



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av avtale om ambulansetjenester med bil i helseregion Midt-Norge. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt anskaffelsesregelverket. En del av anførslene hadde nemnda ikke kompetanse til å behandle.

Klagenemndas avgjørelse 19. november 2007 i sak 2007/134

Klager: Svein Odd Langlo

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum, Jakob Wahl

Saken gjelder: Dokumentinnsyn. Spørsmål om favorisering av tilbyder. Forhandlinger og møtereferat fra forhandlinger. Klagebehandling og reell klagemulighet.

Bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. april 2007 en konkurranse med forhandling for inngåelse av avtale om ambulansetjenester med bil i helseregion Midt-Norge, gjeldende fra 1. januar 2008. Anskaffelsen var delt opp i 21 ambulanseområder og 61 tjenesteområder. Det var anledning til å gi tilbud på ett eller flere av de hele ambulanseområdene og/eller ett eller flere av de enkelte tjenesteområdene. Denne saken gjelder ambulanseområde 21 som omfattet tjenesteområdene Sykkylven, Stranda og Geiranger på Sunnmøre.
- (2) Kontrakt skulle i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 7 tildeles den eller de leverandørene som leverte det/de økonomisk mest fordelaktige tilbud basert på følgende uvektede og uprioriterte tildelingskriterier:
 - ”
 - *Løsningsforslag i henhold til kravspesifikasjonen og påfølgende forhandlinger*
 - *Kostnader*”
- (3) Innen tilbudsfristens utløp 2. mai 2007 var det kommet inn 43 tilbud, herunder fire tilbud på ambulanseområde 21 (Sykkylven, Stranda og Geiranger). Blant leverandørene som hadde levert tilbud på ambulanseområde 21 var Svein Odd Langlo (heretter kalt klager) og Aktiv Omsorg AS som senere ble tildelt kontrakt.

- (4) Ved notat av 10. juni 2007 ble alle leverandørene invitert til å gi ”reviderte tilbud på de punktene som fremgår av dette notatet”. Frist for å sende inn revidert tilbud var 14. juni 2007.
- (5) Den 27. juni 2007 ble det holdt forhandlingsmøte mellom innklagede og klager. Det ble ført referat fra møtet.
- (6) Ved brev av 6. juli 2007 ble klager meddelt at Aktiv Omsorg AS var tildelt kontrakt for ambulanseområde 21. Frist for å påklage tildelingsbeslutningen var 23. juli 2007. Fra meddelelsesbrevet hitsettes:

”Ambulanseområde 21 (Sykkylven, Stranda og Geiranger):

Kontrakt tildeles Aktiv Omsorg AS. Tilbudet innebærer det beste løsningsforslaget og den laveste kostnaden. [...]”

- (7) Klager sendte 9. juli 2007 en foreløpig klage på innklagedes tildelingsbeslutning. Det ble samtidig bedt om innsyn i ”alle saksdokument vedkomande tilbuds konkurranse i ambulanseområde 21”. Innklagede besvarte henvendelsen ved brev datert 26. juli 2007. I brevet fremgikk følgende:

”Oppdragsgiver har i henhold til kapittel 6.5 i konkurransegrunnlaget unntatt tilbuds dokumentene fra offentlighet og behandler for øvrig disse konfidensielt. Det betyr at tilbyder ikke gis innsyn i saksdokumentene som forespurt.

[...]

Oppdragsgiver tar ikke klagen til følge.”

- (8) I brev datert 17. august 2007 påklagde klager innklagedes avslag på dokumentinnsyn i brev av 26. juli 2007.
- (9) Den 4. september 2007 sendte klager en utfyllende klage på innklagedes kontraktstildeling. I tillegg ble kravet om innsyn i saksdokumentene opprettholdt.
- (10) I e-post av 20. september 2007 etterlyste klager svar på klage på avslag om dokumentinnsyn av 17. august 2007.
- (11) Klager brakte saken inn for klagenemnda ved brev av 10. oktober 2007.
- (12) Vedlagt innklagedes tilsvarende til klagenemnda av 24. oktober 2007, fikk klager innsyn i anskaffelsesprotokoll og vurderingsskjema for ambulanseområde 21. I det vedlagte vurderingsskjemaet fremgikk følgende:

”Sunnmøre

Ambulanse-område	Tilbyder	60 % Løsningsforslag	40 % Kostnader	Vektet totalvurdering	Differanse kr/p (%)	Rangering
Område 21	15. Aktiv Omsorg	5,5	6,00	5,70	0 %	1
	26. Svein Odd Langlo	5,25	5,77	5,46	-4 %	2

- (13) Det er ikke inngått kontrakt i saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Dokumentinnsyn

- (14) Innklagede har ikke oppfylt offentlighetslovens intensjoner. Innklagede har ikke noe reelt og saklig behov for hemmelighold av dokumentene. Konkurransen er avsluttet og ingen av leverandørene har anledning til å endre sine tilbud.
- (15) Konkurranseselementet vil ikke bli betraktelig redusert dersom tilbyderne får fullt innsyn i de øvrige tilbydernes tilbud og i detaljerte vurderingsskjema. Innsyn i disse dokumentene vil ha stikk motsatt effekt; konkurranseselementet vil bli skjerpet ettersom hver enkelt tilbyder da kjenner de andre tilbydernes tilbud fra den foregående konkurransen, og således vet eksakt hva deres tilbud må være bedre enn, både med hensyn til pris og løsningsforslag. Videre vil leverandørene ha bedre innsikt i innklagedes karaktersetning av de ulike momentene, og vil dermed kunne forbedre tilbudene ytterligere på de viktigste områdene.

Usaklig favorisering av en tilbyder

- (16) Ambulanseleder i Helse Sunnmøre HF, Geir Grimstad, favoriserer enkelte tilbydere. Daglig leder i Aktiv Omsorg AS, Anders Riise, er en av disse. Basert på erfaringer fra tidligere vet klager at Aktiv Omsorg AS leverer tilbud med løsningsforslag som ser helt topp ut på papiret. Den tjeneste som blir utført er imidlertid ikke i samsvar med tilbudet, noe som blir godtatt og sett mellom fingrene med av Grimstad. At klager ikke er valgt som leverandør mener klager skyldes disse forhold, samt det faktum at klager gjentatte ganger har hatt kritiske spørsmål og kommentarer til måten Grimstad (ikke) har gjort jobben sin på i forhold til ambulansetjenesten på Stranda.

Forhandlinger

- (17) Det såkalte ”forhandlingsmøtet” i Stjørdal var ikke reelle forhandlinger. Etter klagers syn er reelle forhandlinger at begge parter får legge på bordet de forhold de har behov for, og at partene drøfter disse i den hensikt å komme til en felles forståelse, og eventuelt om mulig en avtale. At det ikke ble gjennomført reelle forhandlinger er en vesentlig mangel i forhold til konkurranseformen innklagede har valgt.
- (18) Videre er det en formell saksbehandlingsfeil at det ikke foreligger forhandlingsprotokoll underskrevet av begge parter, fra møtet i Stjørdal.
- (19) Vedlagt sitt tilsvaer har innklagede lagt frem møtereferat fra forhandlingsmøtet mellom klager og innklagede 27. juni 2007. Referatet er ikke underskrevet av begge parter, og har heller ikke vært forelagt klager tidligere. Innklagedes referat gir ikke et korrekt bilde av møtet. Referatet er upresist og mangelfullt, og inneholder flere faktiske feil i forhold til de opplysningene klager ga på møtet.

Ukorrekt klagebehandling

- (20) Klagers foreløpige klage av 9. juli 2007 ble avvist. Dette oppfatter klager som ”usaklig og arrogant”. Før en klage kan avvises må i hvert fall klageren få anledning

til å gjøre greie for hva det klages på og begrunnelsen for dette. Klager sendte senere en utfyllende klage (4. september 2007), men har enda ikke fått noe svar på denne. Klager sendte også purring på innsynsklage (20. september 2007). Til tross for lovfestede frister på innsynsklager, har klager likevel ikke fått svar på denne.

Innklagedes anførsler:

Dokumentinnsyn

- (21) Innklagede forholdt seg til reglene i anskaffelsesforskriftens § 3-5, jf forskrift av 14. februar 1986 nr 351 til offentlighetsloven, pkt V nr 12; hvorefter tilbud og protokoller som fastsatt i forskrift om offentlige anskaffelser kan unntas fra offentlighet.
- (22) Hva øvrige tilbyderes tilbud angår, ble deler av disse også vurdert til å være drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning for den aktuelle tilbyder å hemmeligholde, jf anskaffelsesforskriftens § 3-6.
- (23) Kontraktsinnstillingene er basert på et vurderingsskjema for hvert område. Skjemaene inneholder priser og karaktersetning av løsningsforslagene. Prisene er underlagt lovpålagt taushetsplikt, jf anskaffelsesforskriftens § 3-6 og offentlighetslovens § 5a. Skjemaene ble utarbeidet av innklagede etter innspill fra underliggende helseforetak. Disse innspillene er interne dokumenter, og ble unntatt offentlighet etter offentlighetslovens § 5, 2. litra a).
- (24) Konkurransen er ennå ikke avsluttet, idet kontrakter ikke vil bli underskrevet før KOFAs avgjørelser foreligger. Finner klagenemnda vesentlige brudd på regelverket, kan resultatet meget vel bli at konkurranse må gjennomføres på nytt. Dersom tilbyderne i en slik situasjon har kjennskap til de øvrige tilbyderes innsendte tilbud i den nylig avholdte konkurranse, og i tillegg besitter detaljerte vurderingsskjema hvor priser fremgår og tilbud er karaktersetning, vil innklagedes privatøkonomiske interesser bli skadelidende, idet konkurranseelementet ville bli betraktelig redusert.
- (25) Meroffentlighet ble vurdert, men ikke ansett aktuelt, siden dokumentene inneholdt informasjon som angitt ovenfor. Taushetsbelagte opplysninger om drifts- og forretningshemmeligheter utelukker meroffentlighet så langt taushetsplikten rekker, (se veileder i Offentlighetsloven fra Justis- og Politidepartementet, side 28). Hensynet til innklagedes privatøkonomiske interesser ble videre vurdert til å veie tyngre enn hensynet til offentlighetens interesse i opplysningene. Denne vurderingen vil måtte bli annerledes så snart kontrakter er tildelt.
- (26) Vedlagt innklagedes tilsvare fikk klager imidlertid innsyn i anskaffelsesprotokoll og vurderingsskjema for område 21.

Usaklig favorisering av en tilbyder

- (27) Påstandene om at ambulansesjef Grimstad i sitt virke favoriserer enkelte utøvere, herunder Aktiv Omsorg AS, har innklagede ingen forutsetning for å ta stilling til. Imidlertid tilbakevises at det i herværende konkurranse har vært bedrevet favorisering av noen tilbydere. Innklagede har foretatt endelig vurdering og karaktersetning av tilbudene etter innspill fra helseforetakene, og står fullt ut inne for den vurdering og poenggivning som er foretatt, både med hensyn til løsningsforlag og pris.

- (28) Påstanden om at rangeringen av klagers tilbud som nummer 2 har sin bakgrunn i klagers ytringer om kvaliteten på Grimstads jobbutførelse, tilbakevises, med bakgrunn i det ovennevnte, også som grunnløs, og kommenteres ikke ytterligere.
- (29) Klager hevder videre at valgte tilbyder, Aktiv Omsorg AS, ikke leverer tjenester i samsvar med de tilbud som inngis. Dette er ukjent for innklagede. Det vil imidlertid gjelde for Aktiv Omsorg AS, som for alle andre kontraktører, at dersom kontrakten, mot formodning, ikke følges opp som angitt i tilbudet, vil innklagede iverksette kontraktsrettslige sanksjoner for å sikre korrekt oppfyllelse.

Forhandlinger

- (30) I konkurransegrunnlagets punkt 4.4 er det beskrevet hva som er grunnlaget for forhandlinger, og hva det kan forhandles om. I herværende konkurranse fikk alle kvalifiserte tilbydere inngi et revidert tilbud. Leverandørene som leverte de mest konkurransedyktige tilbudene, ble så invitert til forhandlingsmøter. Klager var en av leverandørene som ble innkalt til forhandlingsmøte, og klager har deltatt i reelle forhandlinger. At klager har deltatt i reelle forhandlinger, kan blant annet illustreres ved følgende eksempel: i sitt tilbud inngitt før forhandlingsmøtet hadde klager ikke hensyntatt de økte kostnader som lønnsoppgjøret i 2008 ville medføre. Klager ble derfor, i forhandlingsmøtet, oppfordret til å legge disse kostnadene inn i tilbudet sitt, hvilket ble gjort i det andre reviderte tilbudet.
- (31) Innklagede har skrevet referat fra forhandlingsmøtet. Det referatet som er utarbeidet tilfredsstillende de formkrav som er gjengitt i Dragsten/Lindalen Offentlige anskaffelser Kommentartutgave Bind II s. 1682-1683: ”*Kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i anskaffelseslovens § 5 innebærer at oppdragsgiver skal føre skriftlig og utfyllende møtereferat fra forhandlingsmøtene slik at det i ettertid kan kontrolleres at blant annet kravene til likebehandling er ivaretatt*”. Det foreligger følgelig ingen saksbehandlingsfeil.

Ukorrekt klagebehandling

- (32) Innklagede beklager at klager ikke har mottatt svar på sin klage datert 4. september 2007 og på klagen over avslag på innsyn i anbudsdokumentene. Innklagede kan imidlertid ikke se at klager har lidd noe rettsstap på grunn av dette, da kontrakt for område 21 ikke er inngått og ikke vil bli inngått før saken er behandlet i KOFA.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er kunngjort etter at forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 trådte i kraft 1. januar 2007, og følger derfor bestemmelsene i nevnte forskrift. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav d, jf vedlegg 6 kategori (25), og anskaffelsen følger dermed forskriftens del I og II, jf § 2-1 (5).
- (34) Innledningsvis bemerker nemnda at innklagede også har blitt klaget inn for klagenemnda av flere andre leverandør i samme konkurranse. Syv av disse sakene ble avgjort av nemnda 5. november 2007 som klagesak 2007/100, 2007/119, 2007/120, 2007/121, 2007/122, 2007/123 og 2007/125. To andre saker, sak 2007/115

og 2007/116 ble avgjort samme dag som saken her (denne sak, sak 2007/115 og sak 2007/116 gjelder alle ambulanseområder på Sunnmøre), og har noen sammenfallende anførsler.

Innklagedes manglende utlevering av diverse dokumenter i saken

- (35) I brev datert 9. juli 2007, jf brev av 18. august 2007, ba klager om innsyn i ”*alle saksdokument vedkomande tilbudskonkurransen i ambulanseområde 21*”. Vedlagt innklagedes tilsvar til klagenemnda ble klager gitt innsyn i anskaffelsesprotokoll og vurderingsskjema for ambulanseområde 21. Klager har ikke presisert hvilke konkrete dokumenter det ønskes innsyn i. Når det er gitt innsyn i anskaffelsesprotokoll og vurderingsskjema, legger klagenemnda til grunn at gjenstående dokumenter det ønskes innsyn i er øvrige tilbyderes tilbud, samt innstilling og beslutningsgrunnlag. Etter nemndas oppfatning er det slike dokumenter som kan ha betydning for klagers mulighet til å påklage kontraktstildelingen.
- (36) Innklagedes manglende utlevering av diverse dokumenter i saken, var også tema i seks av klagesakene som ble behandlet av klagenemnda 5. november 2007, jf sakene 2007/119, 2007/120, 2007/121, 2007/122, 2007/123 og 2007/125, som gjaldt samme konkurranse som nærværende sak. I disse sakene uttalte klagenemnda følgende om forholdet:

”Klagenemnda vurderer først spørsmålet om klager har rett til innsyn i de øvrige tilbydernes tilbud.

Siden tildeling av kontrakt i en offentlig konkurranse ikke er et enkeltvedtak, gjelder ikke forvaltningslovens regler. Det er dermed reglene i offentlighetsloven av 19. juni 1970 nr 69 som regulerer den enkelte tilbyders rett til innsyn i de øvrige tilbydernes tilbud, jf anskaffelsesforskriftens § 3-5.

I henhold til offentlighetslovens § 2 er forvaltningens saksdokumenter offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov. I medhold av offentlighetslovens § 11 er det i forskrift av 14. februar 1986 nr 351 punkt V nummer 12 fastsatt at forvaltningen har adgang til å unnta tilbud i en konkurranse om offentlig anskaffelse. Dette innebærer at klager i utgangspunktet ikke har rett til innsyn i de øvrige tilbydernes tilbud etter offentlighetsloven. Imidlertid følger det av offentlighetslovens § 2 (3) at oppdragsgiver har plikt til å vurdere meroffentlighet når det foreligger en begjæring om innsyn.

I e-post av 29. oktober 2007 har innklagede bekreftet at det ble vurdert om klager skulle gis innsyn i de øvrige tilbydernes tilbud etter prinsippet om meroffentlighet. Som følge av at dokumentene ble ansett for å inneholde drifts- og forretningshemmeligheter som det vil være av konkurransemessig betydning å unnta offentlighet, jf forskriftens § 3-6, ble innsyn imidlertid ikke gitt. Denne vurdering har klagenemnda ikke grunnlag for å overprøve, jf klagenemndas sak 2005/44 (premiss 28).

Nemnda behandler så spørsmålet om klager har rett til innsyn i innklagedes innstilling eller beslutningsgrunnlag.

Aktuelle dokumenter er ikke gjort til en del av anskaffelsesprotokollen, som for øvrig ble utlevert klager 11. september 2007. I stedet foreligger dokumentene kun som interne notater, utarbeidet av helseforetak underlagt innklagede. Som følge av dette antar nemnda at spørsmålet om innsyn i disse dokumentene må vurderes ut i fra offentlighetslovens regler om innsyn i interne dokumenter, jf offentlighetslovens § 5 og § 2 (3). Idet en vurdering av disse bestemmelser klart ligger utenfor klagenemndas mandat, jf klagenemndsforordningens § 6 (1), behandler nemnda følgelig ikke dette spørsmål.”

- (37) Klagenemnda legger tilsvarende vurderinger til grunn i foreliggende sak. Også i saken her har innklagede bekreftet at det ble vurdert om klager skulle gis innsyn i de øvrige tilbydernes tilbud etter prinsippet om meroffentlighet, jf e-post av 7. november 2007 til klagenemnda.

Usaklig favorisering av en tilbyder

- (38) Klager hevder at grunnen til at klagers tilbud ikke ble valgt, er Grimstads usaklige favorisering av valgte leverandør, Aktiv Omsorg AS, samt at klager gjentatte ganger har hatt kritiske spørsmål og kommentarer til måten Grimstad har gjort jobben sin på. Klager har ikke dokumentert sine påstander, og innklagede har tilbakevist påstandene som grunnløse. For klagenemnda fremstår forholdet som et bevisspørsmål, som klagenemnda i dette tilfelle ikke har mulighet til å prøve.

Forhandlinger og møtereferat

- (39) Innklagede skrev referat fra forhandlingsmøtet 27. juni 2007 mellom innklagede og klager. Klager har anført at innklagedes referat ikke gir et korrekt bilde av møtet, i det referatet er upresist og mangelfullt, og inneholder flere faktiske feil. Det er imidlertid uenighet om hvorvidt møtereferatet gir et korrekt uttrykk for forhandlingsmøtet mellom klager og innklagede. Ut fra den foreliggende dokumentasjon i saken, kan klagenemnda vanskelig ta stilling til hvorvidt forhandlingene mellom klager og innklagede har vært reelle.

- (40) Det er anført fra klager at innklagede hadde plikt til å forelegge møtereferatet for klager, slik at klager fikk anledning til å gjøre gjeldende sine synspunkt. Kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 innebærer at oppdragsgiver skal føre skriftlig og utfyllende referat fra forhandlingsmøtene. Etter klagenemndas oppfatning kan det imidlertid av disse kravene ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å oversende møtereferat til leverandørene for godkjenning. Heller ikke andre steder i anskaffelsesregelverket er det oppstilt en slik plikt for oppdragsgiver.

Ukorrekt klagebehandling?

- (41) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 (1) at oppdragsgiver, samtidig med meddelelse og begrunnelse for valg av tilbud, skal gi en frist for leverandørene til å klage over beslutningen. Forskriften regulerer imidlertid ikke, ut over dette, hvordan oppdragsgiver skal behandle en eventuell klage. Ettersom klagebehandling ikke er nærmere regulert i anskaffelsesregelverket, og det i dette tilfelle ikke er dokumentert for nemnda at det har funnet sted brudd på likebehandlingsprinsippet eller øvrige krav som følger av regelverket, har ikke klagenemnda grunnlag for å ta stilling til hvorvidt klagebehandlingen har vært korrekt i dette tilfelle, jf klagenemndsforordningens § 1, jf § 6 (1).

(42) Klager har videre anført at til tross for lovfestet svarfrist på klage på avslag om innsynsbegjæring, har klager likevel ikke fått noen form for tilbakemelding på denne. Saksbehandling og klage ved begjæring om innsyn etter offentlighetsloven, er regulert i offentlighetslovens § 9. Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 3-5 at *"for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder lov 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven)"*. Klagenemnda har ovenfor behandlet retten til materielt innsyn etter offentlighetsloven, jf premiss (35) til (37). Når det gjelder en mulig oversittelse av fristen i offentlighetsloven, finner klagenemnda imidlertid at dette forhold, iallfall i denne sak, ikke er tilstrekkelig nært knyttet til anskaffelsen for at nemnda tar stilling til dette, jf klagenemndsforordningens § 1, jf § 6 (1).

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
19. november 2007

Per Christiansen