



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tilbudsevaluering. De generelle kravene i § 4. Annet.

Innklagede kunngjorde en konkurranse med formål om å inngå konsesjonskontrakt med inntil seks leverandører for brukerstyrt personlig assistanse. Det ble foretatt en utvelgelse av leverandører som ble innvilget konsesjon. Klagenemnda kom til at utformingen av konkurransegrunnlaget var i strid med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 3. juni 2024 i forente saker 2024/186 og 2024/191

Klager: AssisterMeg AS og Mio BPA AS

Innklaget: Øygarden kommune

Klagenemndas

medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Øygarden kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. november 2023 en konkurranse med det formål å inngå konsesjonskontrakt med inntil seks leverandører for brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Konkurransen var kunngjort etter konsesjonskontraktforskriften del III. Frist for kvalifikasjon ble i konkurransegrunnlaget punkt 1.4 «*Framdriftsplan for anskaffingsprosessen*» angitt til 15. desember 2023.
- (2) Estimert verdi for anskaffelsen var ikke angitt. I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 «*Målet og omfanget av anskaffinga*» var det opplyst at det var omtrent 20 brukere med behov for BPA, og at det var estimert behov for 825 timer til disse brukerne hver uke i 2024.
- (3) Tildeling av oppdrag under konsesjonsordningen skulle skje på grunnlag av den enkelte brukers eget valg. I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 fremgikk følgende:

«Konsesjonskontrakta inneber fullt ansvar for drift og vederlag for dei valde leverandørane. Dette inneber at leverandørane ikkje mottek noko fast beløp frå oppdragsgjevar, og at oppdragsgjevar ikkje garanterer noko minste volum av tenestene sidan dette er brukarens val.»
- (4) Det var i konkurransegrunnlaget punkt 1.9.1 «*Avtaleperiode*» opplyst følgende:

«Konsesjonskontrakta vil i utgangspunktet ha ei varigheit på 4 år. Etter utløpet av denne perioden vil kontrakten fornyast med eitt år om gongen, inntil oppdragsgjevar seier opp avtalen. Avtalen kan seiast opp med seks månaders varsel før fornying.»
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 «*Utveljingskriterium*» var det opplyst at

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«Dersom det er meir enn inntil 6 leverandørar som er kvalifiserte i konkurransen og som oppfyller minstekrava, vil oppdragsgjevar nytte fylgjande utveljingskriterium:

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
Beste kvalitet på referansane i pkt. 3.4, etter eventuell referansesjekk. Leveransekapasitet og lågt sjukefråvær vil bli vekta positivt. Tilgang til vikarar ved assistentens fråvær eller sjukdom, vil bli vekta positivt.	100 %	Referansar i pkt. 3.4, med beskrivelse av leveransekapasitet og tilgang til vikarar (ref. kulepunkt til venstre).

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 3.4 «Krav knytte til leverandøren sine tekniske/faglege kvalifikasjonar» var det opplyst følgende:

Krav	Dokumentasjonskrav
God kompetanse og erfaring frå oppdrag av liknande art, omfang og kompleksitet. Med liknande oppdrag meiner vi drift og leiging av BPA-ordningar	- Ei oversikt over relevante oppdrag som leverandøren har utført/utfører dei siste fem åra. - Referansane skal inkludere opplysningar om verdi eller antal timar, tidspunkt for utføring og oppdragsgjevar (namn, telefon og e-post). - Oppdragsgjevar føreseier seg retten til å ta kontakt med oppgitte referansar.

- (7) Det ble i forkant av tilbudsfrist blant annet stilt følgende spørsmål til konkurransegrunnlaget punkt 5.1:

«Utvalgskriteriene som fremgår av konkurransegrunnlagets punkt 5.1 fremstår som svært uvanlige. De aller fleste oppdragsgivere som setter et tak på antall BPA-tjenestekonsesjonskontrakter, opererer/har operert med blant annet følgende utvelgelseskriterier:

- Opplæring og veiledning av arbeidsledere og assistenter
- Hvordan sikrer leverandør brukerstyring/brukermedvirkning
- Gjennomføringsevne
- Kvalitetssikrings- og internkontrollsystemer
- Avvikshåndtering
- Rekruttering
- Utforming av tjenestetilbudet fra A til Å
- Samhandling/samarbeid med oppdragsgiver
- Oppfyllelse av relevante lover/forskrifter, herunder ledelse- og kvalitetsforbedringsforskriften, kvalitetsforskriften, internkontrollforskriften etc.
- Etc.

Det oppfordres på det sterkeste at oppdragsgiver foretar en ny vurdering på hvilke utvalgskriterier som skal gjelde for denne konkurransen. I arbeidet med den vurderinger

ber leverandør om at oppdragsgiver tar utgangspunkt i de vanligste kriteriene andre oppdragsgivere opererer/har operert med.»

- (8) Spørsmålet ble besvart slik av innklagede:

«Kommunen oppfatter at mange av kulepunktene over omfattes av kvalifikasjonskravene i konkurransen, samt kravene til tjenesten i kravspesifikasjonen.

Det utvelgelseskriteriet som har blitt valgt, vil etter kommunens oppfatning, innebære en rettferdig og forutsigbar utvelgelse av de beste leverandørene.»

- (9) Innklagede mottok 15 konsesjonssøknader innen fristen.

- (10) I meddelelsesbrev 22. januar 2024 ble seks leverandører innstilt til en tjenstekonsesjonskontrakt for innklagede, mens ni leverandører ikke ble innstilt, herunder AssisterMeg AS (heretter *AssisterMeg*) og Mio BPA AS (heretter *Mio*).

- (11) De innstilte leverandørene mottok mellom 10 og 9 poeng hver, mens både AssisterMeg og Mio mottok 8 poeng i konkurransen.

- (12) Det var i meddelelsen gitt følgende begrunnelse for de relative fordelene ved de tildelte leverandørenes søknader:

Leverandøren har inngitt meget gode og relevante referanseoppdrag, og referanseoppdragene inneholder en detaljert beskrivelse av tjenestens innhold.

Videre har leverandøren ubegrenset leveransekapasitet, et lavt sykefravær og en god beskrivelse av tilgang til vikarer.

- (13) Det var i meddelelsen gitt følgende begrunnelse for AssisterMeg sitt trekk:

«Noe mangelfulle opplysninger på innholdet i referanseoppdragene gir et poengtrekk mot de beste leverandørene. Referanseoppdragene er noe mindre relevante enn de beste leverandørene.»

- (14) Det var i meddelelsen gitt følgende begrunnelse for Mio sitt trekk:

«Noe mangelfulle opplysninger på innholdet i referanseoppdragene gir et poengtrekk mot de beste leverandørene. Noe mindre volum på referanseoppdragene.»

- (15) Både Mio og AssisterMeg sendte 30. januar 2024 klage på avslag på konsesjonssøknaden.

- (16) Begge leverandørene fikk avslag på klagen 30. januar 2024, med følgende presisering:

«Generelt ble de leverandørene som oppga få eller ingen opplysninger om det nærmere innholdet i leveransen i de enkelte referanseoppdragene, trukket i poengscore for det.

Dere har levert gode og relevante referanseoppdrag, og har også fått en god score i konkurransen, med 8 poeng. Det var 5 leverandører som fikk 8 poeng, og det viser at konkurransen har vært jevn og god. Imidlertid ble dere trukket i poeng for mangelfull beskrivelse av referanseoppdragene, og volumet på referanseoppdragene, sammenlignet med de beste leverandørene.»

- (17) AssisterMeg sendte på forespørsel en presisering av klagen 1. februar vedrørende påstand om manglende likebehandling av søknadene.
- (18) Svar på AssisterMeg sin presisering av klagen ble gitt 2. februar 2024. I dette brevet ble det opplyst følgende om innklagedes evaluering av referanseoppdragene:

«I evalueringen av referanseoppdragene [...] så har kommunen vektlagt årlig volum på referanseoppdragene i verdi, beskrivelse av månedsverk eller timer per uke for leveranse av BPA, og en nærmere beskrivelse av at referanseoppdragene faktisk omfattet relevante BPA-leveranser.

De referanseoppdragene som inneholdt all etterspurt informasjon har scoret best i konkurransen, og de leverandørene som har innlevert referanseoppdrag hvor opplysninger om årlig verdi, månedsverk eller timeantall pr uke, eller en beskrivelse av at oppdragene omfattet relevante BPA-oppdrag, mangler, har blitt trukket i poeng for det. I de tilfeller hvor leverandørene har inngitt alle opplysninger i hvert enkelt referanseoppdrag, så har årlig verdi blitt vektlagt som mest relevant.»

- (19) Det ble videre opplyst at:

«AssisterMeg har innlevert gode referanseoppdrag, men referanseoppdragene ble ansett for å være av mindre verdi enn de beste leverandørene, og dette var årsaken til at referanseoppdragene ble ansett for å være mindre relevant, noe som også fremkommer av begrunnelsen som ble oversendt i meddelelsesbrevet om tildeling.

Referanseoppdragene dere innleverte fra Austevoll kommune og Strand kommune, inneholder heller ikke opplysninger om verken månedsverk eller antall timer per uke, og omfanget ble derfor ansett uklart. Også dette medførte et poengtrekk, og var årsaken til at referanseoppdragene ble ansett for å være mindre relevant.

Referanseoppdraget fra Bergen kommune har en større verdi og inneholder opplysninger om antall timer BPA-leveranser pr uke [...] og oppdraget ble derfor ansett for å være mer relevant.»

- (20) Sakene ble bragt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. og 7. februar 2024. Innklagede har bekreftet at de avventer kontraktsinngåelse inntil klagenemnda har behandlet saken, og saken er derfor gitt prioritert behandling av nemnda.

- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. mai 2024.

Anførsler:

AssisterMeg har i det vesentlige anført:

- (22) Innklagede har brutt de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene i lovens § 4 ved å ikke ha fulgt tildelingskriteriene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget i utvelgelsen. Innklagede har vektlagt årlig volum eller antall månedsverk i utvelgelsen, uten at dette ble oppgitt som utvelgelseskriterier i konkurransegrunnlaget.
- (23) Det er i konkurransegrunnlaget opplyst at utvelgelse blant annet vil skje på bakgrunn av «God kompetanse og erfaring frå oppdrag av liknande art, omfang og kompleksitet. Med liknande oppdrag meiner vi drift og leiing av BPA-ordningar.» AssisterMeg har

beskrevet tjenester for kommuner av lignende størrelse for å vise lignende art og omfang. Større kommuner er etter klagers vurdering mindre relevante. Det fremstår derfor som unaturlig at innklagedes vurdering av kvalitet utelukkende dreier seg om høyest verdi og ikke innhold i tjenesteleveransen jf. kvalitetsforskriften.

- (24) Det er heller ikke oppgitt i konkurransegrunnlaget at innklagede ville vektlegge antall månedsverk i utvelgelsen. AssisterMeg har likevel blitt trukket fordi to av referanseoppdragene ikke inneholdt opplysninger om månedsverk eller antall timer per uke, og omfanget derfor ble ansett som uklart.
- (25) Innklagede har også brutt bestemmelsen i konsesjonskontraktforskriften § 8-9 annet ledd om at «*Tildelingskriteriene ikke skal være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet*». Ved å ha «*kvalitet på referanse*» som tildelingskriterium, har innklagede gitt seg selv en ubegrenset valgfrihet. Innklagede har ikke tatt referansesjekk, men utelukkende basert valget av leverandør på det som er skrevet, og det innklagede synes er en bra beskrivelse. Ved å ha gjennomført en referansesjekk kunne innklagede ha sikret at det var kvalitet på referansene, og at det den enkelte leverandør hevder å ha av blant annet kompetanse og samarbeidsevner, faktisk stemmer.

Mio BPA har i det vesentlige anført

- (26) Tildelingen er ikke gjort i tråd med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvbarehet, eller kravet i forskriften § 14-1 om at leverandørene skal gis mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av leverandører.
- (27) Innklagede har i konkurransegrunnlaget bedt om en kvalitativ referanseverdi, men bedømt punktet etter kvantitative kriterier, størst verdi. Mio oppga referanser, opplysninger om verdi og antall timer, tidspunkt for utføring og navn på oppdragsgiver (kommune). I begrunnelsen fremkommer det at det er gitt trekk som følge av «*noe mangelfulle opplysninger på innholdet i referanseoppdragene*», og som følge av «*Noe mindre volum på referanseoppdragene*». Mio har konsesjon i kommuner med større volum, og hadde konkurransegrunnlaget vært mer tydelig på at leveransevolum var det reelle utvalgskriteriet, ville disse ha blitt oppgitt.
- (28) Innklagede har handlet i strid med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene ved ikke å ta kontakt med referansene for en validering av oppdragene. Innklagede har heller ikke fått dokumentert at oppgitte referanser, omsetning etc. er korrekt.
- (29) Kvalifikasjonskravet til erfaring er ikke tilstrekkelig presist utformet, og er ikke etterprøvbart. Tildelingskriteriet «*Referanser*» er ikke egnet til å belyse relevante styrker og svakheter ved tilbudene, og kan dermed ikke brukes som eneste tildelingskriterium.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (30) Innklagede har ikke brutt de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene i lovens § 4 ved evalueringen av søknadene om tjenestekonsesjon. Det kan utledes av kriteriet «*Beste kvalitet på referansene*» at det ville bli utført en kvalitativ vurdering av inngitte referanser, med grunnlag i opplysninger om referanseoppdragene og verdi eller antall timer.

- (31) De referanseoppdragene som inneholdt all etterspurt informasjon, har scoret best i konkurransen. I de tilfeller hvor leverandørene har inngitt alle opplysninger i hvert enkelt referanseoppdrag, så har verdi blitt vektlagt som mest relevant. Det er klart angitt at «verdi» på referanseoppdragene vil ha betydning i evalueringen, og at leverandørene måtte kunne skilles på dette.
- (32) Klagerne ble trukket to poeng i evalueringen fordi det var 6 andre leverandører som innga referanseoppdrag som ble ansett for å ha en bedre kvalitet enn de referanseoppdragene klagerne innleverte. Leverandørene som ble innstilt, hadde innlevert referanseoppdrag med langt større verdi på oppdragene enn det klagerne kunne vise til. Begge leverandørene ble også trukket for mangelfull beskrivelse av referanseoppdragene.
- (33) Det må skilles mellom utvelgelseskriteriet i konkurransegrunnlaget og tildelingskriteriet, som i dette tilfellet er fritt brukervalg jf. punkt 1.3 i konkurransegrunnlaget. Det er ikke oppstilt et ulovlig utvelgelseskriterium i konkurransen. Innklagede har ikke hatt ubegrenset skjønnsfrihet i evalueringen. Evalueringen er forankret i utvelgelseskriteriet og kvalifikasjonskravet til tekniske og faglige kvalifikasjoner, hvor verdi på referanseoppdragene hovedsakelig ble avgjørende i evalueringen.
- (34) Det fremkommer klart av konkurransegrunnlaget at innklagede forbeholdt seg retten til å kontakte referanser, men at det ikke var gitt at kommunen ville gjøre det. Det kan dermed ikke utledes noe krav om at kommunen faktisk skulle kontakte referansene. Det innkom 15 tilbud i konkurransen, og som følge av kapasitetshensyn valgte kommunen å ikke kontakte referansene til leverandørene per telefon.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder brukerstyrt personlig assistanse (BPA) som er en helsetjeneste. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om konsesjonskontrakter 12. august 2016 nr. 976 del I og III.

Utformingen av konkurransegrunnlaget

- (36) Det første spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er om konkurransegrunnlaget er utformet i henhold til regelverket.
- (37) Klagerne har anført at tildelingskriteriene er ulovlige, herunder at utvelgelseskriteriene ikke er egnet til å belyse styrker og svakheter ved tilbudene. Innklagede har forklart at tildeling av oppdrag under konsesjonsordningen skulle skje på bakgrunn av den enkelte brukers eget valg, og at de kriteriene som klager henviser til som tildelingskriterier, er utvelgelseskriterier.
- (38) Konsesjonskontraktforskriften del III, som omhandler anskaffelser av særlige tjenester og helse- og sosialtjenester, inneholder ikke regler for utformingen av verken utvelgelses- eller tildelingskriterier. Det følger imidlertid av forskriftens § 14-1 (2) at oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at leverandørene «*behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forhold som oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av leverandører til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud*». Bestemmelsens tredje ledd gir også visse føringer ved at det åpnes for at «*Oppdragsgiveren kan ta i betraktning særtrekkene ved ytelsen ved gjennomføringen av*

anskaffelsen, inkludert ved fastsettelsen av kravene til ytelsen, kontraktsvilkårene, kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene”.

- (39) Det fulgte av konkurransegrunnlaget kapittel 5 «Tildeling av konsesjon» og punkt 5.1 «Uttevningsskriterium» at dersom det var mer enn inntil 6 kvalifiserte leverandører i konkurransen, ville innklagede benytte utvelgelseskriteriene «Beste kvalitet på referansene i pkt. 3.4, etter eventuell referansesjekk», «Leveransekapasitet og lågt sjukefråvær» og «Tilgang til vikarar ved assistentens fråvær eller sjukdom».
- (40) Begrepet utvelgelseskriterier brukes om to-trinns prosedyrer hvor det gjøres en utvelgelse blant de som oppfyller kvalifikasjonskravene, om hvem som skal inviteres til å inngi tilbud. I slike tilfeller foretas det ikke i første fase en tildeling av kontrakt, men en utvelgelse av hvilke leverandører som skal få anledning til å inngi tilbud. Utvelgelsen skjer i praksis normalt basert på bakgrunn av leverandørenes kvalifikasjoner.
- (41) Tildelingskriterier legger på den andre siden føringene for den endelige tildelingen av kontrakt, og knytter seg til selve leveransen. Selv om oppdragsgiveren har en betraktelig større frihet ved utformingen av tildelingskriteriene i konsesjonskontraktforskriften del III enn i del II, herunder til å gi seg selv en betydelig større skjønnsfrihet, må imidlertid tildelingskriteriene oppfylle det grunnleggende kravet til å være egnet til å utpeke det beste tilbudet.
- (42) I konkurransegrunnlaget var det altså lagt opp til at dersom det ble mottatt flere enn 6 tilbud, ville det bli foretatt en utvelgelse av leverandører som ville bli tildelt konsesjon basert på kriteriene i punkt 5.1. Denne utvelgelsen innebar en endelig avgjørelse om hvilke leverandører som ville bli tildelt konsesjon og som det ville inngås en konsesjonskontrakt med. Ved en slik inngåelse av et begrenset antall tjenestekonsesjonskontrakter må oppdragsgivere evaluere og foreta et valg av de beste tilbudene, i motsetning til utvelgelse av leverandører som skal få levere tilbud. En slik tildeling må være basert på egnede tildelingskriterier. Den enkelte bruker velger så leverandør blant de som har fått konsesjonskontrakt etter fritt brukervalg.
- (43) Slik nemnda leser konkurransegrunnlaget, har innklagede lagt opp til at tildeling av kontrakt skulle skje på bakgrunn av utvelgelseskriterier. Alle de tre utvelgelseskriteriene, knytter seg til leverandørens kvalifikasjoner, og i mindre grad til selve leveransen. Etter nemndas vurdering er kriteriene derfor ikke egnet til å foreta et valg av de beste tilbudene i konkurransen. Dette underbygges også av at det i konkurransefasen kom en rekke innvendinger mot de kriteriene som var satt, og kriterienes egnethet til å velge ut de beste tilbudene.
- (44) Etter klagenemndas vurdering er derfor ikke konkurransegrunnlaget utformet i henhold til konsesjonskontraktforskriften § 14-1 (2). Dette er en feil som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning.
- (45) Bruddet som klagenemnda har konstatert, kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (46) På bakgrunn av dette resultatet, finner ikke klagenemnda grunn til å ta endelig stilling til klagenes øvrige anførsler. Nemnda vil likevel bemerke at det heller ikke fremstår som at evalueringen er gjort i samsvar med det som er beskrevet i konkurransegrunnlaget.

- (47) Det var oppgitt tre utvelgelseskriterier. Det første var «*Beste kvalitet på referansane i pkt. 3.4, etter eventuell referansesjekk*». Innklagede har ikke vurdert kvaliteten på de utførte referanseoppdragene, men har gjort en kvantitativ vurdering av oppdragenes størrelse. Det kommer frem av tilbakemeldingene som er gitt at AssisterMeg er gitt trekk som følge av at «*referanseoppdragene ble ansett for å være av mindre verdi enn de beste leverandørene*». Slik saken fremstår for klagenemnda, har innklagede da vektlagt den kvantitative størrelsen på referanseoppdragene, uten å vurdere hverken kvaliteten eller relevansen av størrelsen i den aktuelle konkurransen.
- (48) Etter nemndas vurdering fremstår det også som at innklagede uriktig har trukket AssisterMeg i poeng for ikke å ha levert opplysninger om både månedsverk og antall timer per uke for referanseprosjektene, i strid med konkurransegrunnlagets krav om at referansene skulle inkludere opplysninger om «*verdi eller antal timar*». Nemnda finner det sannsynlig at Mio har fått trekk for tilsvarende forhold, da det fremkommer av tilbudet deres at de ikke har oppgitt månedsverk eller timetall per uke i tillegg til verdi, og leverandøren er trukket like mange poeng som AssisterMeg.
- (49) Det fremstår derfor som at innklagede har vektlagt forhold i evalueringen som ikke fremkom av konkurransegrunnlaget, i strid med kravet til forutberegnelighet.

Konklusjon:

Øygarden kommune har handlet i strid med konsesjonskontraktforskriften § 14-1 (2) ved utformingen av konkurransegrunnlaget.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Wenche Sædal

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur