



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, de generelle kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bedriftshelsetjenester. Klagers anførsel om at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, førte ikke frem. Klager fikk heller ikke medhold i at innklagede hadde foretatt en uriktig evaluering av tilbudene, og samtidig brutt reglene for begrunnelse og karensfrist. Klagers anførsel om brudd på regelverket ved nektet innsyn i prissetting av forbeholdet, ble avvist for behandling i klagenemnda. Klagenemnda kom imidlertid til at innklagede hadde brutt prinsippet om etterprøvbarhet, ved ikke å redegjøre for hvordan avviket i valgte leverandørs tilbud var priset.

Klagenemndas avgjørelse 10. september 2019 i sak 2019/471

Klager: Midtnorsk HMS-senter SA

Innklaget: Nordmøre Interkommunale Innkjøpssamarbeid

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Alf Amund Gulsvik

Bakgrunn:

- (1) Nordmøre Interkommunale Innkjøpssamarbeid med Kristiansund kommune som juridisk oppdragsgiver (heretter *innklagede*) kunngjorde 10. mai 2019 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om bedriftshelsetjenester på vegne av ti kommuner. Rammeavtalen ville ha en varighet på ett år med opsjon på forlengelse på 1 + 1 + 1 år. Tilbudsfrist var 10. juni 2019.
- (2) Formålet med anskaffelsen var å knytte seg til én eller flere leverandører som skulle være en deltakende og rådgivende instans i helse- miljø- og sikkerhetsarbeid.
- (3) Tildeling skulle skje for den enkelte kommune, basert på kriteriene «pris» (45 prosent), «kvalitet på leveransen» (35 prosent) og «respons- og leveringstid» (20 prosent).
- (4) Under overskriften «Kravspesifikasjonen» i konkurransegrunnlaget stod det følgende:

«Alle obligatoriske krav må oppfylles. Mangelfull besvarelse, eller besvart med nei kan medføre avvisning av tilbudet. Eventuelle forbehold mot disse kravene skal oppgis og vil kunne defineres som avvisningsgrunn hvis de enkeltstående eller samlet er å regne som vesentlige forbehold. Forbehold og kommentarer skal inngis i eget vedlegg med henvisning til det aktuelle kravet.»
- (5) I konkurransegrunnlaget under overskriften «Obligatoriske krav» hadde innklagede satt opp en punktvis liste over krav til leveransen. Blant annet var det stilt følgende krav til pris:

«(8) Prisene skal oppgis i NOK ekskl. mva. i vedlagt prisskjema. Prisene skal være inklusive alle omkostninger.

(9) Pris per time/møte/kurs skal inkludere alle kostnader, så som alle gebyrer, skatter og avgifter, telefon, porto, reiser, dietter mm.

(10) Pris per time/møte/kurs/helsekontroller skal beregnes og faktureres fra det tidspunkt bedriftshelsetjenesten møter opp på det enkelte driftsstedet i kommunen, til de er ferdige med oppdraget på det aktuelle driftsstedet.

(13) Det er ikke anledning til å fakturere for overtid eller andre tillegg uten Oppdragsgivers samtykke.

(14) Pris på kurs skal inneholde reisetid og alle omkostninger tur/retur.»

(6) I konkurransegrunnlaget punkt 23 var det også stilt krav om at *«leverandøren skal kunne levere yrkeshygieniske målinger/risikovurderinger, samt gi råd og veiledning innenfor fysiske, biologiske og kjemiske miljøfaktorer».*

(7) I brev av 25. juni 2019 meddelte innklagede at Midtnorsk HMS-senter SA (heretter *klager*) var tildelt kontrakt for Surnadal og Rindal kommune. For øvrige områder var Kristiansund Felles Bedriftshelsetjeneste SA innstilt som valgte leverandør. Klagen retter seg mot tildelingen av de områdene hvor Kristiansund Felles Bedriftshelsetjeneste SA (heretter *valgte leverandør*) ble innstilt som valgte leverandør. I tildelingsbrevet informerte innklagede også om at valgte leverandør hadde beskrevet forbehold i sitt tilbud. Innklagede fremholdt at forbeholdet ikke ble vurdert som vesentlig, men likevel var blitt priset inn. Innklagede hadde lagt til 10 prosent på valgte leverandørs priser.

(8) I brev av 1. juli svarte innklagede på klagers forespørsel om ytterligere begrunnelse for evalueringen av tilbudene. Innklagede skrev:

«Oppdragsgiver kunne vurdert å skrive et nytt tildelingsbrev hvor punkt 46 og 50 blir poengsatt annerledes. Men dette er ikke hensiktsmessig. Vi har testet utregningene for ulike scenarioer hvor MN blir gitt bedre score på de ulike punktene hvor det er relevant. Dette vil ikke utgjort noen forskjell på den endelige tildelingen. Oppdragsgiver finner ikke gode nok argumenter for at tildelingen skulle bli gjort annerledes».

(9) I brev av 5. juli ga innklagede delvis innsyn i valgte leverandørs tilbud, og synliggjorde to av forbeholdene valgte leverandør hadde oppgitt i sitt tilbud.

(10) I brev av 8. juli kom det frem at innklagede hadde benyttet seg av avklaringsadgangen i evalueringsfasen for å nyansere forbeholdene valgte leverandør hadde tatt. Innklagede fikk følgende svar:

«KFBH samarbeider med laboratorier som sender ut prøvetakingsutstyr og analyserer ulike prøver som f.eks. sveiserøymåling, støvmåling, løsemiddelmålinger. KFBH viderefakturerer kostnadene for prøvetakingsutstyr og analyser. Vi har det meste av utstyr selv, men enkelte ganger må vi leie utstyr. Vi avtaler dette bestandig på forhånd! Ingen av kommunene har blitt fakturert for dette i de 4 årene som har gått - så det er svært sjelden!»

- (11) I brev av 12. juli avslo innklagede en supplerende klage fra klager, og det ble også gitt fullt innsyn i samtlige av punktene i valgte leverandørs tilbud som var omtalt som forbehold:

«Forbehold:

- *Analysekostnader og eventuelt leie av utstyr i forbindelse med yrkeshygieniske målinger må dekkes av den enkelte kommune.*
 - *Videre utredninger av ansatte som EKG, 24 timer BT-måling, henvisninger til sykehus, blodprøver m.m. vil ikke bli dekt av KFBH.*
 - *Arbeid utover vanlig arbeidstid (07:30-16:00) vil bli fakturert ekstra.*
 - *Dersom bestilte timer og avtalte møter ikke benyttes gjelder følgende: for avbestilling senere enn 48 timer før avtaletidspunkt, vil bedriften bli fakturert i henhold til avtalte timespris.*
 - *Lokaler, materiale og bevertning ved interne kurs må besørges av den enkelte kommune og inngår ikke i kursprisen satt på prisskjema.»*
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. juli 2019. Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse vil avventes til etter nemndas behandling. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 2. september 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, som følge av at det er inntatt fire forbehold som enkeltvis eller samlet medfører at tilbudet inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Aksept av tilbudet utgjør et brudd på loven § 4, herunder ved å bryte med prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet.
- (15) Innklagedes forsøk på å prise forbeholdet knyttet til pris for yrkeshygieniske målinger er ulovlig. Det er klart at forbeholdet vil aktualiseres, da den er direkte knyttet til prisen på tjenesten som skal anskaffes. Innklagede har ikke mulighet til å kunne fastsette et tilstrekkelig sikkert pristillegg for å utjevne den konkurransemessige fordel som valgte leverandør vil ha.
- (16) Innklagede har foretatt en uriktig evaluering av tildelingskriteriet «*kvalitet på leveransen*». Innklagede innså i ettertid at poengsettingen burde vært annerledes enn ved den opprinnelige evalueringen, og at den første evalueringen var uriktig.
- (17) Innklagede har brutt prosedyrereglene knyttet til begrunnelse og karensfrist. Når oppdragsgiver har foretatt en ny evaluering av tilbudene, plikter oppdragsgiver å oversende en begrunnelse for valget med en ny karensfrist, som er basert på den endelige vurderingen. Dette har ikke innklagede gjort, og det foreligger derfor brudd på forskriften § 25-1 (1).
- (18) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt loven § 4 og prinsippet om etterprøvnbarhet, ved å nekte innsyn i innklagedes prissetting på 10 prosent av valgte leverandørs forbehold knyttet til yrkeshygieniske målinger.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Forbeholdet i valgte leverandørs tilbud knyttet til pris for yrkeshygieniske målinger utgjør ikke et vesentlig avvik. Avklaringsadgangen er benyttet for å nyansere forbeholdet, noe som forsterket vurderingen av at det ikke var vesentlig. De øvrige forutsetningene ansees ikke som avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (20) Prispåslaget på 10 prosent på valgte leverandørs priser er satt av en kompetent faggruppe for å ivareta likebehandlingsprinsippet. Påslaget er strengt vurdert av faggruppen i valgte leverandørs disfavor, og kunne vært utelatt uten at det ville hatt betydning for tildeling av kontraktene.
- (21) Det er kun foretatt én evaluering av tilbudene, og denne er riktig.
- (22) Det gis ikke ytterligere innsyn i prissetting utover det som er gitt i tildelingsbrevet.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder bedriftshelsetjenester som er en helse- og sosialtjeneste. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen i utgangspunktet forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og IV, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3. Innklagede har imidlertid kunngjort konkurransen etter forskriften del III. Nemnda legger derfor til grunn at anskaffelsen følger forskriften del I og III. Se her sak 2017/153 premiss 24 og 25.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Tilbudet skulle ifølge klager ha vært avvist i henhold til forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (25) Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene.
- (26) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder fire forbehold som enkeltvis eller samlet medfører at tilbudet inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Nemnda vil i det videre behandle de fire forbeholdene hver for seg.
- (27) Nemnda tar først stilling til om forutsetningen i valgte leverandørs tilbud om ekstra fakturering for arbeidstid som strekker seg ut over normal arbeidstid, utgjør et avvik fra konkurransegrunnlaget.
- (28) Under overskriften «*Obligatoriske krav*» i konkurransegrunnlaget står det at «*det er ikke anledning til å fakturere for overtid eller andre tillegg uten Oppdragsgivers samtykke*». Fakturering for overtid er altså betinget av samtykke fra oppdragsgiver. Gitt at oppdragsgiver samtykker, vil leverandøren kunne fakturere for overtid.
- (29) Valgte leverandør har tatt følgende forbehold: «*Arbeid utover vanlig arbeidstid (07:30-16:00) vil bli fakturert ekstra.*». Slik forbeholdet er formulert, kan det forstås på to ulike måter. Et tolkningsalternativ er at forbeholdet må forstås som en presisering av alminnelige kapasitetsbegrensninger hos valgte leverandør, og at valgte leverandør ikke

betingelser seg fri adgang til å fakturere for overtid uten innklagedes samtykke. I så fall utgjør ikke forbeholdet et avvik fra anskaffelsesdokumentene.

- (30) Et annet tolkningsalternativ er at valgte leverandør forbeholder seg retten til å fakturere for overtid uten å innhente samtykke fra innklagede. Hvis forbeholdet forstås slik, utgjør forbeholdet et avvik fra anskaffelsesdokumentene. Med unntak av Aure kommune, er det stor forskjell i totalscore for leverandørene. Nemnda forstår det derfor slik at avviket kan prises betydelig for de fleste kommuner, uten at det påvirker utfallet av konkurransen. En avklaring av tilbudet på dette punktet vil derfor sannsynligvis kunne foretas i samsvar med kravene til likebehandling og gjennomsiktighet. I slike tilfeller har oppdragsgiver en avklaringsadgang, jf. forskriften § 23-5. Det er opp til innklagede å foreta en slik avklaring.
- (31) Nemnda tar så stilling til om følgende forutsetning i valgte leverandørs tilbud utgjør et avvik fra konkurransegrunnlaget: *«Dersom bestilte timer og avtalte møter ikke benyttes gjelder følgende: for avbestilling senere enn 48 timer før avtaletidspunkt, vil bedriften bli fakturert i henhold til avtalte timespris.»*
- (32) Innklagede har ikke vedlagt et kontraktsutkast til konkurransegrunnlaget. Leverandørene har heller ikke etterspurt utkast til kontraktbetingelser. Det var inntatt en kravspesifikasjon i konkurransegrunnlaget og vedlagt et prisskjema.
- (33) Under overskriften *«Obligatoriske krav»* i konkurransegrunnlaget står det: *«Pris per time/møte/kurs/helsekontroller skal beregnes og faktureres fra det tidspunkt bedriftshelsetjenesten møter opp på det enkelte driftsstedet i kommunen, til de er ferdige med oppdraget på det aktuelle driftsstedet»*. Slik nemnda leser det, definerer kravet kun tidsrommet som utgjør faktureringsgrunnlaget for leverandøren. Eksempelvis stenger kravet for at leverandøren kan inkludere reisetid i faktureringsgrunnlaget. Kravet sier imidlertid ikke noe om fakturering av timer som avbestilles. Nemnda kan dermed ikke se at klagers inntatte forbehold utgjør et avvik fra dette kravet.
- (34) Nemnda går så over til å vurdere om følgende forutsetning i valgte leverandørs tilbud utgjør et avvik fra konkurransegrunnlaget: *«Lokaler, materiale og bevertning ved interne kurs må besørges av den enkelte kommune og inngår ikke i kursprisen satt på prisskjema»*.
- (35) Om prisingen av kurs står det i punkt 14: *«Pris på kurs skal inneholde reisetid og alle omkostninger tur/retur»*. Slik nemnda leser dette, stilles det her krav til at omkostninger leverandøren vil ha ved reiser som er nødvendig for å levere tjenestene også skal inkluderes i prisen. I punkt 9 er det stilt et generelt krav til hva tilbudt pris skal inkludere: *«pris per time/møte/kurs skal inkludere alle kostnader, så som alle gebyrer, skatter, avgifter, telefon, porto, reiser, dietter mm.»*. Det fremgår ikke eksplisitt av ordlyden hvem sine kostnader leverandøren skal dekke. Eksempelene som listes opp er imidlertid merutgifter som påløper leverandøren ved levering av de tjenester som kontrakten omfatter, og som derfor naturlig inngår i prisen oppdragsgiver betaler for en tjeneste. Slik nemnda leser kravet, må det derfor forstås slik at alle kostnader som typisk påløper leverandøren ved levering av kursene, skal inngå i oppgitt pris.
- (36) Kravspesifikasjonen og prisskjemaet skiller mellom kurs og interne kurs. Valgte leverandør har tatt inn en forutsetning om at lokaler, materiale og bevertning ved interne kurs må besørges av den enkelte kommune og inngår ikke i kursprisen angitt i prisskjema.

Denne forutsetningen er bare tatt for interne kurs i motsetning til andre kurs. Etter nemndas oppfatning er forutsetningen i tråd med den naturlige tolkningen av konkurransegrunnlaget, da det ligger i begrepet interne kurs at de holdes hos oppdragsgiver. På denne bakgrunn er det lite naturlig at oppdragsgiver fakturerer for egne lokaler eller for egen bevertning. Nemnda forstår dermed forutsetningen som en presisering av hva som følger av konkurransegrunnlaget, og at den av den grunn ikke utgjør et avvik.

- (37) Nemnda vil så vurdere problemstillingene knyttet til følgende forbehold: *«Analysekostnader og eventuelt leie av utstyr i forbindelse med yrkeshygieniske målinger må dekkes av den enkelte ansatte».*
- (38) Innklagede har ikke bestridt at valgte leverandør har tatt et forbehold, men bestrider at forbeholdet utgjør et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (39) Det ble i konkurransegrunnlaget stilt krav til at *«prisene skal være inklusive alle omkostninger»*. Klager har anført at forbeholdet fører til at valgte leverandør ikke oppfyller obligatoriske krav i konkurransegrunnlaget, og at avviket av den grunn må ansees som vesentlig. Videre fremholder klager at innklagede ikke kunne fastsette et tilstrekkelig sikkert pristillegg for å utjevne valgte leverandørs fordel, som følge av forbeholdet.
- (40) Innklagede foretok en avklaring av valgte leverandørs avvik. Valgte leverandør besvarte avklaringen ved å opplyse om at de hadde det meste av utstyr selv, men at de noen ganger måtte leie, men at de alltid avtalte dette i forkant og at det ikke hadde oppstått tilleggskostnader for dette i de foregående fire årene. Det er ikke gjort til tema av klager om oppdragsgiver lovlig kunne legge vekt på denne avklaringen. Nemnda tar dermed ikke stilling til dette. Nemnda forstår imidlertid at innklagedes vurdering av om avviket er vesentlig og prissettingen av avviket ikke er avhengig av endringen av valgte leverandørs tilbud som skjedde gjennom avklaringen.
- (41) Kravet om at prisene skal være inkludert alle omkostninger er i konkurransegrunnlaget betegnet som et obligatorisk krav som må oppfylles. Imidlertid er det også opplyst at eventuelle forbehold fra disse kravene *«vil kunne defineres som avvisningsgrunn hvis de enkeltstående eller samlet er å regne som vesentlige forbehold»*. Nemnda leser konkurransegrunnlaget slik at det fremgår tilstrekkelig klart at kravene oppstilt i konkurransegrunnlaget ikke er absolutte krav som automatisk fører til avvisning av tilbud som inneholder forbehold mot kravene.
- (42) Innklagede har priset forbeholdet ved å legge til 10 prosent på valgte leverandørs priser for yrkeshygieniske målinger. I NOU 2014:4 punkt 25.4.11 (om prissetting av avvik) uttalte forenklingsutvalget at oppdragsgiver ved vurderingen *«må legge til grunn at avviket blir realisert, men samtidig innenfor det saklige og forsvarlige»* og videre at avviket altså må *«prissettes ut fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdragsgiver, basert på en saklig og forsvarlig vurdering»*.
- (43) Innklagede har ikke forklart bakgrunnen for valget av prissettingen på 10 prosent, men nemnda legger til grunn at dette har sin forklaring i volumtallene angitt i prisskjemaene. Det var angitt i prisskjemaene at tilbyderne skulle oppgi timepriser for noen av de tilbudte tjenestene, mens det skulle oppgis stykkpris for de øvrige. I tillegg var det angitt

volumtall, som var angitt å være estimert samlet årlig antall. Basert på disse opplysningene ble det i prisskjemaene automatisk regnet ut et beløp for hele kontraktsperioden. Nemnda legger til grunn at de estimerte totalsummene er representative for innklagedes forventede forbruk.

- (44) Yrkeshygieniske målinger utgjør gjennomsnittlig omtrent 15 prosent av estimert antall timer valgte leverandør skal yte etter avtalen. Når tjenestene angitt med stykkpris i prisskjemaene legges til, vil andelen av totalprisen som utgjør yrkeshygieniske målinger reduseres betydelig. På denne bakgrunn har ikke nemnda holdepunkter for å si at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller usaklig.
- (45) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Uriktig evaluering – begrunnelse og karensfrist

- (46) Klager anfører at innklagede har foretatt en uriktig evaluering av tildelingskriteriet «kvalitet på leveransen».
- (47) Klager begrunner anførselen med at innklagede har foretatt en ny evaluering av tilbudene, som viser at poengsettingen burde vært annerledes enn ved en opprinnelige evalueringen. Det fremholdes i denne forbindelse at anskaffelsesreglene er brutt, da innklagede ikke sendte ut begrunnelse for valget med en ny karensfrist basert på den endelige vurderingen.
- (48) Forskriften § 25-1 pålegger oppdragsgiver å gi en meddelelse om valget av leverandør før kontrakten inngås. Samtidig skal oppdragsgiver gi en begrunnelse for valget, og angi en karensperiode.
- (49) I vår sak er konkurransen avsluttet, og meddelelse med begrunnelse og karensperiode er sendt til leverandørene 25. juni 2019. Innklagede har ikke foretatt en ny evaluering etter at klager fremsatte sin klage. Innklagede kvalitetssikret evalueringen, og kom frem til at det ikke var hensiktsmessig å sende ut et nytt tildelingsbrev med justerte poengsummer, ettersom det ikke ville lede til et annet resultat. Det var aldri aktuelt å annullere evalueringen. Etter nemndas forståelse oppstår det først plikt til å sende ut en ny tildelingsbeslutning med ny karensperiode dersom utfallet endres ved at kontrakt tildeles en ny leverandør.
- (50) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å foreta en uriktig evaluering og samtidig bryte reglene om begrunnelse og karensfrist, kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Prinsippet om etterprøvbarehet

- (51) Klager anfører at innklagede har brutt loven § 4 og prinsippet om etterprøvbarehet, ved ikke å gi innsyn i innklagedes prissetting av valgte leverandørs forbehold knyttet til yrkeshygieniske målinger.
- (52) En avgjørelse om nektet innsyn skal etter systemet i offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) påklages til det organet som er nærmest overordnet det organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda er ikke et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, jf. eksempelvis sak 2018/125 premiss 69. Anførselen om brudd på regelverket grunnet unnlatt innsyn avvises derfor for behandling av nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

- (53) Nemnda forstår imidlertid klager slik at det også anføres brudd mot kravet til etterprøvbarhet loven § 4, da innklagede ikke har kunnet forklare hvordan valgte leverandørs avvik ble prissatt. Innklagede har her ikke gitt noen redegjørelse ut over å vise til at vurderingen ble gjort av en kompetent faggruppe med god erfaring fra fagfeltet. Innklagede har etter nemndas vurdering med dette ikke overholdt kravet til etterprøvbarhet.
- (54) Nemda kan imidlertid ikke se at bruddet kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Det er følgelig ikke grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemdsforskriften § 13.

Konklusjon:

Nordmøre Interkommunale Innkjøpssamarbeid har brutt loven § 4 og prinsippet om etterprøvbarhet, ved ikke å redegjøre for hvordan valgte leverandørs avvik ble prissatt.

Klagers anførsler om avvisning av valgte leverandørs tilbud, uriktig tildelingsevaluering, brudd på reglene for begrunnelse og karensfrist, fører ikke frem. Klagers anførsel om brudd på regelverket ved nektet innsyn i prissetting, avvises for behandling av klagenemnda.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk