



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av rammeavtaler for levering av vikartjenester for helsepersonell innenfor områdene legespesialisttjenester, sykepleier- og spesialsykepleiertjenester og andre helsepersonelltjenester til de fire helseforetakene. Klagenemnda fant at innklagede benyttet et ulovlig underkriterium knyttet til tildelingskriteriet "Kvalitet", og at innklagede derfor skulle ha avlyst konkurransen. På denne bakgrunn fant klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 16. november 2009 i sak 2009/64

Klager: Legevisitten Bemanning AS

Innklaget: Helseforetakenes innkjøpsservice AS

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium.

Bakgrunn:

- (1) Helseforetakenes Innkjøpsservice AS (heretter omtalt som innklagede/HINAS) kunngjorde den 30. juli 2008 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av vikartjenester for helsepersonell innenfor områdene legespesialisttjenester, sykepleier- og spesialsykepleiertjenester og andre helsepersonelltjenester til de fire helseforetakene (Helse Nord RHF, Helse Sør- Øst RHF, Helse Vest RHF og Helse Midt- Norge RHF). Klager innleverte tilbud i konkurransen for deltakelse i deltilbud I: Legespesialisttjenester, og klagen gjelder derfor kun denne delen av konkurransen
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 3 var det oppstilt kvalifikasjonskrav til tilbyderne. Ett av kvalifikasjonskravene i konkurransen var "*Erfaringer og referanser*", jf konkurransegrunnlagets punkt 3.4. Fra dette punktet hitsettes følgende:

"3.4 Erfaringer og referanser

Tilbyder skal dokumentere erfaringer med levering av etterspurte tjenester til sykehus i Skandinavia.[...]"

- (3) For deltilbud I: Legespesialisttjenester var tildelingskriteriene i konkurransen henholdsvis pris og kvalitet, jf. konkurransegrunnlagets punkt 5. Fra dette punktet hitsettes følgende vedrørende tildelingskriteriet "*Kvalitet*":

"5.1 Tildelingskriterier deltilbud I: Legespesialisttjenester

5.1.1 Kvalitet 55 %

Oppdragsgiver vil evaluere Tilbyders kvalitet på tjenesteleveransen, i henhold til kvalitetskrav angitt i vedlegg B Kravspesifikasjon kapittel 4.

- (4) Kvalitetskravene i vedlegg B er underkriterier under tildelingskriteriet "Kvalitet" og skulle brukes for å evaluere kvaliteten på leverandørenes tilbud. Fra kapittel 4 *Kvalitetskrav* i kravspesifikasjonen hitsettes følgende:

"4.1.2 Kvalitet på systemer, rutiner og kompetanse hos Leverandøren

Tilbyder skal beskrive og dokumentere sin kvalitet på systemer og rutiner, herunder:

- *Hvordan sikrer tilbyder seg tilgang til kvalifisert og stabil arbeidskraft*
- *System for oppfølging av kontraktuelle krav og lovkrav*
- *System for oppfølging av bestilling, ordrebekreftelse, avvikshåndtering og fakturabehandling*
- *Internkontroll*
- *Kompetanseprofil for det operative personell som formidler vikarer*
- *Rapporteringsrutiner*

4.1.3 Kapasitet/tilgjengelighet

Tilbyder skal oppgi fagområder og tilhørende kapasitet ved å fylle ut Vedlegg F Svarskjema fagområder og kapasitet. Tilbyder merker av fagområder hvor tilbyder kan levere vikarer. Kapasitet og tilgjengelighet synliggjøres ved å fylle inn fire kolonner;

- *Faggrupper det leveres tilbud på. Ved evaluering av kapasitet vil faggrupper vektes etter prioritet A, B og C, hvor A gis høyeste vekt, deretter B og så C.
(NB. Dette punktet vil ikke være med i evalueringen ved en eventuell supplerende tildeling på faggruppenivå. Se konkurransegrunnlaget 2.1.3 og 2.2.3)*
- *Antall fast ansatte vikarer for angjeldende faggruppe*
- *Gjennomsnittlig ansettelsesprosent på fast ansatte vikarer*
- *Oppgi antall ukeverk levert til skandinaviske (Norge, Sverige, Danmark) sykehus i 2007.*

Tilbyder skal beskrive særlig tiltak for å sikre tilgjengelighet i ferieperioder som juli/august måned og jul/nyttår og ved akutte behov. "

- (5) Etter utsendelse av konkurransegrunnlaget mottok innklagede flere spørsmål. Fra "Addendum nr 2" hitsettes følgende spørsmål og svar:

"2.17 Spørsmål:

(Konkurransegrunnlag)

Vedrørende punkt 4.1.7: Hvor detaljert ønsker dere kompetanseprofilen på de internt ansatte? Ønsker dere i tillegg til en beskrivelse av kompetanse til organisasjonen også CV på alle eller et utvalg av disse? Eller holder det med organisasjonskart? Eller en oppramsing over hvor mange ansatte som vil jobbe med sykehusene, og en oversikt over dissers formalkompetanse?

Svar:

Oppdragsgiver antar det refereres til pkt 4.1.2. Oppdragsgiver ønsker en matrise over hvor mange som jobber mot sykehusene, samt deres formalkompetanse og yrkeserfaring"

- (6) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tilbud fra 29 tilbydere i konkurransen, herunder fra Legevisitten Bemanning AS (heretter kalt klager). Fra klagers tilbudsbrief vedrørende vikartjenester hitsettes følgende :

" Tilbud på vikartjenester – legespesialister

[...]. Tilbudet gis fra Legevisitten Bemanning AS i samarbeid med vårt søsterselskap Legevisitten Bemanning AB og vår samarbeidspartner Partnerskap for Vård AB som har knyttet seg eksklusivt til oss. Vi har derfor lagt ved dokumentasjon som etterspørres for alle tre selskaper samt vårt morselskap Legevisitten Holding AS. [...]"

- (7) Fra vedlegg 4 *Beskrivelse og dokumentasjon for oppfyllelse av kvalitetskrav* til klagers tilbudsbrief hitsettes følgende:

"4.1.2 Kvalitet på systemer, rutiner og kompetanse hos Leverandøren

Kompetanseprofil operativt personell

Legevisitten Bemanningsvirksomhet har 7 dedikerte medarbeidere som formidler vikarer i Norge og i Sverige. Teamet har kompetanse innenfor helse og helseledelse, arbeidsrett, ledelse og organisering, personalhåndtering og rekruttering. Alle medarbeidere har en utpreget serviceinnstilling og engasjement for jobben. [...]

4.1.3 Kapasitet/tilgjengelighet

[...]

Antall fast ansatte vikarer og gjennomsnittlig ansettelsesprosent

Våre legevikarer ansettes/engasjeres for hvert enkelt oppdrag.

Dette betyr at ingen av våre faste leger er ansatt i faste stillingsprosenter. Vi har imidlertid en stor gruppe leger som utelukkende jobber for oss, og har arbeidet for oss i mange år. Vår base består i dag av 2.900 leger innenfor ulike spesialiteter. Dette gjør at vi kan dekke de fleste forespørsler.

Utvikling 2008

Vår virksomhet har siden etableringen i 1992 gjennomgått en utvikling fra et selskap som tilbyr legevaksordninger og hjemmebesøk av lege til en stor leverandør av legespesialister til både primær- og spesialisthelsetjeneste. Vi er inne i en ekspansiv fase, og opplever spesielt stor vekst innenfor leveranser til sykehus i Norge og Sverige. Så langt viser årets resultat en økning på hele 43 % i forhold til 2007. Vi har planer om fortsatt vekst på det nordiske markedet, og har planer om ytterligere rekruttering i både den norske og den svenske virksomheten i løpet av 2009.

Underleverandør

For å sikre vår leveringsgrad ytterligere har vi inngått en samarbeidsavtale med Partnerskap för Vård som i visse tilfeller fungerer som en eksklusiv underleverandør for Legevisittens bemanningsvirksomhet. Dette samarbeidet har fungert i lang tid, og har gitt oss og våre kunder en ytterligere sikkerhet for vår leveringsevne. Vi forsikrer om at våre kvalitetsrutiner uansett følges selv om legevikaren i enkelte tilfeller kan være engasjert/ansatt hos vår underleverandør."

- (8) Innklagede innkalte 21 tilbydere, inkludert klager, til forhandlingsrunde nummer 1. I forhandlingsrunde nummer 2 var antallet tilbydere redusert til 15, hvorav klager fortsatt var med. Evalueringen av tilbudene ble foretatt av en gruppe på totalt 11 personer sammensatt av fagpersonell fra de ulike regionale helseforetakene (RHFene), samt merkantilt personell fra RHFene og HINAS. Tilbyderne ble først vurdert separat av de ulike RHFene opp i mot Vedlegg B *Kravspesifikasjon*. Deretter ble det foretatt en justering av sluttkarakteren etter en matematisk formel, og de ulike tilbyderne fikk oppgitt både en samlet snitt score og en samlet score for de ulike RHFene.
- (9) Første forhandlingsmøte med klager ble avholdt 8. januar 2009. Under forhandlingene, deltok i tillegg til klager også representanter fra Legevisitten Bemanning AB og Partnerskap for Vård. Fra protokollen fra forhandlingsmøtet datert 8. januar 2009 hitsettes følgende:

"1. Innledning

[...]Oppdragsgiver ba om en klargjøring vedrørende forholdet mellom selskapene presentert i tilbudet. Tilbyder bekreftet at det er Legevisitten Bemanning AS (Norge) som har innlevert tilbud. [...]

2.3. Tilbakemelding fra oppdragsgiver på tilbyders innleverte tilbud *[...]*

2.3.3 4.1.2- Kvalitet på systemer, rutiner og kompetanse hos leverandøren: *Oppdragsgiver har i sin evaluering lagt størst vekt på kulepunkt 1,3 og 5.*

Oppdragsgiver ønsker å presisere at ved evalueringen av kulepunkt 6 "Rapporteringsrutiner" vektlegges rapporteringsrutiner mot oppdragsgiver.

Vesentlig etter beste tilbud
Kulepunkt 1,2,3,5 og 6 kan forbedres.

2.3.4 4.1.3- Kapasitet/tilgjengelighet

For Deltilbud I [...] har Oppdragsgiver i sin evaluering lagt størst vekt på "Antall faggrupper", "Leverte ukeverk 2007" og "Beskrivelse av særlige tiltak for å sikre tilgjengelighet i ferieperioder og ved akutte behov"

Deltilbud I: Vesentlig etter beste tilbud.

Punktet: "Beskrivelse av særlig tiltak for å sikre tilgjengelighet i ferieperioder og ved akutte behov" kan forbedres.

Oppdragsgiver ba tilbyder oppgi leverte ukeverk fra Legevisitten Bemanning AS.

Oppdragsgiver presiserte at oppgitte antall ukeverk skal være levert Skandinaviske sykehus. Tilbyder bes kvalitetssikre oppgitte tall i forhold til dette, i et eventuelt revidert tilbud.

[...]

4. Samlet tilbakemelding for tildelingskriteriene kvalitet og pris

Oppdragsgiver opplyste at evalueringen av inngitte tilbud viser at det er relativt tett mellom de ulike tilbydere, slik at reviderte tilbud etter forhandlinger kan medføre vesentlige endringer i rangering.

Del I

En totalvurdering av tildelingskriteriene viser at Tilbyder er rangert noe etter beste tilbud."

- (10) Klager innleverte et revidert tilbud den 13. januar 2009. Fra det reviderte tilbudet hitsettes følgende:

"Sak nr 1 Innledning

[...]

Vi bekrefter videre at vårt tilbud gis fra selskapet Legevisitten Bemanning AS og at all kontakt mellom partene vil være mellom oppdragsgiver og representanter fra Legevisitten Bemanning AS i Norge.

Presentasjon av søsterselskap og samarbeidspartner ble gjort for å dokumentere hvordan vi jobber internt i selskapet med vårt forretningsområde legebemanning.

Sak nr 2.3- Tilbakemelding fra oppdragsgiver på tilbyders innleverte tilbud

På bakgrunn av de mottatte tilbakemeldingene har vi justert/revidert vår beskrivelse i tilbudets vedlegg 4 slik:

[...]

• Kompetanseprofil for det operative personell som formidler vikarer

Legevisitten Bemanningsvirksomhet har 8 dedikerte medarbeidere som formidler vikarer i Norge og i Sverige. Teamet har samlet en bred kompetanse innenfor helse og helseledelse, arbeidsrett, ledelse og organisering, personalhåndtering og rekruttering. Alle medarbeidere har en utpreget serviceinnstilling og engasjement for jobben. Vårt arbeid preges av selskapets utrykte kjerneverdier Ærlighet, Prestisjeløshet og Engasjement.

All kontakt mellom oppdragsgivere i Norge og Legevisitten vil være til oppgitt kontaktperson i Norge. Internt i Legevisitten vil det være tett samarbeid mellom operativt personell i Norge og i Sverige. [...]

Sak 2.3.4- 4.1.3 Kapasitet/tilgjengelighet

[...]

Antall ukeverk levert fra Legevisitten Bemanning AS

Vi har basert på tilbakemelding fra anbudsgiver valgt å revidere vårt skjema for kapasitet (leveranser 2007) slik at dokumentasjon for oppgitte leveranser kun gjelder leveranser fra Legevisitten Bemanning AS. Som avtalt har vi dokumentert leveranser fra den svenske delen av vår bemanningsvirksomhet i kolonnen for merknader.

Som vi opplyste under forhandlingsmøtet mener vi at denne begrensningen ikke er relevant for vår virksomhet. Vi har organisert vår bemanningsvirksomhet som et team med medarbeidere i Norge og i Sverige som jobber ut i fra to juridiske enheter (Legevisitten Bemanning AS i Norge og Legevisitten Bemanning AB i Sverige). Selskapet er villig til å fusjonere disse to selskapene i et selskap; Legevisitten Bemanning AS (alternativt Legevisitten Holding AS) dersom det vil være av betydning for å bli vurdert som konkurransedyktig i forhold til kapasitet og leveringsevne. Denne prosessen igangsettes så snart vi har fått en tilbakemelding på om det vil være ønskelig fra anbudsgivers side. Vi har i tillegg et etablert samarbeid med en eksklusiv underleverandør som sikrer en høy leveringsgrad.

[...]

Oppgitte leveranser gjelder ukeverk levert til skandinaviske sykehus. Vi har valgt å ta med spesialister i allmennmedisin i de tilfeller vi har levert disse til virksomheter organisert under spesialisthelsetjenesten (legevakt (jourvirksomhet) og avrusningsenheter organisert ved helseforetak/sykehus). Leveranser til primærhelsetjenesten er ikke medregnet i vår oversikt over leverte ukeverk.

Vi har valgt å inkludere de spesialitetene hvor vi allerede har god erfaring, og hvor vi har godt kvalifiserte legevikarer i vår database. I utgangspunktet kan vi også – dersom det er ønskelig fra oppdragsgivers side – tilby oss å bygge opp et nettverk innenfor andre ønskede spesialiteter ”.

- (11) Det andre forhandlingsmøtet ble avholdt 11. februar 2009. Her møtte to representanter fra klagers selskap i tillegg til innklagedes egne representanter. Klagers søsterselskap var ikke representert på dette forhandlingsmøtet. Agenda for møtet var pris og prisstruktur, da innklagede i innkallingen hadde uttalt at tildelingskriteriet kvalitet var ansett for å være tilstrekkelig behandlet. Fra referatet av samme dag, hitsettes følgende:

” [...] Del I Legespesialisttjenester

Oppdragsgiver antar at det kan bli tildelt om lag 6 rammeavtaler innenfor dette deltilbudet. En totalvurdering av tildelingskriteriene viser at Tilbyder ikke er i en gruppe av tilbydere som, per nå, er i posisjon til å få tildelt avtale [...] .

- (12) I brev av 2. mars 2009 meddelte innklagede klager hvem som var blitt tildelt kontrakt for Deltilbud I: Legespesialisttjenester. Brevet inneholdt både en evaluering av klagers tilbud og en evaluering av tilbudene til de leverandørenes som var blitt tildelt kontrakt. Av brevet fremgår det videre at kontrakt var tildelt de selskapene som hadde de 8 beste tilbudene. Klagers tilbud var blitt rangert som det tiende beste hos samtlige helseforetak, og var følgelig ikke blitt tildelt kontrakt. Fra brevet hitsettes følgende vedrørende evalueringen av klagers tilbud:

”5. Evaluering av tilbyders tilbud

5.1 Tildelingskriteriet kvalitet

Kvalitetskrav	Vekt	Score	Trekk
[...]	[...]	[...]	
4.1.2- Kvalitet på systemer, rutiner og kompetanse hos leverandøren			
[...]	[...]	[...]	
Kompetanseprofil for det operative personell som formidler vikarer	25 %	6	-Få tall med helsefaglig kompetanse
[...]	[...]	[...]	[...]
Score krav 4.1.2	40 %	7,65	
4.1.3- Kapasitet /tilgjengelighet			
• Antall faggrupper • Antall fast ansatte pr. 1.11.2008 • Gjennomsnittlig stillingsprosent for fast ansatte • Leverte ukeverk til skandinaviske sykehus i 2007	80%	4,34	Matematisk beregnet hvor følgende vekt ble lagt på de ulike punktene 45 %: Antall faggrupper 5 %: Antall fast ansatte pr. 1.11.2008 5 %: Gjennomsnittlig stillingsprosent for fast ansatte 45 %: Leverte ukeverk til skandinaviske sykehus i 2007
[...]	[...]	[...]	[...]
Score krav 4.1.3	30 %	5,27	
Samlet vektet score kvalitetskrav 4.1.1, 4.1.2 & 4.1.3		7,34	
Justert og endelig score for tildelingskriteriet kvalitet; Ref. avsnitt 4.2 i dette dokument		8,37	

Det anmerkes at kvalitetsscore er lik for alle RHF. ”

- (13) Klager påklaget tildelingsbeslutningen i brev av 10. mars 2009, hvor det også ble bedt om en nærmere begrunnelse og innsyn. I brev av 19. mars 2009 ble klager gitt innsyn i de reviderte tilbudene til de valgte leverandørene, men klagen ble avslått. Fra brevet hitsettes følgende:

”1. Vektlegging av ressurser hos konsernselskaper

[...]

Forutsetningen for at Oppdragsgiver skal kunne legge vekt på andre juridiske subjekters ressurser ved evalueringen av en leverandørs tilbud, er at tilbyderer har dokumentert at han faktisk disponerer over ressursene til de andre rettssubjektene.

Det fremgår av tilbudet til Legevisitten AS at tilbudet ”gis av Legevisitten Bemanning AS i samarbeid med søsterselskapet Legevisitten Bemanning AB og vår samarbeidspartner Partnerskap för Vård AB”.

Det er imidlertid kun Legevisitten Bemanning AS som har skrevet under tilbudet og således forpliktet seg i henhold til dette. Partnerskap för Vård AB har lagt ved en beskrivelse av selskapet, men beskrivelsen er ikke undertegnet og inneholder heller ingen andre indikasjoner som tilsier at selskapet har forpliktet seg overfor Legevisitten

AS. Legevisitten Bemanning AB har derimot verken levert en beskrivelse av selskapet eller en erklæring om at de har forpliktet seg overfor Legevisitten Bemanning AS. Det er heller ikke fremlagt noen avtale som forplikter Partnerskap för Vård AB eller Legevisitten Bemanning AB i relasjon til Legevisitten Bemanning AS, og dette selskapets oppfyllelse av sine eventuelle kontraktsforpliktelser om selskapet skulle tildeles kontrakt.

I første forhandlingsrunde møtte alle de nevnte selskap. Selskapene kunne imidlertid ikke forklare hvordan forholdet mellom dem var regulert eller hvordan de hadde tenkt å gjennomføre et eventuelt oppdrag. Det virket som om forholdet mellom selskapene og hvordan deres ressurser skulle disponeres ikke var drøftet på forhånd. Det var ingenting som tilsa at de to øvrige selskap hadde forpliktet seg til å la Legevisitten Bemanning AS bruke deres ressurser eksklusivt, eller i det hele på noen reelt forpliktende måte. Samtidig ble tilbudet inngitt av Legevisitten Bemanning AS alene, og det ble heller ikke vist til at selskapet hadde ment å inngi tilbudet som en juridisk enhet.

På denne bakgrunn ble det i evalueringen kun lagt vekt på ressursene til Legevisitten Bemanning AS under vurderingen av tilbudet til nevnte selskap. At Legevisitten Bemanning AS senere i prosessen fremhevet at selskapet kunne fusjonere med Legevisitten Bemanning AS, endret ikke dette standpunktet, da heller ikke dette fremkom som noen forpliktende erklæring fra sistnevnte selskap.

Vi kan ikke se at Legevisitten Bemanning AS har kommet med nye opplysninger som endrer ovennevnte konklusjon og fastholder således denne.

[...]

Avslutningsvis kan vi for ordens skyld opplyse om at Legevisitten AS ikke ville blitt tildelt kontrakt selv om Oppdragsgiver hadde lagt vekt på ressursene til de to øvrige selskapene.”

- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 23. mars 2009.
- (15) Innklagede har endret scoren i evalueringen av klagers tilbud på underkriteriet ”Kompetanseprofil for det operative personell som formidler vikarer” fra 6 til 8 etter at klage ble innsendt til Klagenemnda. I e-post datert 24. april 2009 fra innklagede til klager, gis det svar til klager på spørsmål vedrørende denne endringen. Fra e-posten hitsettes følgende:

”1. Ved evalueringen av underpunktet ”kompetanseprofil for det operative personell som formidler vikarer” er det lagt vekt på hvilken erfaring og formalkompetanse det operative personell har. Grunnen til at Legevisittens poengsum på dette punktet har økt når bemanningen reduseres fra 8 til 4, er at gjenværende personell har mer relevant erfaring og formalkompetanse enn det personell som ikke lenger vurderes. Andelen av bedre kompetent operativt personell er således høyere og det er da også større sannsynlighet for at vikarene ansettes og formidles av personell med bedre kompetanse. Kvaliteten på tilbudet øker følgelig. Ved vurderingen av dette punktet har oppdragsgiver lagt til grunn en skjønnsmessig vurdering og det foreligger følgelig ingen formel for utregning av poengsum.[...]”

- (16) Innklagede har videre etter avtale med klager endret scoren i evalueringen av klagers tilbud på underkriteriet ” *Oppgi antall ukeverk levert til skandinaviske (Norge, Sverige, Danmark) sykehus i 2007* ” til tildelingskriteriet ” *Kapasitet/tilgjengelighet* ”. Endringen i score, fra 4,34 til 7,70, medførte at klagers tilbud ble rangert som nr 9, men det var fremdeles ikke aktuelt med kontraktstildeling for klager i konkurransen. Fra e-post datert 27. april 2009 fra klager til innklagede hitsettes følgende begrunnelse vedrørende denne endringen:

”For ordens skyld vil vi gjøre Legevisitten oppmerksom på at det har blitt gjort summeringsfeil [...]. Summeringsfeilen skyldes at oppdragsgiver på punkt 1.29 i gruppe B psykiatri ikke hadde tatt hensyn til Legevisitten AS’ ressurser. Summeringsfeilen innebærer at Legevisitten ville fått fire poeng mer i totalvurderingen dersom man ser på ressursene til alle tre selskapet. Se vedlagte oppdaterte skjema”.

- (17) Den 27. april 2009 ble det fremsatt begjæring om midlertidig forføyning for Øst-Finnmark tingrett for å få stanset inngåelse av kontrakt. Begjæringen ble ikke tatt til følge i kjennelse datert 20. mai 2009.

- (18) Innklagede inngikk kontrakt med de ulike tilbyderne den 5. juni 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Spørsmål om avvisning av saken for klagebehandling

- (19) Klager bestrider at det er grunnlag for å avvise saken fra behandling i klagenemnda slik innklagede har anført under henvisning til klagenemndforskriften § 6, 3. ledd og/eller § 9. Det følger av ordlyden og hensynene bak bestemmelsen i § 6, 3. ledd at det kun er dom fra tingretten som er avvisningsgrunn. Det vises også til at klagenemnda i sin praksis har lagt til grunn at kjennelse om midlertidig forføyning ikke er avvisningsgrunn, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2004/123 premiss 42 og sak 2004/192 premiss 26, 27 og 28.

Mangelfull evaluering av underkriteriet ”Kapasitet/tilgjengelighet” til tildelingskriteriet ”Kvalitet”

- (20) Klager anfører at det er brudd på kravet til forutberegnelighet og/eller fremstår som vilkårlig og grovt urimelig at innklagede ved evaluering av kravspesifikasjonens punkt 4.1.3 ” *Kapasitet/tilgjengelighet* ” ikke tok hensyn til summen av ukeverk som klager leverte sammen med Legevisitten Bemanning AB og Partnerselskap for Vård AB til skandinaviske sykehus i 2007.
- (21) I følge klager er vurderingstema ved evaluering av tilbud hva som konkret er beskrevet og tilbudt, uten at det er krav om dokumentasjon/bevis for at det vitterlig er slik.

Mangelfull vurdering av underkriteriet ”Kvalitet på systemer, rutiner og kompetanse hos Leverandøren” til tildelingskriteriet ”Kvalitet”

Prinsipalt

- (22) Klager anfører prinsipalt at innklagde skulle evaluert den helsefaglige kompetansen til formidlerne i Legevisitten Bemanning AS uavhengig av hvorvidt de samlede historiske ukeverk fra aktuelle 3 selskaper ble vektlagt ved evaluering av sannsynlig kapasitet.

- (23) Det vises til at klager i revidert tilbud helt eksplisitt bekreftet at *"all kontakt mellom partene vil være mellom oppdragsgiver og representanter for Legevisitten Bemanning AS i Norge"*.

Subsidiært

- (24) Subsidiært anføres at det bryter med kravet til forutberegnelighet at det er vektlagt antall formidlere med helsefaglig kompetanse når innklagede ikke har oppstilt krav til antall formidlere i konkurransegrunnlaget.
- (25) Klager viser til at dersom innklagede hadde opplyst enten i konkurransegrunnlaget, i addendum 2.17 eller under muntlige forhandlinger at det var ønskelig med et størst mulig antall med helsefaglig kompetanse, hadde det påvirket hvilke formidlere som ble tilbudt, og tillegg scoren i forhold til teamet fra Norge.

Atter subsidiært

- (26) Atter subsidiært anføres at kun å vektlegge helsefaglig kompetanse, og ikke annen kompetanse som er nødvendig ved rekruttering, fremstår som uforutberegnelig i lys av både ordlyden i kriteriet, det som ble sagt i addendum 2.17, alminnelig praksis i bransjen for disse typer rammeavtaler, og manglende klargjøring under forhandlingene.

Ulovlige tildelingskriterier

- (27) Klager anfører at underkriteriet *"Oppgi antall ukeverk levert til skandinaviske (Norge, Sverige, Danmark) sykehus i 2007"* er ulovlig. Historisk evne har ikke den tilstrekkelige tilknytning til kontraktens gjenstand, og representerer ikke tilbudt kapasitet.
- (28) Klager mener videre at kriteriet *"Antall fast ansatte pr. 1.11.2008"* og *"Gjennomsnittlig stillingsprosent for fast ansatte"* er ulovlige underkriterier hensett til at innklagede har evaluert en generell størrelse.
- (29) Klager anfører at innklagede har foretatt samme vurdering både i kvalifikasjon- og tildelingsfasen. Under kvalifikasjonsvurderingen har innklagede evaluert *"erfaring"* og under tildelingsevalueringen er det evaluert *"kapasitet"*, og begge knytter seg til evnen til å levere. Det sentrale for klager er at begge kriteriene knytter seg til leverandørens generelle evne og ikke det som konkret er tilbudt.

Mangelfull gjennomføring av forhandlingene

- (30) Klager anfører at innklagedes har brutt kravet til reell konkurranse og forutberegnelighet i loven § 5 ved at det er gitt manglende tilbakemelding i forbindelse med gjennomføringen av forhandlingene.
- (31) I følge klagenemndas praksis skal det gis tilbakemelding på vesentlige punkter, jf sak 2005/218, eller på punkter som kan være utslagsgivende, jf sak 2008/123. For klager var tilbakemelding fra innklagede om at det var nødvendig med en forpliktende erklæring fra de øvrige 2 selskap et sentralt og avgjørende punkt.
- (32) Klager trodde man hadde fått aksept for sine argumenter i første forhandlingsmøte og det reviderte tilbudet, herunder at alle de *"reelle ressursene"* var vurdert. Dette fordi klager ble innkalt til forhandlingsmøte nr 2 uten at dette forhold ble nevnt der.

- (33) Dersom det var blitt opplyst at det var et forbedringspotensial hva gjaldt kompetanseprofil fordi andelen med helsefaglig kompetanse var slik den var, alternativt klargjort at det var andel helsefaglig kompetanse som var evaluert, ville klager kunne ha satt sammen et annet team med formidlere tilpasset innklagedes behov.
- (34) I følge innklagede skal klager ha fått beskjed om at de lå *"vesentlig etter beste tilbud"* på kriteriet 4.1.3, men i protokoll fra forhandlingsmøte nr 1 er det kun påpekt forbedringspotensial på underkriteriet *"Beskrivelse av særlige tiltak for å sikre tilgjengelighet i ferieperioder og ved akutt behov"*.

Innklagedes anførsler:

Spørsmål om avvisning av saken for klagebehandling

- (35) Innklagede anfører at saken bør avvises fra behandling i klagenemnda etter klagenemndforskriften § 6, 3. ledd idet tingretten, i forbindelse med kravet om midlertidig forføyning, konkluderte med at det ikke er sannsynliggjort at det foreligger et hovedkrav.
- (36) I alle tilfeller mener innklagede at saken bør avvises fra behandling i klagenemnda som følge av at den må anses som ubegrunnet, jf. klagenemndforskriften § 9.

Mangelfull evaluering av underkriteriet "Kapasitet/tilgjengelighet" til tildelingskriteriet "Kvalitet"

- (37) Innklagede bestrider at det er brudd på loven § 5 kun å vektlegge *tilbyders* kapasitet ved evalueringen av kravspesifikasjonens punkt 4.1.3 *"Kapasitet/tilgjengelighet"*, kulepunkt 4 *"Oppgi antall ukeverk levert ukeverk til skandinaviske (Norge, Sverige, Danmark) sykehus i 2007"*.
- (38) Det vises til at oppdragsgiver har plikt til å hensynta ressursene til underleverandør dersom leverandøren kan *"godtgjøre at han reelt disponerer over ressursene"*, jf. forskriften § 17-8 (2) og klagenemndas avgjørelser i sak 2003/9 og 2003/204. Selv om avgjørelsene og forskriftens bestemmelse i utgangspunktet gjelder oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, må det samme gjelde ved tildelingsevalueringen *"når leverandøren påberoper seg et annet juridisk rettssubjekts ressurser"*. Dette fordi oppdragsgiver må kunne forvente at det selskap som faktisk rår over ressursene forplikter seg overfor oppdragsgiver eller leverandøren før oppdragsgiver skal ha plikt til å legge vekt på disse i konkurransen. I denne vurderingen har oppdragsgiver etter innklagedes mening et betydelig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves.
- (39) Innklagede mener at det ikke er sannsynliggjort i form av erklæringer verken i opprinnelig tilbud, i forhandlinger eller i revidert tilbud, at søsterselskapenes ressurser stod til klagers disposisjon som om de var klagers egne ressurser.
- (40) Innklagede viser også til forskriften § 11-11 (2), bokstav d, hvor det fremgår at oppdragsgiver kan avvise en leverandør som ikke har underskrevet tilbudet eller tilbudet av andre grunner ikke kan anses bindende.
- (41) Innklagede mener for øvrig at selv om oppdragsgiver hadde vektlagt ressursene til de to øvrige selskapene, ville ikke klager blitt tildelt kontrakt, jf. evalueringsskjema med og uten ressursene til de to øvrige selskapene.

Mangelfull vurdering av underkriteriet "Kvalitet på systemer, rutiner og kompetanse hos Leverandøren" til tildelingskriteriet "Kvalitet"

- (42) Innklagede bestrider at det foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet ved evalueringen av dette kriteriet for så vidt gjelder alle anførslene fra klager. Det vises til følgende relatert til de ulike anførslene:

Prinsipalt

- (43) Da klager har tilbudt operativt personell både fra selskapene i Norge og Sverige, er det ifølge innklagede ikke grunnlag for å vurdere kun det operative personell som arbeider i Legevisitten AS dersom man skal vurdere de to selskapene samlet.
- (44) Ved vurderingen av det operative personells kompetanse har innklagede lagt vekt på om personalet hadde utdanning eller erfaring som gjorde at de kunne karakteriseres som autorisert helsepersonell i henhold til helsepersonelloven, og vektlagt hvor omfattende erfaringen er, og hvilken type erfaring det gjelder. Innklagede har deretter foretatt en helhetsvurdering av den samlede gruppen av "operativt personell" og fastsatt en poengsum.

Subsidiært

- (45) Innklagede viser til at en oppdragsgiver ved vurderingen av hva som skal vektlegges ved vurderingen av tildelingskriteriet, herunder tildelingskriteriets underkriterier, har et betydelig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda eller av domstolen.
- (46) Det vises til at bakgrunnen for vektleggingen av helsefaglig bakgrunn eller erfaring fra formidling av helsevikarer til sykehus, er at vikarene som anskaffes gjennom denne konkurransen skal arbeide i veldig tungt spesialiserte avdelinger eller utpreget selvstendig ved mindre sykehus, og at det derfor er viktig at det operative personell har forståelse for og innsikt i spesialisthelsetjenestens krav.

Atter subsidiært

- (47) Innklagede har vurdert kvaliteten på det operative personell som formidler vikarer, men har ikke vurdert hvor mange personer som formidler vikarer. Ifølge innklagede vil ikke en manglende vurdering av antall operativt personell gjøre vurderingen av kvaliteten til personellet uforutberegnelig for leverandørene.
- (48) Innklagede viser til at uansett om det er begått en feil, foreligger det ikke brudd på regelverket for offentlige anskaffelser dersom feilen ikke har hatt betydning for leverandørens tilbud.

Ulovlige tildelingskriterier

- (49) Innklagede bestrider at underkriteriene "Kapasitet/tilgjengelighet" til tildelingskriteriet "Kvalitet" er ulovlig, herunder at følgende 3 punkter "Antall fast ansatte vikarer pr 1.1.2008", "Gjennomsnittlig stillingsprosent for fast ansatte vikarer" og "Leverte ukeverk til skandinaviske sykehus i 2007" er ulovlige tildelingskriterier, og i strid med Lianakis- dommen og klagenemndas praksis.
- (50) Innklagede mener klager tar feil når det påstås at etterspurt generell kapasitet og historiske tall ikke representerer tilbudt kapasitet.

- (51) For så vidt gjelder *"Oppgi antall ukeverk levert til skandinaviske(Norge, Sverige, Danmark) sykehus i 2007"*, vises det til at innklagede har valgt å vektlegge de reelle leveransetall ved vurderingen av leverandørenes kapasitet for å få mest mulig reelle tall og for å unngå at tilbydere med uforholdsmessige/urealistiske store vikarpooler skulle få en fordel. Dette begrunnes med at samme vikar kan være tilknyttet flere vikarbyråer, slik at samme ressurs kan tilbys flere ganger i samme konkurranse. Videre vises det til at leverandørene også har forskjellige måter å beregne sine *"vikarpooler"* på, og forskjellige krav til tilknytning. Noen leverandører kvalitetssikrer ikke sine vikarer før på det tidspunkt hvor de skal gi dem oppdrag. Etter innklagedes mening er dermed historiske tall således den beste, og med hensyn til likebehandlingsprinsippet, den eneste måten å måle hvilken kapasitet, og dermed leveringssikkerhet, leverandørene kan tilby.
- (52) Når det gjelder kriteriene *"Antall fast ansatte vikarer pr 1.1.2008"* og *"Gjennomsnittlig stillingsprosent for fast ansatte vikarer"*, vises det til at dette er et spørsmål om eksklusivitet og økt tilgjengelighet. Innklagede har vurdert den kapasiteten leverandøren har og kan tilby, og punktene er kun vektlagt med 5 % hver under underkriteriet *"Kapasitet/tilgjengelighet"*.
- (53) For så vidt gjelder anførselen til klager om at innklagede har foretatt den samme vurderingen i kvalifikasjons- og tildelingsfasen, vises det til at tilbyderne måtte dokumentere evnen til å levere i kvalifikasjonsfasen mot kapasiteten leverandørene har i tildelingsfasen. Det hevdes at vurderingstemaet i de to fasene er helt forskjellig, og at dette fremgår både av ordlyden og den vurderingen som er gjort med hensynt til hva som er etterspurt. Innklagede viser til at markedet er så vidt spesielt at det erfaringsmessig er den historiske kapasiteten som må vektlegges for faktisk å identifisere den tilbudte kapasitet.
- (54) Når det gjelder kriteriene *"fast ansatte vikarer for angjeldende faggruppe"* og *"gjennomsnittlig ansettelsesprosent på fast ansatte vikarer"*, (kulepunkt to og tre under kravspesifikasjonens punkt 4.1.3) omfatter dette de fast ansatte vikarene for de tilbudte faggruppene. Disse to punktene presiserer følgelig kapasiteten av de enkelte faggruppene som tilbys fra leverandørene.

Mangelfull gjennomføring av forhandlingene

- (55) Innklagede anfører at det er gjennomført reelle forhandlinger i tråd med regelverket og at gjennomføringen har vært forutberegnelig for leverandørene.
- (56) Det vises til referat fra første forhandlingsrunde 8. januar 2009, hvor det fremgår at klager skal ha fått beskjed om at når det gjelder kravspesifikasjonens punkt 4.1.2 *"Kvalitet på systemer, rutiner og kompetanse hos leverandøren"* er klagers tilbud *"vesentlig etter beste tilbud. Kulepunkt 1,2,3,5 og 6 kan forbedres"*. Innklagede viser til at kompetanseprofilen til det operative personell som formidler vikarer er angitt som kulepunkt 5 i det relevante punktet i kravspesifikasjonen.
- (57) Innklagede viser til at det er gjennomført forhandlinger med 21 tilbydere i konkurransen og at man i den forbindelse skulle sørge for at alle ble behandlet likt og fikk lik informasjon uten å avsløre fordeler ved andre leverandørers tilbud. Som en konsekvens av dette har innklagede valgt å gi tilbakemelding på konkrete punkter, men likevel holdt tilbakemeldingene på et mer generelt nivå.

Klagenemndas vurdering:

- (58) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (59) Det er i foreliggende sak fremsatt en rekke ulike anførsler. Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt saken skal avvises fra behandling i nemnda.

Spørsmål om avvisning av saken

- (60) Av klagenemndsforskriften § 6 tredje ledd fremgår det at: ” *Dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen, er avgjort ved dom i første instans, kan klagen ikke tas til behandling*”. I tidligere avgjørelser, har klagenemnda kommet til at rettskraftig kjennelse om midlertidig forføyning vedrørende brudd på anskaffelsesreglene ikke er til hinder for at nemnda behandler saken, jf sak 2004/ 123 premiss 42 og sak 2009/192 premiss 26- 30, og det samme legges til grunn i denne saken.
- (61) Klagenemnda finner videre at det i angjeldende sak ikke foreligger forhold som gjør saken uhensiktsmessig for behandling i nemnda. Saken anses dermed egnet for behandling.

Ulovlig tildelingskriterium

- (62) Klager har anført at det er i strid med regelverket å ta hensyn til antall ukeverk levert til norske, svenske og danske sykehus i 2007 under underkriteriet ”*Kapasitet/tilgjengelighet*” fordi historisk evne ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand. Tildelingskriteriet ”*Kvalitet*” er derfor etter klagers oppfatning ulovlig.
- (63) Av forskriften § 13-2 (2) fremgår det at ”*dersom tildeling av kontrakt skal skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden*”. Med dette menes at de tildelingskriterier som benyttes må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. klagenemndas sak 2009/80 premiss (26).
- (64) Klagenemnda viser til EF- domstolens sak C-448/01(Wienstrom) hvor det følger at oppdragsgiver i utgangspunktet står fritt til å velge tildelingskriterier og hvordan de vektas, men at kriteriene skal gjøre det mulig å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Videre må tildelingskriteriene være i samsvar med kravene i lovens § 5, herunder kravene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Det samme gjelder underkriterier til et tildelingskriterium.
- (65) Underkriteriet ”*Kapasitet/tilgjengelighet*” er utformet slik at det ikke henspeiler på den kapasitet tilbyderer har på tidspunktet for innlevering av tilbudet, men på den kapasitet tilbyder hadde i et forutgående år, jf krav til dokumentasjon på leveranser til sykehus i 2007. Innklagede har forklart bakgrunnen for kriteriet slik at det vil gi innklagede økte muligheter til å vurdere tilbydernes reelle kapasitet. Tallene fra 2007 vedrørende leveringskapasitet er imidlertid ikke nødvendigvis samsvarende med den leveringskapasitet som leverandørene kan tilby i angjeldende tiltenkte kontraktsperiode. Dette innebærer at innklagede kan vektlegge positivt god leveringskapasitet under

tildelingskriteriet "Kvalitet" selv om kapasiteten på tidspunktet for innlevering av tilbudet eller tidspunktet for kontraktsoppfyllelsen ikke er så god som tidligere år. Motsatt kan en tilbyder få mindre poeng dersom kapasiteten i tidligere år var dårlig selv om kapasiteten på tilbudstidspunktet/kontraktsoppfyllestidspunktet er bedre enn tidligere. Det vises i den forbindelse til at klager i sitt tilbudsbrev, jf vedlegg B *Beskrivelse og dokumentasjon for oppfyllelse av kvalitetskrav*, har opplyst i tilknytning til underpunkt "Kapasitet/tilgjengelighet" at virksomhetens resultat så langt i 2008 har vist "en økning på hele 43 % i forhold til 2007". Klagenemndas oppfatning er at vektlegging av kapasitet tilbyderne har hatt i tidligere år dermed ikke kan være egnet til å identifisere hvilken verdi tilbudet har når det gjelder det oppdraget som er gjenstand for tildeling av kontrakt i konkurransen.

- (66) Klagenemnda har derfor kommet til at tildelingskriteriet "Kvalitet" slik det er presisert med underkriteriet "Kapasitet/tilgjengelighet" ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. § 13-2 (2).

Klagers øvrige anførsler

- (67) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriften § 8-2 (1), er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium vil ha en plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. EF-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas saker 2009/19, 2008/217, 2008/120, 2008/92 og 2009/88.
- (68) Siden Helseforetakenes Innkjøpsservice AS skulle avlyst konkurransen, finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Helseforetakenes Innkjøpsservice AS har brutt forskriftens § 13-2 (2) ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium knyttet til kvalitet.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

For klagenemnda,
16.november 2009


Georg Fredrik Rieber-Mohn