



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Selmer DA
Att. Karen Anne Rekkedal
Postboks 1324 Vika
0112 Oslo

Deres referanse

Vår referanse
2010/146

Dato
14.03.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 6. mai 2010 vedrørende anskaffelse av kirurgiske tjenester. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Helse Vest RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. januar 2010 en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av kirurgiske tjenester. Kontraktens totalverdi var i kunngjøringens punkt II.1.4) anslått til 91 250 000 kroner. Tilbudsfristen var satt til 22. februar 2010 klokken 12.00.
- (2) Det ble angitt hvilke fagområder det skulle anskaffes kirurgiske tjenester innenfor i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 "Anskaffelsens ytelse og omfang", og det ble presisert at det var anledning til å inngi tilbud på ett eller flere fagområder:

"Helse Vest skal anskaffe kirurgiske tjenester innenfor følgende fagområder:

- *Generell kirurgi*
- *Ortopedisk kirurgi*
- *Plastikkirurgi*
- *Ryggkirurgi*
- *Urologisk kirurgi*
- *Øyekirurgi*

Innenfor ordningen "Raskere tilbake" vil Helse Vest anskaffe følgende:

- *Ortopedi:*

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

- Kirurgisk aktivitet
- Ikke-kirurgisk aktivitet
- Rygg:
 - Kirurgisk aktivitet
 - Ikke-kirurgisk aktivitet

[...]

Det er i konkurransen anledning til å gi tilbud innenfor ett eller flere fagområder.”

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 *”Tilbyders kvalifikasjoner”* fremkom det i underpunkt 4.1.1 *”Innledning”* at *”Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene”*. I underpunkt 4.1.5 *”Tekniske og faglige kvalifikasjoner”* var det oppstilt som kvalifikasjonskrav at *”tilbyderne har gode tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder har en organisasjon som er kompetent til å utføre tjenestene og har en god gjennomføringsevne”*. Tilhørende dokumentasjonskrav var at:

”a) Leverandøren må dokumentere at de er godkjent som sykehus av Helse- og omsorgsdepartementet, er med i ISF-ordningen og ikke mottar basistilskudd fra Helse Vest RHF”.

- (4) Seks leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristen. Blant disse var Bergen Kirurgiske Sykehus AS (heretter kalt klager). Klager leverte tilbud på alle kategorier, men angjeldende klage gjelder kun plastikk kirurgi. Valgte leverandører for plastikk kirurgi er Colosseumklinikken Stavanger AS, Fana Medisinske Senter AS og Aleris Helse AS (heretter kalt valgte leverandører).
- (5) Vedlagt klagers tilbud av 22. februar 2010 var en sykehusgodkjenning fra Helse- og omsorgsdepartementet, datert 27. oktober 2003. Godkjenningen var svar på klagers søknad om godkjenning som sykehus av 16. desember 2002, samt en presisering klager foretok ved brev 21. mai 2003, for fagområdene ortopedi, generell kirurgi, nevrokirurgi, gynekologi og øre-, nese-, halssykdommer. Det fremgikk av søknaden at *”Plastikkirurgi (inkludert kosmetisk kirurgi) ikke inngår i søknaden om godkjenning som sykehus”*. Følgende hitsettes fra sykehusgodkjenningen fra Helse- og omsorgsdepartementet:

”Departementet finner ut fra faglige krav til forsvarlighet at Klinikk Bergen kan godkjennes som sykehus, forutsatt at virksomheten tilpasses de forutsetninger som fremkommer ovenfor. Den operative virksomheten må til enhver tid være tilpasset de begrensninger som vil være for privat virksomhet, deriblant at det ikke skal startes utprøvende behandling. Innenfor plastikkirurgi utføres i dag hovedsakelig kosmetisk kirurgi som ikke er medisinsk betinget. Plastikkirurgi inngår ikke i søknaden om sykehusstatus. Departementet forutsetter at klinikken ikke markedsfører estetiske operasjoner som en del av sykehusvirksomheten.

Vedtak

Helsedepartementet finner at Klinikk Bergen kan godkjennes som sykehus med 4 senger etter lov om spesialhelsetjenester § 4-1.”

- (6) I innklagedes e-post til klager 5. mars 2010 ble det stilt spørsmål ved om klager hadde sykehusgodkjenning for plastikk kirurgi, og klager ble bedt om å sende inn

nyere godkjenningsvedtak enn det innleverte dersom dette forelå innen mandag 8. mars 2010 klokken 14.00.

- (7) Klager besvarte innklagedes e-post 8. mars 2010 og informerte om at selskapet anså det slik at sykehusgodkjenningen dekket de etterspurte fagområder. Følgende gjengis:

”Både Bergen Kirurgiske Sykehus (den gang Klinikken Bergen) og Colosseumklinikken Stavanger har sykehusgodkjenninger fra 2003. På det tidspunkt ble sykehusgodkjenninger tildelt på generelt grunnlag og uten noen begrensning i type kirurgi. Det vises til vedtakenes ordlyd hvor det fremgår at klinikkene tildeles konsesjon for hhv 4 og 6 senger. Vedtakene inneholder en rekke vilkår som at virksomheten må drives innenfor lov om spesialisthelsetjenesten § 4-1, krav til faglig forsvarlighet med internkontrollsystem, tilsyn og tilfredsstillende lokaler. Godkjenningene inneholder ikke begrensninger i fagområder. Bergen Kirurgiske Sykehus og Colosseumklinikken Stavanger innehar begge generell sykehuskonsesjon, og det er vår oppfatning at disse godkjenningene dekker plastisk kirurgi og generell kirurgi.

Ved tildeling av nye sykehusgodkjenninger har departementet senere endret praksis og tildeler nå godkjenninger begrenset til spesialiserte kirurgiske fagområder. Denne praksisen har ikke tilbakevirkende kraft. Departementet har heller ikke tatt initiativ til å endre de tildelte generelle godkjenninger.

*I følge brevet om sykehusgodkjenning drev Klinikken Bergen på søknadstidspunktet med kosmetisk plastisk kirurgi, og ikke medisinsk betinget plastisk kirurgi. Det fremgår av tildelingen at godkjenningen ikke skal benyttes til sykehusvirksomhet for **kosmetisk betinget** plastisk kirurgi, dvs. sykehusovernatting for kosmetiske pasienter. Det er imidlertid ikke begrensninger hva gjelder **medisinsk betinget** plastisk kirurgi.*

Også selve sykehusgodkjenningen nevner at Klinikken Bergen vil starte med generell kirurgi.

[...]

Vi ser at godkjenningene slik de er utformet, og etter at departementet endret sin praksis, kan åpne for uklarheter. Vi har derfor bedt våre advokater om å ta kontakt med departementet for å få avklart eventuelle uklarheter.”

- (8) Det er opplyst at innklagede ved brev av 10. mars 2010 tok kontakt med Helse- og omsorgsdepartementet for å avklare spørsmål knyttet til sykehusgodkjenningene. Helse- og omsorgsdepartementet besvarte henvendelsen ved brev av 19. mars 2010. Departementet anså det slik at vedtaket ble fattet på bakgrunn av en fortolkning av vedtaksbrevet og beskrivelsen av prosjektet på søknadstidspunktet, og at sykehusgodkjenningen ikke hadde videre rekkevidde enn dette. Det ble også presisert at selv om det var utviklet seg en praksis i de senere år for å beskrive mer spesifikt i vedtaket hvilke fagområder en sykehusgodkjenning gjelder, utgjorde ikke dette en generell praksisendring med henhold til hvorvidt sykehusgodkjenning gis generelt eller knyttet til prosjektbeskrivelsen. Følgende hitsettes:

”Om Bergen Kirurgiske Sykehus

[...]

På bakgrunn av dette mener departementet at det kan legges til grunn at Klinikken Bergen i vedtak av 27.10.2003 fikk sykehusgodkjenning for fagområdene ortopedi,

øre-, nese-, hals kirurgi, nevrokirurgi, generell kirurgi og gynekologi. Plastikkirurgi omfattes ikke av sykehusgodkjenningen.

Det bemerkes for øvrig at Bergen Kirurgiske Sykehus i brev av 9.11.2004 søkte om utvidelse av sykehusgodkjenningen til å omfatte øyekirurgi og medisinsk betinget plastikkirurgi. I omtalen av sykehusets eksisterende godkjenning er det videre angitt at "dagens konsesjon omfatter kirurgi innenfor ortopedi, nevrokirurgi (herunder nakke og rygg), generell kirurgi, urologi, øre-, nese-, hals og gynekologi." Departementet mener at dette taler for at parten selv var inneforstått med at sykehusgodkjenningen ikke omfattet plastikk kirurgi.

[...]

Eventuelle søknader fra Colosseumklinikken Stavanger og Bergen Kirurgiske Sykehus om utvidelse av sykehusgodkjenningen til å gjelde hhv. fagområdene generell kirurgi og plastikkirurgi vil også bli vurdert så raskt som mulig."

- (9) Klager sendte e-post til innklagede 19. mars 2010, og informerte om at selskapet var uenig i departementets syn vedrørende hva sykehusgodkjenningen gjaldt, men at det likevel ville bli sendt søknad om utvidet sykehusgodkjenning til Helse- og omsorgsdepartementet. Med henvisning til at departementet i brev av 19. mars 2010 hadde presisert at søknader ville bli "vurdert så raskt som mulig", opplyste klager om at det ville sørges for at de nødvendige utvidelser av sykehusgodkjenningene ville være på plass til kontraktens oppstart.
- (10) Ved e-post av 24. mars 2010 informerte klager innklagede om at søknad om utvidet sykehusgodkjenning var blitt sendt til Helse- og omsorgsdepartementet. Videre ble det presisert at klager kunne bruke Colosseumklinikken Stavanger AS, som hadde godkjenning for plastikk kirurgi, frem til godkjenningen til klager forelå.
- (11) I henhold til anskaffelsesprotokollen, signert 26. april 2010, ble fire leverandører avvist i konkurransen. De avviste leverandørene var klager, Colosseumklinikken Stavanger AS, Privatsykehuset Haugesund AS og Ulriksdal Sykehus AS.
- (12) Innklagede informerte klager ved brev av 26. mars 2010 om at klager var blitt avvist i henhold til forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Det hitsettes:

"Vi viser til Bergen Kirurgiske sykehus sitt sykehusgodkjenningsvedtak av 27. oktober 2003. Videre vises det til Helse- og omsorgsdepartementets brev av 19. mars 2010 vedrørende Deres sykehusgodkjenning. Det fremkommer at deres sykehusgodkjenning omfatter følgende medisinske fagområder: ortopedi, øre-, nese-, hals kirurgi, nevrokirurgi, generell kirurgi og gynekologi.

Bergen Kirurgiske sykehus har levert inn tilbud innenfor flere fagområder, herunder plastikk kirurgi.

Vi viser til at Deres sykehusgodkjenning ikke innbefatter plastikk kirurgi.

På bakgrunn av det ovennevnte legger Helse Vest til grunn at tilbudet innenfor plastikk kirurgi må avvises."

- (13) Klager påklaget avvisningsbeslutningen ved brev til innklagede 19. april 2010, og anførte at innklagede kun etterspurte en generell sykehusgodkjenning i konkurransegrunnlaget, og at klagers sykehusgodkjenning omfattet fagområdet plastikk kirurgi.
- (14) Innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen ved brev 26. april 2010, og det ble vist til følgende:

”Det anføres i klagen at konkurransegrunnlaget ikke kan forstås slik at det stiller opp et krav om sykehusgodkjenning per fagområde. Helse Vest er ikke enig i en slik forståelse, og viser i denne sammenheng blant annet til at konkurransegrunnlaget eksplisitt åpner for å inngi tilbud per fagområde. Stavanger tingrett behandlet en tilsvarende anførsel fra Privatsykehuset Haugesund AS i sak 10-055978TVI-STAV der Privatsykehuset Haugesund AS begjærte midlertidig forføyning i samme anbudskonkurranse. Stavanger tingsrett konkluderte med at

”...det er åpenbart at anbudsgrunnlaget må forstås slik at det kreves godkjenning på de fagfeltene anbudet gjelder”

[...]

Det anføres videre i klagen at de foreliggende godkjenningsvedtakene fra 2003 faktisk dekker de fagområdene der BKS og CKS ble avvist 26. mars 2010. Helse Vest har vurdert de anførsler som fremkommer i klagen, men kan ikke se at det er grunnlag for å forstå godkjenningsvedtakene slik at de gjelder uten begrensninger med hensyn til ulike fagområder. Helse Vest viser i denne sammenheng også til Helse- og omsorgsdepartementets vurderinger i brev til Helse Vest av 19. mars 2010.”

- (15) Innklagede meddelte klager ved brev av 26. april 2010 om at Colosseumklinikken Stavanger AS, Fana Medisinske Senter AS og Aleris Helse AS var tildelt kontrakt for fagområdet plastikk kirurgi.
- (16) Helse- og omsorgsdepartementet informerte klager ved brev 27. april 2010 om at søknaden om utvidelse av sykehusvirksomheten til å gjelde fagområdet plastikkirurgi var godkjent.
- (17) Klager sendte samme dag e-post til innklagede, hvor godkjenningen fra Helse- og omsorgsdepartementet var vedlagt.
- (18) Innklagede opprettholdt avvisningen ved brev 30. april 2010.
- (19) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 6. mai 2010.
- (20) Kontrakt med valgte leverandør innen fagområdet plastikk kirurgi ble inngått 18. juni 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Hvorvidt avvisningen av klager var rettmessig

- (21) Klager anfører at innklagede feilaktig har avvist klager som følge av manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet om godkjenning som sykehus av Helse- og omsorgsdepartementet, jf. kvalifikasjonskravet *”tekniske og faglige kvalifikasjoner”*. Innklagede har utformet et uklart konkurransegrunnlag når det gjelder dokumentasjonskravet om sykehusgodkjenning. Det vises til at kvalifikasjonskravene må være klart angitt i konkurransegrunnlaget, jf. loven § 5. Klager har en sykehusgodkjenning fra 2003 som fremdeles er gjeldende, og godkjenningen er dermed fra før Helse- og omsorgsdepartementet endret praksis fra å gi generelle sykehusgodkjenninger til å gi godkjenninger til begrensede fagområder. For tilbydere med slike godkjenninger vil den naturlige språklige

forståelsen av dokumentasjonskravet være at en alminnelig godkjenning er tilstrekkelig. Tilbyderne må således kunne forholde seg til hva som fremkommer i konkurransegrunnlaget, og det er derfor heller ikke relevant hva som er vilkår for å få sykehusgodkjenning i henhold til lov om spesialisthelsetjenester. Det at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig klart utformet, bekreftes ved at fire av seks tilbydere i konkurransen ikke forutså ut i fra konkurransegrunnlagets formulering at det ble stilt krav om godkjenning per fagområde.

- (22) Subsidiært anfører klager at avvisningen av klager var urettmessig som følge av at dokumentasjonskravet var oppfylt på kontraktstidspunktet. Klager hadde dokumentert at nødvendig dokumentasjon forelå innen kontraktstart, og med det også vist at selskapet var i stand til å oppfylle kontrakten i samsvar med innklagedes krav, jf. forskriften §§ 12-3 og 12-4.

Endring av kvalifikasjonskravet "Tekniske og faglige kvalifikasjoner"

- (23) Klager anfører at innklagede, i strid med forskriften § 8-2 har endret kvalifikasjonskravet underveis i anbudsprosessen uten å informere tilbyderne. Det vises til at innklagede i konkurransegrunnlaget krevde en alminnelig sykehusgodkjenning, men endret dette til et krav om spesifiserte sykehusgodkjenninger etter å ha henvendt seg til Helse- og omsorgsdepartementet for å avklare hva klagers sykehusgodkjenning omfattet.

Innklagedes anførsler:

Hvorvidt avvisningen av klager var rettmessig

- (24) Innklagede anfører at avvisningen av klager var rettmessig, ettersom det ikke var innlevert sykehusgodkjenning for plastikkirurgi. Det fremkom tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at kravet om sykehusgodkjenning gjelder for alle fagområdene det ble innlevert tilbud på. Videre er sykehusgodkjenning noe som etter sin karakter gis for spesifikke fagområder, jf. forskrift om godkjenning av sykehus § 6 (1), jf. (2) og (3), samt brev fra Helse- og omsorgsdepartementet av 19. mars 2010. Et vedtak om sykehusgodkjenning må i tillegg tolkes i lys av den søknad som ligger til grunn for vedtaket. Når konkurransegrunnlaget også åpnet for å inngi tilbud på enkelte av fagområdene, må konkurransegrunnlaget rimeligvis forstås slik at sykehusgodkjenningen må dekke det fagområdet det inngis tilbud på. Kun to av deltakerne har forstått kravet til sykehusgodkjenninger på den måten som klager gir uttrykk for. Privatsykehuset Haugesund AS tok eksplisitt forbehold i tilbudsbrevet for de fagområder der det ikke forelå godkjenning ved tilbudsfristens utløp. Aleris AS og Fana Medisinske Senter AS innga bare tilbud på de fagområder der virksomhetene var godkjent som sykehus. Ulriksdal Sykehus AS ble avvist uten å påklage avvisningen. For så vidt gjelder klagers sykehusgodkjenning, fremgikk det eksplisitt at plastikkirurgi ikke var omfattet av søknaden om sykehusstatus. Klagers søknad om driftsutvidelse til "*medisinsk betinget plastikkirurgi*" til Helse- og omsorgsdepartementet 9. november 2004 viser i tillegg at klager har innrettet seg slik at plastikkirurgi ikke var omfattet av selskapets fagområder. Det forelå dermed en plikt til å avvise klager for dette fagområdet ettersom dokumentasjonskravet om sykehusgodkjenning ikke var oppfylt, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Når klager ikke lovlig kan tilby å drive sykehusvirksomhet innen fagområdet plastikkirurgi, har det ikke "*god gjennomføringsevne*", og oppfyller dermed heller ikke kvalifikasjonskravet "*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*". Innklagede hadde uansett en rett til å avvise klager i medhold av forskriften § 11-10 (2) bokstav g.

- (25) Innklagede anfører i tillegg at det kun er anledning til å vektlegge dokumentasjonen som var vedlagt tilbudene på tilbudstidspunktet, dvs. det er ikke anledning til å vektlegge dokumentasjon som først ble innsendt over to måneder etter tilbudsfristens utløp. Dette ut i fra kravet til likebehandling og forutberegnelighet, samt retts tekniske hensyn. Følgelig må det legges til grunn at tilbudsfristen er skjæringstidspunktet, med mindre konkurransegrunnlaget gir helt klare holdepunkter for en annen løsning. I herværende tilfelle stilte konkurransegrunnlaget opp et tydelig krav om at godkjenningen måtte dokumenteres ved tilbudsinngivelsen, jf. pkt. 4.1.1 sett i sammenheng med pkt. 4.1.5.

Endring av kvalifikasjonskravet "Tekniske og faglige kvalifikasjoner"

- (26) Innklagede har ikke kommentert denne anførselen.

Sekretariatets vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6 kategori (25) "Helse- og sosialtjenester", og følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II, jf. forskriften § 2-1 andre ledd, jf. § 2-2 første ledd.

Hvorvidt avvisning av klager var rettmessig

- (28) Klager anfører for det første at innklagede feilaktig har avvist klager som følge av manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet om sykehusgodkjenning innenfor fagområdet plastikk kirurgi, jf. kvalifikasjonskravet "*tekniske og faglige kvalifikasjoner*". Det vises til det ikke fremkom tilstrekkelig klart at kravet om sykehusgodkjenning innebar et krav om særskilt sykehusgodkjenning innen hvert fagområde det ble innlevert tilbud på, og at det derfor må legges til grunn at en alminnelig godkjenning var tilfredsstillende og at klager hadde den nødvendige godkjenning.
- (29) Sekretariatet må først ta stilling til hvorvidt konkurransegrunnlaget må forstås slik at det var etterspurt særskilt sykehusgodkjenning innenfor hvert fagområde det ble levert tilbud på. Dersom dette ikke anses etterspurt, er det i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 å avvise klager med henvisning til at det ikke var inngitt særskilt sykehusgodkjenning, jf. klagenemndas sak 2009/134 premiss (26)
- (30) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1.5 var det oppstilt kvalifikasjonskrav knyttet til tilbyderens "*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*". Dette skulle dokumenteres ved at leverandøren er "*godkjent som sykehus av Helse- og omsorgsdepartementet*".
- (31) Ordlyden i kvalifikasjonskravet kan derfor isolert sett, løst fra konteksten, tilsi at det ikke er oppstilt noe krav om at det skal foreligge sykehusgodkjenning innenfor hvert enkelt fagområde. På den annen side fremkommer det av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at anskaffelsen gjelder seks forskjellige medisinske fagområder, og at det kan inngis tilbud på ett eller flere av disse. Dersom en tilbyder velger å levere innen kun ett fagområde, er det slik sekretariatet ser det, naturlig å forstå konkurransegrunnlaget dit hen at sykehusgodkjenningen kun må dekke dette enkelte fagområdet. Likedan må sykehusgodkjenningen dekke alle fagområdene dersom selskapet velger å inngi tilbud på alle fagområdene. Dette støttes også av formålet med kvalifikasjonskravet, noe som i henhold til konkurransegrunnlaget

punkt 4.1.1 er å ”sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene”. Dersom det ikke foreligger sykehusgodkjenning innen fagområdet det tilbys tjenester, vil ikke selskapet lovlig kunne levere den tilbudte tjenesten, og formålet bak kvalifikasjonskravet ville dermed ikke vært ivaretatt. Det at kravet om sykehusgodkjenning må leses som et krav om godkjenning innenfor enkelte fagområdet underbygges også av at det ikke foreligger hjemmel til å gi generelle sykehusgodkjenninger, jf. forskrift 18. desember 2001 nr. 1539 om godkjenning av sykehus § 6 (1), jf. (2) og (3).

- (32) Etter dette legger sekretariatet til grunn at det fremkom tilstrekkelig klart at dokumentasjonskravet som stilles for kvalifikasjonskravet ”*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*” er at det skal leveres dokumentasjon på at selskapet har sykehusgodkjenning innen de fagområdene det leveres tilbud på.
- (33) Det neste sekretariatet må ta stilling til, er om det var rettmessig av innklagede å avvise klager som følge av at det ikke var levert sykehusgodkjenning innenfor fagområdet plastikk kirurgi, slik innklagede i foreliggende tilfelle har gjort.
- (34) I henhold til forskriften § 11-10 (1) bokstav a skal oppdragsgiver avvise leverandører som ikke ”*oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen*”.
- (35) Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt har oppdragsgiver et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn. I forhold til avvísingsplikten etter § 11-10 (1) bokstav a er det gjennom klagenemndas tidligere praksis lagt til grunn at kravet til oppfyllelse av dokumentasjonskravene ikke er like absolutt som kravet til oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, og at vurderingstemaet derfor er om den aktuelle leverandøren på annen måte enn gjennom den etterspurte dokumentasjonen viser at kvalifikasjonskravet er oppfylt, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/128 premiss (84) og 2009/219 premiss (36). I klagenemndas sak 2010/2 premiss (24) med videre henvisninger, ble det presisert at ”*Klagenemnda kan bare prøve om vurderingen er basert på riktig faktisk grunnlag, om den er usaklig eller uforsvarlig, eller om den er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 5. Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt skal skje på bakgrunn av de dokumentasjonskravene som er stilt i konkurransegrunnlaget*”
- (36) Konkurransegrunnlaget stilte krav om at kvalifikasjonskravet knyttet til tilbyderens ”*Tekniske og faglige kvalifikasjoner*” skulle dokumenteres ved sykehusgodkjenning innen fagområdene det ble levert tilbud på. Ved brev av 26. mars 2010 avviste innklagede klager innenfor fagområdet plastikk kirurgi som følge av at ”*deres sykehusgodkjenning ikke innbefatter plastikk kirurgi*”. Selve vedtaket fra Helse- og omsorgsdepartementet av 27. oktober 2003 lyder: ”*Helsedepartementet finner at Klinikk Bergen kan godkjennes som sykehus med 4 senger etter lov om spesialhelsetjenester § 4-1.*” Imidlertid fremgår det eksplisitt av klagers søknad av 21. mars 2009 at plastikkirurgi ikke inngår i søknaden om sykehusstatus. Dette gjentas også i vedtaksbrevet fra Helse- og omsorgsdepartementet.
- (37) Sekretariatet finner at når vedtaksbrevet leses i sin helhet, sammenholdt med søknaden som foranlediget vedtaket, samt at sykehusforskriften ikke gir hjemmel for å tildele en generell sykehusgodkjenning, så fremstår det som klart at det ikke er gitt godkjenning for fagområdet plastikk kirurgi. Følgelig oppfylte ikke klager dokumentasjonskravet til sykehusgodkjenning innenfor dette fagområdet.

- (38) Innklagede har vist til at når klager ikke lovlig kan tilby å drive sykehusvirksomhet innen fagområdet plastikkirurgi, har det ikke "god gjennomføringsevne", og oppfyller dermed heller ikke kvalifikasjonskravet "Tekniske og faglige kvalifikasjoner". Sekretariatet kan ikke se at innklagedes vurderinger her fremstår som usaklig, vilkårlig, bygd på feil faktum eller på annen måte i strid med regelverkets grunnleggende prinsipper.
- (39) Klager anfører så at sykehusgodkjenning for plastikk kirurgi forelå innen kontraktsstart, og at dokumentasjonskravet således var oppfylt. Spørsmålet blir dermed om det var tilstrekkelig at dokumentasjonskravet var oppfylt på dette tidspunkt, dvs. forut for kontraktsinngåelse og kontraktsstart, men etter at kontrakten var tildelt.
- (40) Tidspunktet for når konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav må være oppfylt er ikke direkte regulert i forskriften. Det er imidlertid i klagenemndas saker 2009/283 og 2009/284 lagt til grunn at hovedregelen er at kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp. Det hitsettes følgende fra sak 2009/284 premiss (26):
- "Konkurransegrunnlaget inneholdt ingen nærmere opplysninger om tidspunktet for når kvalifikasjonskravene skulle være oppfylt. Etter nemndas syn må hovedregelen være at kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, jf. klagenemndas sak 2006/120 premiss (27). Unntaksvis kan det i konkurransegrunnlaget fastsettes at det vil være tilstrekkelig at kravene til tilbyder oppfylles på et senere tidspunkt enn tilbudsfristen."*
- (41) Slik sekretariatet ser det er foreliggende sak parallell med sakene 2009/283 og 2009/284 ved at det ikke er fastsatt i konkurransegrunnlaget at kvalifikasjonskravene kan oppfylles på et senere tidspunkt enn tilbudsfristen. Hovedregelen om at kvalifikasjonskravene må bedømmes ved tilbudsfristens utløp legges følgelig til grunn. På dette tidspunkt oppfylte ikke klager kvalifikasjonskravet knyttet til "god gjennomføringsevne".
- (42) Innklagede har etter dette på et forsvarlig grunnlag lagt til grunn at kvalifikasjonskravet "Tekniske og faglige kvalifikasjoner" ikke var oppfylt, og klager skulle dermed avvises med hjemmel i forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Klagers anførsel fører ikke fram.

Endring av kvalifikasjonskravet "Tekniske og faglige kvalifikasjoner"

- (43) Klager anfører at innklagede har endret kvalifikasjonskravet "Tekniske og faglige kvalifikasjoner" ved at dette opprinnelig skulle dokumenteres ved generell sykehusgodkjenning, for så å bli endret til at dette skulle dokumenteres ved sykehusgodkjenning innen spesifikke fagområder.
- (44) Som følge av overstående konklusjon, hvor det legges til grunn at det i konkurransegrunnlaget er oppstilt som dokumentasjonskrav at det skal inngis sykehusgodkjenning innenfor hvert fagområde, finner sekretariatet at klagers anførsel ikke kan føre fram.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Mari Rund
førstekonsulent

Kopi til:
Advokatfirmaet Thommessen AS Strandgaten 209

Mottakere:
Advokatfirmaet Selmer DA