



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 26. mai 2003 i sak 2003/38

Klager: Norsk Sykepleietjeneste AS

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Morten Goller, Siri Teigum.

Saken gjelder:

Klagefrist, krav til kunngjøring, parallelle rammeavtaler, beskrivelse av tildelingskriterier, utvelgelse til å delta i forhandlinger, avvisning på grunn av manglende dokumentasjon.

Bakgrunn:

Bærum kommune (heretter kalt "innklagede") kunngjorde 13.11.2002 en begrenset anbudskonkurranse i Norsk lysingsblads elektroniske database ("DOFFIN") for innleie av helsepersonell. Anskaffelsen ble kunngjort etter reglene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser del III. Det ble i kunngjøringen opplyst at anskaffelsen gjaldt CPV-kode 85 000 000 ("Helse- og sosiaitying"). Det fremgikk av kunngjøringen at Bærum kommune var oppdragsgiver, og at antatt kontraktsverdi var "3 millioner".

I konkurransegrunnlaget ble det opplyst at:

"Dette er en anbudsinnbydelse for Bærum Kommune, men også andre kommuner i Vestregionen skal etter ønske kunne tiltrå denne avtale... Leveringsstedene er enheter under kommunal forvaltning. I tillegg kan private virksomheter/institusjoner som Kommunen støtter økonomisk knytte seg til denne avtalen, men disse står fritt til å kjøpe fra andre leverandører.

...

Samlet antall årlig forbruk er ca 3.mill. eksklusive merverdiavgift.

Det overstående er estimert forbruk for Bærum Kommune, og kommunene er ikke forpliktet med hensyn til volum.

Det tas forbehold om at anbudet/leveransen kan deles på flere leverandører.

Kontrakten skal ikke være til hinder for at kjøp innen de angitte produktgrupper i spesielle tilfelle (tids kritisk, spesielt produkter og lignende) kan foretas utenom rammeavtalene fra andre leverandører.

...

Priser skal oppgis ekskl. mva. Timepris på spesialsykepleier, sykepleier, vernepleier, hjelpepleier, omsorgsarbeider, ufaglært og helsesekretær.

Tilbudte tjenester utover de som fremkommer i anbudsoversikten skal fremgå av produktkatalog/ oversikt som vedlegges. Det må derfor fremgå hvilke rabatter som tilbys på kjøp av tjenester utenom de direkte forespurte”.

Det ble oppgitt følgende kriterier i ikke-prioritert rekkefølge for valg av tilbud:

pris, leveringssikkerhet, kvalitet, service/tilgjengelighet og referanser.

Det er til dels uoverensstemmende krav til dokumentasjon i kunngjøringen og det som fremgår av konkurransegrunnlaget. I forbindelse med evalueringen av tilbudene utarbeidet innklagede en matrise over tilbudsprisene, og en matrise for dokumentasjon vedlagt tilbudene. Matrisen inneholder angivelse av dokumentasjon som ikke var etterspurt, verken i kunngjøringen eller i konkurransegrunnlaget.

Innklagede mottok spørsmål om hvordan enkelte deler av konkurransegrunnlaget skulle forstås. Innklagede utarbeidet skriftlige svar på spørsmålene, og distribuerte disse 12.12.2002 til deltakerne i konkurransen. Det ble blant annet opplyst at kommunene som var omfattet av "Vestregionen", var kommunene Drammen, Nedre Eiker og Øvre Eiker, Hurum, Asker og Bærum.

Innklagede mottok 16 tilbud, herav ett fra Norsk Sykepleietjeneste AS (heretter kalt "klager"). Av disse ble åtte invitert til intervju og avklaringsmøter.

Det fremgår av matrisen at Achima Helse AS og Proffice Care ikke vedla skatteattest for merverdiavgift.

I brev 26.2.2003 ble leverandørene orientert om at innklagede valgte tilbudene fra Manpower AS, Adecco Norge AS, Proffice Care AS, Top Temp og Achima Helse AS.

Det ble opplyst at rammeavtale "vil bli tegnet i løpet av uke 11".

Innklagede har under klagebehandlingen anslått den faktiske omsetningen til nærmere seks millioner kroner. Beløpet på tre millioner kroner ble anslått på grunnlag av regnskapsbeløp i første halvår 2002 multiplisert med to. Innklagede har opplyst at kommunen i ettertid ser at beløpet for annet halvår kan bli en del større enn første halvår, blant annet fordi vikarer i forbindelse med ferieavvikling for sommer og jul ligger i denne halvdelen av regnskapsåret.

I etterkant har kommunene Drammen, Nedre Eiker og Øvre Eiker valgt å trekke seg fra prosessen. Det er således Asker og Bærum kommuner som gjenstår som oppdragsgivere. Det fremkommer ikke hvor stor omsetning Asker kommune vil ha, og dette er heller ikke tatt med i beregningsgrunnlaget.

Anførsler:

Klagers anførsler:

1) Klager anfører at det ikke er satt noen frist for å klage i meddelelsen om valg av tilbud, og at innklagede derfor har brutt kravet i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15.11.2001 om offentlige anskaffelser til å gi en klagefrist i meddelelsen om valg av tilbud.

- 2) Anskaffelsens verdi er nærmere seks millioner, ikke tre millioner som opplyst i kunngjøringen. Det foreligger derfor et vesentlig avvik fra anslått omsetning og faktisk omsetning. Det er i strid med regelverket å gjennomføre anskaffelsen når det foreligger et så stort objektivt avvik. I hvert fall skulle innklagede ha forsøkt å reparere dette da han ble oppmerksom på avviket.
- 3) Det er ikke klart nok skille mellom leverandører og parallelle rammeavtaler. Klagenemnda legger til grunn at klager med dette mener at det ikke er etablert tilstrekkelige mekanismer for å forutsi fordelingen av bestillinger mellom leverandørene som har blitt tildelt rammeavtaler.
- 4) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke angi planlagt oppdeling av anskaffelsen, jf. forbeholdet om å kunne gi tilbud på deler av tilbudet. Det vil ellers åpnes adgang for å plukke de beste elementene fra de ulike tilbudene.
- 5) Innholdet i kriteriene leveringssikkerhet, service/tilgjengelighet og kvalitet er for uklare, og dermed i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.
- 6) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke opplyse på forhånd at alle kriterier vil ha like stor vekt. Klagenemnda legger til grunn at klager med dette mener at innklagede hadde bestemt seg for vektingen på forhånd, og at vektingen derfor skulle vært angitt.
- 7) Innklagede har brutt regelverket ved utvelgelsen av hvem som skal inviteres til forhandlinger, ved at det bare er lagt vekt på pris.
- 8) Tilbudene fra Achima Helse AS og Proffice Care skulle vært avvist, idet den forespurte dokumentasjonen ikke var vedlagt deres tilbud.

Innklagedes anførsler:

Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

- 1) Klagefrist fremgår tilstrekkelig klart av meddelelsen om valg av tilbud, idet det er opplyst om tidspunkt for undertegning av kontrakt. Regelverket stiller ikke krav om at klagefristen

skal angis med en bestemt dato. Det er tilstrekkelig at det settes en frist. Klager har klaget og fått sin klage behandlet. Det er da ikke grunnlag for å kreve konkurransen utlyst på nytt.

2) Anslått omsetning må legges til grunn, ikke hva som i ettertid viser seg å være faktisk omsetning. Leverandørene ble uttrykkelig gjort oppmerksom på usikkerheten knyttet til angivelsen av volum.

3) Det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at det dreier seg om ulike vikartjenester, jf. punkt 2.7, og at det skal oppgis priser innenfor de ulike områdene spesialsykepleier, sykepleier, vernepleier, hjelpepleier, omsorgsarbeider, ufaglært og helsesekretær. Priser og art av tjenester er derfor presisert i forhold til rammeavtalene. Det er et særlig behov for fleksibilitet for de tjenester rammeavtalene omfatter. Det er ikke mulig å angi nøyaktig hvilke tjenester som skal kjøpes av den enkelte på forhånd. Vikartjenester må kjøpes der hvor de er tilgjengelige på det tidspunkt det er behov for tjenesten. En leverandør kan være tom for hjelpepleiere, mens en annen kan være tom for sykepleiere. Det er da urimelig å pålegge kommunen å angi en nærmere fordelingsnøkkel eller mekanisme for valg av tjenester.

4) Konkurransen omfatter 11 sykehjem og legevakt/hjembaserte tjenester, og disse har ulike behov med hensyn til hvilke type vikarer de trenger. De fem utvalgte leverandørene har noe ulik kompetanseprofil i form av sykepleiere, spesialsykepleiere, hjelpepleiere, legesekretærer og ufaglærte pleieassistenter. I sum utfyller disse hverandre til en komplett tjeneste, og den oppdeling som ble foretatt ga derfor den beste løsningen for kommunen. Det følger av kunngjøringsteksten at det skal inngås en rammeavtale. De planlagte skiller mellom delene det kan gis tilbud på er klart angitt.

5) Tildelingskriteriene er ikke uklare, og kriteriene er for øvrig i overensstemmelse med eksemplene gitt i forskriften § 17-2. Kommunen har ikke hatt problemer med å skille de ulike kriteriene fra hverandre.

6) Kommunen hadde ikke bestemt seg for kriterienes vekt på forhånd. Det er derfor ikke et brudd på regelverket at kriteriene ikke var vektet på forhånd.

7) Pris har ikke alene vært avgjørende for valg av leverandør. Utvelgelsen av hvem som skulle inviteres til avklaringsmøter har vært basert på den fremlagte dokumentasjon fra leverandørene. Leverandøren med laveste pris og den minste leverandøren var ikke aktuelle for leveransen. Av de seksten leverandørene valgte kommunen å konsentrere seg først om de åtte med laveste pris, og samtidig evaluere de øvrige kriteriene hos disse. Fem av leverandørene med laveste pris oppfylte de øvrige kriteriene, og det var således ikke

nødvendig å evaluere de resterende åtte leverandørene. Disse ville uansett ikke bli tatt i betraktning.

8) Alle leverandører har sendt inn HMS-erklæring og skatteattest. Skatteattest for merverdiavgift ble ettersendt av Achima Helse AS etter anbudsåpning, idet selskapet ble gitt en fristforlengelse i tråd med regelverket. De øvrige forhold hvor det er kryssset av "NEI" i malen har ikke hatt slik betydning at det har vært aktuelt å avvise leverandørene. Proffice Care har gjennom sin advokat bekreftet at de ikke kan få ut noen merverdiavgiftsattest, idet selskapet ikke er merverdiavgiftspliktig.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen, og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen følger reglene i forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser del III som uprioriterte tjenester. Dette er ikke bestridt av klager. Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen omfattes av CPC referanse 872 om utvelgelse og rekruttering av personell, jf. forskriften § 2-5 kategori (22), og således er en uprioritert tjeneste.

1. Frist for å klage

Forskrift fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser § 17-3 angir at oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt skriftlig skal meddeles samtidig til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt inngås. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget og angi frist for leverandører til å klage over beslutningen.

I innklagedes meddelelse om valg av tilbud fremgikk det ikke at det var adgang til å klage, og heller ingen uttrykkelig klagefrist. Meddelelsen anga kun hvilken uke kontrakt ville bli inngått i.

Klagenemnda antar at meddelelsen ikke samsvarer med kravene i forskriften § 17-3, men går ikke nærmere inn på spørsmålet siden dette ikke har hatt betydning i saken. Klager har levert inn en klage til oppdragsgiver, og fått denne realitetsbehandlet.

2. Angivelsen av antatt omsetning

Innklagede har i kunngjøringen kun tatt med et anslag over eget forbruk, og angitt dette til tre millioner kroner. Det er i kunngjøringen ikke sagt noe om at andre kommuner skal kunne slutte seg til avtalen.

At kunngjøringen ikke omtaler mulige tiltredende kommuners opsjoner gir markedet et uriktig bilde av anskaffelsen og dennes verdi. Når anslaget over eget forbruk noen måneder senere i tillegg viser seg å være det dobbelte av hva som ble anslått i kunngjøringen, finner klagenemnda at den informasjon som ble gitt i kunngjøringen ikke tilfredsstillende kravene til forutberegnelighet i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 5. Dette gjelder uavhengig av om opplysningene senere fremgikk av konkurransegrunnlaget.

3. Bruken av parallelle rammeavtaler

En tilsvarende problemstilling har vært behandlet i klagenemndas sak 2003/30. Det ble her fremhevet at oppdragsgiver skal ivareta hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i anskaffelsesprosessen, jf. loven § 5.

I de foreliggende rammeavtalene er det ikke fastsatt noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene. Ordningen bærer derfor preg av å være en "uferdig" konkurranse, der det i realiteten ikke er tatt en endelig beslutning om hvilket tilbud som er det beste basert på tildelingskriteriene.

Uten at oppdragsgiver har tatt stilling til hvem som skal få leveransen, eventuelt hvordan leveransene skal fordeles mellom de valgte leverandørene, kan klagenemnda i det foreliggende tilfellet ikke se at de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i loven § 5 er oppfylt. Dette endres ikke selv om priser og tjenestens art er angitt i rammeavtalene, og heller ikke av om det skulle være et særlig behov for fleksibilitet for denne type anskaffelser.

Klagenemnda oppfatter lovens krav, og også regelverket innenfor EU, slik at det er oppdragsgivers ansvar å finne frem til en mekanisme eller fordelingsnøkkel for bestillinger i henhold til rammeavtalene som ivaretar lovens grunnleggende krav. Dette kan for eksempel gjøres ved en prioritering av leverandørene og de aktuelle tjenestene.

Rammeavtalene oppfyller derfor ikke grunnleggende krav i regelverket. De foreliggende rammeavtalene kan da etter klagenemndas mening ikke fritta innklagede fra å følge forskrift om offentlige anskaffelser ved senere kjøp av vikartjenester.

4. Angivelse av planlagt oppdeling av ytelsen

Klagenemnda finner partenes anførsler på dette punkt noe uklare, og viser til punktet om parallelle rammeavtaler ovenfor, herunder kravet til fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling av bestillingene mellom leverandørene.

5. Utformingen av tildelingskriteriene

Forskriften § 17-2 (2) slår fast at dersom tildeling av kontrakt skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og tekniske bistand, oppfyllelsestid mv.

I EF-domstolens avgjørelse C-19/00 (SIAC Construction) premiss 42 til 44 er det lagt til grunn følgende om kravene til utformingen av tildelingskriteriene:

” 42 Dette betyder nærmere bestemt, at kriterierne for tildeling skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måde.

43 Denne gennemsigtighedsforpligtelse indebærer også, at den ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 88 og 89).

44 Endelig skal kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende.

Klagenemndas utgangspunkt blir etter dette om det kan legges til grunn at leverandører av vikartjenester til helsesektoren vil oppfatte innholdet i kriteriene leveringssikkerhet, service/tilgjengelighet og kvalitet på samme måte. Det er som oftest forståelsen av begrepet kvalitet som kan gi grunnlag for usikkerhet. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at anskaffelsens art i dette tilfellet ikke medfører særlig grad av tvil om innholdet i de angitte

tildelingskriteriene, herunder kriteriet ”kvalitet”. Klagenemnda legger derfor til grunn at tildelingskriteriene er angitt tilstrekkelig klart og presist.

6. Angivelse av kriterienes vekt

Det følger av forskriften § 17-2 (2) at tildelingskriteriene ”om mulig” skal angis i prioritert rekkefølge. Når oppdragsgiver har vektet eller prioritert kriteriene på forhånd skal denne vektingen eller prioriteringen fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-470/99 premiss 97.

I den foreliggende sak legger klagenemnda til grunn at innklagede ikke hadde foretatt en vekting eller prioritering av kriteriene på forhånd. Bestemmelsen innebærer da bare en anbefaling om å prioritere kriteriene, ikke en plikt, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak T-183/2000 premiss 77.

Klagenemnda finner at innklagede ikke har brutt forskriften § 17-2 ved å angi kriteriene i ikke-prioritert rekkefølge.

7. Utvelgelse til å delta i forhandlingene

Klagenemnda vil bemerke at det i kunngjøringen er opplyst at det er en åpen anbudskonkurranse, mens det i konkurransegrunnlaget fremgår at det er en konkurranse med forhandling. Klagenemnda legger til grunn at det er det siste som er ment.

I sitt tilsvare til klagenemnda opplyser innklagede at:

”Av de 16 kvalifiserte tilbyderne valgte kommunen først å konsentrere seg om de åtte med laveste pris og samtidig evaluere de øvrige kriterier hos disse. De øvrige åtte tilbud lå over i pris slik at de uansett ikke ville bli tatt i betraktning dersom et tilstrekkelig antall av de første åtte oppfylte kommunens krav til de øvrige kriterier. De ble derfor foreløpig lagt til side. Fem av de rimeligste tilbyderne oppfylte de øvrige kriteriene og det var således ikke nødvendig å evaluere de resterende åtte i tildelingsfasen.”

Klagenemnda finner dette noe uklart, men oppfatter det slik at det dels er lagt vekt på tilbudspriser, dels på fremlagt dokumentasjon på leverandørenes kvalifikasjoner ved utvelgelsen av hvem som skal få delta i forhandlingene.

Utvelgelsen av hvilke leverandører som skal inviteres til å delta i forhandlingene ”skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørens stilling og tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet, jf. § 12-5 (kvalifikasjonskrav)”, jf. forskriften § 16-3 (2).

Det fremgår av innklagedes anførsler at det dels er lagt vekt på tilbudspriser, dels på fremlagt dokumentasjon på leverandørenes kvalifikasjoner ved utvelgelsen av hvem som skal få delta i forhandlingene.

Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at saksbehandlingen har vært i samsvar med forskriften § 16-3 (2) når tilbudt pris har dannet grunnlag for vurderingen av hvem som skal velges ut til forhandlingene.

8. Avvisning av leverandører som følge av manglende dokumentasjon

Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene, herunder til leverandørenes tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling, jf. forskriften § 12-5. Kunngjøringen skal angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandøren er oppfylt.

Klagenemnda finner grunn til å påpeke at det ikke er fullt samsvar mellom kravene til dokumentasjon i henholdsvis kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget er det således stilt krav om at leverandørene skal levere inn et egenerklæringsskjema for om visse miljøkrav er oppfylt. Det er heller ikke fullt samsvar mellom kravene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget og det som faktisk er blitt etterprøvet. Det fremkommer således i matrisen at det er krysset av for om tilbudene var vedlagt en ”Miljøpolicy”.

Utgangspunktet er at leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen skal avvises, jf. forskriften § 15-12. Dette var også uttrykkelig sagt i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det var stilt krav om fremleggelse av noen ”Miljøpolicy”, og dette kan derfor ikke danne grunnlag for noen avvisning. Når det gjelder kravet om fremleggelse av en egenerklæring for oppfyllelse av miljøkrav, er det etter klagenemndas oppfatning ikke naturlig å forstå dette som et krav for å i det hele tatt delta i konkurransen. Heller ikke dette punktet medfører derfor noen plikt for oppdragsgiver til avvisning.

Når det gjelder fremleggelse av skatteattest for merverdiavgift og skatt, følger det av forskriften § 12-9 (3) at det er anledning til å be om ettersendelse. Klagenemnda kan derfor ikke se at den manglende innlevering av skatteattest sammen med tilbudet skal medføre en plikt til å avvise Achima Helse AS.

Når Proffice Care på en tilfredsstillende måte har godtgjort at selskapet ikke er oppført i merverdiavgiftsregisteret, og heller ikke har noen plikt til å registrere seg her, kan klagenemnda ikke se at det er grunnlag for å avvise selskapet. Klagenemnda legger derfor til grunn at innklagede ikke pliktet å avvise Proffice Care.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at rammeavtalene ikke vil frita Bærum kommune fra å kunngjøre konkurranse om anskaffelse av vikartjenester etter reglene i forskrift om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

Morten Goller

Oslo, 26.5.2003