



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

I en konkurranse om levering av dagkirurgiske tjenester var det stilt krav om at leger som skulle delta i konkurransen måtte ha driftsavtale med innklagede, slik at innklagede kunne få refusjon for utgiftene fra staten. Klagenemnda la til grunn at kravet om driftsavtale verken var å anse som krav til leverandørenes kvalifikasjoner, eller krav til deres finansielle og økonomiske stilling. Kravet var konkurransebegrensende, og i strid med kravet til konkurranse i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Klagenemndas avgjørelse 19. januar 2004 i sak 2003/199

Klager: Dr. Richard von Volkmann

Innklagede: Helse Vest RHF

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Inger Roll-Matthiesen, Kai Krüger.

Saken gjelder: *Kjøp av dagkirurgiske helsetjenester fra privatpraktiserende leger til regionale helseforetak. Om lovligheten i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser av konkurransebegrensende ordninger som gjelder tildeling av driftsavtale med regionale helseforetak.*

Bakgrunn:

Helse Vest RHF (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 19.12.2002 en konkurranse med forhandling om kjøp av dagkirurgiske tjenester innen blant annet øyesykdommer. Frist for mottak av forespørsler om deltakelse i konkurransen var satt til 13.1.2003. I kunngjøringen

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

var det kun vist til ordinære kvalifikasjonskrav, så som krav om fremleggelse av skatteattest, HMS-egenerklæring og firmaattest.

Av konkurransegrunnlaget fremgikk det under overskriften ”Ytelse/omfang - beskrivelse av leveransen” blant annet at:

”Som et supplement til de tjenester våre egne helseforetak leverer, ønsker vi å inngå avtale om leveranse av dagkirurgiske tjenester fra:

- *Private avtalespesialister som har driftsavtale med Helse Vest. Aktører som har 100% driftstilskudd vil foretrekkes.”*

Utover denne formulering var kravet om driftsavtale med Helse Vest ikke ytterligere beskrevet i konkurransegrunnlaget, verken i tilknytning til de oppstilte kvalifikasjonskrav eller under tildelingskriteriene.

I konkurransegrunnlaget fremgikk det videre at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli valgt, ut fra:

”

- *Pris og kostnader*
- *Leveringssikkerhet*
- *Kapasitet*
- *Kvalitet – liste og CV over fast ansatte som vil brukes i en avtale vedlegges*
- *Referanser – navn, adresse, telefonnr, kontaktperson vedlegges*
- *Egen erfaring med leverandøren”*

Dr Richard von Volkmann ved Åsane Øyeklinikk (heretter kalt ”klager”) har ikke avtale om driftstilskudd, men kontaktet innklagede telefonisk i januar 2003 og tilbød laseroperasjoner til redusert pris. Etter kort tid fikk klager avslag på henvendelsen. I brev til klager datert

7.9.2003 er det opplyst at innklagede vil avvente en eventuell utlysning av avtalehjemmel innen øyefaget. Det vises videre til at en avtalehjemmel er nødvendig for å få avtale om levering av dagkirurgiske tjenester, og at innklagede derfor vil inngå avtaler med andre leger enn klager.

I ettertid har innklagede inngått avtaler med fire avtalespesialister innenfor øyekirurgi. En av disse har avtale om 80 % driftstilskudd, mens de tre andre har 100 % driftstilskudd. Innklagede undertegnet tre av avtalene 28.3.2003, mens den siste ble undertegnet 2.4.2003.

-

Nærmere om den statlige refusjonsordningen ISF-refusjon:

For å utnytte kapasitet hos privatpraktiserende avtalespesialister har Stortinget besluttet at de regionale helseforetakene kan anskaffe dagkirurgiske tjenester utenfor egen virksomhet. Ved anskaffelse av slike dagkirurgiske tjenester vil de regionale helseforetakene så motta statlig refusjon, såkalt ISF-refusjon (innsatsstyrt finansiering). Helsedepartementet har i denne forbindelse utarbeidet et rundskriv, datert 08.01.2002 hvor det blant annet heter at:

”Stortinget har vedtatt at de regionale helseforetakene også skal få ISF-refusjon når de kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister utenfor offentlige godkjente sykehus. Ordningen trådte i kraft fra 1. januar 2002.

Refusjonen utbetales til det regionale helseforetaket og dekker pasienter som først har vært henvist til et helseforetak/sykehus. Det er en forutsetning at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale. Det er opp til partene å avtale godtgjørelsen fra helseforetaket til avtalespesialisten. Avtalespesialisten mottar egenandeler fra pasientene etter samme takster som for sine”

Om samarbeidsavtaler/driftsavtale

Det fremgår av sitatet ovenfor at det er en forutsetning for statlig ISF-refusjon at de regionale helseforetakene, uavhengig av den konkrete anskaffelse, har inngått en samarbeidsavtale med den privatpraktiserende avtalespesialist. På landsbasis er det inngått i underkant av 1100 slike samarbeidsavtaler, også omtalt som driftsavtaler.

Helse Vest har inngått slike avtaler med ca. 180 avtalespesialister. Omfanget av avtalene varierer fra 20 % til 100 % av den aktuelle leges kapasitet. Dersom det er inngått en driftsavtale på 100 % forplikter vedkommende spesialist seg overfor det aktuelle

helseforetak til å levere spesialisthelsetjenester innenfor sitt område i 37,5 timer pr. uke. Dette omtales også som en heltidshjemmel.

Samarbeidsavtalene/driftsavtalene omfatter ikke dagkirurgi. Det må derfor inngås tilleggsavtaler for denne typer tjenester.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Innklagede plikter å vurdere hvilket tilbud som har laveste pris, ikke om vedkommende lege har driftsavtale eller ikke. Klager kan tilby rimelig pris, moderne utstyr og lang erfaring og det er da usaklig å nekte klager å være med i konkurransen.

Det er ikke en forutsetning for ISF-tilskudd at det foreligger en driftsavtale med det regionale helseforetaket.

Kravet til konkurranse forutsetter at innklagede henvender seg til flere leverandører av tjenestene enn de som har driftsavtale fra før.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket, og anfører at klagen har innkommet for sent til å kunne tas under behandling, jf. seks-måneders fristen i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd.

Det kan bare mottas ISF-refusjon fra behandling hos leger med driftsavtale med helseforetaket. Det var derfor nødvendig å begrense adgangen til å delta i konkurransen til disse legene. I motsatt fall måtte innklagede dekke kostnadene ved operasjonen selv, noe som ikke ville være økonomisk mulig. Begrensningen av hvem som fikk delta i konkurransen var derfor begrunnet ut fra oppdragsgivers reelle behov.

Dersom ISF-refusjon var lagt inn som tildelingskriterium istedenfor, ville dette skape urealistiske forventninger hos leger uten driftsavtale. Uansett hvor lavt en lege uten driftsavtale er villig til å gå, vil det neppe være mulig å gi et økonomisk mer fordelaktig tilbud for innklagede enn et tilbud fra en lege med driftsavtale og dermed ISF-refusjon.

Klagenemndas vurdering

a. Generelt

Klager er potensiell leverandør til den aktuelle anskaffelsen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6

Etter forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6 må klage fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Med kontrakt inngått, menes kontrakt undertegnet av begge parter, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (1). Det er på det rene at siste avtale ble undertegnet 2.4.2003, mens klagen er datert 12.9.2003. Riktignok er klagen journalført i klagenemnda først 24.9.2003, men dette får under enhver omstendighet ikke betydning siden klagefristen med dette først gikk ut 2.10.2003. Det er dermed gått mindre enn seks måneder fra kontraktsunderskrift til klagen kom inn til klagenemnda, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (1). Klagen er således rettidig.

Anskaffelsen gjelder kjøp av helsetjenester og er en uprioritert tjeneste, jf. forskriftens § 2-5 (25). Anskaffelsen omfattes derfor av forskrift om offentlige anskaffelser del III, jf. forskriftens § 2-1 (3).

Saken har likhetstrekk med klagenemndssak 2003/136 avgjort ved uttalelse 25.11.2003. Her ble det i en konkurranse med forhandling om dagkirurgiske tjenester innen øre-nese-hals stilt krav om at bare leverandører med mer enn 80 % driftsavtale med samme innklagede Helse Vest kom i betraktning ved forhandlinger etter forskriftens § 16-3. Klageren i saken hadde driftsavtale, men bare på 50 %. Saken ble etter dette avgjort med henvisning til mangelfull kunngjøring, uryddig bruk av kvalifikasjonskriterier samt uriktig bruk av tildelingskriterier.

Den foreliggende sak gjelder samme innklagede og de kunngjorte kvalifikasjons- og tildelingskriterier er de samme som i sak 2003/136. Men mens klager i sak 2003/136 hadde en driftsavtale på 50%, er forholdet i nærværende tilfelle at klager ikke har noen driftsavtale overhodet for sine øyeoperasjoner. Spørsmålet er derfor mer prinsipielt, nemlig om det overhodet er adgang til å stille et krav om driftsavtalehjemmel som vilkår for å komme i betraktning ved forhandlet konkurranse. Klageren har ikke deltatt i konkurransen på vanlig

måte, men er etter telefonhenvendelse blitt avvist med henvisning til manglende driftsavtalehjemmel. Det er i realiteten utelukkelse fra konkurranse han klager på.

b. Om driftsstøtteavtaler og ISF-refusjon - hjemmelsspørsmål

Det fremgår av det refererte Helsedepartementets rundskriv av 8.1.2002 at når helseforetakene kjøper dagkirurgisk behandling hos privatpraktiserende avtalespesialister, gjelder et krav om at avtalespesialisten og helseforetaket på forhånd har inngått en samarbeidsavtale med helseforetaket. Foreligger ikke slik avtale, vil det ikke bli gitt refusjon for de kostnader helseforetaket pådrar seg ved kjøp av den dagkirurgiske behandlingen.

Driftsavtaleordningen for helsetjenester er nedfelt i et standard avtaleverk mellom først Kommunenes Sentralforbund, senere de regionale helseforetak, på den ene side og Den norske Lægeforening på den annen. Ved koblingen til ISF-refusjoner avgjør disse avtalene i virkeligheten hvilke privatpraktiserende leger som kan konkurrere når helseforetakene kunngjør konkurranse om slike tjenestekjøp.

I sak 2003/136 ble departementets vilkår om driftsavtale kommentert slik:

"Klagenemnda stiller spørsmål ved om det er i samsvar med lov og forskrifter for offentlige anskaffelser å strukturere markedet for kirurgiske tjenester på en slik måte som dette innebærer, men finner ikke å kunne gå inn i en slik vurdering. Klagenemnda vurderer dermed heller ikke det rettslige grunnlag for å kreve slik samarbeidsavtale mellom det regionale helseforetaket og avtalespesialisten som vilkår for å oppnå ISF-refusjon ved foretakenes anskaffelse av dagkirurgiske tjenester."

c. Regelverk for offentlige anskaffelser - om forholdet til regler om kvalifikasjon og tildelingskriterier

Utgangspunktet for vurderingen i det foreliggende tilfelle er at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling, jf. forskriftens § 12-5. Det er imidlertid ikke slike kriterier som avgjør den omtalte driftsavtalehjemmel. Etter klagenemndas oppfatning er det ikke godtgjort at de økonomisk, finansielle eller faglige kvalifikasjoner er bedre hos en spesialist med en samarbeidsavtale med det regionale helseforetaket enn hos en spesialist uten en slik avtale. Klagenemnda antar at de faglige kvalifikasjonene hos vedkommende spesialist er sikret i forbindelse med klagers alminnelige godkjenninger til å utøve sin virksomhet. Etter klagenemndas oppfatning gir forskriftens § 12-5 om krav til leverandørenes kvalifikasjoner ikke adgang til å stille krav om at spesialister som skal delta i konkurransen skal ha driftsavtale med sykehusforetaket før det utlyses konkurranse.

Slik ordningen i dag praktiseres, ville klager ikke utløst ISF-refusjon fra departementet. Dermed ville klager i realiteten blitt dyrere å engasjere enn de konkurrerende anbydere som har den omspurte driftshjemmel. Isolert sett er det derfor ubestridelig at klager ikke ville kunne konkurrere på økonomiske kriterier og derfor var uten reell mulighet til å oppnå kontrakt etter de kunngjorte tildelingskriterier, jf forskriftens § 17-2.

Det er opplyst at det man ved tildeling foruten pris vil vektlegge leveringssikkerhet, kapasitet, og kvalitet. Om en leverandør har reell mulighet til å få kontrakten uten en driftsavtale vil derfor avhenge av hvor stor vekt som legges på kriteriet ”kostnader” – og på om det er relevant i en vurdering at oppdragsgivers økonomi ved antagelse av en oppdragstaker uten driftsavtale vil bli belastet med en presumptivt lovstridig praksis om ISF-refusjon. Med det syn klagenemnda har på et annet hovedspørsmål i saken, jf nedenfor, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

d. Overordnet krav til konkurranse om offentlige tjenester - lovens § 5 annet ledd – EF-domstolens praksis

Klageren anfører at kravet til konkurranse for de aktuelle tjenester forutsetter at innklagede henvender seg til flere leverandører enn de som har driftsavtale fra før. For å vurdere dette, må klagenemnda kommentere hele ordningen med ISF-refusjon knyttet til driftsavtalehjemler, slik denne koblingen kommer i stand ved rammeavtaler mellom aktørene i markedet.

Den beskrevne driftsavtaleordning er i realiteten en kvotering av de privatpraktiserende leger som kan tilby legetjenester av interesse for helseforetakene. Seleksjon for slike hjemler bygger på forutsetningen om at antall hjemler skal være noenlunde konstant. Det tas hensyn til regionale behov, ønsker om spredning av tjenestilbudene osv. Ordningen reflekterer som det fremgår verken kompetansenivå, priser eller kriterier av den art som ellers vektlegges ved tildeling av offentlige tjenesteoppdrag generelt. Den virker tvert imot konkurransebegrensende for så vidt som den nettopp utelukker konkurranse om de omspurte tjenester i forhold til offentlig sektor (helseforetakene).

Det ligger utenfor klagenemndas kompetanse å vurdere de rent konkurranserettslige aspekter ved driftshjemmelordningen etter EØS-avtalens Artikkel 53 eller lov om konkurranse 11.6.1993 nr 65 § 3-3 (Ot prp nr 6 (2003-2004) lovutk § 10). Men dersom ordningen i realiteten også begrenser privatpraktiserende legers muligheter for å konkurrere om offentlige oppdrag, blir dette ikke bare et konkurranserettslig men også et *anskaffelsesrettslig* tema.

Etter lov om offentlige anskaffelser 16.7.1999 nr 69 § 5 annet ledd gjelder at

"En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse."

I dette ligger at det må foreligge tungtveiende saklige grunner for å avskjære kvalifiserte konkurransedyktige privatpraktiserende leger fra å kunne komme i betraktning ved helseforetakenes innkjøp av tjenester som denne saken handler om. Helsedepartementets skriv 8.1.2002 om "ISF refusjon til privatpraktiserende avtalespesialister" berører *ikke* hvordan driftshjemler skal fordeles eller om antall slike hjemler. Dette er overlatt til de nevnte rammeavtaler mellom aktørene i markedet. Man kan derfor som alternativ til dagens ordning tenke seg en fordeling av driftsavtalehjemler som bygger på en konkurranse om pris og kvalitet *innenfor* regelverket om offentlige anskaffelser, slik at ikke bare leger med forhåndsavtale kan konkurrere om oppdragene.

Slik sett er avtaleordningen om tildeling av driftsavtalehjemler uten å følge regelverket om offentlige anskaffelser isolert sett lovstridig, fordi den leder til en begrensning av konkurransen om slike oppdrag i strid med lovens § 5 annet ledd. I tillegg til at driftsavtaleordningen virker konkurransebegrensende, fremtrer den også som tvilsom fordi den vektlegger nasjonal eller lokal tilhørighet, jf. forskriften § 3-1 (3) som likestiller nasjonalitetsdiskriminering og lokal tilhørighet som lovstridige hensyn ved konkurranse om offentlige anskaffelser. Hvorvidt geografisk lokalisering kan vektlegges, må bero på en konkret kvalitativ vurdering av hva helseforetaket og dermed publikum er best tjent med i hvert tilfelle.

EF-domstolen har klassifisert legetjenester som tjenester underlagt reglene om fri bevegelse, og har i denne forbindelse berørt forholdet til offentlige godkjenningsordninger av samme art som i vår sak. Klagenemnda viser til EF-domstolens avgjørelse i sak C-51/01 23.10.2003, der det blant annet fremgår at:

"16. Hertil bemærkes indledningsvis, at det fremgår af fast retspraksis, at lægelig virksomhed henhører under anvendelsesområdet for artikel 50 EF, uden at der herved skal sondres efter, om hjælpen ydes inden for eller uden for hospitalsektoren...

...

18. ...at Domstolen bl.a. har fastslået, at artikel 49 EF er til hinder for anvendelse av en national lovgivning, hvorefter refusion af udgifter til lægebehandling, der er afholdt i en anden medlemsstat, er underlagt en ordning med forhåndsgodkendelse, når det viser sig, at en sådan ordning afholder de socialt sikrede fra eller endog forhindrer dem i at opsøge personer, der leverer lægelige tjenesteydelser, og som er

etablert i en anden medlemsstat end den, hvis ordning de socialt sikrede er tilsluttet, medmindre den heraf følgende hindring for den frie udveksling av tjenesteydelser kan være begrundet i en af de ved EF-traktaten tilladte undtagelser..."

Om økonomihensyn og bruk av slike hjemler som tildelingskriterium, uttalte klagenemnda i saken KOFA 2003/136 ("Miljeteig"):

"Klagenemnda utelukker ikke at mulighetene for å kreve refusjon for utgifter knyttet til dagkirurgi kan være relevant ved vurdering og valg av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 17-2. Det vil kunne hevdes at inngåelse av kontrakt med leverandører med driftsavtale vil være økonomisk mer fordelaktig anskaffelser fra leverandører uten driftsavtaler. Dette skyldes at det ikke gis statlig refusjon for anskaffelser fra sistnevnte. Helseforetakene må i så fall betale mer av sine egne midler for de aktuelle tjenester."

Klagenemnda hadde i denne saken ingen foranledning til å gjøre en mer prinsipiell vurdering av ordningen med fordeling av driftsavtalehjemler som ledd i fordeling av ISF-refusjon. Men i det foreliggende tilfelle er klageren avvist med en prinsipiell begrunnelse som etter det syn klagenemnda her legger til grunn ikke er forenlig med regelverket om offentlige anskaffelser. Det er ikke reist tvil om klagerens kvalifikasjoner og hans priser for de aktuelle operasjoner synes etter alt å dømme å ha vært konkurransedyktige.

e. Samfunnsmessige hensyn – EØS-avtalens Art 59 nr 1 og nr 2

Klagenemnda godtar at det i tillegg til rent økonomiske kriterier kan være grunner som taler for å strukturere markedet for de aktuelle tjenester på en måte som tjener samfunnsmessige behov, jf. henvisningen til "tjenester av almen økonomisk betydning" i Art 59 nr 2.

Hensynet til pasientene, herunder ønske om kort reisevei til behandling, *kan* være eksempler på forhold som på saklig måte begrunner forskjellsbehandling av leverandørene. Når det i praksis bare er spesialister i helseregion Vest som har driftsavtale med innklagede, dreier det seg om en geografisk seleksjon. Klagerens foretak befinner seg imidlertid i Bergens-regionen og derfor åpenbart innenfor den sektor Helse Vest skal betjene. Klagenemnda går derfor ikke nærmere inn på hvorvidt og hvor langt det prinsipielt ville være adgang til å gjøre geografiske vurderinger ved tildeling av de aktuelle oppdrag.

EØS-avtalens Art 59 nr 2 fastslår at foretak som yter tjenester av almen økonomisk betydning skal følge avtalens regler og fremfor alt konkurransereglene. Man kan etter dette, ut fra

samfunnsmessige hensyn, lovlig dimensjonere omfanget av de tjenester som skal anskaffes – og man kan i rimelig grad strukturere tjenestekjøpene slik at hensynet til pasientene ivaretas. Men helseforetak som opererer i et marked med konkurranse må også overholde konkurranserettslige og anskaffelsesrettslige begrensninger. Privatpraktiserende leger med kvalifikasjoner og konkurransedyktige priser for sine tjenester må derfor kunne konkurrere på lik linje når helseforetakene utlyser sine oppdrag. Klagenemnda mener derfor at ISF-bidragene må tilpasses til regelverket om offentlige anskaffelser og ikke omvendt.

f. Sammenfatning

Klagenemnda finner at innklagede ved å medvirke til gjennomføring av en avtaleordning som begrenser konkurranse om offentlige helsetjenester har overtrådt lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd samt femte ledd bokstav a) og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1).

Konklusjon:

Helse Vest RHF har brutt lov om offentlige anskaffelser § 5 annet ledd og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1) ved å medvirke til å praktisere konkurransebegrensende krav om at bare spesialister med driftsavtale med helseforetaket kan delta i konkurranse om levering av dagkirurgiske tjenester.

For klagenemnda, 19.1.2004

Kai Krüger