



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse vedrørende kjøp av tjenester til heldøgns miljøterapeutisk omsorgstilbud til en bruker. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til utarbeidelse av konkurransegrunnlag i forskriften § 8-1 (1) bokstav b, jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å ha angitt klart i konkurransegrunnlaget de forhold som ville bli vektlagt ved tildeling av kontrakt, og at konkurransen som følge av dette skulle vært avlyst. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 9. mai 2011 i sak 2010/188

Klager: Omsorg i Praksis Helse AS

Innklaget: Bardu kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Manglende utarbeidelse av konkurransegrunnlag. Tildelingsevaluering.

Bakgrunn:

- (1) Bardu kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 4. mai 2010 en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av tjenester fra fagpersonell til heldøgns miljøterapeutisk omsorgstilbud for en bruker. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt i kunngjøringen. I en udatert anskaffelsesprotokoll er det kryssset av for at anskaffelsen gjelder "åpen anbudskonkurranse" mellom "kr. 200.000 og EØS-terskel". Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4) angitt til å være 25. mai 2010 klokken 12.00, men ble ved tilleggskunngjøring endret til 28. mai 2010 klokken 12.00.
- (2) Anskaffelsens art og omfang var beskrevet på følgende måte i kunngjøringen punkt II.1.5):
"Kjøp av tjenester fra fagpersonell for bemanning 24 timer pr. dag, 7 dager pr. uke. Bruker har en langvarig problematikk innen psykiatri/rus og trenger et heldøgns miljøterapeutisk omsorgstilbud."
- (3) Av kunngjøringen punkt II.2.1) fremkom det at tjenesten skulle utføres ved "1:1 bemanning".
- (4) Kvalifikasjonskravene til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgikk av kunngjøringen punkt III.2.3), hvorfra følgende gjengis:
"(1) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)
(2) Redegjørelse vedrørende foretakets helse, miljø og sikkerhetspolicy
(3) Redegjørelse vedrørende foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetssikringssystem

(4) Annet (vennligst presiser dokumentasjonskrav under):

Politiattest”.

- (5) I kunngjøringen punkt IV.2) fremkom det at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ville bli vurdert på grunnlag av tildelingskriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget.
- (6) Konkurransegrunnlaget var et dokument på to sider med overskriften *”Vedrørende hjelpebehov hos aktuell bruker”*. Her fremkom opplysninger om brukeren, samt en redegjørelse for hva brukeren trenger hjelp og støtte til. Det fremkom ingen opplysninger vedrørende anbudskonkurransen eller hvordan tilbudene ville bli vurdert.
- (7) 9 leverandører leverte tilbud innen tilbudsfristen. Blant disse var Omsorg i Praksis Helse AS (heretter kalt klager) og Bo og Bistand AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (8) I klagers tilbud punkt 2.3.1 *”Bemanning og nøkkelpersonell”* fremkom det at klager tilbød 2 alternativer til bemanning for oppdraget, medlevertturnus og tredelt turnus. Følgende gjengis fra tilbudet:

”Medlevertturnus hvor personalet oppholder seg i bolig sammen med bruker hele døgnet. Bolig må da være tilrettelagt med eget rom for personale hvor personale kan sove og oppholde seg på natt.

[...]

Medlevertturnus sikrer bruker kontinuitet over tid, samtidig som det bidrar til at bruker kan forholde seg til færre ansatte og personale. Vanligvis vil personale i slik turnus følge bruker i 3 døgn av gangen, og man bestreber å kun ha ansatte i 100 % stilling, noe som tilsvarer ca 11 døgn pr. mnd. Turnus planlegges og settes opp i forkant sammen med oppdragsgiver og bruker, slik at man her kan finne en løsning som er tilpasset aktuell brukers behov.

Tredelt turnus med dag, aften og nattpersonale. Det er her tatt utgangspunkt i våken (aktiv) nattevakt. Turnus settes opp og planlegges sammen med oppdragsgiver og bruker slik at den i størst mulig grad kan tilpasses brukers behov.”

- (9) I en udatert anskaffelsesprotokoll fremkom det at valgte leverandør ble valgt på bakgrunn av *”pris og kvalitet på de tjenester som skulle leveres”*.
- (10) I innklagedes evalueringsnotat datert 4. juni 2010, er det foretatt en sammenligning av alle tilbudene i forbindelse med tildelingsevalueringen. Følgende hitsettes fra evalueringen av tilbudene til valgte leverandør og klager:

*”3. **Bo og bistand** har en faglig sterk bemanning. Her har de tilbudt en variert sammensetning av personale, mest kvinner som Bardu kommune mener er best ovenfor denne brukeren. Prisen som Bo og bistand har gitt er uten event. tillegg for ekstraordinære utgifter.*

[...]

*5. **Oip Helse AS** har også [i likhet med tilbyder nummer 4]skissert en løsning der bemanning i hovedsak er menn. Bardu kommune mener det bør være en sammensetning av menn og kvinner. Laveste fra OiP Helse AS er medlevertturnus og det er ikke det Bardu kommune etterspør.*

[...]

Ut fra en total vurdering på kvalitet på tjenestene som tilbys og pris har Bardu kommune valgt å tilby Bo og bistand kontrakten. Bo og bistand er nyetablert i 2010,

men ut fra deres ansattes erfaring fra tidligere og godt utdannede personale mener vi de har det beste tilbudet.”

- (11) Innklagede informerte klager ved brev av 8. juni 2010 om valg av leverandør og klagefrist på tildelingen. Det fremkom her at *”Etter en totalvurdering – faglig og pris har Bo og Bistand levert det beste tilbudet til Bardu kommune”*. Klager mottok imidlertid først brevet 18. juni 2010, og informerte innklagede om dette i e-post av samme dag. Det ble samtidig bedt om en redegjørelse for tildelingsevalueringen, og opplyst at klage på beslutningen ville bli oversendt innen en uke.
- (12) Innklagede besvarte klagers e-post 18. juni 2010, hvor det ble opplyst at klagefristen begynte å løpe 8. juni 2010. Videre fremkom det at *”Som dere vil se av innkomne priser er dere kr 3.774,- pr. dag dyrere enn antatt tilbud. Bardu kommune har ikke etterspurt medlevertturnus og kommer derfor ikke i betraktning.”* Vedlagt e-posten var anskaffelsesprotokoll og tildelingsevalueringen.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 22. juni 2010.
- (14) På forespørsel fra sekretariatet om anskaffelsens anslåtte verdi, har innklagede i e-post av 6. og 9. mai 2011 fremlagt dokumentasjon som viser at anskaffelsens verdi i perioden 1. juli 2010 til 22. august 2011 vil utgjøre 3 051 400 kroner.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Manglende utarbeidelse av konkurransegrunnlag

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 17-1 ved ikke å ha utformet et konkurransegrunnlag i samsvar med kravene i bestemmelsen. Det vises til at konkurransegrunnlaget er svært mangelfullt og at tildelingskriteriene ikke fremkommer av dokumentet. Det fremkommer i anskaffelsesprotokollen at innklagede ønsket kvinnelig personale. Dette var ikke opplyst ovenfor tilbyderne i anbudsdokumentene. Klager kan heller ikke se at denne informasjonen kunne bidra til at brukeren ble identifisert. I følge klager har innklagede i ettertid, i motsetning til i protokollen, hevdet at kjønn likevel ikke ble vektlagt. Innklagede har i ettertid også vist til at det var pris som ble vektlagt i størst grad. Heller ikke dette fremkommer av anbudsdokumentasjonen. I tillegg stiller klager spørsmål ved om dokumentet benevnt *”Vedrørende hjelpebehov hos aktuell bruker”* i det hele tatt kan klassifiseres som et konkurransegrunnlag som følge av at det kun inneholder opplysninger om bruker og forslag til tiltak for brukeren.
- (16) Subsidiært anføres det at tildelingskriteriene er svært misvisende og kan misforstås. Det vises til at klagers tilbud på medlevertturnus ble avvist selv om det var etterspurt tilbud på heldøgns miljøterapeutisk tilbud 1:1 bemanning. Av konkurransedokumentasjonen fremkommer det at brukeren sover godt om natten og derfor kun trenger noe tilsyn på denne tiden av døgnet. I følge klager vil man på bakgrunn av beskrivelsen i konkurransegrunnlaget kunne gi beboer et godt faglig tilbud ved bruk av medlevertturnus. Ettersom tilbudet som inneholdt medlevertturnus ble avvist av innklagede fordi det ikke tilfredsstilte kravene i konkurransegrunnlaget, synes konkurransegrunnlaget å være misvisende.
- (17) Klager anfører i tillegg at innklagede har brutt forskriften § 17-4 ved at det ikke er angitt kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget.

Kriterier for valg av tilbud

- (18) Klager anfører videre at innklagede urettmessig har avvist klagers tilbud om medlevertturnus i tildelingsevalueringen med den begrunnelse at dette ikke var etterspurt. I følge klager fremkommer det av kunngjøringen at det skal tilbys 1:1 bemanning. En medlevertturnus utelukker ikke 1:1 bemanning.
- (19) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 22-2 ved å vektlegge kvinnelig personale ved evalueringen. Det vises til at innklagede har opplyst i evalueringen at det er best med kvinnelig personale for aktuell bruker. Ettersom dette ikke fremkommer av tilsendte dokumenter eller av konkurransegrunnlag, har innklagede dermed vektlagt et kriterium som ikke var kjent for tilbyderne.

Hvorvidt innklagede kan kjøpe tjenester av valgte leverandør

- (20) Klager anfører at innklagede ikke hadde anledning til å kjøpe tjenester av valgte leverandør. Det vises til at gjeldende anbudskonkurranse er definert som kjøp av bemanningstjenester. Siden valgte leverandør har som formål å selge slike tjenester, er selskapet registreringspliktig som et bemanningsforetak. Valgte leverandør er ikke godkjent som bemanningsforetak, noe som er brudd på forskrift av 4. juni 2008 nr 541 om bemanningsforetak.

Innklagedes anførsler:

Manglende utarbeidelse av konkurransegrunnlag

- (21) Innklagede anfører at det ikke var anledning til å vektlegge klagers tilbud om medlevertturnus. Ut fra kunngjøringen fremkom det klart at det som var etterspurt var 1:1 bemanning, samt at dette var begrunnet ut fra brukerens tilstand og vurdering av fagpersonell. Det var altså ikke tvil om hva innklagede etterspurte. Likevel valgte klager å inngi tilbud på både medlevertturnus og på 1:1 bemanning i 3 delt turnus. For sistnevnte turnus tilbød klager en langt høyere pris enn valgte leverandør. Selv om det ikke fremkom i konkurransegrunnlaget at kvinnelig personale ville bli vektlagt, burde en profesjonell tilbyder ha opplyst om at dette var uteglemt fra konkurransegrunnlaget på et tidligere tidspunkt. Da kunne innklagede har rettet opp dette.

Kriterier for valg av tilbud

- (22) Innklagede bestrider at det ikke var anledning å vektlegge om tilbyderne hadde kvinnelig personale ved evalueringen av tilbudene. Det vises til at Bardu kommune er en liten kommune, og dersom det ble opplyst om brukerens kjønn, ville dette kunne avsløre hvem personen var. Uansett ble det kun i liten grad vektlagt om tilbyderne tilbød kvinnelig personale. Det ble først og fremst sett på kvalifikasjonene til det tilbudte personell. Innklagede var ute etter det økonomisk mest fordelaktige tilbud der pris i dette tilfellet hadde stor betydning.

Hvorvidt innklagede kan kjøpe tjenester av valgte leverandør

- (23) Innklagede bestrider at det ikke var anledning til å kjøpe tjenester av valgte leverandør som følge av at valgte leverandør mangler godkjenning som bemanningsforetak. Det vises til at valgte leverandør er registrert i enhets- og foretaksregisteret. Siden valgte leverandør ikke driver med utleie av arbeidskraft, gjelder ikke forskrift om bemanningsforetak. Dette har innklagede avklart med Arbeidstilsynet.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 25 *"Helse- og sosialtjenester"*, jf. forskriften vedlegg 6 *"Uprioriterte tjenester"*. Etter sin opplyste verdi og art følger anskaffelsen lov 16. juli 1999 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II, jf. forskriften § 2-1 (2) og 2-2 (1).

Manglende utarbeidelse av konkurransegrunnlag

- (25) Klager anfører for det første at innklagede ikke har utformet konkurransegrunnlaget i tråd med kravene i forskriften § 17-1. Det vises til at dokumentet *"Vedrørende hjelpebehov hos aktuell bruker"* kun angir informasjon om bruker og brukes behov, og at konkurransegrunnlaget ikke tilstrekkelig klart beskriver hvilke kriterier som skal vektlegges ved valg av tilbud. Dokumentet kan av den grunn ikke klassifiseres som et konkurransegrunnlag.
- (26) Ettersom angjeldende anskaffelse følger forskriften del II, og ikke del III, som er anført av klager, er det forskriften § 8-1 som regulerer krav til utarbeidelse av konkurransegrunnlag. Av forskriften § 8-1 (1) bokstav b følger det at konkurransegrunnlaget skal inneholde en tilstrekkelig og fullstendig beskrivelse av *"hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt og hvordan konkurransen skal gjennomføres, herunder kriterier for tildeling av kontrakt"*.
- (27) I kunngjøringen punkt IV.2) er det opplyst at det økonomisk mest fordelaktige tilbud ville bli vurdert på grunnlag av tildelingskriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget. Konkurransgrunnlaget, som var benevnt *"Vedrørende hjelpebehov hos aktuell bruker"* inneholdt informasjon om brukeren, og ønskede tiltak for denne. Av udatert anskaffelsesprotokoll fremkommer det at valgte leverandør ble valgt på bakgrunn av *"pris og kvalitet på de tjenester som skulle leveres"*. I innklagedes evalueringsnotat datert 4. juni 2010, fremkommer det at valgte leverandør har *"tilbudt en variert sammensetning av personale, mest kvinner som Bardu kommune mener er best ovenfor denne brukeren"* og at klager har *"skissert en løsning der bemanning i hovedsak er menn. Bardu kommune mener det bør være en sammensetning av menn og kvinner"*. I meddelelsesbrevet av 8. juni 2010 fremkom det at det beste tilbudet ble valgt ut fra en *"totalvurdering – faglig og pris"*. I innklagedes e-post til klager av 18. juni fremkom det at *"Som dere vil se av innkomne priser er dere 3.774,- pr. dag dyrere enn antatt tilbud."*
- (28) Slik nemnda ser det inneholdt ikke konkurransegrunnlaget informasjon om hvilke forhold innklagede ville vektlegge ved tildeling av kontrakt. Tilbyderne fikk således ikke informasjon i konkurransegrunnlaget om at innklagede ville evaluere tilbudene basert på pris og kvalitet, herunder hvilken sammensetning av personell som ble tilbudt. I klagenemndas sak 2010/157 premiss (41), som gjaldt en anskaffelse under nasjonal terskelverdi, uttalte nemnda at *"Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget må gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud"*. Det var i nevnte sak ikke opplyst i konkurransegrunnlaget noe om budsjettammen for arrangementet som det skulle inngis tilbud på. Nemnda konstaterte at innklagede hadde en plikt til å avlyse konkurransen, og uttalte at det synes: *"som om tilbyderne måtte basere sine tilbud på en ren gjetning om innklagedes ambisjoner for arrangementet"*, selv om det var angitt hvilke kriterier som ville bli vektlagt ved tildeling av kontrakt. På bakgrunn av at foreliggende konkurransegrunnlag kun inneholder opplysninger om brukeren, og ikke

angir kriterier for valg av tilbud, finner nemnda at dette konkurransegrunnlaget heller ikke inneholder tilstrekkelig informasjon til at leverandørene kan ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Innklagede har dermed brutt de krav som stilles til utarbeidelse av konkurransegrunnlag i forskriften § 8-1 (1) bokstav b, jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved at konkurransegrunnlaget ikke klart angir hvilke kriterier som vil vektlegges ved tildeling av kontrakt.

- (29) Ettersom innklagedes unnlatelse av å angi klart i konkurransegrunnlaget hvilke kriterier som skulle tillegges vekt ved tildeling av kontrakt må anses som en feil som ikke kan repareres, skulle konkurransen vært avlyst, jf. sak 2010/157 premiss (44). Siden klagers anførsel fører frem på dette punktet, finner ikke nemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Bardu kommune har brutt kravet til utarbeidelse av konkurransegrunnlag i forskriften § 8-1 bokstav b, jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5, ved ikke å angi klart i konkurransegrunnlaget hvilke kriterier som ville bli vektlagt ved tildeling av kontrakt.

Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

9. mai 2011

Kai Krüger