



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. Vedståelse. De generelle kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en konkurranse om tildeling av konsesjonskontrakt om levering av assistansetimer i ordningen brukerstyrt personlig assistanse (BPA) til brukere i kommunen. Klager anførte at innklagede hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp. Videre anførte klager at det ikke var adgang til å gjenoppfriske vedståelsesfristen etter konsesjonskontraktforskriftens regler. Til slutt anførte klager at innklagede hadde handlet i strid med de grunnleggende prinsippene i loven. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til likebehandling i loven § 4, ved at den siste anmodningen om forlengelse av vedståelsesfristen kun ble sendt til de valgte leverandørene. Klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 8. desember 2021 i sak 2021/1480

Klager: Uloba – Independent Living Norge AS

Innklaget: Nordre Follo kommune

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus 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. Anskaffelsen var i kunngjøringen estimert til 80 millioner kroner. Tilbudsfristen var 7. desember 2020.
- (2) Om formålet med tjenestekonsesjonen fremkom følgende:
«Formålet med tjenestekonsesjonsordningen er å legge til rette for at brukere av BPA skal få en reell valgmulighet i henhold til hvilke leverandører de ønsker skal utføre tjenestene (brukervalg). Samtidig skal ordningen sikre at brukerne får den hjelpen de har krav på etter helse- og omsorgstjenesteloven.»
- (3) I konkurransegrunnlaget var det angitt at tre leverandører ville bli tildelt konsesjon.
- (4) Det var angitt en foreløpig tidsplan, hvor det fremkom at valg av leverandør var planlagt i uke 52. Kontrakt ville bli inngått *«tidligst 10 dager etter meddelelse om tildeling av konsesjon»*. Det var presisert at tidspunktene etter åpning av tilbudene var foreløpige.

- (5) Innklagede hadde ikke satt en vedståelsesfrist i konkurransegrunnlaget, men det fremkom at «[e]n eventuell forlengelse av vedståelsesfrist kan kun skje med leverandørens samtykke».
- (6) Leverandørene konkurrerte ikke om pris, da denne var fastsatt i konkurransegrunnlaget. Prisen var 419 kroner per time faktisk utført assistanse, og det var ikke adgang til å ta forbehold om prisen eller prismodellen.
- (7) I konkurransegrunnlaget var det angitt følgende om hvordan innkomne tilbud ville bli evaluert:

«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:

- *Opplæring rundt gjeldende regler/lovverk om PBA*
- *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.»

- (8) Innen utløpet av tilbudsfristen kom det inn tilbud fra 13 leverandører, herunder fra Uloba – Independent Living Norge AS (heretter *klager*), Olivia Assistanse AS, Mio BPA AS, Prima Omsorg AS og Unicare BAB AS. To av leverandørene som innga tilbud ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (9) I tildelingsbeslutning av 18. desember 2020 ble kontrakt tildelt Olivia Assistanse AS, Prima Omsorg AS og Unicare BAB AS. Opprinnelig karenperiode var satt til 8. januar 2021, men ble først utvidet til 14. januar 2021 og deretter til 21. januar 2021.
- (10) Klager klaget på tildelingen i brev av 10. januar 2021. Klager anførte at evalueringen av klagers tilbud var feil, samt at begrunnelsen som var gitt i tildelingsbeslutningen var mangelfull.
- (11) Det innkam også to andre klager på den første tildelingsbeslutningen. På grunn av klagen ble karenperioden utsatt til 28. januar 2021.
- (12) Innklagede svarte på klagers klage i brev datert 18. januar 2021. Klagen ble avvist på alle punkter. Klager innga så ny klage 22. januar.
- (13) Tildelingen ble omgjort 25. januar 2021. Av beslutningen fremkom følgende:

«Det følger av forskrift om konsesjonskontrakter jf §14-5 (4), at dersom oppdragsgiver finner at tildelingen er i strid med forskriften kan beslutningen omgjøres frem til konsesjonskontrakten er inngått.

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.»

- (14) Kontrakt ble etter dette tildelt Olivia Assistanse AS, Prima Omsorg AS og Mio BPA AS (heretter *de valgte leverandørene*). Karensperioden ble satt til 5. februar 2021.
- (15) Klager sendte den 1. februar 2021 inn klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Innklagede avvendet kontraktinngåelse inntil saken var blitt behandlet av klagenemnda. Leverandørene ble derfor bedt om å forlenge vedståelsen av sine tilbud inntil avgjørelse i saken forelå.
- (16) Avgjørelse fra klagenemnda ble avsagt 8. april 2021, se sak 2021/136. Av avgjørelsen fremkommer det at introduksjon av desimalpoeng i omgjøringsbeslutningen ikke i seg selv er i strid med regelverket. Det var imidlertid ikke fremlagt dokumentasjon på den opprinnelige skjønsmessige evalueringen og poengsettingen av de beste tilbudene. Dette medførte at nemnda ikke kunne ta stilling til hvorvidt endringen av en av de valgte leverandørenes poengscore fra 9 til 9,2 utgjorde en endret skjønnsutøvelse. Dette ble ansett som et brudd på kravet til etterprøvbarehet, jf. anskaffelsesloven § 4.
- (17) I brev av 21. april 2021 ble leverandørene på nytt bedt om å vedstå sine tilbud til 7. mai 2021.
- (18) Den 27. april 2021 ble leverandørene informert om at innklagede på bakgrunn av klagenemndas avgjørelse opprettholdt tildelingsbeslutningen av 25. januar 2021. For å rette bruddet på kravet om etterprøvbarehet, ga innklagede ytterligere informasjon om den opprinnelige skjønsmessige evalueringen og poengsettingen av de beste tilbudene. Det ble ikke satt ny karensfrist, som følge av at tildelingen var den samme.
- (19) Klager klaget på tildelingsbeslutningen i brev av 28. april 2021.
- (20) Som følge av klagen, sendte innklagede melding om anmodning om forlengelse av vedståelsesfrist til samtlige leverandører først 6. mai 2021 og senere 25. mai 2021. Av sistnevnte brev ble vedståelsesfristen forlenget til 14. juli 2021.
- (21) Ny tildeling ble foretatt 8. juni 2021. Kontrakten ble tildelt de samme leverandørene som ble tildelt kontrakt den 25. januar 2021. Av begrunnelsen fremgikk følgende:

«Søknadene fra Olivia Assistanse AS, Prima Omsorg AS samt Mio BPA AS er vurdert som de beste i konkurransen fordi beskrivelsene viser et omfattende og helhetlig opplærings- og oppfølgingsopplegg for assistenter og arbeidsledere. Søknadene fra

Prima Assistanse AS og Mio BPA AS var så gode på samtlige av temaene i tildelingskriteriene at det ikke var relevante trekk å gjøre fra en maksimal poengsum. De var derfor vurdert som like gode. Søknaden fra Olivia Assistanse AS er trukket 0,1 poeng fordi beskrivelsen ikke viser at medisinkurs er en del av den obligatoriske opplæringen.»

(22) Resultatet ble oppsummert på følgende måte:

<i>Mio BPA AS</i>	<i>Stendi AS</i>	<i>Uloba SA</i>	<i>Ecura hjemme- tjenester og BPA</i>	<i>Aberia AvlastningAS</i>	<i>Prima AssistanseAS</i>	<i>Olivia Assistanse AS</i>
<i>9 poeng</i>	<i>8,8 poeng</i>	<i>8,7 poeng</i>	<i>8,3 poeng</i>	<i>8,8 poeng</i>	<i>9 poeng</i>	<i>8,9 poeng</i>

(23) Karensperioden ble satt til 21. juni 2021.

(24) Klager påklaget tildelingen i brev datert 16. juni 2021. I klagen anførte klager at det var i strid med regelverket å foreta en ny skjønnsmessig evaluering av tilbudene og innføre ny evalueringsmodell. I tillegg ble det anført at tildelingskriteriene var ulovlig.

(25) Innklagede svarte på klagen i brev datert 8. juli 2021. Det fremkom her at innklagede hadde gjort en feil, ved at det var foretatt en ny skjønnsutøvelse i evalueringen av tilbudene. Innklagede opplyste om at de ville komme tilbake til hvordan feilen skulle rettes.

(26) I brev datert samme dag, sendte innklagede en meddelelse til samtlige leverandører om at tildelingen av 25. januar 2021 ble opprettholdt. Innklagede utdypet begrunnelsen for denne evalueringen, og mente med dette at feilene som ble slått fast av klagenemnda var rettet. Ny karensfrist ble satt til 19. juli 2021.

(27) Klager påklaget tildelingen 14. juli 2021. Innklagede varslet leverandørene samme dag om at klagen var mottatt, og at karensperioden ble utsatt til 20. august 2021 på grunn av ferieavvikling.

(28) Klager etterlyste svar på klagen den 17. august 2021, og bemerket at vedståelsesfristen var utløpt den 14. juli 2021.

(29) Innklagede svarte på klagen i brev datert 19. august 2021. Av brevet fremkom det at utgått vedståelsesfrist ikke var til hinder for å inngå kontrakt med de valgte leverandørene. Det var en omforent forståelse blant alle de gjenværende deltakende leverandører at konkurransen fortsatt pågikk. I tillegg opplyste innklagede om at de valgte leverandørene var blitt anmodet om å vedstå sine tilbud i brev datert 19. august 2021.

(30) Kontrakt ble inngått med de valgte leverandørene den 23. august 2021.

(31) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. september 2021.

(32) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. desember 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (33) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved å inngå kontrakt etter vedståelsesfristens utløp.
- (34) Konesjonskontraktforskriften gir ikke hjemmel for å gjenoppfriske vedståelsesfristen. Unntaket i anskaffelsesforskriften § 20-6 (3) er en positivrettslig regulering, som fraviker fra alminnelig anbuds- og avtalerett. Denne bestemmelsen kan ikke anvendes analogisk for konesjonskontrakter.
- (35) Dersom anskaffelsesforskriften kommer til anvendelse, er uansett ikke gjenoppfriskningen skjedd «*innen rimelig tid*», jf. forskriften § 20-6 (3).
- (36) Forskyvningen av kontraktinngåelse på åtte måneder har påvirket innholdet i tilbudene og leverandørmarkedet. Innklagede har dermed foretatt en vesentlig endring av kontrakten.
- (37) Innklagede har brutt kravet til likebehandling ved at den siste anmodningen om utsettelse av vedståelsesfrist kun ble sendt til de valgte leverandørene.
- (38) Klager anfører at det er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven at klagers henvendelse og klage ble avslått, og at karensperioden ikke ble forlenget, for deretter umiddelbart inngå kontrakt. Dette har blant annet medført at klager ikke har fått anledning til å angripe tildelingen av kontrakt rettslig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (39) Innklagede har ikke gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse.
- (40) Kontraktinngåelse fem uker etter vedståelsesfristens utløp er ikke en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud.
- (41) Det er ikke i strid med regelverket at den siste henvendelsen om vedståelse av tilbudene kun ble sendt til de valgte leverandørene. Det var ingen forhold som tilsa at konkurransen ikke skulle sluttføres med kontraktinngåelse. I en slik situasjon må det være forutberegnelig for leverandørene at når klagen som begrunnet den utvidede karensperioden, ikke når frem, så inngås det kontrakt.
- (42) Innklagede har ikke handlet i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.

Klagenemndas vurdering:

- (43) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. I slike saker gjelder det ikke noe krav om saklig interesse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd. Påstanden om ulovlig direkte anskaffelse er rettidig fremsatt, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd. Konkurransen gjelder tildeling av konesjonskontrakt om levering av assistansetimer i ordningen brukerstyrt personlig assistanse, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er 80 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om konesjonskontrakter av 12. august 2016 nr. 97 (konesjonskontraktforskriften) del I og del III, jf. forskriften § 5-1 og 5-2.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (44) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om inngåelse av kontrakt etter at det hadde vært en periode hvor vedståelsesfristen var utløpt, før tilbudene igjen formelt ble bekreftet gjenoppfrisket utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.
- (45) Vedståelsesfristen utløp formelt 14. juli 2021. Tilbudene ble deretter formelt bekreftet vedstått på nytt 19. august 2021, og kontrakt ble inngått med de valgte leverandørene den 23. august 2021.
- (46) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (47) Klagenemnda bemerker innledningsvis at en kontraktsinngåelse ikke uten videre utgjør en ulovlig direkte anskaffelse selv om den er skjedd på et tidspunkt hvor valgte leverandørs tilbud ikke lenger var bindende. Dette er lagt til grunn av Hålogaland lagmannsrett i sak LH-2014-189202, og det er fulgt opp av klagenemnda i flere saker, se blant annet 2016/97 og 2020/621. Basert på det resultatet klagenemnda kommer til, er det ikke nødvendig å ta stilling til dette i denne saken.
- (48) Klagenemnda kan ikke se at det er i strid med de grunnleggende prinsippene å gjenoppfriske vedståelsesfristen. Innklagede informerte leverandørene om at det var mottatt ny klage den 14. juli 2021, og at karenperioden derfor ble utsatt til etter avvikling av sommerferie den 20. august 2021. Ved en forglemmelse ble ikke leverandørene bedt om å forlenge vedståelsesfristen som utløp 14. juli 2021. For tilbyderne i konkurransen måtte det være klart at oppdragsgiver mente å slutføre anskaffelsen når ferien var avviklet og klagen behandlet.
- (49) Avgjørende for vurderingen av om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, er om gjenoppfriskning av vedståelsesfristen etter utløpt frist, ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud, jf. forbudet mot å gjøre vesentlig endringer.
- (50) I denne saken ble planlagt kontraktinngåelse utsatt åtte måneder som følge av flere klagerunder. Spørsmålet er om forskyvningen av kontraktinngåelse har medført at markedet har endret seg, slik at det ikke lenger er forsvarlig å avgjøre konkurranse basert på de innkomne tilbud fra de tilbyderne som valgte å delta i anskaffelsen.
- (51) Klager anfører at utsettelsen har medført at flere nye leverandører er blitt etablert.
- (52) At det er etablert nye leverandører i et marked siden opprinnelig tilbudsfrist, innebærer ikke at oppdragsgiver vil foreta en vesentlig endring ved å forlenge vedståelsesfristen. Dersom etableringen av nye aktører skal tilsi at det skjer en vesentlig endring, må det være fordi det har skjedd en stor endring i markedet av hvem som er aktuelle tilbydere.
- (53) Klagenemnda kan heller ikke se at det er sannsynliggjort at markedet har vesentlig endret seg i perioden mellom tilbudsfristen og kontraktsinngåelsen. Konkurransen gjelder anskaffelse av løpende tjenesteytelser, som til enhver tid er avhengig av personellet som er ansatt hos de ulike leverandørene. Denne kontraktstypen skiller seg fra eksempelvis bygge- og anleggskontrakter, hvor tilgjengelig kapasitet er avhengig av hvilke prosjekter leverandørene til enhver tid har bundet opp ressurser til. Klagenemnda har ikke

holdepunkter for at kontraktsgjenstanden i denne saken påvirkes av hvilken tid på året kontrakten inngås, eller at det er andre forhold som tilsier at andre leverandører enn de som deltok ville ha deltatt i konkurransen.

- (54) Klager har heller ikke vist til forhold som tilsier at leverandørene ville ha utformet tilbudene annerledes, dersom de hadde visst at kontraktinngåelsen ville bli utsatt.
- (55) Klagenemnda tilføyer også at tiden det tok å gjennomføre anskaffelsen skyldes klagebehandling, herunder at innklagede valgte å vente på en prioritert behandling av en klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Å gi en god og grundig behandling av mottatte klager kan ikke medføre at oppdragsgiver foretar en vesentlig endring av anskaffelsen. Man kan ikke ha en regel som i praksis fører til at klager kan presse frem an avlysning fordi det tar tid å behandle klage til klagenemnda, evt. en sak om midlertidig forføyning. En slik tolkning av reglene om vesentlige endringer ville hindre oppdragsgivere å behandle mottatte klager på en grundig måte.
- (56) På bakgrunn av dette er nemnda kommet til at det ikke foreligger en vesentlig endring av grunnlaget for anskaffelsen. Inngåelse av kontrakt etter vedståelsesfristens utløp utgjør dermed ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

Vedståelsesfrist

- (57) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved at den siste anmodningen om utsettelse av vedståelsesfrist kun ble sendt til de valgte leverandørene.
- (58) Klagenemnda er enig med klager i at vedståelsesfristen må forlenges med alle de gjenværende deltakerne i konkurransen, inntil kontrakt er inngått. Nemnda kan imidlertid ikke se at bruddet har hatt praktisk betydning i denne konkurransen.

Karensperiode

- (59) Klager anfører at det er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven at klagers henvendelse og klage ble avslått 19. august 2021, med beskjed om at karensperioden som var satt til 20. august 2021 ikke ble forlenget og at kontrakt ville bli inngått umiddelbart. Klager anfører at fremgangsmåten har medført at klager mistet muligheten til å angripe tildelingen rettslig.
- (60) Det fremkom av tildelingsbeslutningen 8. juli 2021 at karensperioden utløp 20. august 2021. Fastsettelsen av en karensperiode gir leverandørene tid til å vurdere om de ønsker å begjære midlertidig forføyning og få stanset kontraktinngåelsen. Klagenemnda er derfor ikke enig i at klager mistet muligheten til å angripe tildelingen rettslig. Klagers anførsel kan ikke føre frem.

Konklusjon:

Nordre Follo kommune har brutt kravet til likebehandling i loven § 4, ved at den siste anmodningen om forlengelse av vedståelsesfristen kun ble sendt til de valgte leverandørene.

Klagers øvrige anførsler om brudd på regelverket, har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Alf Amund Gulsvik

Dokumentet er godkjent elektronisk