



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling vedrørende anskaffelse av rammeavtale om landsdekkende arbeidsrettet rehabilitering.. Klagenemnda fant at innklagede hadde brukt en prisevurderingsmodell som ikke premierte relevante forskjeller. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2010 i sak 2009/279

Klager: Fron Rehabiliteringssenter

Innklaget: NAV Drift og utvikling

Klagenemndas medlemmer: Georg Fredrik Rieber-Mohn, Bjørge Ven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Prisevurderingsmodell. Kontraktsvilkår.

Bakgrunn:

- (1) NAV Drift og utvikling (heretter kalt innklagede) kunngjorde 8. mai 2009 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtale om landsdekkende arbeidsrettet rehabilitering. Anskaffelsen var i konkurransegrunnlaget estimert til 240 MNOK i løpet av en fireårsperiode.
- (2) Om tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 fremgikk følgende:

"Tildelingen skjer på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier:

- 1) Totalkostnad på oppdraget, herunder pris og forbehold til kontrakten som har økonomisk betydning for oppdragsgiver*
- 2) kvalitet, herunder:*

- oppdragsforståelse, herunder bl.a. målsetting, arbeidsfokus, individuell tilnærming*
- faglig innhold, herunder bl.a. aktiviteter, arbeidsmetoder*
- faglige kvalifikasjoner og erfaring på utførende personell dokumentert gjennom vedlagte cv-er.*
- responstid – hvor lang tid leverandør trenger fra bestilling er bekreftet til bruker kan begynne i tiltaket*

Hovedvekting: *Totalkostnad vektes 40 prosent, kvalitet vektes 60 prosent."*

- (3) Vedlagt konkurransegrunnlaget var innklagedes kontraktsvilkår. Fra kontrakten hitsettes punktvis:

"1.3 Varighet og oppsigelse

Avtalen gjelder fra 1. september 2009 eller fra det tidspunktet etter denne dato da begge parter har undertegnet Avtalen og løper til 1. september 2011. Avtalen forlenges i ytterligere 2 år, med mindre Kunden gir Leverandøren skriftlig varsel om opphør senest en måned før avtaleperioden løper ut, dvs. før 1. august 2011. Maksimal potensiell varighet på avtalen er fire år.

Kunden kan til enhver tid si opp Avtalen med tre måneders skriftlig varsel. Oppsigelse av Avtalen får ingen innvirkning på avrop som er foretatt før Avtalen opphører. Leverandøren har rett til å si opp avtalen med seks måneders skriftlig varsel hvis det foreligger saklig grunn.

1.6 Leverandørens personell

Leverandørens personell for utførelse av tjenester under denne Avtalen fremgår av Bilag 2. Skifte av personell hos Leverandøren skal godkjennes av Kunden. Godkjennelse kan ikke nektes uten saklig grunn.

Ved skifte av personell plikter Leverandøren å erstatte vedkommende med alternativt personell med tilsvarende faglig kompetansebakgrunn. Eventuelle kostnader ved å tilføre nytt personell kunnskap for å gjøre vedkommende operativ på tilsvarende nivå som det personell som erstattes, skal dekkes av Leverandøren.

2.3 Bemanning

Leverandøren har ansvar for at avtalte tjenester gjennomføres av det personell som er utpekt av partene. Skifte av nøkkelpersonell initiert av Leverandøren kan bare skje dersom personen slutter i sin stilling hos Leverandøren, sykemeldes, tar omsorgspermisjon eller er fraværende av lignende årsaker.

Ved skifte av nøkkelpersonell plikter Leverandøren å erstatte vedkommende med en alternativ person med tilsvarende faglig kompetansebakgrunn.

Eventuelle kostnader ved å tilføre nytt personell kunnskap for å gjøre vedkommende operativ på tilsvarende nivå som personell som erstattes, skal dekkes av Leverandøren.

Skifte av personell initiert av Leverandøren skal først skje etter skriftlig godkjenning fra Kunden.

Dersom en eller flere personer avslutter sitt arbeidsforhold hos Leverandøren, og innsetting av alternativt personell medfører vesentlig ulempe for Kunden, har Kunden rett til å si opp avropsavtalen helt eller delvis.

Kunden skal godkjenne nytt personell som Leverandøren foreslår å stille til rådighet. For hver ny person løper en prøveperiode på 10 virkedager. Kunden kan i løpet av prøveperioden fritt kreve at personen skiftes ut. Etter prøveperioden kan Kunden ikke nekte godkjenning uten saklig grunn.

2.5 Avbestilling

Kunden kan til enhver tid avbestille bekreftede avrop, uten kompensasjon. Avrop skal skriftlig avbestilles av Kunden og vil ha umiddelbar virkning.

Ved avbestilling etter at avropet er påbegynt, skal Kunden betale det beløp Leverandøren har til gode for allerede utført arbeid.

Ved brudd på kravene i punkt 4.1.4 kan Kunden avbestille avrop og si opp Avtalen med umiddelbar virkning.

Kunden får alle rettigheter til alt materiell som Leverandøren har utarbeidet frem til avropet opphører.”

- (4) Innen fristen 5. juni 2009 kom det inn 34 tilbud, herunder tilbud fra Fron Rehabiliteringssenter AS (heretter kalt klager) og Troll-Tinn, Vikersund Kurbad, Skogli Helse- og rehabiliteringssenter, Sørlandets rehabiliteringssenter Eiken, Fram Helserehab, Attføringssenteret i Rauland, Jeløy Kurbad, Røde Kors Haugland Rehabiliteringssenter, Muritunet, Tonsåsen Rehabilitering, Røros Rehabiliteringssenter, Valnesfjord Helsesportsenter, Rehabiliteringssenteret Nord-Norges Kurbad og Spesialsykehuset for rehabilitering (heretter kalt valgte leverandører). Syv av tilbudene ble avvist med bakgrunn i manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.

- (5) Fra meddelelse om tildeling ved brev 31. august 2009 refereres følgende:

”NDU hadde ved tilbudsfristens utløp 5. juni 2009 mottatt 34 tilbud. Av disse ble 27 kvalifisert, og det ble besluttet å forhandle med alle kvalifiserte. Tilbudene ble vurdert og rangert i forkant av forhandlingene. Etter forhandlingene sendte samtlige 27 tilbydere inn reviderte tilbud. NDU har så gjennomført en ny vurderingsrunde og har på bakgrunn av denne foretatt en ny rangering av tilbudene. Vi ønsker å inngå kontrakt med tilbyderne av de 15 best rangerte tilbudene. Disse er i rangert rekkefølge:

<i>Leverandørnummer</i>	<i>Leverandørnavn</i>
31	<i>Troll-Tinn</i>
11	<i>Vikersund Kurbad</i>
22	<i>Skogli Helse- og rehabiliteringssenter</i>
7	<i>Steffensrud rehabiliteringssenter</i>
15	<i>Sørlandets rehabiliteringssenter Eiken</i>
25	<i>Fram Helserehab</i>
29	<i>Attføringssenteret i Rauland</i>
6	<i>Jeløy Kurbad</i>
28	<i>Røde Kors Haugland Rehabiliteringssenter</i>
13	<i>Muritunet</i>
8	<i>Tonsåsen Rehabilitering</i>
24	<i>Røros Rehabiliteringssenter</i>
33	<i>Valnesfjord Helsesportssenter</i>
2	<i>Rehabiliteringssenteret Nord-Norges Kurbad</i>
20	<i>Spesialsykehuset for rehabilitering”</i>

[...]

Tilbyderne har gitt en døgnpris som inkluderer alle utgifter de vil ta betalt for. Det skal gis en pris for virkedager og en for helg. De to prisene er vektet 71 prosent for virkedag og 29 prosent for helg (vektingen ble opplyst i forhandlingene). Den vektede gjennomsnittsprisen er lagt til grunn for poengsettingen.

Beste pris, dvs. laveste pris, har fått toppscore på en skala fra 0 til 10. Videre er det gitt poeng etter prosentvis avvik fra beste pris. Priser som er tre ganger eller mer dyrere enn beste pris får score 0.

Følgende formel er brukt for å regne ut poeng for pris:

$$\text{Poeng} = \text{Maxpoeng} * \frac{(1 \text{ Pris} - \text{Min.pris})}{(n-1) * \text{Min.pris}} \quad n > 1$$

For $\text{Pris} < n * \text{Min.pris}$

$\text{Poeng} = 0$ for $\text{Pris} \geq n * \text{Min.pris}$

($N = 3$)”

- (6) Videre fremgikk det av tildelingsbrevet at beste valgte leverandør hadde en vektet gjennomsnittspris på kroner 1 589 som gav 10 poeng. Dårligste valgte leverandør hadde en vektet gjennomsnittspris på kroner 2 464,75 som gav 7,24 poeng. Klagers tilbud var priset til kroner 1823,75 som gav en score på 9,23 poeng.
- (7) Vedlagt brevet var også en matrise med oppsummering av evalueringen. Fra denne hitsettes:

"Tildelings- kriterie		Kvalitet		Totalkostnad		Sum
Vekt i %			60 %		40 %	
Leverandør	Lev. navn	Poeng	Vektet poeng		Vektet poeng	
31	Troll-Tinn AS	9,1	5,46	10,00	4,00	9,46
[...]						
33	Valnesfjord Helsesportssenter	8,2	4,92	7,24	2,90	7,82
[...]						
1	Fron Rehabiliteringssenter	5,7	3,42	9,23	3,39	7,11”

- (8) Klager ba om en nærmere begrunnelse for tildelingen ved e-post 1. september 2009.
- (9) Innklagede besvarte klagers henvendelse ved brev 7. september 2009.
- (10) Klager påklaget tildelingen ved brev 15. september 2009. Fra brevet refereres:

"En gjennomgang av saken tyder på at tildelingen har skjedd strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Tildelingen kreves derfor annullert"

- (11) Av anskaffelsesprotokollen fremgår at Spesialsykehuset for rehabilitering trakk sitt tilbud 25. september 2009. Tilbyder nummer 16, Catosenteret, ble tilbudt kontrakten og aksepterte. Som følge av dette fastsatte innklagede ny klagefrist på ti dager.
- (12) I innklagedes svar ved brev 28. september 2009 ble klagen ikke tatt til følge.
- (13) Det ble inngått kontrakter med valgte leverandører i tidsrommet 12.oktober 2009 til 21. oktober 2009.
- (14) Klager har fremlagt et brev fra HSH¹ til innklagede, datert 23. oktober 2009. Fra brevet hitsettes:

"HSH mener det foreligger flere eksempler på urimelige og ubalanserte kontraktsvilkår i rammeavtalen for denne konkurransen.

[...]

HSH mener [...] at NAV, som dominerende aktør og bestiller av helse- og rehabiliteringstjenester, må ta hensyn til sin reelle maktposisjon som storkunde i markedet. [...]

HSH ønsker å komme med noen overordnede prinsipielle betraktninger knyttet til det vi mener er urimelige kontraktsvilkår, og som er illustrerende for våre medlemmers mangel på forutheregnelighet og mulighet for langsiktig planlegging av driften. [...]

Rammeavtalens punkt 1.3 Varighet og oppsigelse

[...]

Etter HSHs vurdering er tre måneders oppsigelsesfrist, eventuelt én måned dersom kontrakten ikke skal videreføres, urimelig kort oppsigelsesfrist. En slik frist innebærer svært lav grad av forutheregnelighet for leverandørene, og får negativ innvirkning på mulighetene til å gjøre investeringer. [...] Flere leverandører innen området har driftsbudsjetter med små marginer, og oppsigelsesfrister av så kort varighet kan i ytterste konsekvens skape usikkerhet om muligheter for videre drift.

Det bemerkes også at det synes som en urimelig ubalanse med en oppsigelsesfrist på 3 måneder for NAV, mens leverandørene må forholde seg til en 6 måneders frist. Dertil kommer saklighetskravet ved oppsigelse fra leverandørenes side, mens NAV ugrunnet kan si opp avtalen.

Rammeavtalens punkt 1.6 Leverandørenes personell, jf punkt 2.3 Bemanning

[...]

¹ Hovedorganisasjonen for handel og tjenester i Norge

HSH mener dette er svært urimelige avtalevilkår, som går altfor langt inn i arbeidsgivers styringsrett og vurdering av driftsmessige forhold i virksomheten. Etter HSHs oppfatning er det urimelig at ikke virksomheten fritt skal kunne foreta utskiftninger av personell. Vi ser grunn til å presisere at det er leverandøren som er arbeidsgiver for sine ansatte, ikke NAV. Virksomheten selv må åpenbart være den nærmeste til å vurdere sine egne ansattes kompetanse, både med tanke på mulighet for utskiftninger, arbeidsmetodikk og hvilke arbeidsoppgaver de skal utføre. For den som er bruker av tjenesten (pasienten), må det nettopp være tjenesten og kvaliteten på denne som er poenget, og ikke hvilken person det er som utfører tjenesten.

I forlengelsen av resonnementet over, mener HSH også at det er svært problematisk med innføring av en tidagers prøvetid for nytt personell som stilles til rådighet, og hvor NAV skal ha fri mulighet til å kreve den nye personen skiftet ut. Det vil ikke nødvendigvis være sammenheng mellom NAVs og leverandørenes vurdering av hva som er en nødvendig årsak for å skifte ut personell. Etter HSHs oppfatning synes det også i denne sammenheng klart at det må være leverandørens rett som arbeidsgiver å styre ressursene dit det er behov for dem.

Leverandørene har i egenskap av også å være arbeidsgivere, klare forpliktelser å etterleve arbeidsrettslige regler. De må således forholde seg til arbeidsmiljølovens bestemmelser om stillingsvern, endringer av stilling, osv. Klausulen om NAVs frie rette til innen ti dager å kreve nytt personell utskiftet, vil kunne innebære at leverandøren i realiteten kreves å handle i strid med bestemmelser i arbeidsmiljøloven, så som eksempelvis stillingsvernreglene, for å etterleve kontrakten.

[...]

Rammeavtalens punkt 2.5 Avbestilling

Avtalen sier at NAV til enhver tid kan avbestille bekreftede avrop, uten kompensasjon. Avbestillingen skal ha umiddelbar virkning. Dette er etter HSHs syn et urimelig avtalevilkår som i sterk grad reduserer forutberegneligheten for leverandørene.

En risiko for brått å miste bekreftede avrop, vil få store konsekvenser for virksomhetens mulighet for langsiktig planlegging, investeringer og utvikling av tjenestetilbudet. HSH mener NAV må være de nærmeste til å bære risikoen for avbestilling av bekreftede avrop, og mener det er urimelig å velte risikoen for dette over på leverandørene. Etter HSHs syn burde det derfor både fastsettes en rimelig frist for avbestilling av avrop, og for øvrig også fastsettes kompensasjonsrater for avbestilling, knyttet til når avbestillingen skjer.”

(15) Fra innklagedes svar til HSH ved brev 7. desember 2009 hitsettes:

”Det påpekes innledningsvis fra vår side at NAV benytter kontraktsmaler som er basert på statens standardavtaler. Disse blir alltid tilpasset den konkrete anskaffelsen som skal gjennomføres, så også i dette tilfellet. [...] NDU er av den oppfatning at våre kontraktsvilkår i denne anskaffelsen ikke kan anses for å være urimelige kontraktsvilkår og derav ikke kan settes til side ved en eventuell tvist.”

(16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 16. desember 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Prisevalueringsmodell

- (17) Klager anfører at innklagede har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 ved at prismodellen som ble benyttet gir svært små utslag. Innklagede opplyste ikke om modellen på forhånd og det fremstår som overraskende for klager at store prisforskjeller har gitt så små utslag.

Urimelige kontraktsvilkår

- (18) Klager anfører at de kontraktsvilkår som innklagede har benyttet er ensidige og urimelige, og dermed i strid med loven § 5. Klager viser til merknadene i brevet fra HSH.

Innklagedes anførsler:

Prisevalueringsmodell

- (19) Innklagede påpeker at det ble redegjort for prismodellen som ville bli benyttet i forhandlingene.
- (20) Innklagede tilbakeviser klagers påstand om at modellen som ble benyttet ved evalueringen av tildelingskriteriet pris gir svært små utslag. Modellen har etter innklagedes vurdering fått frem relevante forskjeller mellom tilbudene, og resultatet ble en spredning i poengsummer hvor tilbyder som gav høyest pris fikk 4,29 poeng og laveste pris fikk 10 poeng. Grunnen til at innklagede valgte å sette 3 som nullpunkt, var at innklagede, ut fra kjennskapet til markedet, regnet med at det kunne være relativt stor forskjell i pristilbudene i konkurransen. Ved å bruke 3 som nullpunkt antok innklagede at alle tilbud ville komme innenfor poengskalaen fra 0 til 10, noe som innklagede anser som en innkjøpsfaglig vurdering. Innklagede påpeker at DIFIs veileder for tildelingskriterier bruker et eksempel der nullpunktet er 3 (200 prosent over laveste pris). Følgelig kan ikke innklagedes bruk av modellen være i strid med regelverket.

Urimelige kontraktsvilkår

- (21) Etter innklagedes oppfatning er de kontraktsvilkår som er benyttet like for alle leverandørene, forutsigbare, objektive, etterprøvbare og ikke-diskriminerende, Kontraktsvilkårene bygger på innklagedes standard kontraktsmaler.
- (22) På bakgrunn av det resultat klagenemnda er kommet til nedenfor, gjengis ikke partenes øvrige anførsler, jf. sak 2010/112 (premiss 12) med videre henvisning.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 Vedlegg 6 kategori (25), og følger da forskriften del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 andre ledd, jf. 2-2 første ledd.

Evalueringsmodell

- (24) Klager har anført at innklagede har brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 ved at prismodellen som ble benyttet gir svært små utslag.
- (25) Ved verdsettelsen av forskjellene mellom tilbudene, herunder karaktersetting av prisen, utøver oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Det følger imidlertid av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgivers poengsetting i alle fall må sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene tilbudene gis, jf. klagenemndas avgjørelse i 2008/67 (premiss 49) og sak 2007/30 (premiss 39) med videre henvisninger.
- (26) Klagenemnda har i sak 2009/225 lagt til grunn at det ikke kan oppstilles en plikt for oppdragsgiver til å opplyse om evalueringsmodellen som vil bli benyttet på forhånd.
- (27) Innklagede har imidlertid opplyst at det ble redegjort for prisevalueringsmodellen under forhandlingene med tilbyderne. De reviderte tilbudene ble innlevert etter at prisevalueringsmodellen var gjort kjent for tilbyderne. Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at innklagede dermed var forpliktet til å benytte prisevalueringsmodellen.
- (28) Det fremgår av innklagedes evalueringsmatrise i brev 31. august 2009 at blant de valgte leverandører var laveste pris kroner 1 589, og høyeste kroner 2 464,75. Prisforskjellen mellom laveste og høyeste pris er ca 55 prosent. Laveste pris ble gitt 10 poeng og høyeste pris 7,24 poeng. Prisforskjell i henhold til modellen utgjør 27,6 prosent.
- (29) På denne bakgrunn er ikke tvilsomt at poengforskjellen mellom tilbyderne når det gjelder tildelingskriteriet pris, fremstår som betydelig mindre enn det den reelle prisforskjellen tilsier. Dersom prisevalueringsmodellen gjenspeilte relevant forskjell i pris skulle leverandøren med den høyeste prisen ha oppnådd en score på omtrentlig 4,45 poeng, utregnet på bakgrunn av laveste pris. I oppsummeringsmatrisen har leverandøren fått totalscore 7,82. Legges 4,45 poeng til grunn, får leverandøren totalscore 6,70. Dette innebærer at denne leverandøren ikke skulle blitt tildelt kontrakt. Nemnda bemerker at justert poenggivning av tilbydernes priser, innebærer for klagers tilbud en lavere score. Klager ville dermed neppe bli tildelt kontrakten.
- (30) Etter nemndas oppfatning har dermed innklagedes bruk av prisevalueringsmodellen gitt konkurransen et vilkårlig resultat.
- (31) Innklagede har på denne bakgrunn brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (32) Ettersom prisevalueringsmodellen ble gjort kjent for tilbyderne under forhandlingene og dermed ikke kunne endres i etterkant av inngivelse av de reviderte tilbud, jf. forutsetningen i forskriften § 17-2 (1), innebærer dette en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 ("Wienstrom") premiss (95). På bakgrunn av dette finner klagenemnda ikke grunn til å ta opp klagers øvrige anførsler som gjelder gjennomføringen av konkurransen.

Kontraktsvilkår

- (33) Klager har anført at de innklagedes kontraktsvilkår har er ensidige, urimelige og i strid med loven § 5. Klager har vist til merknadene i brevet fra HSH.

- (34) Etter forskriften § 3-11 (1) skal oppdragsgiver som "hovedregel" benytte balanserte og fremforhandlede kontraktsstandarder ved inngåelse av kontrakt. I sak 2003/138, jf. sak 2006/112 premiss (42- 43), tok klagenemnda stilling til hva bestemmelsen konkret innebærer:

"Etter klagenemndas oppfatning har det formodningen mot seg at bestemmelsen skal tolkes som noe mer enn en ordensforskrift. Lov og forskrift om offentlige anskaffelser regulerer i all hovedsak prosedyren frem til kontrakt er inngått. § 3-9 [som tilsvarende § 3-11(1)] er et unntak. Dersom det er en aktuell problemstilling, skal oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget orientere om hvilke kontraktsvilkår som skal benyttes, jf. forskriftens § 5-1(2) bokstav h) [som tilsvarende § 3-11(2)]. Verken lovens eller forskriftens formål er imidlertid å regulere avtaleforholdet mellom partene etter at kontrakt er inngått. "

- (35) I denne saken har innklagede ved fastsettelsen av hvilken kontrakt som skal gjelde mellom innklagede og valgte leverandør tatt utgangspunkt i NAVs standard kontraktsmal som er bygget på statens standardavtale, men så fraveket enkelte punkter, jf. brev fra HSH, datert 23. oktober 2009.
- (36) Klagenemnda er kommet til at innklagedes fravikelse av de aktuelle bestemmelser ikke kan anses å være i strid med forskriften § 3-11 (1). Bestemmelsen kan kun anses som en ordensforskrift, og det fremgår uttrykkelig av forskriftsbestemmelsen at kravet om bruk av fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder kun gjelder som en hovedregel. Klagers anførsel fører således ikke frem.

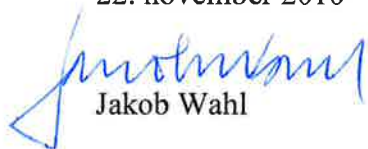
Konklusjon:

NAV Drift og utvikling har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å benytte en prisevurderingsmodell som har gitt et vilkårlig resultat.

Klager anførsel om urimelige kontraktsvilkår førte ikke frem.

Øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,
22. november 2010



Jakob Wahl