



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en anskaffelse av parallelle rammeavtaler for formidling av helsepersonell. Klager anførte at kvalifikasjonskravet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten var ulovlig da det manglet tilknytning til leveransen, var uforholdsmessig og i strid med de grunnleggende prinsippene. Klager anførte subsidiært at avvisningen og nedvelgelsen av klager var i strid med regelverket. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 2. juni 2024 i sak 2023/1104

Klager: Konstali Helsenor AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Hallgrim Fagervold, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. januar 2023 en begrenset tilbudskonkurranse for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for levering av vikartjenester for sykepleiere, spesialsykepleiere og jordmødre. Anskaffelsens verdi ble estimert til 600 millioner kroner per år, og maksimal samlet verdi var 5,5 milliarder kroner. Frist for å levere forespørsel om å delta i konkurransen var 23. januar 2023.
- (2) Rammeavtalen bestod av fem delkontrakter på hver av de fire oppgitte fagområdene. I konkurransegrunnlaget ble det gitt følgende oversikt over delkontraktene:

Delkontrakt	Estimert antall timer
Delområde A: Sykepleier	
A1: Helse Nord RHF	90 000
A2: Helse Midt-Norge RHF	10 500
A3: Helse Vest RHF	29 000
A4: Helse Sør-Øst RHF/OUS HF	30 000
A5: Helse Sør-Øst RHF/Øvrige HF	92 000
Delområde B: Spesialsykepleier intensiv og operasjonssykepleier	
B1: Helse Nord RHF	75 000
B2: Helse Midt-Norge RHF	20 500
B3: Helse Vest RHF	32 000
B4: Helse Sør-Øst RHF/OUS HF	71000

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

B5: Helse Sør-Øst RHF/Øvrige HF	47 000
Delområde C: Øvrige spesialsykepleier (anestesi, pediatri, psykiatri mm. spesialkompetanse innen dialyse/nyresykdom)	
C1: Helse Nord RHF	40 000
C2: Helse Midt-Norge RHF	12 000
C3: Helse Vest RHF	23 000
C4: Helse Sør-Øst RHF/OUS HF	81 000
C5: Helse Sør-Øst RHF/Øvrige HF	40 500
Delområde D: Jordmor	
D1: Helse Nord RHF	10000
D2: Helse Midt-Norge RHF	10000
D3: Helse Vest RHF	42 000
D4: Helse Sør-Øst RHF/OUSHF	14 000
D5: Helse Sør-Øst RHF/Øvrige HF	7 000

- (3) I kvalifikasjonsgrunnlaget var det stilt følgende kvalifikasjonskrav om erfaring og leveringsevne:

«Det er et krav at tilbyder kan sannsynliggjøre erfaring (kapasitet) tilknyttet konkrete leveranser av vikartjenester til spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia. Det er herunder et krav at tilbyder kan vise til erfaring fra leveranser på de delområdene tilbyder søker om deltakelse på.»

- (4) Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres slik:

«Tilbyder skal fylle ut Vedlegg - Tilbyders erfaring. Tilbyder har ikke anledning til å levere inn søknad om kvalifisering for flere delområder som baserer seg på de samme ressursene for å oppfylle kvalifikasjonskravet i tilbyders erfaring og leveringsevne. En tilbyder kan støtte seg på erfaringen til andre selskaper for å oppfylle dette kvalifikasjonskravet. Dette gjelder uavhengig av den juridiske tilknytningen mellom tilbyder og foretaket/foretakene.»

- (5) Det fremgikk av «Vedlegg – Tilbyders erfaring» at leverandørene skulle «oppgi antall leverte timer i perioden fra 1. juli 2021 til og med 30. juni 2022 (3Q2021 – 2Q2022) til det enkelte sykehus».
- (6) Videre fremgikk det av kvalifikasjonsgrunnlaget at det skulle foretas en utvelgelse basert på en evaluering av hvilke leverandører som anses best kvalifisert på bakgrunn av kvalifikasjonskravene «tilbyders erfaring og leveringsevne, tilbyders kvalitetssikringssystem og tilbyders system for oppdragshåndtering». Leverandørens erfaring og leveringsevne ville bli tillagt vesentlig større vekt enn de to andre kravene.
- (7) Gjennom oppdragsgivers konkurransegjennomføringsverktøy ble det stilt følgende spørsmål om kvalifiseringen:

«Denne konkurransen utelukker enhver leverandør som ikke tidligere har levert (en rekke) vikartjenester til sykehussektoren i Skandinavia. Konkurransen er altså konstruert slik at om en leverandør ikke tidligere har levert vikartjenester til norske, svenske eller danske helseforetak/sykehus, så har man heller ingen mulighet til å kvalifisere seg til å delta. Uansett begrunnelse, så fremstår det klart at et slikt vilkår virker konkurranseinnskrenkende.

Innenfor vikartjenester for helsepersonell finnes det tre typer firma.

1. De som leverer tjenester kun til sykehus.
2. De som kun leverer til primærhelsetjenesten (kommuner), og
3. De som leverer til begge.

Det som gjør et firma i stand til å levere til sykehussektoren er - svært grovt oppsummert - en kompetent administrasjon og ledelse (kvalitetssikringssystemer, faglig oppfølging, logistikkoppfølging med mye mer) og kompetente helsevikarer.

Det første «vilkåret» for å kunne levere til sykehussektoren, altså kompetanse hos firmaet til å levere, er i noen grad hensyntatt i prekvalifiseringen, ref. f.eks. konkurransegrunnlag pkt. 4.4.

Det andre vilkåret er imidlertid kun målt opp mot fortidige leveranser. For det første tar dette ikke hensyn til om hvorvidt leverandøren i dag og frem i tid disponerer over kompetent helsepersonell. Firma som har hatt leveranser er de eneste som kan kvalifiseres, uavhengig av om de råder over ressursene fremover. Her føyes det til at midlertidige kontrakter og nulltimers-kontrakter, som så vidt vites er regulert annerledes i Sverige og i Danmark enn i Norge, i liten grad belyser fremtidig leveranseevne. For det andre utelukker vilkåret firma som ikke tidligere har hatt tilgang på kompetent helsepersonell, men som i dag/fremover har tilgang på slik kompetanse (selvsagt forutsatt at øvrige krav til firmaet er oppfylt).

Spørsmål 1: Sett hen til bl.a. LOA§ 4 om oppdragsgivers plikt til å legge mest mulig til rette for konkurranse, har oppdragsgiver vurdert om prekvalifiseringen er lovlig?

Spørsmål 2: Hvis oppdragsgiver mener at gjennomføringen vil være lovlig, har oppdragsgiver vurdert om dagens innretning av konkurransen er hensiktsmessig og legger opp til best mulig benyttelse av helsesektorens begrensede midler?

Spørsmål 3: Selv om det selvsagt er forskjell mellom primærhelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten, så innebærer dette like klart ikke at en vikar som tidligere har vært utleid til primærhelsetjenesten ikke vil kunne være kvalifisert til vikartjeneste på et sykehus. Dersom en leverandør eksempelvis har vikarer som har arbeidet direkte i sykehus gjennom fast ansettelse, hvordan kan det være hensiktsmessig/lovlig å i praksis - utelukke disse fra konkurransen?»

(8) Innklagede svarte på spørsmålene 18. januar 2023 slik:

«1. Prekvalifiseringen er lovlig.

2. Ja, oppdragsgiver har vurdert det.

3. Kravet er tilknyttet leverandørens erfaring med formidling av vikarer.»

- (9) Innen fristen for å levere forespørsel om deltakelse i konkurransen, 23. januar 2023, kom det inn 28 kvalifikasjonssøknader.
- (10) Konstali Helsenor (heretter *klager*) leverte søknad om å delta i konkurransen den 19. januar 2023. Klager søkte om å delta innenfor alle fire fagområdene, på totalt 15 av 20 delkontrakter.
- (11) Innklagede avviste klager 26. januar 2023 fra videre deltakelse i konkurransen om de fem delkontraktene for delområde C. Begrunnelsen for avvisningen var at klager ikke ble ansett for å oppfylle kvalifikasjonskravet om erfaring og leveringsevne.
- (12) Klager mottok 28. februar 2023 en meddelelse om overtallighet og ble informert om at selskapet ikke gikk videre i konkurransen for følgende delkontrakter: delkontrakt A1 (rangert som 19 av 19), delkontrakt A4 (rangert som 21 av 21), delkontrakt A5 (rangert som 21 av 21) og delkontrakt D4 (rangert som 15 av 16). Samme dag mottok klager meddelelse om prekvalifisering for fem delkontrakter.
- (13) Innklagede tildelte kontrakt til 15 leverandører 9. juni 2023. Klager ble ikke tildelt kontrakt.
- (14) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 15. juni 2023. I klagen anførte klager at konkurransen måtte avlyses som følge av feil og uklarheter i kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet. Det ble blant annet vist til at kvalifikasjonskravet medførte en uforholdsmessig begrensning av konkurransen.
- (15) Innklagede avviste klagen og opprettholdt tildelingen 26. juni 2023.
- (16) Kontrakt ble inngått med de valgte leverandørene 7. juli 2023.
- (17) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 30. november 2023.
- (18) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. mai 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (19) Innklagede har brutt regelverket ved å benytte et ulovlig kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterium. Kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia mangler tilknytning til leveransen og er uforholdsmessig. Potensielle leverandørers erfaring og leveringsevne knyttet til leveranser fra øvrige skandinaviske land er ikke egnet til å sannsynliggjøre gjennomføringsevne og kapasitet til å levere norskautoriserte sykepleiere i Norge. Det er videre svært vanskelig å se hvilken betydning det har for en leverandørs egnethet om selskapet har erfaring fra å formidle personell til spesialisthelsetjenesten eller til øvrige innkjøpere av helsepersonell. Leverandørens erfaring og leveringsevne basert på leveranser i den tilfeldig valgte tolv måneders perioden er ikke egnet til å underbygge nåværende og fremtidig kapasitet.

- (20) Kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia er i strid med prinsippene om likebehandling og konkurranse og er dermed ulovlige. Kravet til erfaring fra spesialisthelsetjenesten medfører ulovlig forskjellsbehandling av aktører som ikke har hatt rammeavtale med sykehusinnkjøp i 2021-2022. I tillegg bidrar kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet til at aktører fra EU/EØS-land ekskluderes i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet.
- (21) Kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet er i strid med forutberegnelighetsprinsippet. Det er uklart hva som menes med «spesialisthelsetjenesten». Det er ikke redegjort for hva som menes med «spesialisthelsetjenesten» i konkurransedokumentene, og begrepet har ulik betydning i Norge og resten av Skandinavia.
- (22) Subsidiært anføres det at avvisningen/nedvelgelsen av klager er i strid med anskaffelsesregelverket. En objektiv fortolkning av «spesialisthelsetjenesten» i en skandinavisk kontekst tilsier at leveranser til kommunal sektor vil være tilstrekkelig til å oppfylle kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia er lovlig. Kravet har tilknytning til leveransen og er ikke uforholdsmessig. Kravet om at tilbyderne måtte ha erfaring med leveranser av vikartjenester til spesialisthelsetjenesten på sykehus i Norge/Skandinavia, er relevant for å sikre at leverandørene hadde de tekniske og faglige kvalifikasjonene til å utføre kontrakten.
- (24) Kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia strider ikke mot prinsippene om likebehandling og konkurranse. Krav om erfaring fra spesialisthelsetjenesten innebar ikke i seg selv en urimelig konkurransefordel. Også erfaring fra private ideelle sykehus ville kvalifisere som erfaring. Kvalifikasjonskravet er ikke i strid med ikke-diskrimineringsprinsippet.
- (25) Kvalifikasjonskravet er ikke i strid med prinsippet om forutberegnelighet. Begrepet «spesialisthelsetjenesten» har et klart meningsinnhold og er ikke uklart.
- (26) Avvisningen og nedvelgelsen var ikke i strid med regelverket. Erfaringen med levering av «spesialisthelsetjenester» knytter seg kun til tjenester levert til sykehus. Avvisning/nedvalg av klager er i tråd med konkurransedokumentene og anskaffelsesregelverket.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av formidling av helsepersonell, som er en særlig tjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til 2,4 milliarder med en maksimal verdi på 5,5 milliarder. 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 (2) bokstav b.
- (28) Klagenemnda tar først stilling til om kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia er lovlig.

- (29) Det følger av forskriften § 8-9 at oppdragsgiver kan fastsette en nedre og eventuell øvre grense for antallet leverandører som skal velges ut til å gi tilbud. Videre følger det av bestemmelsen at utvelgelsen må basere seg på «objektive og ikke-diskriminerende» kriterier angitt i anskaffelsesdokumentene. Ettersom utvelgelseskriteriet var basert på kvalifikasjonskravet, vil utvelgelseskriteriets lovlighet være avhengig av kvalifikasjonskravets lovlighet.

Klarhetskravet

- (30) Klagenemnda skal i det følgende ta stilling til om kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet er uklart, slik klager hevder.
- (31) Det følger av de grunnleggende prinsippene i loven § 4 at kvalifikasjonskravene må utformes på en klar, presis og utvetydig måte, slik at alle rimelig opplyste og påpasselige leverandører kan forstå rekkevidden av kravene og fortolke dem på samme måte, jf. eksempelvis HR-2022-1964-A avsnitt 50, og C-368/10 Max Havelaar.
- (32) Utgangspunktet for tolkingen av kvalifikasjonskravene er hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. Det kan ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget gir grunnlag for, og det kan ikke innfortolkes et krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, jf. HR-2022-1964-A (Flage Maskin) avsnitt 51 og C-27/15 (Pippo Pizzo) avsnitt 35 følgende.
- (33) Ved tolkingen av kvalifikasjonskrav må det tas utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. For å komme frem til hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil forstå kravene, kan det være nødvendig å tolke og utfylle kvalifikasjonskravet med andre objektive momenter fra konkurransegrunnlaget. Dette medfører at ordlyden i dokumentasjonskravet vil være av betydning, jf. HR-2022-1964-A (Flage maskin) med videre henvisninger.
- (34) Det aktuelle kvalifikasjonskravet oppstilte krav om at leverandøren kan «sannsynliggjøre erfaring (kapasitet) tilknyttet konkrete leveranser av vikartjenester til spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia».
- (35) Kravet skulle dokumenteres ved å fylle ut vedlegget «Vedlegg – Tilbyders erfaring», hvor leverandøren blant annet skulle oppgi oversikt over antall leverte timer til det «enkelte sykehus».
- (36) Innklagede har ikke direkte definert hva som ligger i begrepet «spesialisthelsetjeneste» i konkurransegrunnlaget.
- (37) Det følger av lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven) § 2-1 a. at spesialisthelsetjenesten omfatter «sykehustjenester», «medisinske laboratorietjenester og radiologiske tjenester», «akuttmedisinsk beredskap», «medisinsk nødmeldetjeneste luftambulansetjeneste og ambulansetjeneste med bil og eventuelt med båt», «tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet», «transport til undersøkelse eller behandling i helse- og omsorgstjenesten» og «transport av behandlingspersonell». Staten har det overordnede ansvaret for spesialisthelsetjenesten og de regionale helseforetakene har ansvaret for at personer med fast oppholdssted innen helseregionen tilbys spesialisthelsetjeneste, jf. spesialisthelsetjenesteloven §§ 2-1 og 2-1 a.

- (38) Både Sverige og Danmark har en annen organisering av spesialisthelsetjenesten. Dette medfører at det ikke nødvendigvis er de samme tjenestene som inngår i norsk, svensk og dansk spesialisthelsetjeneste.
- (39) En isolert språklig forståelse av ordlyden «*spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia*» tilsier tjenester som omfattes av spesialisthelsetjenesten i Norge eller resten av Skandinavia.
- (40) Når kvalifikasjonskravet leses i sammenheng med resten av anskaffelsesdokumentene, er det for nemnda likevel klart at det med spesialisthelsetjenesten siktes til sykehus tjenester. Anskaffelsen gjelder for det første formidling av helsepersonell til sykehus. I tillegg er leverandørene i vedlegget som skal fylles ut som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet, bedt om å oppgi antall timer levert til «*sykehus*». Innklagede har videre i spørsmål og svar bekreftet at erfaring fra norsk primærhelsetjeneste ikke er relevant erfaring i denne sammenheng. Det kan ikke ha vært uklart for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør at kvalifikasjonskravet måtte forstås slik at det stilles krav om erfaring fra den delen av spesialisthelsetjenesten som gjelder sykehus.
- (41) Klagenemnda er etter dette kommet til at kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten ikke er uklart.

Tilknytningskravet

- (42) Klagenemnda skal videre ta stilling til om kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet har tilstrekkelig tilknytning til leveransen.
- (43) Det følger av forskriften § 8-7 at oppdragsgiveren kan stille krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Kvalifikasjonskravene skal etter § 8-7 (2) ha «*tilknytning til og stå i forhold til leveransen og være relevante*» for å sikre at leverandøren er kvalifisert til å utføre kontrakten.
- (44) Klager har innvendt at erfaring fra leveranser i øvrige skandinaviske land ikke er egnet til å sannsynliggjøre gjennomføringsevne for leveranser under rammeavtalen fordi sykepleierautorisasjonene ikke er grenseoverskridende.
- (45) Kvalifikasjonskravet om erfaring er stilt til leverandørene og gjelder deres erfaring med formidling av vikartjenester til spesialisthelsetjenesten. Kravet knytter seg ikke til ressursene de disponerer, og kvalifikasjonskravet er ikke ment for å sikre rådighet over norskautorisert personell. Klagenemnda vurderer at erfaring med formidling av vikartjenester til spesialisthelsetjenesten i skandinaviske land vil være relevant og kunne sannsynliggjøre erfaring/kapasitet til å formidle sykepleiere/vikarer til spesialisthelsetjenesten i Norge.
- (46) Klager har videre innvendt at historisk kapasitet ikke har tilstrekkelig tilknytning til leveransen da den ikke sier noe om nåværende og fremtidig kapasitet. Klager har vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/64 hvor klagenemnda kom til at tildelingskriteriet kvalitet var ulovlig da det ikke hadde den nødvendige tilknytningen til leveransen. Saken dreide seg imidlertid om et underkriterium av tildelingskriteriet kvalitet, som ble vurdert på bakgrunn av historiske tall og ikke faktiske tall ved tilbudsinnlevering. Klagenemnda vurderer at avgjørelsen det vises til, ikke er relevant for saken da den omhandler tildelingskriterium og ikke kvalifikasjonskrav. Dokumentasjon for kvalifikasjonskrav om erfaring må nødvendigvis knytte seg til fortidige oppdrag. Kvalifikasjonskravet er etter

nemndas syn relevant for å sannsynliggjøre kapasitet til å slik formidling av vikarer/sykepleiere som kontrakten krever.

- (47) Klager har til slutt innvendt at hvorvidt leverandørene har erfaring fra å formidle helsepersonell til spesialisthelsetjenesten eller øvrige innkjøpere av helsepersonell, er uten betydning for leverandørens egnethet. Innklagede har forklart at erfaring fra spesialisthelsetjenesten er nødvendig for å sikre forsvarlig drift av sykehusene. Faglig kunnskap og praktisk erfaring er nødvendig for at leverandørene skal kunne levere riktige vikarer med rette forutsetninger og kvalifikasjoner.
- (48) Klagenemnda vurderer at når rammeavtalen gjelder formidling av helsepersonell til spesialisthelsetjenesten, vil erfaring med nettopp dette være relevant og ha tilknytning til leveransen. Sykehusenes organisering og drift skiller seg fra primærhelsetjenesten. De som formidler vikarene til konkrete roller og oppgaver på sykehuset, må ha den nødvendige kompetansen til å gjøre de riktige vurderingene. Det at helsepersonell kan være kvalifisert til å jobbe i både spesialisthelsetjenesten og primærhelsetjenesten, er av mindre betydning all den tid kravet retter seg mot leverandørene.
- (49) Klagenemnda er etter dette kommet til at kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet har tilstrekkelig tilknytning til leveransen, jf. forskriften § 8-7.

Krav om forholdsmessighet

- (50) Det neste spørsmålet for klagenemnda er om kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten ikke står i forhold til leveransen og dermed er ulovlig, jf. forskriften § 8-7.
- (51) Kravet om at kvalifikasjonskravene skal stå i forhold til leveransen innebærer at det ikke kan oppstilles kvalifikasjonskrav som representerer en uforholdsmessig begrensning av konkurransen.
- (52) Klager har vist til at innklagede har brutt regelverket ved å bare kreve dokumentert erfaring det siste året. I motsetning til del III er det i forskriften del II ikke gitt uttrykkelige regler om dokumentasjon. Klagenemnda bemerker at det ikke kan utledes en generell regel fra anskaffelsesforskriften § 16-6 om at oppdragsgiver må kreve dokumentert erfaring fra de tre siste årene.
- (53) Klager har videre vist til at kvalifikasjonskravet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten gir, uavhengig av hvilket intervall man velger, en uforholdsmessig begrensning av konkurransen. Innklagede har på sin side vist til at anskaffelsen gjelder formidling av helsepersonell hvor erfaring fra spesialisthelsetjenesten er viktig for å kunne levere riktig personell og dermed bidra til økt pasientsikkerheten. Når det gjelder betydningen av fersk erfaring, viser innklagede til at dette er viktig på grunn av nødvendigheten av oppdatert og riktig kunnskap for levering av vikartjenestene og på grunn av mobiliteten som bemanningsbransjen er preget av.
- (54) Klagenemnda har ingen rettslige innvendinger til innklagedes vurdering på dette punktet. Innklagede har et saklig begrunnet behov for å kreve erfaring fra en angitt periode. Et krav om nyere erfaring fra spesialisthelsetjenesten har tilknytning til den aktuelle leveransen og fremstår ikke uforholdsmessig strengt eller usaklig. Dette gjelder særlig ved en anskaffelse der pasientsikkerhet er viktig for oppdragsgiver. Det kan da ikke være avgjørende at kravet begrenser antall leverandører som kan inngi tilbud.

- (55) Klager har videre vist til at når erfaringen må dokumenteres innenfor tidsrommet som er valgt, medfører dette en usaklig forskjellsbehandling av leverandører på eksisterende rammeavtale på bekostning av norske leverandører som ikke hadde rammeavtale. Innklagede viser på sin side til at kvalifikasjonskravet åpner for å vektlegge annen erfaring fra spesialisthelsetjenesten som erfaring fra private ideelle sykehus. Syv av de femten leverandørene som ble tildelt rammeavtale, var ikke leverandører på eksisterende rammeavtale.
- (56) Klagenemnda vurderer at tidsrommet innklagede har valgt for dokumentasjon til en viss grad er konkurransebegrensende. Resultatet av konkurransen viser imidlertid at det var mulig for nye leverandører å bli kvalifisert og tildelt rammeavtale. Selv om andelen private ideelle sykehus er beskjedne, vil erfaring fra levering av tjenester til de private ideelle samt levering av tjenester til sykehusene utenfor rammeavtale gjøre det mulig å bli kvalifisert og utvalgt. Klagenemnda er derfor kommet til at kvalifikasjonskravet ikke medfører usaklig forskjellsbehandling.
- (57) Klagers anførsel om at kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet er uforholdsmessig og dermed ulovlig, fører ikke frem.

Det grunnleggende prinsippet om likebehandling

- (58) Det neste spørsmålet er om kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet er i strid med de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse eller ikke-diskrimineringsprinsippet og dermed ulovlig.
- (59) Prinsippet om likebehandling innebærer leverandørene i markedet skal gis like muligheter til å delta i og bli behandlet likt under konkurranser, jf. EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC) avsnitt 34 og C-538/13 (eVigilo) avsnitt 33. Kravet til likebehandling gjelder uavhengig av nasjonalitet og lokal tilhørighet. Prinsippet om ikke-diskriminering kommer direkte til uttrykk i forskriften § 8-9 hvor det følger at kriteriene for utvelgelsen må være «objektive og ikke-diskriminerende».
- (60) Prinsippet om likebehandling og ikke-diskriminering er ikke til hinder for saklig og objektivt begrunnet forskjellsbehandling. For at forskjellsbehandlingen skal være lovlig, må den være objektivt begrunnet og stå i rimelig forhold til det formål oppdragsgiver vil oppnå, jf. C-237/94 (O'Flynn).
- (61) Innklagede har forklart at det er store forskjeller mellom landene i Europa på hvordan de organiserer sykehusvirksomheten sin. Det gjelder både hva som legges i de ulike rollene og oppgavene for yrkesgruppene, og hvilket ansvar de tildeles. I Skandinavia er imidlertid roller, oppgaver og ansvar relativt sammenlignbart landene imellom. Erfaring fra spesialisthelsetjenesten i Skandinavia er derfor nødvendig for å kunne levere riktig personell til oppdragene. I tillegg vises det til at de skandinaviske språkene kan kommuniseres på tvers av landene.
- (62) Klagenemnda vurderer at kravet om erfaring fra Skandinavia er konkurransebegrensende og medfører indirekte diskriminering av leverandører utenfor Skandinavia. For at leverandører utenfor Skandinavia skal kunne kvalifisere seg for å delta i konkurransen, må de ha opparbeidet seg erfaring med formidling av helsepersonell til et eller flere av de skandinaviske landene. Begrunnelsen innklagede har gitt for nødvendigheten av kravet, fremstår for nemnda som saklig. Kravet går ikke lengre enn nødvendig for å sikre kvalifiserte tilbydere. Innklagede har oppnådd god konkurranse og selv om anskaffelsen

har et grenseoverskridende element er den trolig særlig aktuell for skandinaviske leverandører.

- (63) Klagenemnda er etter dette kommet til at kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten i Norge/Skandinavia ikke er strid med det grunnleggende prinsippet om likbehandling.
- (64) Kvalifikasjonskravet og utvelgelseskriteriet om erfaring fra spesialisthelsetjenesten er lovlig.

Nedvelgelse og avvisning av klager

- (65) Klager anfører subsidiært at avvisningen/nedvelgelsen av klager er i strid med anskaffelsesregelverket. Klagers anførsel bygger på en forståelse der kvalifikasjonskravet erfaring fra spesialisthelsetjenesten måtte omfatte leveranser til kommunal sektor. Klagenemnda har kommet til at erfaring fra spesialisthelsetjenesten måtte forstås slik at det stilles krav om erfaring fra den delen av spesialisthelsetjenesten som gjelder sykehus. Klagers erfaring fra primærhelsetjenesten/kommunal sektor er i denne konkurransen ikke relevant erfaring og avvisningen/nedvelgelsen av klager var forutberegnelig og ikke i strid med regelverket.

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har ikke brutt anskaffelsesregelverket.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur