



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

**Saken gjelder:** Avlysning. De generelle kravene i § 4. Habilitet. Tilbudsevaluering.

*Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vikartjenester til helsesektoren. Innklagede fant at det forelå feil ved den første tildelingsevalueringen, og omgjorde derfor tildelingsbeslutningen. Klagenemnda kom i sak 2022/1797 til at denne omgjøringen var ulovlig, og innklagede opprettholdt derfor den opprinnelige tildelingen. Klager anførte at denne tildelingsbeslutningen uansett var ugyldig som følge av inhabilitet i evalueringsgruppen, og videre at det forelå brudd på de generelle kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved tilbudsevalueringen. Under klagenemndas behandling opplyste innklagede at man var enig med klager i at et medlem av evalueringsgruppen var inhabil, og at det ville bli gjennomført ny tildelingsevaluering med nye personer. Ettersom tildelingsbeslutningen uansett var annullert, fant klagenemnda at klager ikke hadde saklig klageinteresse i å få avgjort disse anførselene. Klager anførte subsidiært at det forelå plikt til å avlyse konkurransen, men denne anførselen førte ikke frem.*

### Klagenemndas avgjørelse 21. april 2023 i sak 2023/122

**Klager:** Randstad Care AS

**Innklaget:** Tromsø kommune

**Klagenemndas medlemmer:** Bjørn Berg, Karin Fløistad og Sverre Nyhus.

#### Bakgrunn:

- (1) Tromsø kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 27. juni 2022 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av vikartjenester til Tromsø og Karlsøy kommune. Anskaffelsens verdi ble i konkurransegrunnlaget estimert til 135 millioner kroner. Tilbudsfrist var 30. august 2022.
- (2) Det fulgte av konkurransegrunnlaget pkt. 1.1.1 at formålet med anskaffelsen var å inngå parallelle rammeavtaler med inntil åtte leverandører for kjøp av vikartjenester, hovedsakelig innenfor stillingskategoriene sykepleier og helsefagarbeider. Det var tatt forbehold om at det ved behov også kunne etterspørres andre stillingskategorier innen helse.
- (3) Konkurransens tildelingskriterier var «Pris» (80 prosent) og «Leveringskapasitet» (20 prosent).
- (4) Tildelingskriteriet «Leveringskapasitet» ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 3.1.2 evalueres slik:

**Postadresse**  
Postboks 511  
Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse**  
Zander Kaaes gate 7  
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: [post@knse.no](mailto:post@knse.no)  
[www.klagenemndssekretariatet.no](http://www.klagenemndssekretariatet.no)

*«Tilbyder skal oppgi antall sykepleietimer levert i det norske markedet siste 2,5 år og beskrive hva disse tallene sier om leverandørens evne til å ha en høy leveringsgrad i kontrakten med Oppdragsgiver.*

### ***Evaluering av kriteriet:***

*Oppdragsgiver vil gjøre en skjønsmessig helhetsvurdering av sannsynlig fremtidig leveringsevne i kontrakten basert på besvarelsen for alle punktene a) til e). Leverandøren med størst sannsynlig leveringsevne vil få maks score, mens det blir gitt en score som gjenspeiler relevante forskjeller for øvrig tilbud.*

#### *1. Angivelse av antall sykepleietimer levert, pkt a-c):*

*Tilbyder skal fylle ut antall sykepleietimer levert i det norske markedet siste 2,5 år. Timer som ikke er definert som ordinær timelønn skal holdes utenfor beregningen. Det betyr at ulike skifttillegg, overtid, helligdagsgodtgjørelse UB tillegg etc ikke skal beregnes med i timetallet.*

#### *2. Dokumentasjon pkt d.) :*

*Antall sykepleietimer i henhold til ovennevnte skal være bekreftet av revisor med et vedlegg. Det skal fremgå av revisors bekreftelse at timetallet er begrenset til sykepleietimer levert i nevnte tidsperiode til det norske markedet. Leverandøren med størst sannsynlig leveringskapasitet vil få maks score, mens det blir gitt en score som gjenspeiler relevante forskjeller for øvrige tilbud. Leverandører som viser til statistikk hvor timene er oppgitt fordelt per måned og samtidig kan vise til jevn leveranse av vikarer over året vil oppnå uttelling for det i evalueringen.*

#### *3. Tilbyders evne til å ha høy leveringsgrad pkt e.):*

*Tilbyder skal i eget vedlegg beskrive hva tallene sier om leverandørens evne til å ha en høy leveringsgrad i kontrakten med Oppdragsgiver. Beskrivelsen skal også angi hvilke perioder på året Tilbyder ser de største utfordringer med å skaffe vikarer og hvilke tiltak som gjøres for å sikre en mest mulig stabil tilgang på vikarer over hele året. Maks 1 side i skriftstørrelse 12, vanlig marg og linjeavstand. Tekst ut over 1 side vil ikke bli vurdert.»*

- (5) I kravspesifikasjonen var det oppstilt en rekke krav som leverandørene skulle bekrefte oppfyllelse av ved å svare «ja» eller «nei». Det var ikke lagt opp til at leverandørene skulle gi en ytterligere beskrivelse av oppfyllelse av kravene. Dette gjaldt blant annet krav om at leverandøren skulle bestrebe seg etter å tilby samme vikar til virksomheter hvor vikaren tidligere hadde jobbet. Videre gjaldt det krav om organisering av eventuelle behov for boliger og reiser for vikarene, og videre at leverandøren måtte oppgi eventuelle behov for boliger i Karlsøy.
- (6) Ved tilbudsfristens utløp forelå det tilbud fra 15 leverandører, herunder fra Randstad Care AS (heretter klager).
- (7) Den 26. september 2022 orienterte innklagede om at man ville inngå parallelle rammeavtaler med åtte leverandører. Klager ble rangert som nummer ni og ble dermed ikke tildelt rammeavtale.

- (8) Klager ba innklagede om en utvidet begrunnelse for tildelingen. Innklagede svarte 29. september 2022 at:

*«Under leveringskapasitet har vi vurdert deres besvarelse til 5 av 10. Vi ser at dere har levert et høyt antall timer i det norske markedet, som fordeler seg jevnt over året. Dere er belønnet for dette. Det er videre positivt at dere har en rekke faste ansatte, men her ville det også vært ønskelig at dere sa noe om stillingsprosent. De tiltakene som beskrives for å sikre levering i pressperioder er gode.*

*Leverandørene som skårer høyere enn dere har gjerne beskrevet flere gode tiltak for pressperioder (og for så vidt ellers på året), som vi har valgt å belønne. Herunder kan jeg eksempelvis nevne lokal innretning i form av boliger etc., rekrutteringstiltak m.m. Samtidig har de med mye av det samme/tilsvarende som dere har beskrevet.»*

- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 12. oktober 2022 og gjorde gjeldende at innklagede hadde lagt vekt på utenforliggende hensyn i tilbudsevalueringen. Klager anførte også at en av deltakere i evalueringsgruppen (heretter «A»), var inhabil fordi vedkommende hadde eierandeler i morselskapet til en av de valgte leverandørene.

- (10) Innklagede besvarte klagen slik 20. oktober 2022:

*«Tromsø kommune tar klagen til følge ved å annullere tildelingsbeslutningen og gjennomføre en ny evaluering. Bakgrunnen for dette er at vi ønsker å innhente en større evalueringsgruppe for å skape ytterligere trygghet rundt vår avgjørelse. Vi ser at det kan svekke tilliten til beslutningen at [A] som tidligere har hatt eierandel i Helsepartner Omsorg AS – har bidratt inn i evalueringsarbeidet.*

*Vi ønsker imidlertid å presisere at vi ikke er enig i at habilitetsbestemmelsene i anskaffelsesforskriften er brutt. [A] har solgt sine eierandeler i Helsepartner Omsorg AS og bidro ikke inn i anskaffelsen før dette ble gjort. Hun hadde dermed ikke eierinteresser på tidspunktet da evalueringen ble gjort. For øvrig bidro hun ikke i evalueringen av Helsepartner Omsorg sitt tilbud. Dette er også noe av grunnen til at vi ønsker å foreta en ny evaluering; at samtlige i evalueringsgruppen kan se alle tilbudene under ett.»*

- (11) Innklagede nedsatte en ny evalueringsgruppe og foretok en ny evaluering som resulterte i tildelingsbeslutning av 4. november 2022. Ved denne tildelingen ble klager tildelt rammeavtale.

- (12) Av den fornyede tildelingsbeslutningen fulgte det at det ikke var vurdert å foreligge feil ved evalueringen av priskriteriet. Bakgrunnen for at innklagede mente det måtte foretas en ny evaluering ble beskrevet slik:

*«Bakgrunnen for at Tromsø kommune gjennomfører en ny tildeling, er at den opprinnelige evalueringen av tildelingskriteriet leveringskapasitet anses å være i strid med forskriften. Det er vurdert at evalueringen ikke samsvarer med beskrivelsen oppgitt i konkurransegrunnlaget pkt. 3.1.2.*

*I den første evalueringen ble leverandørenes oversikt over antall leverte timer vektlagt i for liten grad, og mest brukt som et kontrollpunkt. Oppdragsgiver har foretatt en ny vurdering og erkjenner at det er naturlig å lese konkurransegrunnlaget slik at timene er en sentral del av vurderingen. Dette er endret til denne runden.*

*I selve beskrivelsen under pkt. 3.1.2 e) har vi stort sett belønnet de samme tiltak som ved forrige evaluering. Unntaket er de som beskriver at de ansetter i faste stillinger, da dette uansett er et krav i kontrakt. Beskrivelsen er i enda større grad enn tidligere knyttet opp mot statistikken, for å sjekke om det er samsvar mellom det som skrives og tallene.*

*(...)*

*Tromsø kommune har først sett på tallene og tatt utgangspunkt i disse. Videre har vi sett nærmere på leverandørens beskrivelse av hva tallene sier om deres evne til å levere på den konkrete kontrakten med Oppdragsgiver. Leverandører med høye tall bør herunder ha sagt noe om hvorfor dette konkret har overføringsverdi til kontrakten med Tromsø kommune. Leverandører med lavere tall bør få frem hvorfor de likevel vil klare å ha høy leveringsgrad i den aktuelle kontrakten. Som angitt i konkurransegrunnlaget, har vi belønnet leverandører som viser jevn levering gjennom året.*

*Avslutningsvis har vi sett på leverandørens beskrivelse av pressperioder og tiltak for stabil levering gjennom året. Beskrivelsen er også sett opp mot tallene, f.eks. om beskrivelsen samsvarer med tallenes utvikling. Alle tiltak som Oppdragsgiver mener vil bidra til økt leveringskapasitet er tillagt positiv vekt, herunder bl.a. gode rekrutteringstiltak, planer om oppfølging av Oppdragsgiver, planer for å forenkle logistikk (f.eks. kjøp/leie av boliger m.m.), etc.*

*Den fornyede vurderingen medfører store endringer i poengsum for enkelte leverandører, og gir utslag både positivt og negativt. Dette skyldes altså primært at statistikken er tillagt vesentlig økt vekt, samt at det i større grad er sett på om statistikken og beskrivelsene samsvarer.*

*Som det fremgår av tabellen, har Dedicare AS levert den beste beskrivelsen under kriteriet og blitt tildelt 2 poeng. Dedicare AS har levert svært mange timer de siste 2,5 årene og har gitt en god beskrivelse av hva tallene sier om deres evne til å ha høy leveringsgrad i kontrakten. I tillegg beskrives mange gode tiltak som det er troverdig at fungerer, sett opp mot timetallet. De har levert gode svar på samtlige av de tre momentene i tildelingskriteriet og belønnes derfor med høyeste poengsum.*

*De øvrige leverandørene har fått poeng som representerer forholdet mellom deres tilbud og det beste.»*

- (13) Den 20. desember 2022 mottok klagenemnda en klage på foreliggende anskaffelse fra Helsepartner Omsorg AS. Denne leverandøren ble tildelt rammeavtale ved den første tildelingen 26. september 2022, men ikke ved den omgjorte tildelingen av 4. november 2022. Helsepartner Omsorg AS anførte prinsipielt at omgjøringen av den opprinnelige tildelingsbeslutningen var ulovlig, og subsidiært at det forelå avlysningsplikt som følge av at tildelingskriteriet «Leveringskapasitet» var ulovlig uklart og manglet tilknytning til leveransen.
- (14) Klagenemnda behandlet klagen som en prioritert sak og ga klager medhold i at omgjøringen av tildelingsbeslutningen av 26. september 2022 var ulovlig, se sak 2022/1797 av 8. februar 2023.
- (15) Av relevans for behandling av den foreliggende klagen, er uttalelser fra klagenemndas avgjørelse i sak 2022/1797 avsnitt 43 og 44:

*«Basert på uttalelser i begrunnelsen for den fornyede evalueringen er det imidlertid et forhold som fremstår som noe uklart for nemnda, og som innklagede må vurdere nærmere i relasjon til opprettholdelse av opprinnelig tildeling og eventuelt avlysning. Dette gjelder at innklagede i den første evalueringen kan synes å ha gitt enkelte leverandører uttelling for oppfyllelse av et kontraktskrav om ansettelse av vikarer i faste stillinger. Det fremstår også noe uklart om innklagede har ment at dette forholdet isolert sett medfører at tildelingen er i strid med forskriften. Det er heller ikke klart for nemnda om innklagede har gjort en vurdering av om dette forholdet kan rettes. Slik saken er opplyst, fremstår det imidlertid ikke som sannsynlig at en feil ved evalueringen på dette punktet kan ha påvirket utfallet av konkurransen.*

*Klagenemnda finner dermed at innklagede ikke har godtgjort at den opprinnelige tildelingen var i strid med forskriften. Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å omgjøre tildelingsbeslutningen av 26. september 2022, har dermed ført frem.»*

- (16) Den 10. februar 2023 orienterte innklagede om at de innrettet seg etter klagenemndas avgjørelse ved å annullere tildelingsbeslutningen av 4. november 2022, og opprettholdt den opprinnelige tildelingen av 26. september 2022.
- (17) For klager innebar dette at klager ikke lenger var blant de åtte valgte leverandørene. Klager påklaget derfor omgjøringen på nytt ved klage av 22. februar 2023. Klager anførte igjen at innklagedes evaluering av «*Leveringskapasitet*» var i strid med kravet til forutberegnelighet. Klager anførte på ny at en av deltakerne i vurderingsgruppen var inhabil slik at tildelingsbeslutningen av 26. september 2022 uansett var ulovlig.
- (18) Innklagede tok ikke klagen til følge og begrunnet det blant annet slik i sitt svar av 16. februar 2023:

*«Som argument for at habilitetsbestemmelsene er brutt, anføres at [A] har eierandeler i Helsepartner Omsorg AS (heretter «HPO»), og at det dermed er sammenblanding av [As] roller og eierinteresser i anskaffelsen.*

*[A] hadde ikke eierandeler i HPO på tidspunktet da evalueringen ble gjort og hadde således ikke eierinteresser i selskapet. Videre bidro hun ikke inn i evalueringen av HPO sitt tilbud og hadde dermed ikke innflytelse på poengsummen som ble gitt.*

*Tromsø kommune kan derfor ikke se at argumentasjonen under dette punkt faktisk medfører riktighet. [A] hadde ingen interesse i et bestemt utfall av anskaffelsesprosessen og var habil da tilbudene ble evaluert.»*

- (19) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. februar 2023.
- (20) Innklagede opplyste 3. mars 2023 at man etter at klagen ble sendt til klagenemnda, «*har tatt klagen til følge for punktet som gjelder inhabilitet*» og at innklagede derfor «*planlegger en ny evaluering av tilbudene. Kontrakter er ikke signert og vil således ikke signeres før ny tildeling foreligger.*»
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. april 2023.

## **Anførsler:**

### ***Klager har i det vesentlige anført:***

- (22) Tildelingsbeslutningen av 26. september 2022 er ugyldig som følge av inhabilitet. Innklagede kan ikke lovlig opprettholde denne, og feilen må rettes ved at det foretas en ny evaluering.
- (23) Tilbudsevalueringen er også ulovlig fordi innklagede ga leverandørene uttelling for oppfyllelse av kontraktskrav og obligatoriske krav ved evalueringen av leverandørens «*Leveringskapasitet*». Dette er i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4.
- (24) For det tilfellet at nemnda kommer til at innklagede ikke kan foreta en lovlig og fornyet tilbudsevaluering, anføres det subsidiært at konkurransen må avlyses.

### ***Innklagede har i det vesentlige anført:***

- (25) Det erkjennes at A var inhabil da hun deltok i tilbudsevalueringen, og at tildelingsbeslutningen av 26. september 2022 er ugyldig på dette grunnlag.
- (26) Det bestrides imidlertid at tilbudsevalueringen er ulovlig på grunn av feil ved evalueringen av leverandørens «*Leveringskapasitet*». Det ble ikke gitt uttelling for oppfyllelse av kontraktskrav og obligatoriske krav ved evalueringen av dette tildelingskriteriet.
- (27) Feilen knyttet til inhabiliteten kan rettes ved at det både kan og vil foretas en ny evaluering av en annen evalueringsgruppe, og det foreligger derfor ikke avlysningsplikt.

