



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saka gjeld: Ulovleg tildelingskriterium. Uklart konkurransegrunnlag. Manglande avklaring

Innklaga gjennomførte ein open anbodskonkurranse for inngåing av rammeavtale om bedriftshelseteneste i Vestland fylkeskommune. Klagar sine partsutsegner om at innklaga hadde brote regelverket ved evalueringa av tildelingskriteriet «Kompetanse», og at innklaga hadde utforma eit uklart konkurransegrunnlag, førte ikkje fram. Klagar fekk heller ikkje medhald i at innklaga hadde brote regelverket ved å ikkje avklare differansen mellom tilbydarane i møte eller per e-post.

Klagenemnda si avgjerd 16. august 2020 i sak 2019/609

Klagar: Arsana AS

Innklaga: Vestland fylkeskommune (Sogn og Fjordane fylkeskommune)

Medlemmar i

Klagenemnda: Finn Arnesen, Kristian Jåtog Trygstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Vestland fylkeskommune (Sogn og Fjordane fylkeskommune) (heretter *innklaga*) kunngjorde 24. mai 2019 ein open anbodskonkurranse for inngåing av ein rammeavtale for kjøp av bedriftshelsetenester til Vestland fylkeskommune. Rammeavtalen skulle ha ei varigheit på to år med ein rett til ytterlegare 1 + 1 år forlenging. Verdien på anskaffelsen er estimert til 18 millioner kroner ekskl. mva. Tilbudsfristen var 26. juni 2019.
- (2) Om forhandlingar og kontakt etter mottekne tilbod sto det i konkurransegrunnlaget at:
«Oppdragsgjevar planlegg å tildele kontrakt utan å ha dialog med leverandørane, utover å gjennomføre eventuelle avklaringar/korrigeringar.

Dialog gjennom forhandlingar kan likevel bli gjennomført dersom oppdragsgjevar vurderer dette som føremålstenleg etter at tilboda er mottatt. Utveljinga vil i så fall skje etter ei vurdering av tildelingskriteria. Vi presiserer at ingen av leverandørane kan forvente å få forhandle om sitt tilbod og derfor må levere sitt beste tilbod.»
- (3) Det gjekk fram av konkurransegrunnlaget at kontrakten skulle tildelast utifrå tildelingskriteria «Pris» (vekta 20 prosent), «Kompetanse» (vekta 40 prosent), «Oppdragsforståing» (vekta 20 prosent) og «Kapasitet» (vekta 20 prosent).
- (4) I «Oppdragsskildringa» sto det at:

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

«Leverandøren sine hovudoppgåver knyter seg til arbeid på system- og driftseiningnivå. Fylkeskommunen ønskjer ein fleksibel avtale om bedriftshelsetenester. Fylkeskommunen sitt lokale systematiske HMS-arbeid med arbeidsmiljøkartleggingar, risikovurderingar og lokalt prioriterte tiltaksplanar vil definere innsatsområda for den bistanden fylkeskommunen vil kjøpe frå Leverandør. Vi ønskjer med andre ord at den konkrete BHT-bistanden skal kunne variere mellom driftseiningane, avhengig av dei behova einingane definerer for seg sjølve og dei krava fylkesnivået set. Det betyr i praksis at leveranse av bedriftshelsetenester som ikkje er etablerte som faste og sykliske, berre skal utførast etter lokal- og/eller sentral bestilling.»

- (5) Vidare vart det trekt fram under «Oppdragsskildringa» at:

«Leverandøren skal kunne bidra nært i det interne arbeidet på driftseiningnivå. Tenesteleveransen skal etter bestilling integrerast i driftseiningane sin HMS-aktivitet (HMS-årssyklus), der arbeidsmiljøkartleggingar med risikovurderingar, prioritering av tiltak i handlingsplanar samt oppfølging av vedtekne forbetringstiltak blir vektlagde. Dette betyr også at vi ønskjer at leverandør deltek etter særskild bestilling å bistå i dei lokale arbeidsmiljøutvala (LAMU) sine møte, i AKAN-arbeid, samt anna møte- og planarbeid på fylkesnivå og driftseiningnivå. Vi ønskjer at Leverandør skal bistå med undervisning og rettleiing på våre grunnkurs i arbeidsmiljøkunnskap og andre periodiske opplæringstiltak.»

- (6) Tildelingskriteria var nærare skildra i kravspesifikasjonen. Tildelingskriteriet «Kompetanse» skulle vurderast ut frå fire kompetanseområde. Det var sagt at tilbyderane måtte «dokumentere formal kompetanse og praktisk erfaring med CV på tilbydde personar». Dei fire kompetanseområda var skildra slik:

Krav nr.	Oppdragsgjevar sitt krav
1	Arbeidsmiljøkartlegging og risikovurdering. Metode-, verktøy- og prosesskompetanse - gjennomføring og oppfølging av risikovurderingar, avvikshandtering, vernerundar, samt medarbeidarundersøkingar knytt til tilbydt verktøy. Tilbydar skal skildre sin kompetanse på dette området.
2	Kompetanse innan arbeid med konflikhtar, mobbing og andre psykososiale arbeidsmiljøproblem. Følgande blir vurdert som ein styrke: - Formell kompetanse innan arbeids- og organisasjonspsykologi, anten master eller psykolog med relevant spesialitet, samt erfaring frå fagfeltet. - Autorisering i metoden faktaundersøking og erfaring med å gjennomføre dette. - Kunnskap om arbeidsmiljøloven og forvaltningslovens krav dokumentert gjennom vidareutdanning og/eller kurs.

3	<i>Nærværs- og fråværsarbeid - førebygging og oppfølging av fråvær/fråfall (sjukdom, AKAN, livsfase/senior). Tilbydar skal skildre deira kompetanse innan dette området.</i>
4	<i>Kompetanse innan ergonomi og førebygging av muskel- og skjelettplager. Følgande blir vurdert som ein styrke: - Ergoterapeut med erfaring frå arbeid i bedriftshelseteneste, - fysioterapeut med spesialitet i helse/miljø-ergonomi og arbeidshelse.</i>

- (7) I tilknytning til tildelingskriteriet «Oppdragsforståing» var det også oppstilt fire vurderingstema:

<i>Krav nr.</i>	<i>Oppdragsgjevar sitt krav</i>
1	<i>Tilbydar skal gjere greie for korleis ein vil ta ein aktiv pådrivarrolle for et systematisk HMS-arbeid, jamfør oppdragskildringa over.</i>
2	<i>Tilbydar skal skildre sine rutinar for samarbeid med andre instansar. Leverandøren skal samarbeide med private og offentlige instansar for å sikre fylkeskommunen best magelege tilbod om HMS-tenester. Samarbeid gjeld mellom anna ovanfor primærhelsetenesta/fastlege/sjukmeldar inkludert tilsynsmyndighetene og NAV.</i>
3	<i>Leverandør skal ha eit journalsystem som ivaretar krav sett i GDPR. Leverandøren skal skildre sitt journalsystem.</i>
4	<i>Tilbydar skal leggje fram ei skisse over korleis dei tenkjar dei skal presentere seg i organisasjonen i implementeringsfasen.</i>

- (8) Innklaga mottok to tilbod innan tilbodsfristen. Tilbydarane var Arsana AS (heretter *klagar*) og Stamina Helse AS.

- (9) Av brev datert 5. september 2019, gjekk det fram at innklaga ville inngå kontrakt med Stamina Helse AS (heretter *valde leverandør*):

«Etter evaluering av tilboda opp mot tildelingskriteria er såleis tilbodet til Stamina mest fordelaktige tilbodet. Sum av poenga etter vektning gir 5,88 til Stamina og 5,8 til Arsana.»

- (10) I tildelingsbrevet var dette grunngjeve slik:

«Generelt vurderer oppdragsgjevar at begge tilboda er gode, vi er trygge på at begge kunne levert svært gode bedriftshelsetenester. Dei gir likevel eit inntrykk av ulik tilnærming til BHT som ei teneste, og vi har derfor i vår vurdering tatt omsyn til våre behov som skildra i særleg grad under punkt 2 Vedlegg 2 Kravspesifikasjon. Arsana har svart godt og konkret på alle spørsmål stilt. Det er tydeleg at dei har folk med svært god kompetanse knytt til seg innan mange etterspurte fagfelt. Stamina sitt tilbod har eit meir overordna blick, med meir kring rutinar og metodar retta inn på eit overordna

systemnivå, med meir fokus på førebygging, og rutinar internt i fylkeskommunen. Det er denne vegen den nye fylkeskommunen ønskjer å gå, og slik sett reflekterer valet av Stamina dette definerte behovet for bedriftshelsetenester.»

- (11) Videre var evalueringa av tildeleingskriteriet «Kompetanse» skildra slik:

«Innstilt leverandør er vekta med 6. Konkurrerande leverandør er vekta med 5,75. Grunngeving: I hovudsak har vi tatt utgangspunkt i CV til tilbydt team supplert av andre ressurspersonar i vurdering av dette kriteriet slik det er spesifisert i kravspesifikasjonen. Vi har supplert evalueringa av svar gitt av tilbydarar i svarskjema. Stamina skårar betre enn Arsana på punkt 3.1.1, der Stamina i sine CVar heilt tydeleg nemner kompetanse innan arbeidsmiljøkartlegging og risikovurdering, metode, verktøy og prosesskompetanse. Arsana viser kompetanse og erfaring innan dette mindre tydeleg i sine CVar. Dette er underbygga gjennom dei skriftlege svara der Stamina viser god forståing for desse temaa, særleg på eit overordna systemnivå. Stamina har mindre psykologkompetanse (punkt 3.2) knytt til seg enn Arsana i det nye fylket, og får trekk for dette. Men dette blir utlikna av at dei har god tilgang på denne typen kompetanse hos Stamina Census som er aktuelt på det overordna nivået heller enn i den praktiske kvardagen.»

- (12) Om «Oppdragsforståing» stod det:

«Innstilt leverandør er vekta med 6. Konkurrerande leverandør er vekta med 5,5. Grunngeving: Stamina får betre uttelling enn Arsana på punkta 3.2.1 og 3.2.4. Stamina skriv meir i detalj steg for steg kva implementeringsprosessen bør omfatte, kva fagsystem som bør verte gjennomgått og kven som bør vere med på ulike møter. Stamina tilbyr eit snevrare kontaktteam enn Arsana. Dette vurderer oppdragsgjevar som meir i tråd med med vårt behov først og framst for bedriftshelseteneste som eit leiingsverktøy, ikkje som ein operativ behandlar i distrikta.»

- (13) Innklaga inngjekk kontrakt med valde leverandør 25. september 2019.

- (14) Saka kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 10. oktober 2019.

- (15) Nemndsmøte i saka vart halde 10. august 2020.

Påstandsgrunnlag:

Klagar har i det vesentlege gjort gjeldande:

- (16) Innklaga har brote regelverket ved å legge vekt på at valde leverandør tilbaud ein bedriftshelseteneste som eit leiingsverktøy under evalueringa av tildelingskriteriet «Oppdragsforståing». Klagar viser til at det ikkje gjekk tydeleg fram av konkurransegrunnlaget at innklaga i hovudsak ønska ein bedriftshelseteneste på overordna systemnivå, med eit mindre fokus på ei operativ tilnærming på bedriftseiningsnivå.
- (17) Det er urimeleg å få trekk for at sjølve tenestane ikkje er skildra i CV-ane. Dersom det var eit krav, burde det ha kome tydeligare fram i konkurransegrunnlaget, slik at dette kunne ha vorte lagt inn i CV-ane, eller så burde innklaga spurt etter dette i etterkant.

- (18) Sidan det berre var to tilbydarar og skilnaden mellom dei var 0,08 poeng, burde innklaga avklart differansane i møte eller per e-post.
- (19) Valde leverandør har fått full uttelling på «Kompetanse», til tross for at dei ikkje har nok psykologkompetanse i Hordaland og Sogn og Fjordane som er det nye Vestland Fylkeskommune, og Stamina Census held til i Oslo.

Innklaga har i det vesentlege gjort gjeldande:

- (20) Kravspesifikasjonane legg størst vekt på ei systematisk og overordna tilnærming. Det er ikkje bedt om lokal behandling nokon stad i kravspesifikasjonen. Eit visst nærvær i heile fylket har vore viktig, men dette er knytt opp mot tildelingskriteriet «Kapasitet», og ikkje «Oppdragsforståing».
- (21) Det er ei mistyding at klagar har fått trekk for ikkje å skildre tenestane i CV-ane. Klagar si skildring av kompetanse knytt til arbeidsmiljøkartlegging og risikovurdering er svakare enn valde leverandør si skildring.
- (22) Det ligg ikkje føre noka plikt til å kalle inn til forhandlingar. Dette går tydeleg fram av konkurransegrunnlaget. Forskjellen mellom tilboda totalt sett var liten, men dette var ikkje grunn til å gå i forhandlingar.
- (23) Innklaga er usamd i at evalueringa av tildelingskriteriet «Kompetanse» var i strid med regelverket. Manglande psykologkompetanse i Vestland fylkeskommune for valde leverandør, vart utlikna av at dei har god tilgang på relevant psykologkompetanse hjå Stamina Census.

Klagenemnda si vurdering:

- (24) Klagar har deltatt i konkurransen, og har sakleg klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjeld ein rammeavtale for bedriftshelsetenester som er ein helse- og sosialteneste med CPV-kode 85147000. Verdien til anskaffelsen er estimert til kroner 18 millioner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følgjer anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del IV, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Tildelingskriteriet «Oppdragsforståing»

- (25) Klagenemnda tek først stilling til om innklaga har brote regelverket ved evalueringa av tildelingskriteriet «Oppdragsforståing».
- (26) I del IV av forskrifta stillast det ikkje særlege krav til tildelingskriteria, men forskrifta § 30-1 (2) slår fast at «[o]ppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av [...] tilbud.» Anskaffelsen må vidare gjennomførast i samsvar med anskaffelseslova § 4.
- (27) Det gjeld eit klarheitskrav ved utforminga av tildelingskriteria. I EU-domstolen si sak C-19/00 (SIAC Construction) vart det slått fast at tildelingskriteria må utformast slik at det er mogleg for alle rimeleg opplyste og normalt påpasselege tilbydarar å forstå dei på same måte. Klarheitskravet er utleia av dei grunnleggande prinsippa i anskaffelseslova § 4, og Klagenemnda legg til grunn at dei også gjeld for del IV av forskriften.

- (28) For tildelingskriteriet «*Oppdragsforståing*» sto det i tildelingsbrevet at valde leverandør fekk betre utteljing enn klagar på vurderingstema 1 og 4. Dette var utdjupa med at:

«Stamina skriv meir i detalj steg for steg kva implementeringsprosessen bør omfatte, kva fagsystem som bør verte gjennomgått og kven som bør vere med på ulike møter. Stamina tilbyr eit snevrare kontaktteam enn Arsana. Dette vurderer oppdragsgjevar som meir i tråd med vårt behov først og framst for bedriftshelseteneste som eit leiingsverktøy, ikkje som ein operativ behandlar i distrikta.»

- (29) Det går fram av konkurransegrunnlaget at leverandørane skulle skildre «*korleis ein vil ta ein aktiv pådrivarrolle for et systematisk HMS-arbeid, jamfør oppdragsskildringa over*», og legge fram ei «*skisse over korleis dei tenkjer dei skal presentere seg i organisasjonen i implementeringsfasen*».

- (30) Klagenemnda legg til grunn at ein del av ytinga var at leverandøren skulle vere tilgjengeleg i distrikta. Innklaga etterspurte også eit visst nærvær i heile fylket, men dette var særleg knytt til tildelingskriteriet «*Kapasitet*», og ikkje «*Oppdragsforståing*».

- (31) I ei skildring av leverandøren som pådrivar for eit systematisk HMS-arbeid, er det naturleg at arbeidet vart skildra på eit overordna nivå for heile fylkeskommunen. Klagenemnda meiner referansen til oppdragsskildringa, må lesast i lys av dette.

- (32) Av oppdragsskildringa går det fram at leverandøren skal «*bistå arbeidsgiver og arbeidstakerne med å følge opp arbeidsmiljøet i verksemda og det systematiske målretta HMS-arbeidet i heile organisasjonen*». Det vart peika på at «*[l]everandøren skal tilby heilskapleg og førebyggjande bistand i arbeidsmiljøetsatsinga på eit høgt og relevant fagleg nivå innan følgjande seks kompetanseområde:*

- Yrkeshygiene

- Organisatorisk forhold

- Psykososialt arbeidsmiljø

- Arbeidsmedisin/arbeidshelse

- Ergonomi

- Systematisk HMS-arbeid».

- (33) Videre sto det om «*[b]istand i det systematiske HMS-arbeidet – fleksibilitet*» at «*[l]everandøren sine hovedoppgaver knyter seg til arbeid på system- og driftsenhetsnivå*». Dette underbygger innklaga sitt syn om at leverandørane si systematiske og overordna tilnærming til oppdraget ville stå sentralt ved evalueringa av tildelingskriteriet.

- (34) Klagenemnda forstår etter dette at innklaga ba om skildringar av rutiner og metoder på eit overordna systemnivå. Oppdragsskildringa gir ikkje eit direkte inntrykk av at innklaga ønska å kjøpe bedriftshelsetenester som eit «*leiingsverktøy*». Likevel var det ikkje grunnlag for å forstå oppdragsskildringa slik at innklaga sitt hovudfokus ved evalueringa av tildelingskriteriet «*Oppdragsforståing*» ville vere på leverandørane si operative tilnærming til oppdraget, framfor ei overordna systematisk tilnærming.

- (35) Klagenemnda har etter dette kome fram til at innklaga ikkje har brote regelverket knytt til evalueringa av tildelingskriteriet «*Oppdragsforståing*».

Tildelingskriteriet «Kompetanse»

- (36) Klagar gjer gjeldande at innklaga har brote regelverket ved evalueringa av tildelingskriteriet «*Kompetanse*».
- (37) Ved vurderinga av tilboda sett opp mot tildelingskriteria har oppdragsgjevar eit innkjøpsfaglig skjønn, som berre i avgrensa grad kan overprøvast rettsleg. Det kan likevel prøvast om skjønnsutøvinga er usakleg eller vilkårleg, basert på feil faktum eller i strid med dei grunnleggande prinsippa i lova § 4.
- (38) Det går fram av tildelingsbrevet at valde leverandør har mindre psykologkompetanse i Vestland fylke enn klagar, og at valde leverandør «*får trekk for dette*». Innklaga har likevel vurdert det slik at valde leverandør utliknar dette ved å ha «*god tilgang på denne typen kompetanse hos Stamina Census som er aktuelt på det overordna nivået heller enn i den praktiske kvardagen.*»
- (39) I tildelingskriteria var det ikkje stilt krav til kvar kompetansen måtte vere plassert. Innklaga har vurdert at mindre psykologkompetanse lokalt, kunne utliknast med psykologkompetanse utanfor fylket. Klagenemnda meiner ei slik vurdering ligg innanfor innklaga sitt innkjøpsfaglege skjønn. Det er såleis ikkje haldepunkt for at innklaga har brote regelverket ved evalueringa av tildelingskriteriet «*Kompetanse*» på dette punktet.
- (40) Klagenemnda vurderer vidare om klagar sine påstandsgrunnlag knytt til trekk for manglande skildring av tenestane i CV-ane, kan føre fram.
- (41) I skildringa av tildelingskriteriet «*Kompetanse*», sto det at tilbyderane måtte «*dokumentere formal kompetanse og praktisk erfaring med CV på tilbydde personar*». Innklaga har forklart at valde leverandør ikkje har fått uttelling for å skildre tenestene i CV-ane, men for å ha skildra kompetansen på ein betre måte når det gjeld arbeidsmiljøkartlegging og risikovurdering. Ei slik evaluering utgjer ikkje eit brot på regelverket.
- (42) Klagar sine påstandsgrunnlag knytt til dette kan såleis ikkje føre fram.

Manglande avklaring

- (43) Klagar har gjort gjeldande at innklaga har brote regelverket ved ikkje å avklare differansen mellom klagar og valde leverandør i møte eller per e-post.
- (44) Sjølv om differansen mellom tilboda er liten, kan ikkje klagenemnda sjå at det ligg føre noka plikt til å kontakte tilbyderane etter innlevering av tilboda for å finne ut om det var rom for justeringar av tilboda. Klagar kan såleis ikkje få medhald på dette punktet.

Konklusjon:

Vestland fylkeskommune har ikkje brote regelverket for offentlege anskaffelsar.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk