innklagede ved evalueringen av tilbudene konsekvent velger å gi trekk i poeng for en slik midlertidig løsning, innebærer dette en klar fordel for lokale radiologileverandører som allerede er etablert i faste lokaler med

ferdig installert utstyr. Denne fordelten hadde innklagede plikt til å utjevne ved å sette en tilstrekkelig lang tilbudsfrist.

- (20) Klagers tilbud manglet ikke en plan for driftsstart og leveranse av utstyr. Det fremgår av tilbudet at klager hadde opsjon på to mobile MR-maskiner, og at disse ville bli supplert med tilleggslokaler i paviljongbygg. I det forbedrede tilbudet ble det også presisert at klager hadde opprettet kontakt med leverandør av paviljongbygg. Det bemerkes også at klager ikke var kjent med opplysningen om at det var tilstrekkelig med intensjonsavtaler for kjøp/leie av lokaler og utstyr før denne fremkom i tilsvaret til klagenemnda.
- (21) Det er ikke riktig at klager *"forespurte oppdragsgiver om å være behjelpelig med tomt"*. Det er normalt helt uproblematisk å finne arealer til mobile MR-maskiner og paviljongbygg, også ved sykehus i storbyer. Da klager oppfattet det som viktig at leverandørene kunne samarbeide med de offentlige sykehusene i helseregionen, tilbød klager seg å etablere sine installasjoner i nærheten av sykehus tilhørende innklagede. Det er heller ikke riktig at innklagede under forhandlingsmøtet var *"positiv til å legge til rette"* for en slik løsning. Innklagedes undersøkelser av mulighetene for å leie egnet tomt i Bodø og Tromsø skjedde først etter at klager hadde påklaget vedtaket om kontraktstildeling. Det er således også uklart hva innklagede forventet at klager skulle følge opp på dette punktet. For øvrig bemerkes at innklagedes fokus på at klager ikke ble tildelt kontrakt fordi det *"ikke [var] tatt skritt i retning av å undersøke markedet mht lokaler/oppstillingsplass"* er noe misvisende sammenlignet med den begrunnelsen for tildeling som opprinnelig ble gitt.
- (22) Innklagede har ikke oppgitt noen saklig grunn for den korte tilbudsfristen. Han har i lang tid visst at kontrakten med nåværende leverandører ville gå ut 31. desember 2007. Dårlig planlegging fra oppdragsgivers side kan ikke tjene som legitim begrunnelse for å gjennomføre en så hurtig prosedyre.
- (23) At klager ikke kom med innsigelser mot tilbudsfristen under gjennomføringen av konkurransen, medfører ikke at retten til å påberope bruddet på regelverket bortfaller. For det første hadde ikke klager grunn til å komme med innsigelser tidligere, da fristen var tilstrekkelig lang til å tilby en fullgod løsning med mobile enheter og paviljongbygg. Dersom innklagede høres med sin anførsel, vil det også innebære at en leverandør aldri kan klage på tilbudsfristen i en konkurranse han har deltatt i med mindre han først har begjært fristen forlenget.
- (24) Innklagede har videre brutt kravet til likebehandling i lovens § 5 ved å sette en for kort frist fra kontraktsinngåelse til oppstart av leveransen. Likebehandlingsprinsippet innebærer at oppstartsfristen må tilpasses slik at alle interesserte leverandører har en reell mulighet til å forberede seg dersom de skulle bli tildelt oppdraget.
- (25) Fra kontraktssignering til oppstart av leveransen, for leverandører som ikke var etablert i området, var det ca. to måneder. I løpet av denne perioden skulle leverandøren blant annet bygge om, klargjøre og innrede lokalene, samt få levert, installert og kalibrert MR- og UL-apparater og øvrig utstyr. Leverandørene av MR- maskiner opererer gjerne med 12 ukers leveringstid fra bestilling, inkludert ombygging av lokaler. Det vises til at Helse Vest RHF i en sammenlignbar konkurranse tok hensyn til dette ved å fastsette fristen for oppstart av leveransen til over fem måneder etter planlagt kontraktssignering.

- (26) Leverandører som ikke er etablert lokalt vil bare ha mulighet til å overholde fristen ved å tilby mobile enheter og paviljong/modulbygg. Når innklagede konsekvent gir trekk for dette ved evalueringen av tilbudene innebærer det en forskjellsbehandling til gunst for lokale leverandører.
- (27) Innklagede har i brev innrømmet at han er *”klar over at det er veldig kort frist for å starte opp et tilbud på linje med allerede etablert tilbyder”*. Han har imidlertid ikke gitt noen begrunnelse for den korte oppstartsfristen. Innklagede kan ikke høres med sin argumentasjon om at klager var kjent med de korte tidsfristene da han deltok i konkurransen uten at det ble gjort innsigelser mot disse, og at dette medfører at innvendingene ikke er relevant i ettertid. Da klager under forhandlingene ikke fikk signaler om at løsningen med mobile enheter og paviljongbygg ikke var tilfredsstillende hadde han ingen foranledning til å be om utsettelse av oppstartsfristen.
- (28) Klager har levert relevant dokumentasjon for hvor lang tid det tar å finne egnede lokaler og etablere seg i disse. Situasjonen med etablering i Bergen er klart sammenlignbar med situasjonen med etablering i Bodø og Tromsø. Den innsendte dokumentasjon viser at det som først og fremst tar tid i forbindelse med etableringen av røntgeninstitutter er de tekniske undersøkelsene av lokaler for MR-installasjon, samt selve leveringen og installasjonen av apparatene. Årsaken til at klager i forbindelse med konkurransen i Bergen hadde tatt skritt for å finne faste lokaler, var at oppstartfristen var så lang at det var tid til dette, i motsetning til det som er tilfelle i denne saken.
- (29) Klager hevder subsidiært at, ved å gi leverandører som ikke allerede er etablert lokalt, en etableringsperiode på to måneder har innklagede foretatt en vesentlig endring i konkurransegrunnlaget i strid med forskriften § 8-2 (1). Det fremgår klart av bilag 3 til konkurransegrunnlaget at rammeavtalen skulle gjelde fra 1. januar 2008. Det er ikke usannsynlig at flere radiologileverandører som ikke var etablert lokalt ville levert inn tilbud i konkurransen dersom de hadde kunnskap om etableringsperioden. Endringen må således anses å ha betydning for markedets respons på konkurransen, og må dermed også anses som vesentlig. Det vises også til at endringer i fristen for utførelse av arbeid er et typisk eksempel på en vesentlig endring.
- (30) Etter klagers mening er vilkårene for å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen oppfylt. Klare brudd på de grunnleggende kravene i lovens § 5 anses normalt som vesentlige feil. Dersom innklagede i dette tilfellet hadde overholdt likebehandlingsprinsippet ville klager med klar sannsynlighetsovervekt blitt tildelt rammeavtalen.
- (31) Under enhver omstendighet mener klager at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen er oppfylt. Sett hen til kostnadene og arbeidet med å utarbeide tilbudet, og de brudd på likebehandlingsprinsippet som hindret klager i å få tildelt rammeavtalen, er det klart at klager ikke ville deltatt i konkurransen dersom man på forhånd hadde kjent til hvordan anskaffelsen ville bli gjennomført.

Innklagedes anførsler:

- (32) Innklagede har ikke brutt anskaffelsesforskriften § 10-1 og lovens § 5 ved fastsettelsen av fristen for innlevering av tilbud. Etter forskriften § 10-1 har oppdragsgiver stor frihet

mht. fristfastsettelsen, så fremt fristen ikke er så kort at den er til hinder for konkurranse. Avgjørelsen av om en frist har vært tilstrekkelig lang må tas på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering.

- (33) Fristen i denne konkurransen var 23 dager, og det er ikke forhold som gir grunn til å hevde at fristen har begrenset konkurransen. Ved forrige utlysning av tilsvarende konkurranse ble det vist interesse fra de samme tilbyderne som i denne aktuelle utlysningen. Fristen omfattet ikke ferier eller høytidsdager utover ordinære helger. Idet dette var en konkurranse med forhandling, var det også mulig å justere innholdet i tilbudet frem til 17. desember 2007, herunder fremleggelse av ytterligere dokumentasjon.
- (34) Fristen må videre ses i sammenheng med dokumentasjonskravene. I denne konkurransen omfattet disse i det alt vesentlige informasjon og dokumentasjon som leverandøren har eller skal ha tilgjengelig.
- (35) Videre vises til at leverandøren på bakgrunn av sine tidligere leveranser forutsettes å kjenne markede for MR og Ultralydmaskiner inngående. Volum på den tiltenkte leveransen i Helseregion Nord er oppgitt i konkurransegrunnlaget og senere beskrevet i et notat etter forhandlingsmøtet.
- (36) Hva som skal leveres og hvor leveransen skal finne sted fremgår av konkurransegrunnlagets vedlegg 1. Konkurransegrunnlaget inneholdt ikke krav til at lokaler eller utstyr skulle være etablert ved tilbudsfristens utløp. Intensjonsavtaler kunne for eksempel vært tilstrekkelig til å godtgjøre evnen til å gjennomføre en eventuell kontrakt.
- (37) Ved innlevering av tilbudet forelå verken plan for driftsstart eller f. eks. intensjonsavtaler om kjøp eller leie av tomt og/eller lokaler, ei heller for leveranse av utstyr. Klager forespurte derimot innklagede om å være behjelpelig med tomt, etter tilbudsfristens utløp. På klagers forespørsel gjorde innklagede undersøkelser og frembrakte mulige løsninger for tomt/oppstillingsplass i Tromsø. Innklagede var således positiv til å bistå, men opplevde at klager ikke fulgte opp. Klager var ikke inne på hvordan mobile løsninger kunne gjøres mer permanent over tid. Det var heller ikke angitt hvordan en praktisk skulle komme på plass i Bodø. Det er leverandørens jobb å komme med tilbud som omfatter en praktisk løsning for gjennomføring av leveransen. At klager ikke selv har tatt initiativ til dette må han selv bære risikoen for.
- (38) Slik tilbudet er utformet, uten planer for oppstart eller f. eks intensjonsavtaler om lokaliteter og utstyr, må leverandøren selv bære risikoen for at dette kan medføre trekk i poenggivningen. Dette er ikke et resultat av forskjellsbehandling som skyldes for korte frister, men av klagers tilbudsutforming. Selve tildelingsbeslutningen ligger innefor det innkjøpsfaglige skjønn, og er basert på saklige og forsvarlige vurderinger av de forhold som er omtalt over.
- (39) Klager fremsatte heller ingen innsigelser mht. tilbudsfristen, og ba heller ikke om at den skulle forlenges.

- (40) Innklagede har heller ikke brutt kravet til likebehandling ved fastsettelsen av fristen for oppstart av leveransen. Oppstartfristen ble fastsatt etter en vurdering av at dette var tilstrekkelig tid for en tilbyder å komme på plass. Også konkurransegrunnlagets bilag 3 var gjenstand for forhandlinger i konkurransen. I dette tilfellet ble oppstartsfristen foreslått endret før tilbudsfristen gikk ut. Oppstartfristen ble også drøftet under forhandlingene, og klager ga da ikke uttrykk for at han hadde behov for mer tid.
- (41) Den dokumentasjon klager har levert for å vise hvor lang tid det tar å skaffe egnede lokaler og å etablere seg i nye lokaler er må ses bort fra. Situasjonen med etablering i Bergen er ikke sammenlignbar med forholdene tilknyttet etablering i Bodø og Tromsø. Det vises herunder til at klager i anbudskonkurransen utlyst av Helse Vest RHF hadde iverksatt tiltak for å skaffe egnede lokaler før tildeling ble gjort.
- (42) Innklagede anfører subsidiært at det er ikke foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Selv om tidspunktet for oppstart av leveransen ble endret, er det ikke grunnlag for å hevde at dette har påvirket markedets respons på konkurransen. Konkurransen var også gjennomført som en konkurranse med forhandling, og det var adgang til å forhandle om både forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner, herunder oppstartstidspunkt. En mindre utsettelse av dette tidspunktet må således ligge innefor det påregnelige for det marked som eventuelt vurderte deltakelse i konkurransen.
- (43) Etter innklagedes mening er verken vilkårene for erstatning for den positive eller den negative kontraktsinteressen oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (44) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II.

Tilbudsfristen

- (45) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 10-1 og kravet til likebehandling i lovens § 5 ved å fastsette en for kort tilbudsfrist. Fristen var i dette tilfellet satt til 21 dager.
- (46) Det følger av forskriften § 10-1 at frist for innlevering av tilbud ”skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å innhente nødvendig dokumentasjon, og foreta nødvendige undersøkelser og beregninger”.
- (47) Spørsmålet om tilbudsfristen oppfyller forskriftens krav må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Ved vurderingen vil blant annet ytelsens art, størrelse og kompleksitet samt hvor omfattende tilbud som skal leveres, være forhold som har betydning., jf. klagenemndas sak 2007/138, premiss (27). Klagenemnda må også ta stilling til om de generelle krav i lovens § 5 er i brutt ved fastsettelsen av tilbudsfristen.
- (48) Klager har for det første begrunnet sin anførsel med at konkurransegrunnlaget stilte svært omfattende krav til dokumentasjon og utforming av tilbudet.

- (49) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at leverandørene skulle levere fastsatt dokumentasjon for at de oppfylte kvalifikasjonskriteriene. Det skulle også gis en beskrivelse av de tjenester og det utstyr som ble tilbudt, samt en oversikt over utførende helsepersonells akademiske og faglige kvalifikasjoner.
- (50) Dokumentasjonen som krevdes for at kvalifikasjonskriteriene var oppfylt, slik som for eksempel skatteattester, HMS-erklæring og årsregnskap, er i stor grad dokumentasjon som kreves i de fleste konkurranser av noe størrelse. For øvrig er opplysningene om tilbyders personell og tjenestene som tilbys opplysninger det må forventes at tilbyderne har lett tilgang til. Klagenemnda kan derfor ikke se at klager i dette tilfellet har dokumentert at kravet til dokumentasjon og utforming av tilbudet medfører at tilbudsfristen på 21 dager var for kort.
- (51) Klager har videre begrunnet sin anførsel med at anskaffelsene var av en kompleks karakter og stilte store krav til planlegging fra leverandørenes side. Det er vist til behovet for markedsundersøkelser, samt at lokaler for MR-maskiner må oppfylle særlige krav.
- (52) Det fremgikk av kravspesifikasjonen (vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget) hvilket volum tilbyderne skulle inngi tilbud på. Klager har verken levert dokumentasjon for at det er et særlig behov for markedsundersøkelser i dette tilfelle, hvordan en slik undersøkelse skulle gjennomføres, eller hvor lang tid det eventuelt ville ta å foreta undersøkelsene. Klagenemnda har derfor ikke grunnlag for å vurdere dette forholdet.
- (53) I følge klager tar det 4-6 uker å klarere lokaler for bruk til MR-maskiner. Dette fordi det stilles særlige krav til takhøyde og til gulvenes bæreevne, samt magnetenes avstand til alt som enten kan påvirke maskinen eller skades av det kraftige magnetiske feltet. Som dokumentasjon for dette har klager levert inn korrespondanse mellom klager og GE Healthcare vedrørende lokaler til et røntgeninstitut klager skulle etablere i Bergen.
- (54) Innklagede har anført at denne dokumentasjonen ikke er relevant for saken, fordi situasjonen med anskaffelser av lokaler i Bergen ikke er sammenlignbar med situasjonen i Bodø og Tromsø. Klagenemnda kan ikke se at den innsendte dokumentasjon er egnet til å gi et mer generelt bilde av hvor lang tid den tekniske klareringen av mulige lokaler for MR-maskiner tar. Selv om fristen kan synes kort har klager ikke i tilstrekkelig grad dokumentert at den var for kort til å finne egnede lokaler.
- Oppstartfristen*
- (55) Klager har anført at innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet i lovens § 5 ved å sette en for kort frist fra kontraktsinngåelse til oppstart av leveransen. Det vises til at selv om tilbyder før inngivelse av tilbud har funnet egnede lokaler, vil det ta ca. 3 måneder å bygge om og innrede lokalene, samt få levert og kalibrert utstyret.
- (56) Kravet til likebehandling kan medføre en plikt for oppdragsgiver til å utjevne en leverandørs konkurransefordel, se for eksempel klagenemndas sak 2004/46 premiss (52)-(53). Dersom fristen for oppstart av leveransen settes for kort, kan dette innebære en fordel for eksisterende leverandør, og fristen bør derfor fastsettes slik at alle potensielle leverandører har en reell mulighet til å levere innen fristen dersom de blir tildelt oppdraget, jf. Dragsten/Lindalen s. 176.

- (57) Som dokumentasjon for hvor lang tid det tar å klargjøre lokalene og installere nødvendig utstyr, har klager levert inn tilbud fra Siemens AS til klager i forbindelse med etablering av røntgeninstitutt i Bergen.
- (58) Den innsendte dokumentasjon viser at Siemens AS kunne tilby etablering i to forskjellige lokaler i Bergen i løpet av henholdsvis ca. 3 måneder og ca. 4 måneder. Dokumentasjonen indikerer at oppstartsfristen var kort dersom man skulle etablere ny virksomhet. Etter klagenemndas mening viser imidlertid dokumentasjonen at det er mange variabler ved beregningen av hvor lang tid det tar å etablere et institutt på et nytt sted. Det er dermed usikkert hvor mye tid klager ville ha trengt for å etablere seg i faste lokaler i henholdsvis Tromsø og Bodø, og nemnda har derfor ikke funnet at klager har sannsynliggjort at det ikke var mulig å gjennomføre dette innenfor fristen.
- (59) Det fremgår heller ikke av den innsendte dokumentasjonen at oppstartfristen var et tema i forhandlingene mellom klager og innklagede. Klager har vist til at de ikke tok opp temaet fordi den fastsatte fristen var tilstrekkelig til å etablere et institutt basert på en mobil MR-maskin og paviljongbygg. Det var imidlertid adgang til å forhandle om kontraktsvilkårene, jf. konkurransegrunnlagets bilag 3 "*Kontraktsforslag*".
- (60) Oppstartfristen på to måneder ble fastsatt etter at klager før inngivelse av tilbud spurte innklagede om det ville bli gitt en oppstartfrist for leverandør som ikke var etablert i området. I stedet for å ta opp behovet/forhandle om en lenger frist for å etablere et institutt i faste lokaler, valgte klager å inngi et tilbud basert på mobile MR-maskiner og paviljongbygg. Etter klagenemndas mening innebærer dette at klager i dette tilfelle har akseptert å delta i konkurransen på de fastsatte vilkår. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt kravet til likebehandling ved fastsettelsen av oppstartfristen.
- (61) Subsidiært har klager anført at innklagede ved å gi leverandører som ikke allerede var lokalt etablert, en oppstartfrist på to måneder, har foretatt en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget i strid med forskriften § 8-2 (1). Denne paragrafen gir oppdragsgiver rett til å foreta rettelser, endringer og suppleringer som ikke er vesentlige i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristen utløper.
- (62) Innklagede hadde i dette tilfellet lagt opp til at kontrakt skulle signeres i uke 51 2007. I "*Kontraktsforslag*" (bilag 3 til konkurransegrunnlaget) § 4 "*Varighet*" var det oppgitt at avtalen skulle "*gjelde f.o.m. 01.01.2008 t.o.m. 31.12.2009 med opsjon for oppdragsgiver på prolongering for 2 år med ett år om gangen*".
- (63) Innklagede har vist til at anskaffelsen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling der det var adgang til å forhandle om alle sider ved tilbudene, også oppstartfristen, og at en mindre utsettelse av dette tidspunktet således måtte anses som påregnelig for det marked som vurderte deltakelse i konkurransen.
- (64) Klagenemnda er enig med innklagede i at utsettelse av oppstartstidspunktet i dette tilfellet var påregnelig for potensielle leverandører. Tidspunktet for oppstart var ikke oppgitt som et absolutt krav i konkurransegrunnlaget, men fremgikk i et kontraktsforslag som det var adgang til å forhandle om. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har foretatt en vesentlig endring i

konkurransegrunnlaget ved å gi leverandører som ikke var lokalt etablert en oppstartfrist på to måneder.

(65) Klagenemnda finner etter dette ikke grunn til å gå inn på spørsmål om erstatning

Konklusjon:

Helse Nord RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
25. august 2008

Andreas Wahl