



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Begrunnelse, Tildelingsevaluering, De generelle kravene i § 4

Innklagede gjennomførte en konkurranse om tildeling av konsesjonskontrakt om levering av assistansetimer i ordningen brukerstyrt personlig assistanse til brukere i kommunen. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvbarhet ved tildelingsevalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 8. april 2021 i sak 2021/136

Klager: Uloba - Independent Living Norge SA

Innklaget: Nordre Follo kommune

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

(1) Nordre Follo kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. oktober 2020 en konkurranse om tildeling av en konsesjonskontrakt om levering av assistansetimer i ordningen brukerstyrt personlig assistanse til brukere i kommunen. Konsesjonene hadde en varighet på 2+1+1 år. Anskaffelsens estimerte verdi var 37 millioner kroner per år. Samlet verdi for anskaffelsen var 80 millioner kroner. Tilbudsfristen var 7. desember 2020.

(2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at kommunen hadde til hensikt å inngå avtale med tre leverandører. Det var angitt i konkurransegrunnlaget at «*[a]vtaleforholdet vil bli regulert av NS 8435:2017 med tilhørende blanketter A og B, samt særskilte kontraktsvilkår i vedlegg 1 og 2*».

(3) Det fremgikk følgende av konkurransegrunnlaget om pris:

«Pris pr tjeneste er kr 419,- pr time faktisk utført assistanse, jfr pkt 9.1 i NS 8435:17. Prisen vil være lik for alle kontraktene om brukerstyrt personlig assistanse som vil bli inngått i tjenestekonsesjonsordningen.

Det er ikke anledning til å ta forbehold til prisen eller prismodellen.»

(4) Av punkt 6 «*Tildeling av tjenestekontrakten*» i konkurransegrunnlaget fremgikk følgende om tildelingskriteriene:

«Leverandører som har levert søknad innen fristen og oppfyller vilkårene for å få tjenestekonsesjon, vil bli vurdert for tildeling av tjenestekonsesjon. Oppdragsgiver vil utover dette vurdere søknadene ut fra følgende forhold: Oppdragsforståelse og kvalitet relatert til leverandørens beskrivelse av rutiner og oppfølging av arbeidsledere og assistenter. Leverandørene bes beskrive hvordan de utfører:

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

- *Opplæring rundt gjeldende regler/lovverk om BPA*
- *Etikk, etiske aspekter ved å arbeide som assistent, taushetsplikten.*
- *Arbeidsmiljøloven, herunder system for HMS/ avvik, førstehjelpskurs, medisinkurs*

Beskrivelsen skal maks være på maks 6 A4-sider, enkel linjeavstand, Calibri 11.»

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede 13 tilbud, herunder fra Uloba Independent Living Norge SA (heretter klager).
- (6) Av klagers tilbud fremgikk følgende under overskriften «*Individuelle opplæringsbehov som ikke arbeidsleder kan tilfredsstillere*»:

«Vi legger til rette for at arbeidsledere kan sikre individuelle opplæringsbehov hos assistentene i de ulike ordningene. Dette kan være opplæring knyttet til løfteteknikk, førstehjelp, kommunikasjonskurs, tegn til tale med mer. Utgifter knyttet til de individuelle opplæringene dekkes av Uloba. I tillegg kan vi innvilge dekning av kursutgifter og lønn til assistenter under opplæring, der dette er knyttet til relevant spisskompetanse i den enkelte ordning. Målet er å sikre kvaliteten på assistansen.

I de tilfellene kommunen krever spesiell kompetanse i en ordning, som for eksempel kurs i pustetekniske hjelpemidler, adferd, medisin håndtering, kurs i Epilepsi med mer, avtales dette med kommunen i hvert enkelt tilfelle.»

- (7) Av klagers tilbud fremgikk følgende om medisinkurs:

«BPA er ikke ment å omfatte tjenester som krever medisinsk faglig kompetanse (jf. Prop. 86 L «Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven (rett til brukerstyrt personlig assistanse)» og rundskriv I-20/2000). Dersom arbeidsleder ønsker eller har behov for at assistentene gjennomfører medisinkurs, dekkes dette av Uloba. Vårt formål er å trygge arbeidsmiljøet til assistentene. Der hvor kommunen krever medisinkurs i enkeltordninger, legger vi til rette for dette i samarbeid med kommunen for å sikre en forsvarlig tjeneste.»

- (8) Av melding om tildeling av kontrakt datert 18. desember 2020, fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med leverandørene Olivia Assistanse AS, Prima Omsorg AS og Unicare BAB AS. Det fremgikk følgende om evalueringen av tilbudene:

«Vi har [...] angitt [at] vi tildeler konsesjoner til leverandører som har den beste beskrivelsen av rutiner og oppfølging av arbeidsledere og assistenter i henhold til følgende punkter:

- *Opplæring rundt gjeldende regler/lovverk om PBA*
- *Etikk, etiske aspekter ved å arbeide som assistent, taushetsplikten.*
- *Arbeidsmiljøloven, herunder system for HMS/avvik, førstehjelpskurs, medisinkurs*

Generelt sett har alle de kvalifiserte leverandørene i konkurransen svært gode, konkrete og utfyllende rutiner og oppfølgingsplaner for arbeidslederne og assistentene.

Leverandørene Olivia Assistanse AS, Prima Omsorg AS samt Unicare BAB AS er likevel vurdert som de beste i konkurransen.»

- (9) Videre fremgikk det følgende om evalueringen av klagers tilbud:

«Om tilbudet fra ULOBA SA kan vi opplyse at leverandøren generelt har en god beskrivelse, men gir en noe uklar beskrivelse av om «de kan innvilge dekning av kursutgifter og lønn til assistenter under opplæring». Dette gir en noe usikkerhet mht denne opplæringen. Leverandøren har også en uklar formulering mht opplæring i bla medisinkurs, hvor det beskrives «dette avtales med kommune i hvert enkelt tilfelle». Dette gir en usikkerhet om opplæringen tilbys som en «standard». Leverandøren får derfor et trekk for dette.»

- (10) Innklagede omgjorde tildelingen i brev av 25. januar 2021. Det var gitt følgende begrunnelse for omgjøringen:

«I dette tilfellet er evalueringen av tildelingskriteriene gjennomført i strid med konkurransegrunnlaget da den er mangelfull i sin beskrivelse. Tildelingen er derved i strid med forskriften, og vilkårene for å omgjøre tildelingsbeslutning vurderes som oppfylt.

Oppdragsgiver har i hht forskriften ikke muligheter for å foreta en ny skjønnsutøvelse i evaluering av tilbudene. Oppdragsgiver har likevel ut fra det utøvede skjønn, lagt samme vurdering til grunn ved en «re-evaluering» av søknadene og ser grunn til å være mer presis i poenggivingen. En slik poenggiving må benyttes for å nyansere skillet mellom leverandørene. I evalueringstabellen med poengscore er leverandørene tildelt «hele» poeng. De tre beste leverandørene som opprinnelig ble tildelt konsesjon fikk 10 poeng. Fire andre leverandører ble tildelt 9 poeng. I en «re-evaluering», som nå er aktuell med disse fire leverandørene, benyttes i tillegg desimalene i poengscoren som er vurdert tidligere.»

- (11) Kontrakt ble etter dette tildelt Olivia Assistanse AS, Prima Omsorg AS og Mio BPA AS (heretter *de valgte leverandørene*). Innklagede viste videre til følgende poengsetting for samtlige leverandører:

Nedenfor følger tildeling av poeng i konkurransen.

Unicare BAB AS	Mio BPA AS	Stendi AS	Human Care AS	Uloba SA	Ecura hjemmetjeneste og BPA	Aberia Avlastning BPA AS	HAV AS	Prima Assistanse as	Olivia Assistanse AS	JAG Assistanse as
6	9,2	9	9	9	8	8	8	10	10	8

- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 1. februar 2021.
- (13) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse vil avvendes til klagenemnda har behandlet saken. Saken har derfor blitt behandlet som en prioritert sak.
- (14) Nemdsmøte i saken ble avholdt 7. april 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Klager anfører at oppdragsgivers evaluering er i strid med tildelingskriteriene slik de er definert i konsesjonsgrunnlaget. Det fremgår av tildelingsbeslutningen at klager generelt har en god beskrivelse, men har fått trekk i scoren på grunn av to uklare formuleringer. Tilbudene er altså evaluert på best beskrivelse, og ikke kvalitative forskjeller i selve ytelsen. Klager mener også at oppdragsgivers fortolkning av klagers tilbud er feil og innebærer en vilkårlig skjønnsutøvelse i strid med grunnprinsipper om likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet.
- (16) Klager anfører at det er i strid med anskaffelsesloven § 4 og krav til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet at innklagede endret poengscore i den omgjorte tildelingsbeslutningen ved å bruke desimaler i poenggivningen. Å endre den aktuelle tilbyders (og kun denne) score fra 9 til 9,2 er i strid med prinsippet om likebehandling, og det er i strid med prinsippet om forutberegnelighet å innføre et poengsystem med desimaler der det ikke kan redegjøres for hvordan desimalscoren fastsettes.
- (17) Begrunnelsen for tildelingen er i strid med regelverket. Kommunens eneste begrunnelse for tildeling er av valgte leverandører er vurdert som de beste i konkurransen og at det på forespørsel ble oppgitt score. Dette er ikke i samsvar med forskriftens krav til begrunnelse, da det ikke gis noen opplysninger om valgte tilbuds egenskaper eller relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved evalueringen av klagers tilbud. I sitt tilbud har klager på den ene siden anerkjent standardkontraktens formulering om at opplæring er inkludert i prisen. På den andre siden inneholder tilbudet også et avsnitt som skaper tvil om hva slags opplæring som faller inn under avtalen og i hva slags opplæring som ikke gjør det. Dette skaper en situasjon hvor omfanget av avtalen er uavklart. Uklare og forvirrende beskrivelser vil medføre en usikkerhet om hva det kvalitative innholdet i tilbudet er. Forholdet utløser også en økonomisk usikkerhet for kommunen siden det er uavklart hvilken opplæring som er inkludert i prisen og hvilken opplæring det skal betales for separat. Det er klager som er nærmest til å bære ansvaret for uklarheter i sitt eget tilbud.
- (19) I kommunens nye evaluering av tilbudene ble det ikke foretatt noen ny skjønnsmessig vurdering. Bakgrunnen for re-evalueringen var at kommunen hadde oversett en klar mangel ved tilbudet fra en av tilbyderne man hadde besluttet å gi konsesjon til. I tråd med forskrift om konsesjonskontrakter § 14-5 (4) ble tildelingsbeslutningen omgjort. Den eneste endringen som ble gjort var at poengscoren til tilbudet som inneholdt en feil, ble oppdatert slik at mangelen i tilbudet ble tatt med som en faktor i score-settingen. Ved den første poengsettingen var det ikke nødvendig å tallfeste vurderingen så finmasket som ved den andre poengsettingen, siden de innbyrdes forskjellene mellom tilbudene var store nok ved bruk av hele tall. Da dette ble nødvendig senere, ble den allerede utførte, skjønnsmessige vurderingen uttrykt med desimaler for å skille kandidatene fra hverandre.
- (20) Innklagede bestrider at begrunnelsen er i strid med regelverket. I den begrunnelsen som har blitt gitt til klager har innklagede fremholdt at alle leverandører hadde gode, konkrete og utfyllende rutiner og oppfølgingsplaner for arbeidsledere og assistenter, men at de

tilbyderne som ble valgt, hadde bedre løsninger enn de øvrige. Videre har innklagede uttalt spesifikt om klagers tilbud at det ble trukket for uklarheter om omfanget av hvilken opplæring av assistenter som var omfattet av tilbudet, både generelt og spesifikt for medisinkurs. Ut fra dette er det klart at de valgte leverandørene ikke hadde slike begrensninger eller uklarheter om avtalenes omfang, som altså er den egenskapen og den relative fordelene i de valgte leverandørenes tilbud.

Klagenemndas vurdering:

(21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder tildeling av konsesjonskontrakt om levering av assistansetimer i ordningen brukerstyrt personlig assistanse, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi var 80 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 (anskaffelsesloven) følger anskaffelsen forskrift om konsesjonskontrakter av 12. august 2016 nr. 97 (konsesjonskontraktforskriften) del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Ulovlig evaluering – «Oppdragsforståelse og kvalitet»

(22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriet «*Oppdragsforståelse og kvalitet*». Som begrunnelse har klager anført at klagers tilbud feilaktig ble trukket i poeng for en uklar beskrivelse av hvorvidt klager ville dekke lønn til assistenter under opplæring og medisinkurs.

(23) Den rettslige kontrollen med evalueringen av tilbudene er begrenset. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, basert på feilaktig faktum eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4, jf. eksempelvis Rt. 2007 side 1783 (NIDA), avsnitt 44 og klagenemndas avgjørelse i sak 2018/246, avsnitt 37. Dette beror i første rekke på om skjønnen er utøvd i tråd med det som en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder hadde grunn til å forvente, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2018/232, avsnitt 26.

(24) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at tilbudene skulle evalueres basert på tildelingskriteriet «*Oppdragsforståelse og kvalitet*». Kriteriet skulle dokumenteres oppfylt gjennom en beskrivelse av «*rutiner og oppfølging av arbeidsledere og assistenter*», og en beskrivelse av utførelsen av «*[o]pplæring rundt gjeldende regler/lovverk om PBA*», «*Etikk, etiske aspekter ved å arbeide som assistent, taushetsplikten*», og «*Arbeidsmiljøloven, herunder system for HMS/ avvik, førstehjelpskurs, medisinkurs*».

(25) Av tildelingsbeslutningen fremgikk det at klager hadde fått trekk i evalueringen fordi tilbudet ga en «*noe uklar beskrivelse*» av hvorvidt kursutgifter og lønn til assistenter under opplæring ville dekkes av leverandøren, og videre at tilbudet inneholdt en «*uklar formulering mht opplæring i bla medisinkurs*», som «*gir en usikkerhet om opplæringen tilbys som en "standard"*».

(26) Av klagers tilbud fremgår det at utgifter til individuelle opplæringer dekkes av klager, og at klager «*[i] tillegg kan [...] innvilge dekning av kursutgifter og lønn til assistenter under opplæring, der dette er knyttet til relevant spisskompetanse i den enkelte ordning.*» Videre stod det at «*i de tilfellene kommunen krever spesiell kompetanse i en ordning, som for eksempel [...] medisinhåndtering [...], avtales dette med kommunen i hvert enkelt*

tilfelle.» Om medisinkurs stod det at «dersom arbeidsleder ønsker eller har behov for at assistentene gjennomfører medisinkurs, dekkes dette av [klager].»

- (27) Klagenemnda er enig med innklagede i at formuleringene i klagers tilbud er noe uklare med hensyn til om og i hvilken grad kursutgifter og medisinkurs er omfattet av tilbudet.
- (28) Slik saken er opplyst, og slik saken er lagt opp av partene, er det imidlertid ikke et spørsmål om klagers tilbud – på grunn av disse formuleringene – inneholdt et avvik fra konkurransegrunnlaget eller kontraktsbestemmelsene. Slik klagenemnda har forstått saken, har formuleringene kun medført et trekk ved vurderingen av tilbudet.
- (29) Innklagede har forklart at uklarheten i klagers tilbud medfører en risiko for at innklagede må dekke utgifter til opplæring og medisinkurs. Slik klagenemnda forstår dette, er altså trekket i tildelingsevalueringen begrunnet i at tilbudet kunne innebære en økonomisk risikooverføring fra klager til innklagede.
- (30) I begrunnelsen for tildelingsevalueringen, er imidlertid ikke denne sammenhengen mellom uklarheten og økonomisk risiko beskrevet nærmere. For klagenemnda fremstår det ikke som klart hvordan formuleringene om dekning av kursutgifter i klagers tilbud, innebærer at klager har vist en dårligere kvalitet og oppdragsforståelse enn de valgte leverandørene. Klagenemnda kan heller ikke se at innklagede har vist hvorfor de valgte leverandørene ble vurdert som bedre på dette punktet, eller hvordan trekket klager har fått er forankret i tildelingskriteriet «*kvalitet og oppdragsforståelse*». Dette innebærer et brudd på kravet til etterprøvbarehet, jf. anskaffelsesloven § 4.
- (31) Klager har også anført at innklagede brøt regelverket ved omgjøringen av tildelingsbeslutningen. Klager har vist til at innklagede endret en av de valgte leverandørenes score fra 9 til 9,2 poeng ved omgjøringen.
- (32) Det følger av forskriften § 14-5 (4) at «*[d]ersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør er i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres frem til konsesjonskontrakten er inngått*». Dette er forstått slik at oppdragsgiver både kan og skal rette opp feil ved den foregående evalueringen. Omgjøringen må være både egnet og begrenset til å rette feilen.
- (33) Innklagedes begrunnelse for omgjøringen var at man i den opprinnelige tildelingsbeslutningen hadde gjort en feil ved evalueringen av en av tilbyderne man hadde besluttet å tildele konsesjonskontrakt. Innklagede har ikke gitt nærmere informasjon om hva denne feilen besto av.
- (34) I omgjøringsbeslutningen har innklagede angitt at de tre beste tilbyderne i den opprinnelige evalueringen ble tildelt ti poeng hver, mens fire andre tilbydere – herunder klager – fikk ni poeng hver. Innklagede har forklart at man derfor benyttet desimaler ved poenggivningen i den omgjorte tildelingsbeslutningen «*for å nyansere skillet mellom leverandørene*» som hadde fått ni poeng i den opprinnelige evalueringen. Innklagede har likevel fastholdt at den samme skjønnsmessige vurderingen er lagt til grunn ved begge tildelingsbeslutningene.
- (35) Klagenemnda kan i utgangspunktet ikke se at introduksjonen av desimalpoeng i omgjøringsbeslutningen i seg selv er i strid med regelverket. Innklagede har imidlertid ikke fremlagt dokumentasjon på den opprinnelige skjønnsmessige evalueringen og

poengsetting av de beste tilbudene. Klagenemnda har dermed ikke grunnlag for å ta stilling til hvorvidt endringen av valgte leverandørs poeng fra 9 til 9,2 utgjør en endret skjønnsutøvelse. Også dette utgjør et brudd på kravet til etterprøvarhet i tildelingsevalueringen, jf. anskaffelsesloven § 4.

- (36) Det ovennevnte bruddet «*kan ha påvirket resultatet av konkurransen*», og gir følgelig grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforakriften § 13.

Konklusjon:

Nordre Follo kommune har brutt kravet til etterprøvarhet i tildelingsevalueringen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk