



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Krav til kunngjøringen. Avlysningsplikt. Dokumentfremleggelse.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for levering av bedriftshelsetjenester. Klagerne anførte en rekke feil knyttet til gjennomføringen av konkurransen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke klart å identifisere i kunngjøringen hvilke oppdragsgivere som ville inngå i rammeavtalen. Klagenemnda fant videre at konkurransen måtte avlyses som følge av denne feilen. På bakgrunn av dette resultatet tok ikke nemnda stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 14. oktober 2019 i sak 2019/389

Klager: Hemis AS og Frisk3 AS

Innklaget: Samordna innkjøp i Nordland v/Bodø kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Karin Fløistad og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

- (1) Samordna innkjøp i Nordland ved Bodø kommune (heretter *innklagede*), på vegne av kommunene Meløy, Gildeskål, Beiarn, Saltdal, Fauske, Hamarøy, Værøy, Hemnes, Alstahaug, Herøy, Dønna, Røst og Sørfold, kunngjorde 20. desember 2018 en åpen anbudskonkurranse for levering av bedriftshelsetjenester. Rammeavtalen skulle ha en varighet på seks år med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. Innklagede ville ha opsjon på å tre inn i avtalen fra 1. januar 2021. Avtalens totalverdi ble i kunngjøringen estimert til 33 millioner kroner. Tilbudsfrist ble satt til 21. januar 2019.
- (2) Kunngjøringen var lagt ut via Bodø kommune sin kjøperprofil. I kunngjøringens del I var Bodø kommune oppgitt som «*Oppdragsgiver*» og det var inntatt en link til Bodø kommune sin hjemmeside under «*Nettsted oppdragsgiver*». Under «*Nettsted kjøperprofil*» var det linket til Bodø kommunes profil. Videre fremgikk det at «*Kontrakten tildeles av en innkjøpssentral*».
- (3) Det fremkom av kunngjøringen at anskaffelsen ikke var delt inn i delkontrakter, og det var videre presisert at anskaffelsen gjaldt «*Rammeavtale med én leverandør*».
- (4) I kunngjøringen var anskaffelsen merket med hoved-CPV-kode 85147000 («*Bedriftshelsetjenester*»), og tilleggs-CPV-kodene 85000000 («*Helse- og sosial tjenesteyting*») og 85140000 («*Diverse helsetjenester*»).
- (5) Om anskaffelsesprosedyren fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 2.1 at «*[...] For denne konkurransen gjelder forskriftenes del I og del III over EØS terskelverdi.*

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

Konkurransen gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse over terskelverdien jfr. FOA § 13-1 (1)».

- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det opplyst om at Samordna Innkjøp Nordland (heretter SIIN) var «oppdragsgiver» med innklagede som vertskommune.

- (7) På første side i konkurransegrunnlaget var SIIN-kommunene som var med i anskaffelsen listet opp:

«Meløy, Gildeskål, Beiarn, Saltdal, Fauske, Hamarøy, Værøy, Hemnes, Alstahaug, Herøy, Dønna, Røst, Sørfold.»

- (8) I punkt 1.4 om «Nøkkelopplysninger om SIIN kommunene» var det inntatt en tabell som viste kommunenes innbyggertall og forholdstall beregnet ut fra antall innbyggere. Innklagede var også inkludert i denne tabellen. Bakgrunnen for å gi disse opplysningene var oppgitt å være «[...] dersom leverandør ønsker å gi del tilbud kommunevis, se pkt. 2.6 'oppdeling av leveransen'».

- (9) I konkurransegrunnlaget punkt 2.6 «Oppdeling av leveransen» stod det:

«Oppdragsgiver søker primært å få dekke behovet i denne forespørselen ved å tildele til én leverandør og ber i utgangspunktet potensielle tilbydere om å levere tilbud i henhold til dette. Imidlertid åpnes det også for å kunne tildeles regionvis. Dersom det åpenbart viser seg å være mest hensiktsmessig.»

- (10) Tildelingskriteriene i konkurransen var «Pris» 30 prosent og «Kvalitet» 70 prosent. Om poenggivning ble det sagt følgende:

«Ved evaluering av tilbudene vil det innenfor hvert tildelingskriterium bli gitt en poengscore på 0-10. Beste tilbud innenfor hvert kriterium vil få 10, mens det blir gitt en poengscore som gjenspeiler relevante forskjeller i tilbudene nedover for øvrige tilbud. Poengscoren multipliseres med den angitte vekten og summeres. Tilbudet med høyeste vektete poengsum, vil bli tildelt kontrakt.»

- (11) Tildelingskriteriet «Kvalitet» skulle vurderes basert på «Reduksjon av sykefravær-CASE» vektet 40 prosent, og «Tilgjengelighet og responstid» vektet 40 prosent. Det siste underkriteriet, «Referanser om kvalitet på tilsvarende leveringer», var vektet 20 prosent.

- (12) For underkriteriet «Reduksjon av sykefravær- CASE» sto det i konkurransegrunnlaget punkt 11.2.2:

«Tilbyder skal velge et av sine oppgitte referanseoppdrag og beskrive hvordan de har bistått i arbeidet med å redusere sykefraværet betraktelig for akkurat denne oppdragsgiver.»

- (13) Underkriteriet «Tilgjengelighet og responstid» var beskrevet på følgende måte i punkt 11.2.3:

«Leverandør skal gi en beskrivelse av sin generelle tilgjengelighet overfor hver kommunene det gis tilbud på. Det vil bli evaluert på tilbyders besvarelse på følgende kulepunkter:

- *Leverandør skal dokumentere hvordan man vil følge opp tjenestene som tilbys, f.eks. arbeidshelseundersøkelse, herunder også tilgjengelighet og lokaler.*
- *Leverandør skal også oppgi responstid ved akutte behov for bistand. Responstid er i denne sammenheng definert som tid fra forespørsel er mottatt, til bedriftshelsetjenesten er tilstede i den aktuelle kommune. Responstid skal oppgis for hver kommune. Der leverandøren kan tilby en bedre responstid enn fastsatte minstekrav vil dette gi positiv uttelling under dette tildelingskriteriet.*
- *Leverandør skal være tilgjengelig for rådgivning, konsultasjon, akuttsaker, og kunne svare på telefon i ordinær kontortid. Løsning for dette skal dokumenteres.*

Ved evaluering vil det bli gjort en innkjøpsfaglig vurdering av beskrevet løsning. Beste løsning tildeles høyeste poengscore (10 score).»

(14) Fra Hemis AS (heretter *klager*) mottok innklagede blant annet følgende spørsmål:

«a. Reduksjon av sykefravær-CASE.

- Hvilke konkrete evalueringskriterier vil bli lagt til grunn i vurderingen av caset?

- Hvilken undervektning vil de enkelte kriteriene ha?

- Hva er maks. antall sider på casebeskrivelsen?

b. Evaluering av kvalitetskriteriene.

- Det fremgår at det skal gjøres en innkjøpsfaglig vurdering av beskrevet løsning.

Hvilke konkrete kriterier inngår i en slik vurdering, og hvordan vil den HMS-faglige vurderingen bli ivaretatt?»

(15) Dette ble av innklagede besvart slik:

«a. Ved evaluering vil det bli gjort en innkjøpsfaglig vurdering av beskrevet

CASE/løsning. Dette underkriteriet er undervektet 40 % av kvalitetskriteriet, der er ingen øvrige undervektninger. Beskrivelsen skal være på maksimalt 5 sider.

b. Den innkjøpsfaglige vurderingen vil bli utført av fagpersonell med HMS- kompetanse.»

(16) På spørsmål vedrørende Bodøs opsjon på å tre inn i kontrakten, svarte oppdragsgiver blant annet:

«Oppdragsgiver viser imidlertid til nye opplastede prismatriser til konkurransen (Revidert prismatrise, samt Prismatrise- Inklusive kontraktsvolum ved inntredelse av Bodø Kommune 01.01.2021), for levering av pristilbud som er inklusive Bodø Kommune. Dvs, begge matrisene skal fylles ut, slik at begge utfall av konkurransen er ivaretatt (kontraktsvolum inklusive Bodø Kommune og eksklusive Bodø Kommune).»

- (17) På spørsmål angående oppdelingen, hvilken delkontrakt innklagede eventuelt ville tiltre, og omfanget av delkontraktene, svarte innklagede:

«Oppdragsgiver går bort fra muligheten for regionvis tildeling. Kontrakten skal tildeles til én leverandør.»

- (18) For klagenemnda er det opplyst at ovennevnte spørsmål og svar ble publisert 14. januar 2019, på samme nettside som anbudsdokumentene var tilgjengeliggjort.

- (19) Innen tilbudsfristen mottok innklagede to tilbud, fra klager og Stamina Helse AS (heretter *valgte leverandør*).

- (20) I epost av 4. februar 2019 inviterte innkjøpskontoret i Bodø de øvrige kommunene i konkurransen til å delta i evalueringsarbeidet. Følgende kommuner gjennomførte evaluering av tilbudene: Fauske, Bodø, og Meløy. Evalueringen begrenset seg til underkriteriene *«reduksjon av sykefravær- CASE»* og *«tilgjengelighet og responstid»*. Med tilbudene fulgte punktene 11.2.2 og 11.2.3 fra konkurransegrunnlaget, og uttalelsen *«Ved evaluering vil det bli gjort en innkjøpsfaglig vurdering av beskrevet løsning. Beste løsning tildeles høyeste poengscore (10 score)»*.

- (21) Underkriteriet *«Referanser om kvalitet på tilsvarende leveringer»* ble utført på bakgrunn av svar fra intervju med bedriftsreferanser.

- (22) Innkjøpskontoret i Bodø meddelte kommunene som deltok i evalueringsarbeidet den 14. mars 2019 at:

«Den tidligere evalueringen av innkomne tilbud på BHT avdekket at man har sett på evalueringsarbeidet på litt forskjellige måter, for kommunene som deltok her. Vi ser det derfor nødvendig med en mer tydelig presisering av hvordan tilbudene skal evalueres opp mot hva vi har skrevet i tildelingskriteriene, i tillegg til at vi har fått flere kommuner med på laget ifm evalueringsarbeidet.»

- (23) Om underkriteriet *«Reduksjon av sykefravær- CASE»* var det blant annet presisert:

«[...] Leverandør skal dokumentere dette, og gis poeng på en skala fra 0-10 i tabellen under, i henhold til følgende stikkord for vurdering:

<i>Elementer for vurdering:</i>	<i>Begrunnelse for valg av poengsum (bruk eget vedlegg ved for lite plass)</i>	<i>Poeng:</i>
<i>BHT skal bistå kommunene med nærværarbeid, sykefravær - og atføringsoppfølging, funksjonsvurderinger og deltakelse i AKAN-arbeid.</i>		
<i>Bistå med å tilpasse arbeidet for den enkelte/ bistå med bedriftsinternt</i>		

<i>utføringsarbeid ved behov.</i>		
-----------------------------------	--	--

Dersom en løsningsbeskrivelse vurderes som optimal, gis denne 10 poeng. Derimot har den svakheter ift en optimal løsning, trekkes dette i poengskalaen.»

(24) Om underkriteriet «Tilgjengelighet og responstid» stod det blant annet:

«[...] Leverandør skal dokumentere hvordan man vil følge opp tjenestene som tilbys, og gis poeng på en skala fra 0-10 i tabellen under.

Dersom en løsningsbeskrivelse vurderes som optimal, gis denne 10 poeng. Derimot har den svakheter ift en optimal løsning, trekkes dette i poengskalaen.

<i>Elementer for vurdering:</i>	<i>Begrunnelse for valg av poengsum (bruk eget vedlegg ved for lite plass)</i>	<i>Poeng:</i>
<i>Arbeidshelseundersøkelse</i>		
<i>Tilgjengelighet og lokaler. Her må man se på området for SIIN-kommunene i sin helhet ikke hva som er optimalt for egen kommune alene.</i>		
<i>Responstid ved akutte behov for bistand. Responstid er i denne sammenheng definert som tid fra forespørsel er mottatt, til bedriftshelsetjenesten er tilstede i den aktuelle kommune. Responstid skal oppgis for hver kommune. Der leverandøren kan tilby en bedre responstid enn fastsatte minstekrav vil dette gi positiv uttelling under dette tildelingskriteriet.</i>		
<i>Leverandør skal være tilgjengelig for rådgivning, konsultasjon, akuttsaker, og kunne svare på telefon i ordinær kontortid. Løsning for dette skal dokumenteres.</i>		

(25) Etterfulgt av presiseringene fra innkjøpskontoret, sendte Meløy og Fauske kommune en felles henvendelse per epost den 26. mars 2019 til innkjøpskontoret:

«[...] Meløy og Fauske kommuner har blitt med på en konkurranse der vi har lagt til grunn at vi kunne ta stilling til konkurransegrunnlag på forhånd, om dette var noe vi var tjent med.

Vi reagerer derfor på at det skjer endringer underveis som påvirker valg av leverandør som vi stiller spørsmål både om er adgang til, eller hensiktsmessigheten av.

Forrige gang vurderte vi casen ut i fra beskrivelsen i konkurransegrunnlaget. Da vektla vi kun dette og ikke alt som fremkom utenom. Vi anser at vi har svart på det som det er spurt om i første omgang.

Nå blir vi bedt om å vurdere på nytt, etter det som vi oppfatter er vesentlig endrete kriterier. For oss kan det se ut som at det er gjort endringer etter at innkjøpskontoret er blitt kjent med de ulike tilbudene.

Vi oppfatter at det er en vesentlig endring i tilgjengelighet/lokalitet. I forrige runde skulle vi evaluere i forhold til eget behov, nå skal det evalueres generelt for hele tilbudsområdet. [...]»

(26) Henvendelsen ble besvart av innkjøpskontoret per epost av 29. mars 2019:

«[...] Etter dialog med markedet og da spesielt med Trond Halvorsen i Hemis, kom vi frem til at anskaffelsen kunne gjennomføres som en stordriftskonkurranse. Potensielle leverandører så ikke for seg noe problem å serve hele området som eneleverandør. Jf. pkt 2.6 i konkurransegrunnlaget ble det likevel tatt høyde for regionvise tildelinger. Etter innspill fra markedet som følger, ser du at strategien ble endret til at oppdraget skal tildeles en leverandør.

[...]

Når vi nå ber dere om å evaluere på nytt så er det fordi vi kan se ut fra det evalueringsarbeidet som er gjort fra både Meløy og Fauske, at man har argumentert som om det skulle tildeles kommunevis. Vi ber altså om en evaluering til det beste for alle kommuner som er deltaker i denne anskaffelsen. Evalueringsarbeidet er basert på et innkjøpsfaglig skjønn men hvor at det må fremkomme et tall materiale som underbygger resultatet i konkurransen. Det er slik konkurransen er utformet. Det er ikke gjort endringer i tildelingskriteriene verken 11.2.2 'Reduksjon av sykefravær - Case' eller pkt.11.2.3. For førstnevnte har vi ført opp 2 evalueringspunkter hentet fra kravspesifikasjonen (beskrivelse av oppdraget) som absolutt er relevant for evalueringen av Case - 'beskrivelse hvordan bistå i arbeidet med å redusere sykefravær' For pkt. 11.2.3 er det utelukkende brukt tekst som står oppført under punktet i konkurransegrunnlaget. Altså, det er IKKE tilført nye elementer som du hevder. [...]»

(27) I epost av 9. april 2019 meddelte Meløy kommune til innkjøpskontoret at Meløy vurderte å trekke seg fra anbudskonkurransen. I epost dagen etter informerte innkjøpskontoret deriblant at «[...] Meløy kommune har bekreftet deltakelse i konkurransen, det er en forpliktelse, man kan dermed ikke uten videre «velge» seg ut. [...]». Dette ble av Meløy kommune besvart i epost av 12. april 2019:

«[...] Vi ser at vi står i fare for å få en både dyrere og mindre hensiktsmessig tjeneste, og anser det derfor rett fra vår side å melde at vi ikke anser oss som del av denne anbudsrunderen nå, og heller ha samme ordning som Bodø - d.v.s valgfrihet (opsjon) om vi vil gå inn i avtalen om 2 år. [...]»

- (28) Den nye evalueringen av tilbudene på kriteriene «Tilgjengelighet og responstid» og «Reduksjon av sykefravær – CASE» ble utført av en kommunal brukergruppe fra Fauske kommune, Bodø kommune og Gildeskål kommune.
- (29) Ved tildelingsbrev av 10. mai 2019 ble avtalen tildelt valgte leverandør, som ble ansett å ha tilbudt det beste forholdet mellom pris og kvalitet. I vedlagt tildelingsprotokoll, fremgikk det at valgte leverandør fikk en samlet score på 974 poeng, mens klager fikk 939,2 poeng. På kriteriet «Kvalitet» fikk valgte leverandør 674 poeng, og på «Pris» 300 poeng. Klager fikk henholdsvis 660 og 279,2 poeng. I poengoversikten fremgikk det at valgte leverandør fikk 280 poeng på underkriteriet «Reduksjon av sykefravær- CASE» mot klagers 240 poeng, og 261 poeng på underkriteriet «Tilgjengelighet og responstid» mot klagers 280.
- (30) Vurderingen av underkriteriet «Reduksjon av sykefravær- CASE» ble i tildelingsprotokollen utdypet slik:

«Stamina Helse AS:

Stamina viser i sitt case til at de bistår ved nærværarbeid, sykefraværs- og atferdsoppfølging, funksjonsvurderinger og deltakelse i AKAN-arbeid. Videre viser de til bistand med å tilpasse arbeidet for den enkelte/bistå med bedriftsinternt atferdsarbeid gjennom bl.a. dialogmøter, funksjonsvurderinger og ergonomiske arbeidsplassvurderinger. De deltok også i prosjektet «Egenmelding 365».

Overordnet blick og helhetlig tenking. Kartlegging i forkant for å spisse tiltak i prosjektet. Positiv fokusendring, proaktiv tankegang med fokus på forebygging og god begrepsbruk.

Forebyggende fokus på psykisk helse og muskel- og skjelett som er de store diagnosegruppene. Har også fokus på styrket lederskap gjennom gode rutiner og svarer på individuell oppfølging. Gode arbeidsverktøy og god metodikk.

Hemis AS:

Hemis viser til en god nærvær-, sykefravær- og atferdsoppfølging, med et svært godt resultat i form av redusert sykefravær. Godt systematisk arbeid beskrives. De bistår med å tilpasse arbeidet for den enkelte/bedriftsinternt atferdsarbeid ved individuelle konsultasjoner, støttesamtaler, oppfølgingssamtaler og bistand til individuell tilrettelegging. Svarer på individuell oppfølging, men mangler beskrivelse av arbeidsverktøy og metodikk. Det kan virke som en noe tidskrevende og kostnadskrevende prosess, og man savner overordna helhetlig fokus på hvordan sykefraværet kan reduseres. Derfor noe nedtrekk i poeng.»

- (31) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. juni 2019. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (32) Klager ba den 19. juli 2019 klagenemnda ta stilling til om det i denne saken var grunn til å pålegge innklagede å fremlegge opplysninger etter klagenemndsforordningen § 11. Begjæringen gjaldt nærmere bestemt opplysninger i valgte leverandørs tilbud knyttet til «Case-sykefravær» vedrørende start- og slutt tidspunkt, og resultat(er) i form av reduksjon i sykefravær.

- (33) Innklagede fremla start- og sluttidspunkt for løsningsbeskrivelsen i «*Case-sykefravær*», men fremholdt at de øvrige etterspurte opplysningene var underlagt lovbestemt taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Innklagede anførte at konkrete opplysninger om resultater er noe det konkurreres om i bransjen, og at fremleggelse av opplysningene dermed ville skade valgte leverandørs konkurransevne i fremtidige konkurranser.
- (34) Begjæringen ble forelagt klagenemndas leder. Klagenemndas leder konkluderte med at de konkrete opplysningene om oppnådde resultater i form av reduksjon i sykefravær i fremlagt case, ikke er underlagt taushetsplikt. Innklagede fremla opplysningene for klager 13. september 2019.
- (35) Klager varslet i prosesskriv av 19. juli 2019 at Frisk3 AS gjøres til part i klagen sammen med klager. Hemis AS og Frisk3 AS omtales i felleskap som klagerne.
- (36) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. oktober 2019.

Klager har i det vesentlige anført:

Saklig klageinteresse – Frisk3 AS

- (37) Frisk3 AS har meddelt at de ønsker å tiltre klagen. Frisk3 AS er en potensiell leverandør i denne anbudskonkurransen og gjør gjeldende de samme rettslige anførsler som klager.

Krav til angivelse av omfattede oppdragsgivere i kunngjøringen

- (38) Innklagede har brutt regelverket ved ikke klart å identifisere oppdragsgiverne i kunngjøringen. Ingen andre kommuner enn innklagede var nevnt i kunngjøringen. Dette utgjør et brudd på forskriften § 26-1 (3).

Motstrid mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget

- (39) Innklagede har brutt regelverket ved å gi motstridende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget med hensyn til om det var anledning til å inngi deltilbud i konkurransen.

Ulovlig tildelingskriterium

- (40) Underkriteriet «*Reduksjon av sykefravær- CASE*», under tildelingskriteriet «*Kvalitet*», er ulovlig, fordi det gir innklagede en ubegrenset valgfrihet ved evalueringen av tilbudene. Dette er i strid med forskriften § 18-1 (5). Oppdragsgiver har kun vist til at evalueringen skal skje på bakgrunn av et «*innkjøpsfaglig skjønn*», og det er tydelig at leverandørene ikke har tolket tildelingskriteriet på samme måte. Det er også gjort to evalueringer av dette underkriteriet, følgelig var heller ikke oppdragsgiverne enige om hvordan tildelingskriteriet skulle forstås.

Endring av konkurransegrunnlag – før tilbudsfristen

- (41) Innklagede har brutt forskriften § 14-2 (1) ved å gjennomføre en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget ved å angi i spørsmål- og svarrunden at det kun var adgang til å levere tilbud på hele kontrakten. Det ble heller ikke gitt en fristforlengelse som følge av endringen.

- (42) Konkurransesgrunnlaget har blitt vesentlig endret ved at innklagede inntok to nye prismatriser, hvorav leverandørene i den ene skulle inngi priser under den forutsetning at innklagede tiltrådte kontrakten.
- (43) Klager hadde hele tiden planlagt å gi deltilbud på Salten-regionen. Som følge av endringen måtte klager på kort frist kontakte og skaffe til veie en aktuell og kvalifisert underleverandør for å sikre seg de nødvendige ressursene. Dette ble derfor en dyrere løsning for klager. Det var også flere dager igjen av tilbudsfristen. Det må legges til grunn at potensielle leverandører fortsatt kunne fanget opp anbudskonkurransen og at det var adgang til å gi deltilbud. Endringen har således fått betydning for deltagelsen i konkurransen.

Ulovlig tildelingsevaluering – introduksjon av nye kriterier

- (44) Innklagede har brutt regelverket ved å endre innholdet av underkriteriene «Reduksjon av sykefravær-CASE» og «Tilgjengelighet og responstid» etter tilbudsfristens utløp. I det nye evalueringsskjemaet oppstiller innklagede i realiteten nye kriterier, og ikke presiseringer av tildelingskriteriene slik de fremgikk av konkurransesgrunnlaget.

Ulovlig tildelingsevaluering – endret metode for poengsetting

- (45) Innklagede har endret metoden for poengsetting på underkriteriene «Reduksjon av sykefravær-CASE» og «Tilgjengelighet og responstid» ved å fravike konkurransesgrunnlagets formulering om at «Beste tilbud innenfor hvert kriterium vil få 10». Det er på det rene at klager fikk en høyere score ved den første evalueringen og at oppdragsgiver her, i strid med likebehandlingsprinsippet, har innført en ny evalueringsmetode som rent faktisk har favorisert valgte leverandør.
- (46) Konkurransesgrunnlaget har blitt endret etter tilbudsfrist ved at Meløy kommune trakk seg fra konkurransen. Kommunens utmelding innebærer at anskaffelsen reduseres med opptil 2 310 000 kroner. Dette er heller ikke inntatt i anskaffelsesprotokollen, i strid med kravet til etterprøvbarehet.

Rammeavtalens varighet

- (47) Rammeavtalens varighet på 6 år med opsjon på forlengelse på ytterligere 1 + 1 år er lengre enn hva som er tillatt etter forskriften § 26-1 (4).

Evalueringen av underkriteriet «Reduksjon av sykefravær- CASE»

- (48) Evalueringen av underkriteriet «Reduksjon av sykefravær- CASE» er gjennomført i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven. Begrunnelsene i tildelingsprotokollen etterlater et inntrykk av at leverandørene er vurdert på bakgrunn av vidt forskjellige kriterier og at bedømmelsen således har vært vilkårlig.

Evalueringen av underkriteriet «Tilgjengelighet og responstid»

- (49) Innklagede har brutt regelverket ved å gi klager poengtrekk for bruk av underleverandør.

Avlysningsplikt

- (50) Feilene begått av innklagede kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning. Det foreligger flere brudd som rent faktisk har fått betydning for utfallet for klager. Videre er det også påvist at feilene, ikke bare kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, men at de også rent faktisk har hatt slik virkning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

Saklig klageinteresse – Frisk3 AS

- (51) Frisk3 AS kan ikke tiltre klagen. Dersom Frisk3 AS ønsker at klagenemnda skal ta stilling til saken må Frisk3 AS selv inngi klage i egen klagesak.

Krav til angivelse av omfattede oppdragsgivere i kunngjøringen

- (52) Klager mangler saklig klageinteresse til å få spørsmålet behandlet. Hvorvidt de 13 kommunene var tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen er ikke av betydning for klagers stilling i konkurransen. Det er på det rene at klager gjennom konkurransegrunnlaget har tilegnet seg informasjon om hvilke kommuner som var omfattet av anskaffelsen, og deretter leverte tilbud basert på dette. En avklaring av om oppdragsgiver var tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen, vil dermed ikke ha noen aktuell interesse for klager.
- (53) Subsidiært bestrider innklagede at oppdragsgiverne ikke var tilstrekkelig identifisert i kunngjøringen. Selv om det ikke er gitt identiske opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, medfører dette ikke nødvendigvis motstrid. Det er tilstrekkelig klart for en potensiell leverandør som leser kunngjøringen at det ikke er innklagede alene som er oppdragsgiver.

Motstrid mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget

- (54) Innklagede erkjenner at det var en motstrid mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget med hensyn til om det var anledning til å inngi deltilbud. Ved motstrid er hovedregelen at kunngjøringen går foran. Motstriden ble imidlertid reparert ved at det i spørsmål og svar- runden ble opplyst om at det ikke var anledning til å inngi deltilbud i konkurransen.

Ulovlig tildelingskriterium

- (55) Det bestrides at underkriteriet «Reduksjon av sykefravær- CASE» gir oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn ved evalueringen av tilbudene. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2013/134 og EU-domstolens sak T-70/05 (Evropaiki Dynamiki) premiss 132 flg. At oppdragsgiver ikke kan ha et ubetinget fritt skjønn stenger ikke for at tildelingskriteriet kan forutsette skjønsmessige vurderinger. Oppdragsgiver har gitt en klar beskrivelse av hva det skal skjønnes over.
- (56) Leverandørene har forstått kriteriet på samme måte, begge har levert en beskrivelse av en konkret case. Årsaken til at det ble gjort to evalueringer var ikke at oppdragsgiver var uenig om hvordan tildelingskriteriet skulle forstås, men at personene som evaluerte, holdt besvarelsen opp mot den enkelte kommunes behov, noe det ikke var angitt i konkurransegrunnlaget at ville bli gjort. En slik fremgangsmåte var dermed i strid med regelverket og det var derfor nødvendig å gjennomføre en ny evaluering.

Endring av konkurransegrunnlag – før tilbudsfristen

- (57) Angivelsen av at det ikke var adgang til å inngi tilbud på delkontrakter kan ikke anses som en vesentlig endring, fordi dette i realiteten innebar en retting av konkurransegrunnlaget i samsvar med kunngjøringen, hvor innholdet allerede var kjent for tilbyderne.
- (58) Det bestrides at de to nye prismatrisene medførte en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget. Prismatrisene ble inntatt for å rette matrisene i samsvar med opplysningene som var gitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (59) Dersom de ovennevnte endringene anses vesentlige, kan dette uansett ikke medføre en plikt til å avlyse konkurransen. Korreksjonene har verken hatt betydning for klagers stilling i konkurransen, eller påvirket deltakelsen i konkurransen.

Ulovlig tildelingsevaluering – introduksjon av nye kriterier

- (60) Det bestrides at innklagede har endret innholdet av underkriteriene «*Reduksjon av sykefravær-CASE*» og «*Tilgjengelighet og responstid*». Evalueringmomentene oppstilt i evalueringsskjemaet, er i tråd med opplysningene som fremgår av konkurransegrunnlaget. Evalueringmomentene ble kun gitt av hensyn til å kunne sikre en ensartet evaluering av tilbudene fra de ulike fagpersonene som bistod i evalueringen.

Ulovlig tildelingsevaluering – endret metode for poengsetting

- (61) Innklagede erkjenner at poengtildelingen på tildelingskriteriet «*kvalitet*» ikke er i tråd med opplysningene gitt i konkurransegrunnlaget. Ingen av de to tilbyderne er tildelt toppscore på kvalitetskriteriet. Feilen danner imidlertid ikke grunnlag for en avlysningsplikt, all den tid feilen ikke har hatt betydning for resultatet av konkurransen.
- (62) Det er uriktig at Meløy kommune har trukket seg som oppdragsgiver. Kommunen har informert om ønsket uttreden, med denne henvendelsen har blitt avvist av innklagede. Det bestrides også at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet ved at dette ikke var inntatt i anskaffelsesprotokollen. Det er ikke gjort endringer i konkurransegrunnlaget, og dette kan uansett ikke anses som «*vesentlige forhold*» etter forskriften § 25-5 (2).

Rammeavtalens varighet

- (63) Det bestrides at rammeavtalens varighet er i strid med regelverket. Innklagede har valgt å gjennomføre selve konkurransen etter de strengere prosedyrereglene i del III, uten at det foreligger rettslig plikt til dette. Dette valget avskjærer imidlertid ikke innklagede fra å vurdere rammeavtalens varighet etter anskaffelsesforskriften del IV. I en del IV-anskaffelse har oppdragsgiver betydelig fleksibilitet med hensyn til hvordan en anskaffelse skal gjennomføres. At ovennevnte fleksibilitet også gjør seg gjeldende med hensyn til rammeavtalens varighet, følger av at det ikke er inntatt en eksplisitt begrensning i forskriften del IV, slik tilfelle er for anskaffelser som følger forskriften del III.

Evalueringen av underkriteriet «Reduksjon av sykefravær- CASE»

- (64) Det bestrides at innklagede har gjennomført evalueringen av underkriteriet «*Reduksjon av sykefravær- CASE*» i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven. Det påpekes at innklagede har et vidt innkjøpsfaglig skjønn ved evalueringen av skjønnsmessige tildelingskriterier. Selv om begrunnelsen i anskaffelsesprotokollen

fokuserer på ulike forhold, innebærer ikke dette at tilbudene er bedømt på bakgrunn av ulike evalueringskriterier.

Evalueringen av underkriteriet «Tilgjengelighet og responstid»

- (65) Innklagede tilbakeviser at det her er gitt trekk i poeng for bruk av underleverandør. Det erkjennes imidlertid at det er brukt en noe uheldig formulering. At klager «*benytter underleverandør*» er inntatt som en faktaopplysning – poengtrekket er begrunnet ut fra at klager har færre lokasjoner, hvilket innklagede har vurdert til å gi noe dårligere tilgjengelighet og responstid.

Avlysningsplikt

- (66) Innklagede bestrider at det er begått feil som kan resultere i avlysningsplikt, verken alene eller samlet. Klager har kun reell klageinteresse i å få avgjort om de påståtte feilene har hatt betydning for klagers stilling i konkurransen. Det er ingen forhold som tilsier at de påståtte feilene har hatt slik virkning. For øvrig påpekes det at det ikke er holdepunkter for at de påståtte feilene kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (67) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale for inngåelse av levering av bedriftshelsetjenester med CPV-kode 85147000, som er en helse- og sosialtjeneste, jf. forskriften vedlegg 3 og vedlegg 4 (85000000–85323000 Helse- og sosialtjenesteyting). Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen estimert til kroner 33 millioner kroner. Ettersom verdien overstiger EØS-terskelverdien for særlige tjenester, jf. forskriften § 5-3 (2) gjelder også kunngjøringsplikten i TED-databasen i medhold av forskriften § 21-1.
- (68) Innklagede har imidlertid kunngjort anskaffelsen som en åpen anbudskonkurranse, og angitt i konkurransegrunnlaget at anskaffelsen følger forskriften del III. Det norske regelverket må forstås slik at konkurransen i et slikt tilfelle følger forskriften del III, jf. NOU 2014:4 side 61 til 63. Den EØS-rettslige bakgrunnsretten synes ikke til hinder for at oppdragsgiver på dette viset frivillig velger å la en helse- og sosialtjeneste bli regulert av forskriften del III. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter dette forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2017/153, premiss 24-25.

Saklig klageinteresse – Frisk3 AS

- (69) Innklagede anfører at Frisk3 AS ikke kan gjøres til part i klagen.
- (70) En klage med påstand om brudd på regelverket for offentlige anskaffelser, kan fremsettes av enhver som har «*saklig interesse*» i å få vurdert lovmessigheten av oppdragsgivers handlinger under gjennomføringen av anskaffelsen, jf. klagenemnds forskriften § 6 (2). Av klagenemndas praksis følger det at interessen i å få avgjort anførselen eller anførslene må være aktuell. I dette ligger det at klager må ha et reelt behov for avklaring av spørsmålet. Videre må det foretas en konkret vurdering for hver anførsel, og av hvilken betydning en vurdering av disse anførslene vil kunne ha, se til sammenligning klagenemndas avgjørelse 2015/32, premiss 33 med videre henvisninger.

- (71) Frisk3 AS har ikke deltatt i konkurransen, men anfører at man ville ha gjort det dersom man hadde «*vært kjent med at Helgelands kommunene var ute på anbud*». Ut fra kunngjøringen virket det ifølge Frisk3 AS som om anskaffelsen utelukkende gjaldt innklagede. For det tilfellet at konkurransen må avlyses som følge av motstridende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget på dette punkt, viser Frisk3 AS videre til at selskapet vil ha interesse av å delta i en ny konkurranse om den samme anskaffelsen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2018/329 premiss 61.
- (72) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at Frisk3 AS – i hvert hva gjelder spørsmålet om motstridende opplysninger i konkurransegrunnlaget om hvem som var oppdragsgiver – har «*saklig interesse*», jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).

Krav til angivelse av omfattede oppdragsgivere i kunngjøringen

- (73) Begge klagerne har anført at oppdragsgiver har brutt forskriften § 26-1 (3) ved at det ikke er klart identifisert i kunngjøringen hvilke oppdragsgivere som vil benytte rammeavtalen.
- (74) Innklagede har primært anført at klager mangler saklig klageinteresse til å få spørsmålet avgjort av den grunn at klager ikke har en aktuell interesse i å få prøvd om det er begått feil som kan ha virket inn på andres deltagelse i konkurransen. Klagenemnda velger derfor å svare på dette spørsmålet først.
- (75) Klager har deltatt i konkurransen. En avlysning vil som nevnt også ha reell betydning for både klager og Frisk3 AS da de vil få mulighet til å konkurrere om anskaffelsen dersom den lyses ut på nytt, jf. klagenemndas avgjørelse 2018/329, premiss 61. Klagenemnda legger derfor til grunn at klager har «*saklig interesse*» etter klagenemndsforordningen § 6 (2).
- (76) Bestemmelsen i forskriften § 26-1 (3) om at bare de oppdragsgiverne som er klart identifisert i kunngjøringen, kan tildele kontrakter under rammeavtalen gjennomfører direktiv 2014/24/EU artikkel 33 nr. 2. Bestemmelsen er endret i forhold til tidligere direktiv 2004/18/EF artikkel 32 nr. 2 andre avsnitt andre punktum og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2016 § 15-1 tredje ledd. Det var tidligere regulert at «*[k]ontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen.*» Dette ble endret til at kontrakter bare kunne inngås av de som var klart identifisert i kunngjøringen.
- (77) Tilsvarende ble det for anskaffelser som foretas av innkjøpsentraler presisert i forskriften § 7-8 (1) b) at oppdragsgiveren skal være identifisert i kunngjøringen. Se til sammenligning klagenemndas avgjørelse i sak 2018/24, premiss 31-34.
- (78) Klagenemnda forstår presiseringen i forskriften slik at den innebærer et skjerpet krav til at oppdragsgiverne som skal benytte en rammeavtale skal være «*klart identifisert*» i kunngjøringen. Dette gjelder også når anskaffelsen gjennomføres av en innkjøpsentral.
- (79) I kunngjøringen ble det, under opplysninger om «*oppdragsgiver*», «*nettsted oppdragsgiver*» og «*nettstedkjøperprofil*», i alle tilfeller vist til «*Bodø kommune*».
- (80) Det fremgikk på en annen side at anskaffelsen skulle «*tildeles av en innkjøpsentral*» og i anskaffelsens beskrivelse sto det at «*Samordna Innkjøp i Nordland (heretter kalt oppdragsgiver) innbyr til åpen anbudskonkurranse*».

- (81) Innklagede har anført at Samordna Innkjøp i Nordland har virket over tid og bør være velkjent i markedet, og videre at tilbyderne bør forstå at når det angis at anskaffelsen gjennomføres av Samordna innkjøp i Nordland, så gjelder den flere enn Bodø kommune, samt at det er enkelt for tilbyderne å finne ut hvilke offentlige oppdragsgivere som er med i innkjøpssentralen.
- (82) Det må fremgå klart av kunngjøringen hvem som er oppdragsgivere. Klagenemnda kan ikke se at det er tilstrekkelig klart hvilke oppdragsgivere rammeavtalen omfatter ved at det var angitt navnet på innkjøpssentralen. Saken skiller seg fra sak 2011/291 hvor det var angitt at oppdragsgiver var «*Buskerud, Telemark og Vestfold fylkeskommuner, samt de fleste kommuner i de tre fylkene.*» En slik angivelse ga, i motsetning til kun en angivelse av navnet på innkjøpssentralen, et tilstrekkelig varsel om hvem som kunne være omfattet av rammeavtalen. Kravet til angivelse av oppdragsgivere er som nevnt også skjerpet i gjeldende regelverk.
- (83) Klagenemnda finner etter dette at oppdragsgiver har brutt kravet i forskriften § 26-1 (3). Innklagede har fremholdt at konkurransen gjelder kjøp av bedriftshelsetjenester, og at det dermed er forskriften del IV som gjelder. Del IV inneholder imidlertid også i § 30-5 en plikt til å kunngjøre anskaffelsen. Slik nemnda forstår det, ligger det også i denne bestemmelsen en plikt til å angi hvem som er omfattet av anskaffelsen. Det foreligger dermed også et brudd på kunngjøringsplikten etter forskriften del IV.
- (84) Klagerne har anført at feilen kan ha påvirket deltagerinteressen, og derfor gir plikt til avlysning av konkurransen. Etter nemndas forståelse oppstår det i denne saken avlysningsplikt på to grunnlag. Enten kan man si at dersom det inngås rammeavtale vil den ikke lovlig kunne benyttes av andre enn Bodø kommune fordi øvrige kommuner ikke er nevnt i kunngjøringen. Avrop foretatt av andre kommuner vil være ulovlige direkte anskaffelser, jf. til sammenligning klagenemndas sak 2018/24, premiss 31-34. Da dette vesentlig endrer premissene for de som deltok i konkurransen om anskaffelsen, vil dette gi avlysningsplikt. Alternativt kan spørsmålet om avlysningsplikt vurderes med utgangspunkt i spørsmålet om feilen kan rettes på annen måte enn ved avlysning, og om feilen har påvirket utfallet for klager eller påvirket deltagerinteressen.
- (85) Feilen kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning. Klager har angitt en liste over leverandører, særlig basert på Helgeland – altså langt unna Bodø – som ikke har deltatt i anskaffelsen. Det er lagt ved en uttalelse fra én av disse, Helse og Sikkerhet SA, som forklarer at man ikke var kjent med at konkurransen omfattet andre enn Bodø kommune. En annen av disse potensielle tilbyderne, Frisk3 AS, basert i Mosjøen har tiltrådt klagen, og anfører at heller ikke de registrerte at konkurransen gjaldt andre enn Bodø kommune.
- (86) Klagenemnda finner det etter dette tilstrekkelig sannsynliggjort at feilen kan ha hatt betydning for hvem som viste interesse for anskaffelsen. Selv om aktørene på Helgeland ikke kunne deltatt alene, kunne det dannet seg grupperinger som kunne ha deltatt i anskaffelsen. Det foreligger dermed en plikt til å avlyse konkurransen.
- (87) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til, finner nemnda at klager mangler saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførsler selskapet har fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (88) Bruddet på regelverket kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Bodø kommune har brutt forskriften § 26-1 (3) ved å ikke klart identifisere i kunngjøringen hvilke oppdragsgivere som vil benytte rammeavtalen.

Klagers øvrige anførsler er ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk