



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av kirurgiske tjenester. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemndas avgjørelse 12. juli 2011 i sak 2010/217

Klager: Øyekirurgisk Poliklinikk AS

Innklaget: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Manglende innsyn. Avvisning av valgte leverandør.

Bakgrunn:

- (1) Helse Vest RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. januar 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for kirurgiske tjenester fra private spesialister innen fagområdene urologisk kirurgi, øre – nese - hals kirurgi og øyekirurgi. Angjeldende klage gjelder for fagområdet øyekirurgi. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4) estimert til å være 8 750 000 kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 22. februar 2010.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 "Anskaffelsens ytelse og omfang" fremkom det at fagområdet øyekirurgi "gjelder behandling av grå stær".
- (3) Kvalifikasjonskravene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 4.1 "Tilbyders kvalifikasjoner". I underpunkt 4.1.5 var det stilt krav til tilbydernes "Tekniske og faglige kvalifikasjoner", hvorfra følgende gjengis:

"For å kunne delta i konkurransen, er det et krav at tilbyderne har gode tekniske og faglige kvalifikasjoner, herunder ha en organisasjon som er kompetent til å utføre tjenestene og ha en god gjennomføringsevne.

Som dokumentasjon fremlegges:

- a) *Faglig leder for virksomheten må dokumentere sin godkjenning som legespesialist.*

Videre må spesialistgodkjenning dokumenteres for andre leger som er ansatt av tilbyderne eller som er planlagt brukt i utførelse av tjenesten innenfor de fagområder som de gis tilbud på.

[...]

b) Dokumentasjon for at tilbyder har tilstrekkelig erfaring fra drift innen kirurgisk virksomhet."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 4.3 *"Tilbudets utforming"* ble det informert om at anskaffelsesprotokollen og de inngitte tilbudene i utgangspunktet var offentlige fra det tidspunkt tildelingsbeslutningen ble meddelt. På den bakgrunn ble det bedt om at tilbyderne også sendte inn en versjon av tilbudet hvor forretningshemmeligheter var sladdet.
- (5) Innen tilbudsfristens utløp var det innkommet to tilbud for fagområdet øyekirurgi. Disse var fra Øyekirurgisk Poliklinikk AS (heretter kalt klager) og Åsane Øyeklinikk AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) Vedlagt valgte leverandørs tilbud av 12. februar 2010, var spesialistgodkjenning innen *"øyesykdommer"* og dokumentasjon for drift innen kirurgisk virksomhet.
- (7) Innklagede meddelte klager om valg av leverandør ved brev 17. mars 2010. Frist for å klage over tildelingsbeslutningen var 7. april 2010.
- (8) I klagers e-post til innklagede 29. mars 2010, ble det påpekt at så vidt klager kjente til, utførte ikke valgte leverandør grå stær operasjoner. Videre fremkom det at *"Undertegnende ønsker innsyn i anskaffelsesprosessen vedrørende fagområdet øye."*
- (9) Innklagede besvarte e-posten 30. mars 2010, hvor det ble vist til at *"Vedlagt oversendes dokument i henhold til nedenstående innsynsbegjæring og avtale per telefon."* Vedlagt e-posten var tilbuds brevet til valgte leverandør av 12. februar 2010, hvor det fremkom at *"Forventet aktivitet er 1000 operasjoner hvert kalenderår"*. Enhetsprisen for operasjon av grå stær var sladdet. Klager fikk ikke oversendt dokumentasjonen som valgte leverandør hadde vedlagt tilbudet for at kvalifikasjonskravene var oppfylt.
- (10) I klagers e-post til innklagede 6. april 2010, ble det igjen påpekt at klager ikke kjente til at valgte leverandør utførte grå stær operasjoner. Valgte leverandør hadde heller ikke dokumentert eventuelle underleverandørers kvalifikasjoner.
- (11) Innklagede anså klagers e-post som en klage, og opprettholdt tildelingsbeslutningen ved brev av 9. april 2010. Følgende gjengis:

"Vi viser til konkurransegrunnlaget punkt 4.1.5 hvor det bl.a. stilles krav om at faglig leder for virksomheten må dokumentere sin godkjenning som legespesialist. Videre skal det dokumenteres spesialistgodkjenning for andre leger som er ansatt av tilbyderne eller som er planlagt brukt i utførelse av tjenesten innenfor de fagområder som det gis tilbud på.

Dette innebærer at tilbyderne som leverer tilbud innenfor fagområdet øyesykdommer må kunne dokumentere at de har spesialistgodkjenning innenfor det medisinske fagområde øyesykdommer.

I foreliggende sak har den aktuelle tilbyder dokumentert at han er spesialist innenfor fagområdet øyesykdommer.

Vi gjør for øvrig oppmerksom på at vedkommende opplyser at han bl.a. har erfaring fra grå stær operasjoner."

- (12) I klagers e-post til innklagede 14. april 2010 fremkom følgende:

"Undertegnende har bedt om innsyn 6.4.10 og har mottatt en side med tilbud til tilbyder dr. Volkmann.

Jeg gjentar min rett om innsyn – i det jeg ikke har fått all relevant informasjon.

[...]

Jeg ber om innsikt i dokumentasjon om antall for utførte grå stær operasjoner de siste 10 år av anbudstilbyder dr Volkmann – slik jeg har i mitt anbud.

I følge hans hjemmesider tilbyr han ikke grå stær operasjoner.

Jeg er kjent med at andre innleide øyeleger har operert grå stær i hans lokaler tidligere."

- (13) Ved brev 15. april 2010 ga innklagede klager innsyn i hele tilbudet til valgte leverandør, med unntak av den tilbudte enhetsprisen for operasjoner. Videre ble det informert om at:

"Avgjørelsen om ikke å gi innsyn i enkelte deler av tilbudene i foreliggende sak kan påklages, jf. offentleglova § 32. Klagefristen er tre uker fra mottak av dette brev. Klagen skrives til Helse- og omsorgsdepartementet, men sendes til Helse Vest RHF."

- (14) I klages brev til innklagede, "For evnt videreformidling til Helse- og omsorgsdepartementet" 23. april 2010 fremkom følgende:

"Undertegnede ba om innsyn i tildelingsgrunnlaget den 29. mars og fikk da kun tilsendt et tilbuds ark.

Jeg fikk ikke hele det relevante innsynet – slik som jeg hadde krav på etter offentlighetsloven av 19.5.2006 nr. 16. – der hovedregelen gir meg innsyn i alt.

Det er således begått en feil fra Helse Vest. I det gikk ikke fikk det relevante innsynet innen tidsfristen. Min klage var derfor begrenset av at jeg ikke hadde fått det fulle innsynet. Jeg har fått ny klagefrist på 3 uker, men beklager at denne nå må gå videre til Helsedepartementet via Helse Vest for behandling.

[...]

Anbudet gjelder "grå stær" spesifikt og det innebærer at anbudsgiver underforstått har erfaring fra egne utførte operasjoner for grå stær for å kunne levere anbud.

I tilsendt materiale for dr Volkmanns tilbud fremkommer det at det bare er 1 øyelege ved Åsane Øyeklinikk.

[...]

I følge hans hjemmesider for Åsane Øyeklinikk tilbyr han ikke slike grå stær operasjoner.

[...]

Dr Volkmann opplyser at han utførte noen grå stær operasjoner da han var på Haukeland sykehus for over 10 år siden.

Dersom han ikke personlig har operert grå stær siden den gang i noe omfang, skulle hans anbud vært avvist.”

- (15) Innklagede påpekte i brev til klager av 27. april 2010 at klagefristen på 3 uker gjaldt klage på avslag på innsyn. Videre ble det presisert at innklagede oppfattet klagers brev av 23. april 2010 som en klage knyttet til innklagedes valg av leverandør, noe som ikke kunne påklages til Helse- og omsorgsdepartementet. Vedrørende den delen av klagen som gjaldt manglende innsyn fremkom følgende:

”I e-post av 14. april 2010 viser De til at De 6. april 2010 ba om innsyn. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at vi la til grunn at Deres e-post av 6. april 2010 var klage på vår avgjørelse av 17. mars 2010 og ikke et krav om innsyn.

Som en følge av Deres henvendelse av 14. april 2010 fikk De fullt innsyn i Volkmanns tilbud med unntak av enhetsprisen, jf. brev av 15. april 2010.

De påpeker i brev av 23. april 2010 at de ba om innsyn 29. mars 2010. I e-post av 30. mars 2010 gir vi innsyn i Volkmanns tilbudsbrev og viser til ”nedenstående innsynsbegjæring og avtale per telefon.” Vi beklager den misforståelsen som har oppstått vedrørende Deres krav om innsyn på det tidspunktet. Som nevnt over fikk De fullt innsyn i Volkmanns tilbud i brev av 15. april 2010. Vi gjør oppmerksom på at vi ikke kan se at det har fremkommet nye opplysninger fra Deres side etter at De fikk innsyn i Volkmanns tilbud. De momenter som fremkommer fra Deres side er behandlet av Helse Vest. ”

- (16) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 28. april 2010.
- (17) Klager ba ved e-post av 5. mai 2010 om at “Klage på saksgang og på resultat av tildeling” ble sendt til Helse- og omsorgsdepartementet. Det ble vist til det manglende innsyn klager hadde fått, og til mangler knyttet til tildeling av kontrakt.
- (18) I Helse- og omsorgsdepartementets brev til klager av 29. juni 2010 fremkom det at departementet ikke var rette instans for å behandle klagen knyttet til tildeling av kontrakt. I forhold til klagen knyttet til manglende innsyn, ble det vist til at enhetspriser var unntatt innsyn etter offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13. Videre fremkom følgende:
- ”I den grad din klage er en klage på at du ikke fikk tilgang til relevante opplysninger i dokumenter du hadde bedt om innsyn i, før etter at klagefristen på tildeling av anbudet var gått ut, er departementets oppfatning at dette i så fall må tas med i en klage på hele anbudsprosedyren.”*
- (19) Klager brakte saken inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 10. juli 2010.

Anførsler:**Klagers anførsler:***Manglende innsyn*

- (20) Klager anfører at innklagede, ved ikke å gi fullt innsyn i valgte leverandørs tilbud før klagefristen, har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Avvisning av valgte leverandør

- (21) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist. Det vises til at valgte leverandør ikke hadde dokumentert egen selvstendig operasjonserfaring med grå stær.

Innklagedes anførsler:*Manglende innsyn*

- (22) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gi klager fullt innsyn i valgte leverandørs tilbud før klagefristen. Innklagede beklaget ovenfor klager i brev av 27. april 2010 at fullt innsyn ikke ble gitt i tilknytning til innsynsbegjæringen av 29. mars 2010. I samme brev ble det påpekt at klager ikke hadde kommet med nye momenter i saken etter at fullt innsyn ble gitt 15. april 2010. Det eneste klager ikke fikk innsyn i på det tidspunktet, var enhetspriser, noe det er grunnlag for å unnta innsyn i etter offl. § 13, jf. fvl. § 13. Innklagede kan ikke se at fullt innsyn i valgte leverandørs tilbud på et tidligere tidspunkt ville endret de vurderinger som ble gjort i forbindelse med vurderingen av om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravene.

Avvisning av valgte leverandør

- (23) Innklagede bestrider at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist. Det vises til at valgte leverandør oppfylte de kvalifikasjonskravene som var satt i konkurransegrunnlaget. Det ble ikke stilt krav om erfaring fra grå stær operasjoner. Valgte leverandør leverte, i henhold til konkurransegrunnlaget, dokumentasjon på at valgte leverandør var spesialist innen øyesykdommer, samt på at valgte leverandør hadde tilstrekkelig erfaring fra drift innen kirurgisk virksomhet innenfor fagfeltet øyekirurgi. Ut fra den innleverte dokumentasjon, oppfylte valgte leverandør kvalifikasjonskravene. Innklagede hadde ingen grunn til å betvile riktigheten av den dokumentasjonen valgte leverandør fremla. I den sammenheng påpekes det at oppdragsgiver i utgangspunktet kan legge tilbyderens opplysninger til grunn ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Dette støttes også gjennom klagenemndas praksis, jf. sakene 2008/15 og 2008/110.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder kirurgiske tjenester som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori (25) "Helse- og sosialtjenester". Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4) estimert til kroner 8 750 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 (5) og 2-2.

Manglende innsyn

- (25) Det første spørsmålet for klagenemnda, er om innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å gi klager innsyn i valgte leverandørs tilbud på et tidligere tidspunkt.
- (26) Det følger av forskriften § 3-5 at *“for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova”*.
- (27) I henhold til lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) 19. mai 2006 § 3 er hovedregelen at saksdokumenter er offentlige. Likevel følger det av loven § 23 (3) at *“det kan gjerast unntak frå innsyn for tilbod og protokoll etter regelverk som er gitt i medhald av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlege innkjøp, til valget av leverandør er gjort”*. Oppdragsgiver er således forpliktet til å gi innsyn i tilbud og protokoll fra det tidspunkt leverandør er valgt, med unntak av forretningshemmeligheter, jf. forskriften § 3-6.
- (28) Klager er gitt innsyn i tilbudet til valgte leverandør, slik klager anmodet om i e-poster 29. mars 2010 og 14. april 2010. Innklagede ga klager innsyn i selve tilbuds brevet til valgte leverandør 30. mars 2010. Imidlertid ble innsyn i hele tilbudet først gitt 15. april 2010. Det var først på sistnevnte tidspunkt at innklagde imøtekom klagers krav om innsyn, og også først på dette tidspunkt at klager kunne ta stilling til om valgte leverandør faktisk oppfylte kvalifikasjonskravene. Innklagede hadde satt klagefrist til 7. april 2010.
- (29) I klagenemndas sak 2010/148 behandlet klagenemnda spørsmål om innsyn og klagefrist. Her ble innsyn gitt tre dager før klagefristen den 24. mars 2010, og nemnda konkluderte med at innklagede hadde brutt loven § 5 ved ikke å gi innsyn i tilbudene før det kun var tre dager igjen av klagefristen. Klagenemnda viste til uttalelser i forarbeidene til offentleglova § 23 (Ot.prp.nr. 102 (2004-2005) (s. 145) og anmerket at klager ved dette ikke var sikret en *“reell klagemulighet”*. Nemnda har vurdert forholdet mellom innsynsreglene og klagefrist før kontraktsinngåelse. Forskriften § 13-3 (1) (for anskaffelser under del II) og den likelydende § 22-3 (1) (under del III) fastslår at pålagt klagefrist før kontraktsinngåelse først løper fra den dag det er meddelt en tildelingsbeslutning med en begrunnelse som tilfredsstiller henholdsvis § 11-14 (1) (del II) og § 20-16 (1) (del III). Hvis slik begrunnelse ikke er gitt og klager begjærer innsyn etter offentleglova § 23, kan innsyn i for eksempel protokollen etter omstendighetene bli å anse som likeverdig med formell begrunnelse. Men er tildeling derimot gitt med en begrunnelse som isolert sett er fyllestgjørende, løper klagefristen etter forskriften uavhengig av om det senere blir begjært innsyn av en klager. Klager kan med andre ord ikke oppnå at klagefristen etter forskriften § 13-3 (1) / § 22-3 (1) utskytes ved begjæring om innsyn som fremsettes under klagefristens løp. Oppdragsgiver har derfor etter forskriften adgang til å inngå avtale med valgte leverandør selv om klager ikke har kunnet gjøre seg kjent med valgte tilbyders tilbud, øvrige tilbud eller den protokoll som utdyper oppdragsgivers saksbehandling. Innsyn etter offentleglova kan derimot sikre klager ved forberedelse av erstatningssøksmål mot oppdragsgiver. Nemnda viser for øvrig til sak 2010/210, som er avgjort samme dato som foreliggende sak, der samme problemstilling er tatt opp. I vår sak fikk klager innsyn i valgte leverandørs tilbud, selv om dette ikke skjedde før etter at klagefristen var utløpt. Når innsyn som anmodet ble gitt, foreligger det ikke noe regelbrudd. Klagers anførsel fører følgelig ikke fram på dette punkt.

Avvisning av valgte leverandør

- (30) Det andre spørsmålet for klagenemnda, er om innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør.
- (31) Av forskriften § 11-10 (1) bokstav a følger det at oppdragsgiver har en plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller de krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen.
- (32) I vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt, har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som kun i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda. Nemnda kan imidlertid prøve om innklagedes vurdering fremstår som usaklig, vilkårlig, bygd på feil faktum, eller på annen måte er i strid med regelverkets grunnleggende prinsipper.
- (33) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1.5 var det stilt krav til tilbydernes *“Tekniske og faglige kvalifikasjoner”*, som blant annet skulle dokumenteres med *“godkjenning som legespesialist”* og med *“Dokumentasjon for at tilbyder har tilstrekkelig erfaring fra drift innen kirurgisk virksomhet”*.
- (34) Vedlagt valgte leverandørs tilbud var spesialistgodkjenning innen fagområdet *“øyesykdommer”* og dokumentasjon for drift innen kirurgisk virksomhet.
- (35) Klager har vist til at det, som følge av at operasjonene som skal utføres er grå stær operasjoner, må kreves erfaring med denne type operasjoner. Imidlertid er det av innklagede kun oppstilt krav om *“godkjenning som legespesialist”* og *“erfaring fra drift innen kirurgisk virksomhet”*, og ikke et krav om at dette refererer seg til godkjenning/erfaring med grå stær operasjoner.
- (36) Etter å ha gjennomgått den dokumentasjon valgte leverandør innleverte, må det etter nemndas oppfatning legges til grunn at leverandøren oppfylte de kvalifikasjonskrav som var stilt i dette tilfellet. Innklagede har dermed helt korrekt lagt til grunn at kvalifikasjonskravet var oppfylt, og det var av den grunn korrekt ikke å avvise valgte leverandør på dette grunnlag, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Klagers anførsel fører ikke fram på dette punkt.

Konklusjon:

Helse Vest RHF har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 12. juli 2011

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven