



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager leverte inn forespørsel om deltagelse i en konkurranse med forhandlinger om kjøp av vikartjenester, men ble ikke kvalifisert til å delta i konkurransen. Klager anførte at innklagedes evaluering av kvalifikasjonskravene på flere punkter var i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 23. mars 2009 i sak 2008/147

Klager: Bergen Helsevikar AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Morten Goller, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Evaluering av kvalifikasjonskrav.

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 26. mars 2007 en konkurranse med forhandling. Anskaffelsen gjaldt en 2-årig rammeavtale for levering av vikartjenester, med opsjon for oppdragsgiver på forlengelse av avtalen i ytterligere 1+1 år.
- (2) Foruten på egne vegne handlet innklagede etter fullmakt for følgende oppdragsgivere: Lindås kommune, Fjell kommune, Vaksdal kommune, Fusa kommune, Meland kommune, Askøy kommune, Konkurransetilsynet, Bergen Kirkelige Fellesråd, Bergen Røde Kors sykehjem og Konows senter, jf kunngjøringens punkt VI.3.
- (3) Anskaffelsen ble gjennomført som en konkurranse i to trinn. Første trinn var prekvalifisering av leverandører. Det var i den forbindelse utarbeidet et eget kvalifikasjonsgrunnlag. Kvalifikasjonsgrunnlaget inneholdt i pkt. 1.3 "*Anskaffelsen gjelder*" følgende:

"Anskaffelsen vil innebære vikartjenester innenfor følgende tjenestegrupper:

- *Skole, Sfo, barnehage, ppt/kultur*
- *Pleie og omsorg*
- *Regnskap, økonomi og lønn/kontor og administrasjon*
- *Kantine, kjøkken*
- *Renhold*
- *Teknisk personale, lager og transport*

Anskaffelsen er delt opp i 6 tjenestegrupper. Det er tillatt å innlevere kvalifisering på en eller flere tjenestegrupper. Skjema for tjenestegrupper (vedlegg IV) skal fylles ut for hvilke tjenestegrupper som det ønskes å bli prekvalifisert på."

- (4) Under kvalifikasjonsgrunnlaget pkt. 1.6 "*Anskaffelsesprosedyre og regler for konkurransen*", fremgikk blant annet følgende:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

"Konkurransen vil bli gjennomført etter følgende prinsipper:

- Leverandører som ønsker å delta i konkurransen, må sende forespørsel om deltakelse innen fristen som er gitt i pkt. 4.3.*
- Etter utløpet av fristen for forespørsel om deltakelse, vil oppdragsgiver vurdere de innleverte forespørslene. De kvalifiserte tilbyderne vil få tilsendt konkurransegrunnlaget og vil kunne levere tilbud.*
- Alle leverandører som har levert inn forespørsel om deltakelse i konkurransen, vil bli skriftlig orientert om utfallet av prekvalifiseringsprosessen.*
- De utvalgte leverandørene får tilsendt konkurransegrunnlaget og inviteres til å levere tilbud i konkurransen.*
- Etter utløpet av tilbudsfristen vil de innkomne tilbudene bli vurdert. Vurderingen vil være grunnlaget for gjennomføringen av forhandlinger med leverandørene.*
- Bergen kommune har til hensikt å inngå kontrakt med den leverandøren som etter forhandlingene har gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet."*

- (5) Kravene til leverandørenes kvalifikasjoner var inntatt under pkt. 2 i kvalifikasjonsgrunnlaget. Det hitsettes fra pkt. 2.1 "Generelt om kravene":

"Kvalifikasjonskrav er de krav til leverandørens juridiske stilling, økonomiske/finansielle kapasitet og teknisk/faglige kvalifikasjoner, som oppdragsgiver fastsetter i denne konkurranse. Kravene er satt for å sikre at den leverandøren som velges har forutsetning for å oppfylle kontrakten. Alle krav må oppfylles for at leverandøren skal bli kvalifisert."

- (6) Dernest var det i pkt. 2.2 sagt noe generelt om dokumentasjon, og deretter var det oppgitt til sammen åtte kvalifikasjonskriterier, hver med spesifikke krav til dokumentasjon. Kvalifikasjonskriteriene var inndelt i hovedgruppene "Lovpålagte krav" (pkt. 2.3) og "Andre krav" (pkt. 2.4) Det hitsettes fra punkt 2.4:

2.4 Andre krav

[...]

☐ **Krav til gjennomføringsevne**

Det kreves at leverandøren har evne til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers behov

Dokumentasjon:

- Oversikt over firmaets totale bemanning*

[...]

☐ **Krav til kvalitetsstyring -generelt**

Eks. Oppdraget krever leverandører som er opptatt av kvalitetsstyring.

Dokumentasjon skal gis på en av følgende måter:

A: Gi en egen beskrivelse av firmaets fokus på kvalitetsstyring, med vekt på kvalitetssikring, ressursstyring, ledelsens ansvar, tilvirkningsprosess og kontinuerlig analyse og forbedring.

B: Om leverandør innehar ISO 9001:2000 sertifikat, kan dette vedlegges som dokumentasjon.

C: Rutiner for å hente inn Politiattest for de tjenestegrupper det er aktuelt for."

- (7) Kvalifikasjonsgrunnlaget pkt. 3 gav ”Regler for gjennomføring av kvalifiseringsprosessen”. Under pkt. 3.1 ”Forhandlinger” siste avsnitt fremkom følgende:

"I denne konkurransen med forhandling vil det bli kvalifisert mellom 3 til 6 leverandører innenfor hver tjenestegruppe."

- (8) Fristen for å levere inn forespørsel om prekvalifisering var satt til 27. april 2007 kl. 10.00, jf kunngjøringens punkt IV.3.4. Elleve leverandører innga forespørsel om prekvalifisering innen fristen, heriblant Bergen Helsevikar AS (heretter kalt klager). Klagers forespørsel gjaldt tjenestekategori 2 — ”Pleie og omsorg”. Det fremgikk av klagers forespørsel at de hadde hatt totalt 215 vikarer i arbeid siden klager startet for 3 år siden og at det riktige antallet aktive vikarer på tidspunktet for prekvalifiseringen var 138.
- (9) Innklagede vurderte deretter leverandørenes kvalifikasjoner (prekvalifiseringen). Innklagede benyttet et eget evalueringsskjema for å rangere leverandørene. De ulike kravene i kvalifikasjonsgrunnlaget var rangert likt og talte like mye. Ved vurderingen av leverandørene opp mot det enkelte kvalifikasjonskriterium ble det benyttet en poengskala med karakterene 1-5 hvor 5 var beste karakter.
- (10) Ti av søkerne ble funnet å oppfylle kvalifikasjonskravene, mens én ikke tilfredsstilte kravene.
- (11) Innklagede tilskrev klager den 30. mai 2007 og underrettet om kvalifikasjonsresultatet. Det hitsettes fra brevet:

"Med bakgrunn i innsendt materiale tilfredsstiller De kvalifikasjonskriteriene. Kvalifikasjonsgrunnlaget gir imidlertid en begrensning i det antall som vil få tilsendt konkurransegrunnlaget, og De er ikke blant de 5 utvalgte som er invitert med i den videre prosessen."

[...]

Alle tilbyderne fikk tildelt poeng innenfor hver enkelt kvalifikasjonskriterie. De fem som fikk høyest poengsum er med videre i prosessen. Bergen Helsevikar AS var dessverre ikke blant de 5 som oppnådde høyest poengsum."

- (12) I brev datert 14. juni 2007 anmodet klager om en skriftlig begrunnelse for avslaget. Klager besvarte henvendelsen og begrunnet evalueringen i brev av 15. juni 2007. Her ble det opplyst hvilke av de foran nevnte åtte kvalifikasjonskriterier som klager scoret dårligere på enn de fem leverandørene som gikk videre til trinn to i prosessen. Av innklagedes begrunnelse fremgår bl.a. følgende:

"Dere er vurdert dårlige enn de 5 leverandørene som fikk tilsendt konkurransegrunnlaget innenfor kravene til selskapets soliditet, gjennomføringsevne og krav til kvalitetsstyring. Ved en samlet vurdering av samtlige kvalifikasjonskrav er dere derfor ikke blant de 5 leverandørene som fikk tilsendt konkurransegrunnlaget. I tillegg

spesifiseres at dere ikke ville vært blant de 6 valgte leverandørene, dersom BK hadde valgt å sende konkurransegrunnlaget til det maksimalt antall tillatte tilbydere."

- (13) De fem leverandørene som gikk videre til trinn to fikk tilsendt konkurransegrunnlaget med frist for å inngi tilbud til 10. september 2007.
- (14) I konkurransegrunnlaget var det i punkt 3 inntatt beskrivelse av leveransen, og det fremgikk av konkurransegrunnlagets punkt 4 at tildelingskriteriene var det økonomisk mest fordelaktige tilbud med underkriteriene pris, leveringsservice og personalpolitikk.
- (15) I konkurransegrunnlagets vedlegg III Prisskjema og produktskjema fremgikk det at det skulle inngis pristilbud på vikarer med 0-2 års erfaring og 2-5 års erfaring.
- (16) Bergen kommune v/Innkjøpsavdelingen inngikk den 13. februar 2008 rammeavtaler med hver av de tre leverandørene som ble tildelt rammekontrakten.
- (17) I to av rammeavtalenes bestemmelser om priser følger bl.a.:

"Vikarer som har mer enn 5 års erfaring, skal faktureres samme timepris som for vikarer med 2-5 års erfaring for den stillingstype som er bestilt."

- (18) Den 4. mars 2008 ble det avholdt møte mellom klager og innklagede. Møtet ble fulgt opp av et brev fra innklagede til klager den 31. mars 2008 hvor det ble gitt ytterligere begrunnelse for hvorfor klager ikke fikk være med videre etter prekvalifiseringen. Fra nevnte brev, pkt. 2.2, hitsettes:

"2.2 Evaluering av kvalifikasjonskravene

Når det gjelder selve den vurderingen som ble gjort av anskaffelsesgruppen i trinn 1 (kvalifikasjonsprosessen), vil Innkjøpsavdelingen vise til at det er blitt foretatt en konkret vurdering av alle leverandørene som sendte inn forespørsel om deltakelse i konkurransen sett opp mot de enkelte kvalifikasjonskriteriene som var fastsatt i kvalifikasjonsgrunnlaget.

For så vidt gjelder de lovpålagte kravene (krav til skatteattest for skatt og mva, samt krav til oppfyllelse av HMS), ble Bergen Helsevikar AS vurdert likt med de øvrige tilbyderne.

I forhold til de øvrige kravene som var fastsatt, ble Bergen Helsevikar AS vurdert annerledes på noen av kravene enn de leverandørene som ble invitert med videre i prosessen. Bergen Helsevikar AS fikk dårligere poengsum enn valgte leverandører innenfor kravene til selskapets soliditet, gjennomføringsevne og krav til kvalitetsstyring. Vedrørende kravet til leverandørens virksomhet, ble Bergen Helsevikar AS vurdert likt med de øvrige tilbyderne.

Det opplyses at totalt sett fikk Bergen Helsevikar AS 35,5 poeng, mens den siste leverandør som ble tilsendt konkurransegrunnlag fikk 37,3 poeng.

For øvrig vises til innstillingen fra Innkjøpsavdelingen til Byrådet, som er vedlagt dette brevet."

- (19) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 12. august 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (20) Klager anfører at evalueringen av kvalifikasjonskriteriet ”Kvalitetsstyring” er i strid med lovens krav til forutberegnelighet i § 5 da det ikke er opplyst i kvalifikasjonsgrunnlaget at dokumentasjon av dette kvalifikasjonskriteriet ved et ISO 9001:2000 sertifikat vil føre til høyere poengtall enn alternativ dokumentasjon av dette kvalifikasjonskriteriet.
- (21) Det vises til at det i kvalifikasjonsgrunnlaget er oppgitt flere alternativer for dokumentasjon av dette kvalifikasjonskriteriet, og at innklagede har opplyst at tilbydere som innehar dette sertifikatet ble gitt en høyere poengsum enn tilbydere som manglet sertifikatet. Det vil si at innehavere av sertifikatet hadde et fortrinn fremfor andre leverandører. Det vises til innklagedes brev av 31. mars 2008 hvor det kom frem at klager oppnådde lavere poengsum enn konkurrentene på dette punktet.
- (22) Klager anfører at innklagede indirekte har favorisert tilbydere som søkte oppdrag i flere tjenestegrupper i kvalifikasjonsvurderingen av kriteriet gjennomføringsevne. Klager anfører at når det uttrykkelig er anført i kvalifikasjonsgrunnlaget at det er anledning til å levere tilbud kun på en enkelt tjenestegruppe, må det ligge i dette at antallet vikarer skal telles innen en enkelt gruppe. Når innklagede har talt antall vikarer totalt, og ikke i hver enkelt tjenestegruppe er dette en feil, og i strid med lovens § 5.
- (23) Klager peker på at leveringssikkerheten for så vidt angår tjenester innenfor sektoren pleie og omsorg ikke kan måles ved å telle antall kontorassistenter, regnskapsfolk, vaktmestere osv som tilbyderen disponerer. Leveringssikkerheten må måles ved å telle antallet helsevikarer.
- (24) Det kan derfor stilles spørsmål ved om det er feil å telle alle vikarene som en tilbyder disponerer uavhengig av vikarenes bosted, slik som innklagede har gjort ved prekvalifiseringen i denne saken. Flere av konkurransedeltakerne driver virksomheter over hele landet, og de tre foretakene som vant konkurransen driver således virksomhet i alle landets fylker, og storparten av vikarene disse tilbyderne disponerer har derfor sitt bosted langt fra Bergen. Da vanlige vikaroppdrag har kort varighet er det praktisk talt utelukket at vikarer bosatt i andre landsdeler vil dra til Bergen for et vikaroppdrag av kort varighet. Dersom en ved prekvalifiseringen teller med vikarer bosatt i andre landsdeler får vedkommende tilbyder i realiteten uttelling for en ressurs som rent faktisk ikke vil kunne stilles til rådighet for oppdragsgiveren. Det er diskriminerende overfor tilbydere som har alle sine vikarer i Bergensområdet å ikke legge vekt på vikarenes bosted.
- (25) Klager anfører at det er i strid med lovens § 5 å legge vekt på vikarenes ansiennitet ved kvalifikasjonsvurderingen når dette ikke fremgår av kvalifikasjonsgrunnlaget eller kunngjøringen. Det vises til at klager i ettertid har fått kjennskap til at innklagede ikke ønsker vikarer med lengre ansiennitet enn fem år. Klager vises her til skjema som benyttes ved bestilling av vikartjenester under de rammeavtaler som ble inngått.

Innklagedes anførsler:

- (26) Innklagede anfører at klagen ikke kan føre frem, og bør vurderes avvist med hjemmel i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

- (27) Innklagede anfører at det er gitt klar beskjed i kvalifikasjonsgrunnlaget om at evalueringen vil skje opp mot den totale bemanningen. Dette innebærer at også andre enn ansatte i den aktuelle kategori skal telles med. Det vises til innklagedes skala for vurdering av gjennomføringsevne. Det presiseres at klager er vurdert opp mot opplysninger gitt i tilbudet som var henholdsvis 138 aktive vikarer og 215 vikarer som klager hadde hatt i arbeid siden starten for 3 år siden.
- (28) Innklagede viser videre til at kontraktens varighet med opsjoner er fire år, og at det derfor er av vesentlig betydning for innklagede å få størst mulig sikkerhet for leverandørenes gjennomføringsevne for en så langvarig kontrakt. Selskaper som leverer vikartjenester har ofte stor "turnover" blant vikarene. Antall ansatte totalt sier noe om virksomhetens størrelse og sannsynligheten for at den er av fast og varig karakter og innehar den nødvendige kapasiteten til å løse de utfordringer som kan oppstå i løpet av kontraktstiden. Etter innklagedes innkjøpsfaglige skjønn er derfor leverandørenes totale bemanningssituasjon en sentral indikator for leveringssikkerheten for vikartjenestene, og innklagede kan vanskelig se at dette er usaklig eller i strid med regelverket.
- (29) Innklagede viser til at klager fikk fire poeng på kravet knyttet til gjennomføringsevne, og innklagede bestrider at det var bestemt på forhånd hvordan kvalitetssikringssystemer skulle rangeres, herunder hvilken score man skulle få for ISO-sertifisering. Innklagede har foretatt et innkjøpsfaglig skjønn etter beste evne for å vurdere leverandørenes kvalitetssikringssystem opp mot hverandre i prekvalifiseringen.
- (30) Både klager og de fem leverandørene som ble prekvalifisert hadde beskrevet eget kvalitetssikringssystem. Flere av de leverandørene hadde i tillegg lagt frem som dokumentasjon ISO-sertifikat utstedt av de uavhengige sertifiseringsselskapene Det norske Veritas AS og Nemko AS. Dette innebærer at et uavhengig sertifiseringsorgan har gått gjennom leverandørenes system for kvalitetsstyring og funnet at det tilfredsstillende standarden NS-EN ISO 9001:2000.
- (31) Innklagede har gått gjennom den dokumentasjon leverandørene har innsendt vedrørende kvalitetssikringssystem, og har etter en totalvurdering funnet at ISO-sertifikat bør gis uttelling når leverandørene skulle rangeres opp mot hverandre i prekvalifiseringen. Det anføres videre at oppdragsgiver ikke har plikt til å fastsette prioriteringen eller vekten av kriteriene på forhånd, og det at dette ikke er gjort i denne saken representerer ikke noe brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.
- (32) Innklagede avviser at vikarenes ansiennitet er et kvalifikasjonskrav, men en avtalebestemmelse. I kvalifiseringen er det leverandøren og ikke "produktet" som blir vurdert. Disse forholdene har under enhver omstendighet ikke hatt betydning

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 2. ledd. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 § 2-1(5), og følger lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del II.

Klagefrist

- (34) I henhold til forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 må klage fremsettes innen seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Kontrakt ble inngått den 13. februar 2008. Klagen ble sendt per post, og er stemplet innkommet hos klagenemnda den 14. august 2008. Klagenemnda legger derfor til grunn at den er sendt senest den 13. august 2008. Klagenemnda anser derfor klagen som rettidig, jf klagenemnda sak 2005/100 premiss (18), og klagenemnda tar saken til behandling.

Evaluering av kvalifikasjonskravet "kvalitetsstyring"

- (35) Klager anfører for det første at evalueringen av kvalifikasjonskriteriet som gjelder kvalitetsstyring er i strid med lovens krav om forutberegnelighet da det ikke er opplyst i kvalifikasjonsgrunnlaget at ISO 9001:2000 sertifisering medfører en høyere poengsum enn tilbydere som mangler denne sertifiseringen.
- (36) Klagenemndas kompetanse til å overprøve oppdragsgivers skjønnsutøvelse når det gjelder evalueringen av kvalifikasjonskriteriene vil være begrenset til tilfeller hvor skjønn fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig, eller innklagedes skjønn er i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5.
- (37) I tilsvaret har innklagede opplyst at det ikke på forhånd var tatt stilling til hvordan kvalitetssikringssystemer skulle rangeres, herunder hvilken score man skulle få for ISO-sertifisering. Innklagede peker på at han ved evalueringen har foretatt en konkret vurdering av leverandørenes kvalitetssikringssystemer, og innklagede har etter en totalvurdering kommet til at øvrige leverandører, som har ISO-sertifikat, er å anse som bedre på dette punkt enn klager. Klagenemnda finner at innklagedes vurdering ikke fremstår som usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig, eller i strid med lovens § 5. Klagenemnda legger derfor til grunn at evalueringen av det oppstilte kvalifikasjonskravet er i samsvar med regelverket.

Evaluering av kvalifikasjonskravet "gjennomføringsevne"

- (38) Klager anfører dernest at det er i strid med lovens krav til forutberegnelighet i § 5 å legge vekt på leverandørenes totale bemanning i kvalifikasjonsevalueringen når det er oppgitt i kvalifikasjonsgrunnlaget at det er anledning til å levere tilbud kun på en enkelt tjenestegruppe.
- (39) Det fremgår av dokumentasjonskravet i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 2.4 at innklagede ville ha opplysninger om leverandørenes totale bemanning ved prekvalifiseringen. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 å vektlegge firmaets totale bemanning ved evalueringen av kvalifikasjonskriteriet "gjennomføringsevne".
- (40) Klager har videre anført at det uansett er i strid med regelverket å ta i betraktning alle virksomhetens ansatte ved vurderingen av kvalifikasjonskravets oppfyllelse når det bare er inngitt tilbud på en del av tjenesten. Innklagede har pekt på at antall ansatte totalt sier noe om virksomhetens størrelse og sannsynligheten for at den er av fast og varig karakter. Innklagede har videre vist til at virksomhetens totale størrelse sier noe om virksomheten har den nødvendige kapasiteten til å møte de utfordringer som kan oppstå i løpet av kontraktstiden, som med opsjoner er fire år.
- (41) Etter forskriftens § 17- 4 (2) skal kravene sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres.

- (42) Klagenemnda er enig i at virksomhetens totale størrelse kan si noe om virksomhetene har den nødvendige kapasiteten til å løse de utfordringer som kan oppstå i løpet av kontraktstiden. Klagers anførsel har ikke ført frem.

Vikarenes ansiennitet

- (43) Klager har anført at innklagede har vektlagt vikarenes ansiennitet i strid med kravet til forutberegnelighet. Dette er bestridt av innklagede, og klagenemnda kan heller ikke se at det fremgår av den foreliggende dokumentasjon at dette har blitt vektlagt. Klagers anførsel kan etter dette ikke føre frem.

Konklusjon:

Bergen kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, 23. mars 2009

Morten Goller