## **Klagenemndas vurdering:**

- (28) Konkurransen gjelder inngåelse av parallelle rammeavtaler om vikarbyråtenester, som er en tjenesteanskaffelse. Klagen er rettidig fremsatt. Anskaffelsens verdi er estimert til 135 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

### ***Klageinteresse***

- (29) Av klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første punktum fremgår det at klage kan fremsettes av «*enhver som har saklig interesse*» i å få avgjort lovmessigheten av en gjennomført anskaffelse. Klager har deltatt i konkurransen og har i utgangspunktet saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.
- (30) Klagenemnda har i tidligere praksis tolket kravet til saklig interesse slik at klagers interesse i å få avgjort anførselen eller anførselene må være aktuell. Den konkrete vurderingen av om slik aktuell interesse foreligger, må gjøres for hver av de anførselene klager har fremsatt, basert på hvilken betydning en vurdering av disse vil kunne ha for klager, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2019/426 avsnitt 59 og 2021/1416 avsnitt 27.
- (31) Klager har anført at tildelingsbeslutningen av 26. september 2022 er ulovlig som følge av at en av deltakerne i evalueringsgruppen var inhabil da hun deltok i evalueringsarbeidet. Innklagede har erkjent at vedkommende var inhabil og har i tråd med dette annullert tildelingsbeslutningen. Klagenemnda finner derfor at klager ikke lenger har en aktuell

interesse i å få avgjort hvorvidt denne tildelingsbeslutningen var beheftet med feil på grunn av inhabilitet. Anførselen avvises derfor fra behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første punktum.

- (32) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket ved å gi leverandørene uttelling for kontraktskrav og obligatoriske krav ved evalueringen av tildelingskriteriet «*Leveringskapasitet*». Ettersom tildelingsbeslutningen av 26. september 2022 er annullert, mener nemnda at klager heller ikke har aktuell interesse i å få avgjort denne anførselen. Selv om klager og innklagede fortsatt er uenige om flere spørsmål under dette punktet, er det først ved den nye tildelingsbeslutningen at det vil fremkomme hva det gis uttelling for og betydningen dette får for klager. Anførselen avvises derfor fra behandling i nemnda, jf. klagenemndsforordningen § 6 andre ledd første punktum.

#### *Avlysning av konkurranse*

- (33) Klagenemnda tar så stilling til om innklagede kan foreta en lovlig og fornyet tildelingsevaluering, eller om det foreligger plikt til å avlyse konkurransen.
- (34) Skal feilen kunne rettes på annen måte enn ved avlysning, må det være et aktuelt avbøtende tiltak som kan virke i stedet for avlysningen. Eventuelt kan det ikke foreligge andre realistiske alternativer enn å gjennomføre en ny konkurranse snarest mulig, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2022/802 avsnitt 46.
- (35) Det følger av forordningen § 25-1 fjerde ledd at oppdragsgiver kan endre en tildelingsbeslutning frem til kontraktsinngåelse dersom «*den er i strid med forordningen*». Det er ikke anledning til å endre den skjønnsmessige evalueringen av tilbudene i større grad enn feilen nødvendiggjør, jf. klagenemndas avgjørelse i forente saker 2018/329, 2018/340 og 2018/341 avsnitt 77 følgende.
- (36) Innklagede har erkjent at A var inhabil da hun deltok i tilbudsevalueringen. Ettersom omgjøringsadgangen ikke rekker lenger enn feilen tilsier, innebærer det i utgangspunktet at feilen kan rettes ved at A tas ut av vurderingsgruppen. Klagenemnda kan imidlertid ikke utelukke at A sin deltakelse i vurderingsgruppen kan ha virket inn på de øvrige deltakerne. Det er dermed en mulighet for at deltakernes skjønnsutøvelse var farget av As inhabilitet. Dette kan imidlertid rettes ved at det nedsettes en ny vurderingsgruppe der ingen av de tidligere medlemmene deltar.
- (37) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at feilen kan rettes på en annen måte enn ved å avlyse konkurransen. Det foreligger dermed ikke avlysningsplikt.
- (38) Bruddet kan ha påvirket resultatet av konkurransen og gir dermed grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

#### ***Konklusjon:***

Tromsø kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved tilbudsevalueringen.

Feilen kan rettes ved at det foretas en fornyet evaluering og det foreligger ikke avlysningsplikt.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

*Dokumentet er godkjent elektronisk*