



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Avlysning/totalforkastelse.

Innklagede gjennomførte en anskaffelse av parallelle rammeavtaler for vikartjenester innen helse og omsorg. Klager anførte at innklagede plikter å avlyse konkurransen ettersom underkriteriet «referanser» manglet tilknytning til ytelsen og ikke var egnet til å premiere sterke og svake sider ved tilbudet. Klager anførte videre at innklagede har brutt regelverket ved at evalueringen av tilbudene opp mot det aktuelle kriteriet var gjennomført i strid med regelverket. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. mars 2024 i sak 2024/39

Klager: Konstali Helsenor AS

Innklaget: Innherred Anskaffelser KO

Klagenemndas

medlemmer: Hallgrim Fagervold, Alf Amund Gulsvik og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Innherred Anskaffelser KO (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. september 2023 en tilbudskonkurranse for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for vikartjenester innen helse og omsorg. Innklagede er et oppgavefelleskap som i denne saken skal inngå parallelle rammeavtaler på vegne av kommunene Levanger, Verdal, Steinkjer, Inderøy, Namsos, Snåsa og Nærøysund. Anskaffelsens verdi ble estimert til 140 millioner kroner med en maksimal verdi på 200 millioner kroner. Tilbudsfrist var 6. november 2023.
- (2) Anskaffelsen skulle omfatte kjøp av vikartjenester, herunder autoriserte sykepleiere, vernepleiere, helsefagarbeidere og legestudenter med midlertidig lisens.
- (3) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom «Pris» og «Kvalitet». Tildelingskriteriene var i konkurransegrunnlaget beskrevet slik:

«- **Pris (vekt 50 %)** - pris som fremkommer i ferdig utfylt prisskjema blir lagt til grunn. Dette er leverandørens oppgitte påslagsprosent.

- **Kvalitet (vekt 50 %), herunder;**

• *Leveringssikkerhet og oppdragsforståelse (vekt 30 %) - leverandør skal besvare dette under punkt 2.6.2*

• *Referanser (vekt 20 %) - leverandør skal besvare dette under punkt 2.6.3»*

- (4) For underkriteriet «referanser» var det nærmere opplyst at:

«Vedlegg 2 Referanseskjema vikarer helsepersonell skal fylles ut.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

Det skal oppgis 3 relevante referanser. Med relevante referanser menes oppdrag som tilsvarer eller er sammenlignbare med denne anskaffelsen, det vil si rammeavtaler eller leveranser til samme oppdragsgiver over lengre varighet, til kunder i det offentlige.

Referanser skal gjelde for tjenesteutførelsen.

Ved innhenting av referanser vil oppdragsgiver skriftlig kontakte oppgitte referanser. Referanser vil bli bedt om å vurdere (gi en score på 1-5) på punkter som oppgitt i vedlegg 3. Dette omhandler responstid, oppfølging og kommunikasjon, leveringskapasitet, gjennomføringsevne, løsningsforståelse, samarbeidsevne, kvalitetssikring, seriøsitet og avvik.

Oppgitte referanser vil få tilsendt "vedlegg 3 - skjema for leverandørreferanser vikartjenester helse", vedlegget er lagt med for å vise hva vi sender ut.

Endelig score for tilbyder vil være gjennomsnittscore fra alle referanser.

Det er tilbyders ansvar at oppgitte referanser besvarer oppdragsgivers henvendelse. Ikke besvart henvendelse vil gi 0 poeng.»

(5) Ved innhenting av referanser ble følgende skala og skjema benyttet:

«Skalaen 1-5 skal forstås som følger:

5 =svært fornøyd

4 =fornøyd

3 =nøytral

2 =lite fornøyd

1 =misfornøyd»

(...)

	Score 1-5
Leverandørens responstid på forespørsler fra kunde	
Leverandørens evne til god oppfølging og kommunikasjon med kunde	
Leveringskapasitet: leverandørens evne til å levere på kundens behov og forespørsler	
Gjennomføringsevne: i hvilken grad oppfylles formålet med leveransen	
Løsningsforståelse: hvilken kvalitet utføres leveransen med	

Samarbeidsevne: hvor godt samarbeider leverandøren med alle relevante parter i avtalen	
Kvalitetssikring: hvor godt jobber leverandøren for å sikre at tilbudt personell er kvalifisert	
Kvalitetssikring: hvor godt jobber leverandøren for å sikre at tilbudt personell har tilstrekkelig norsk språknivå, norsk arbeidslivsforståelse og evne til å arbeide selvstendig	
Seriøsitet: hvor godt ivaretar leverandør personell som tilbys, herunder også lønns- og arbeidsvilkår	
Avvik: i hvilken grad evner leverandør å løse innmeldte avvik og utfordringer i avtalen	

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede 18 tilbud, hvorav 17 av leverandørene var kvalifisert.
- (7) Leverandørenes referanser ble kontaktet av innklagede 17. november 2023 med svarfrist 1. desember 2023. Det ble sendt en påminnelse til referansene som ikke hadde svart 24. november 2023.
- (8) Innklagede meddelte 11. desember 2023 at de hadde til hensikt å inngå rammeavtaler med leverandørene Focus Care Norge AS, Dedicare AS, Ecura Care AS, Quality Health Care AS og Vacant Helse AS.
- (9) Underkriteriet «referanser» ble evaluert ved at referansenes poenggivning ble summert. Det var mulig å oppnå 50 poeng per referanse, totalt 150 poeng. Poengene ble deretter omgjort og vektet slik at beste tilbyder oppnådde 2 poeng. Det var én av klagers referanser som besvarte henvendelsen fra innklagede. Klager fikk totalt 46 poeng som utgjorde 0,64 vektete poeng.
- (10) Klager påklagde tildelingsbeslutningen 15. desember 2023. Innklagede svarte på klagen 19. desember 2023.
- (11) Klager sendte en ny klage 20. desember 2023. I klagen ble det påpekt at evaluering av referanser ikke var i samsvar med anskaffelsesregelverket. Klager viste videre til at det i hovedsak var antall referanser som besvarte henvendelsen som ble avgjørende for poengsummen, og ikke kvaliteten på de tilbudte tjenestene.
- (12) Innklagede besvarte klagen 21. desember 2023 og opprettholdt tildelingen. I svaret viste innklagede blant annet til at kvaliteten på arbeidet som utføres av leverandørene gjenspeiles i referanseskjema.
- (13) Saken ble brakt inn for klagenemnda 4. januar 2024. Innklagede har utsatt kontraktsinngåelse i påvente av klagenemndas avgjørelse.

(14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. mars 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har plikt til å avlyse konkurransen ettersom underkriteriet «referanser» er ulovlig da det mangler tilknytning til ytelsen. Innklagede har ikke evaluert tilbudt personell eller kvalitet på leveransen i tilknytning til den kunngjorte kontrakten, og kriteriet er derfor ikke egnet til å belyse sterke og svake sider ved tilbudet.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved at evalueringen av tilbudene opp mot kriteriet «referanser» er gjennomført i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Det er antall referanser og ikke referansenes kvalitet som har vært avgjørende i evalueringen. Det er i tillegg vilkårlig, og utenfor leverandørens kontroll, hvor mange av referansene som besvarte innklagedes henvendelser og dermed hvilken score som kunne oppnås.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved at evalueringen ikke er gjennomført i samsvar med opplysninger som er gitt i konkurransegrunnlaget. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at det skal benyttes en skala fra 0–10 for hvert enkelt kriterium. I det endelige referanseskjema er det benyttet en skal fra 1–5, og innklagede har endret skalaen for referanseskjema underveis i konkurransen. Videre har innklagede i strid med konkurransegrunnlaget foretatt en summering av poeng og ikke en gjennomsnittsberegning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium. Underkriteriet «referanser» har tilknytning til leveransen. Det var stilt krav om at referansene skulle være fra rammeavtaler, gjelde leveranser til det offentlig og gjelde selve tjenesteutførelsen.
- (19) Innklagedes evalueringen av tilbudene på underkriteriet «referanser» er ikke gjennomført i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Fremgangsmåten for hvordan referansene ble kontaktet er nøye beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det var videre gitt tilstrekkelig tid i tilbudsfasen til å avklare med mulige referanser og kvalitetssikre kontaktinformasjonen.
- (20) Evalueringen er gjennomført i samsvar med opplysninger gitt i konkurransegrunnlaget. Endringen i poengskala til 1-5 knytter seg kun til score som referansene skulle oppgi. Ved evalueringen av kriteriet ble det benyttet en skala fra 0-10, i tråd med konkurransegrunnlaget. Manglende gjennomsnittsberegning av poeng på kriteriet utgjør ikke et brudd da gjennomsnittsberegning og en summering gir det samme resultatet.

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 anskaffelse av formidling av helsepersonell, som er en særlig tjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til 140 millioner kroner med en maksimal verdi på 200 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (22) Klagenemnda skal først ta stilling til klagers anførsel om at underkriteriet «referanser» er ulovlig.
- (23) Konkurransen ble gjennomført etter reglene i forskriften del II. Det foreligger omfattende praksis både fra EU-domstolen og fra norske domstoler om adgangen til å legge vekt på leverandørens egenskaper ved valg av tilbud i konkurranser over EØS-terskelverdi. Denne praksisen er imidlertid ikke uten videre relevant for forståelsen av reglene i del II.
- (24) Det følger av forskriften § 8-11 (2) at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Videre følger det av § 8-11 (3) at oppdragsgiver kan bruke «*det samme vurderingstemaet både som kvalifikasjonskrav og som tildelingskriterium*», forutsatt at vurderingstemaet har «*tilknytning til leveransen*». Reguleringen i del II er annerledes enn den tilsvarende reguleringen i del III, hvor det er stilt ytterligere krav. Det følger blant annet av § 18-1 (3) bokstav b) at tildelingskriteriene kan omfatte «*den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer*» så lenge «*kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten*».
- (25) Klagenemnda har i tidligere saker lagt til grunn at denne forskjellen er tilsiktet, jf. blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2019/664 med videre henvisninger til NOU 2014: 4.
- (26) Av forskriften § 8-7 (2) fremgår det at alle kvalifikasjonskrav skal ha tilknytning til leveransen. Alle egenskapene ved leverandørene som kan vurderes ved kvalifikasjonskrav, vil dermed også kunne premieres gjennom tildelingskriteriene uten hinder av tilknytningskravet. I forskriften del II er det som vist ovenfor, ikke stilt krav om at tildelingskriteriene må knytte seg til den tilbudte bemanningen. Slik markedet var beskrevet, var det heller ikke mulig å tilby en konkret bemanning på forhånd. Etter klagenemndas vurdering er tilknytningsvilkåret derfor ikke til hinder for at «referanser» ble premiert gjennom tildelingskriteriene.
- (27) Etter klagenemndas syn følger det av hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. loven § 1, at også i konkurranser etter del II skal tildelingskriteriene være egnet til å identifisere det beste tilbudet. De må derfor legge opp til en vurdering av sterke og svake sider ved de konkurrerende tilbudene.
- (28) Slik underkriteriet «referanser» var utformet i konkurransegrunnlaget, skulle referansene referere seg til tilsvarende eller sammenlignbare oppdrag og gjelde selve tjenesteytelsen. Klagenemnda vurderer at de ti punktene i referanseskjema som referansene skulle foreta en kvalitetsvurdering av, har relevans for leveransen på den måten at poenggivningen i skjemaet sannsynliggjør hvordan leverandørene vil opptre ved levering av vikartjenestene. Nemnda er etter dette kommet til at underkriteriet «referanser» legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved de konkurrerende tilbudene og dermed er egnet.
- (29) Klagenemnda skal videre ta stilling til om innklagedes evaluering av tilbudene opp mot kriteriet «referanser», er gjennomført i strid med regelverket.
- (30) Klagenemnda skal ikke foreta en ny evaluering av tilbudene. Det som kan prøves, er om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om evalueringen er

vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 side 1783 avsnitt 42-44.

- (31) Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at leverandørene hadde ansvaret for at referansene besvarte oppdragsgivers henvendelse og at manglende besvart henvendelse ville gi null poeng. Innklagede har i tråd med dette gitt klageruttelling for den ene referansen som besvarte henvendelsen. Det at antall referanser som besvarte henvendelsen, har fått avgjørende betydning for uttellingen på kriteriet, fremstår for klagenemnda som forutberegnelig og i tråd med konkurransegrunnlaget.
- (32) Leverandørene var videre gitt en klar oppfordring til å ta kontakt med referansene på forhånd for å sikre at innklagedes henvendelse ble besvart. Klager har ikke fremlagt noen forklaring på hvorfor bare én av tre referansepersoner har svart på innklagedes henvendelse. Med de klare føringene konkurransegrunnlaget ga, vurderer klagenemnda at innklagedes evaluering og poenggivning verken er vilkårlig eller utenfor leverandørens kontroll. Klager kan ikke høres med sin anførsel om at underkriteriet «referanser» er evaluert i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4.
- (33) Klagenemnda forstår det slik at innklagede i tråd med konkurransegrunnlaget har benyttet en skala fra 0-10 ved evalueringen av underkriteriet referanser. Det at referansene i skjema har gitt hvert underpunkt poeng på en skala fra 1-5, utgjør ikke et brudd på prinsippet om forutberegnelighet, all den tid endelig poengsum ble omgjort til en score på en skala fra 0-10 og deretter vektet. Nemnda mener videre at manglende gjennomsnittsberegning av poeng på kriteriet ikke utgjør et brudd på prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling, da gjennomsnittsberegning og en summering gir samme forhold mellom leverandørene og dermed samme poengfordeling på kriteriet.
- (34) Innklagedes evaluering av tilbudene opp mot kriteriet «referanser», er ikke gjennomført i strid med regelverket.

Konklusjon:

Innherred Anskaffelser KO har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur