



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA
v/advokat Reidar Andresen
Postboks 377
6001 Ålesund.

Deres referanse

Vår referanse
2011/35

Dato
02.03.11

Klage over avvisningsvedtak: Sunnmøre MR-klinikk AS - Helse Midt-Norge RHF.

Sekretariatet besluttet 18. februar 2011 å avvise klagen fra Sunnmøre MR-klinikk AS (heretter kalt klager) over vedtak 17. januar 2011 av Helse Midt-Norge RHF (innklagede) om å avvise klagers tilbud fra konkurransen vedrørende kjøp av bildediagnostiske MR-undersøkelser. Bakgrunnen for sekretariatets avvisning var at saken anses uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda fordi klagen klart ikke kan føre frem, jf. klagenemndforskriften § 9.

Avvisningsbeslutningen er rettidig påklaget av klageren.

Etter klagenemndforskriften § 9 skal klagenemndas leder behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak. Lederen er i dette tilfellet ute på reise og kan ikke behandle klagen. Saksdokumentene er derfor oversendt nemndsmedlem Georg Fredrik Rieber-Mohn, som i hennes sted trer inn som setteleder i denne saken.

I klagen er i første rekke anført at konkurransegrunnlagets krav om at det skal være *”fast tilstedeværende radiolog”*, ikke kan forstås slik at radiologen skal være fysisk til stede under hele driftstiden, eller eventuelt daglig, men at kravet fullt ut er oppfylt ved det tilbud klageren fremsatte. Ifølge dette tilbudet ville radiologen være til stede 1-2 dager pr. uke og ved bildefunn som umiddelbart krever en radiologisk vurdering, ville klager være i stand til å sende *”adekvat og anonymisert bildeinformasjon”* til en av 5 spesialiserte eksterne radiologer. Dette kunne skje ved hjelp av mobiltelefon, eller i nær fremtid ved *”bruk av en IPAD basert løsning”*. På denne bakgrunn var det uriktig av sekretariatet å avvise klagen over at tilbudet var avvist etter anskaffelsesforskriftens § 11-11(1) bokstav d som inneholdende *”vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene”*.

Det er i denne forbindelse videre anført at sekretariatet ved utelukkende å legge vekt på kontraktsvilkårets ordlyd og forstått denne som at radiolog i det minste skal være til stede hver dag, er kommet i strid med vilkårets formål og derved lagt til grunn et usaklig vilkår. Den begrunnelse innklagede har gitt for at radiolog fysisk må være til stede under driftstiden,

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

vil fullt ut kunne tilfredsstilles ved den organisering av radiologtjenesten som klager har tilbudt, og som tidligere har vært akseptert av innklagede.

Setteleder Rieber-Mohn har, foruten avvisningsvedtaket og klagen over dette, gått gjennom sakens dokumenter. Settelederen er kommet til at sekretariatets vedtak om avvisning av saken fra klagenemnda må fastholdes.

Setteleder vil først knytte noen bemerkninger til det rettslige grunnlaget for avvisningen av klagers tilbud. Innklagede avviste dette med hjemmel i forskriftens § 11-11(1) bokstav d som et *"vesentlig forbehold mot kontraktsvilkårene"*. Det vil undertiden kunne by på tvil om det er denne bestemmelse, eller samme paragrafs første ledd bokstav e om *"vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget"* som er det mest treffende avvisningsgrunnlag. Denne tvil er nok forklaringen på at sekretariatet har en noe varierende terminologi i sin avgjørelse, dels skrives *"avvik"*, jf avslutningsvis i avsnitt 24, og dels skrives *"forbehold"*. Se for øvrig sammenblandingen i sitatet i avsnitt 22. Der skulle det ha stått *"forbehold"* og ikke *"avvik"*. Usikkerheten som nevnt har ingen rettslig betydning, siden avvisningsbestemmelsen er den samme i begge tilfeller, jf. for øvrig avgjørelsen KOFA 2008/127, som sekretariatet viser til, og som illustrerer dette, særlig i avsnitt 33. Settelederen vil for sin del tilføye at det i foreliggende sak synes å være tale om avvik fra et krav i konkurransegrunnlaget, og at § 11-11(1) bokstav e i så fall er den mest treffende hjemmel for avvisning av tilbudet.

I likhet med sekretariatet finner setteleder at konkurransegrunnlagets krav om at det skal være en *"fast tilstedeværende radiolog"*, ut fra en objektiv fortolkning, som tar utgangspunkt i ordlyden, vanskelig kan forstås annerledes enn at radiologen fysisk må være til stede i det minste hver dag. Det er også nærliggende å forstå kravet slik som innklagede hevder, at radiologen må være til stede hele driftstiden for virksomheten. Innklagede er i sin fulle rett til å stille et slikt krav, selv om det ikke er stilt tidligere.

På denne bakgrunn er setteleder enig med sekretariatet at det foreligger et avvik fra kravet i konkurransegrunnlaget.

Setteleder er videre enig i at kravet om *"fast tilstedeværende radiolog"* er å anse som et absolutt krav, og at avvik fra dette som utgangspunkt må anses som *"vesentlig"* i forskriftens forstand. Setteleder kan her i det vesentlige slutte seg til det som anføres av sekretariatets vedtak i avsnittene 26 og 27.

Setteleder er således også enig i at klagen over avvisningen av tilbudet klart ikke vil føre frem, og at den bør avvises som uhensiktsmessig for behandling i nemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Dette vedtak sendes klager via e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.

Georg Fr. Rieber-Mohn
setteleder