



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Tromsø Private Omsorgstjeneste AS
v/ Trude Wester
Mellomveien 50
9007 TROMSØ

Deres referanse

Vår referanse
2010/284

Dato
09.12.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 8. oktober 2010 vedrørende anskaffelse av spesialiserte rehabiliteringstjenester. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Helse Nord RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 13. juli 2010 en ett-trinns konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale med flere leverandører om kjøp av spesialiserte rehabiliteringstjenester. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 anslått til 700 millioner kroner. I samme punkt fremgikk det også at:

"Leverandørens tilbud skal inndeles i deltjenester i samsvar med deltjenestene slik de er beskrevet i kravspesifikasjonens punkt 5, etter ytelsens karakter, pasientenes diagnose og/eller funksjon. Leverandør skal ha kompetanse til å yte tjenester til mer enn en deltjeneste."

- (2) Kvalifikasjonskravene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 3. Fra punkt 3.1 "Generelt om kvalifikasjonskrav" refereres:

"Kravene skal sikre at leverandørene er i stand til å kunne oppfylle forpliktelsene i kontrakten."

Dersom leverandøren er usikker på om opplysninger tilknyttet kvalifikasjonskravene kan medføre tvil om tilbyders evne til å oppfylle en kontrakt, bør relevant tilleggsinformasjon legges ved tilbudet."

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

Bruk av underleverandør endrer ikke de krav til dokumentasjon som er fastsatt av oppdragsgiver i denne konkurransen (ytelser som leveres av underleverandør skal dokumenteres og beskrives på samme måte som om de ville vært levert av hovedleverandør).

Leverandør kan støtte seg på andre foretaks kapasitet for gjennomføring av kontrakt. Ved bruk av underleverandør skal dette opplyses i tilbudet. I tillegg skal det angis hvem underleverandøren er, hvor i behandlingsforløpet underleveransen vil skje og hvilke tjenester underleverandøren skal utføre. Dersom leverandøren støtter seg på andre foretaks kapasitet, skal leverandøren fremlegge dokumentasjon, f eks forpliktelseserklæring som viser at han har rådighet over de aktuelle ressurser i kontraktsperioden."

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.5 var det stilt følgende krav til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner:

"Oppdragsgivers kvalifikasjonskrav:

Krav 7: *Det kreves at leverandøren som institusjon eller gjennom daglig leder har erfaring med leveranse av spesialiserte rehabiliteringstjenester.*

Krav 8: *Leverandøren skal ha et internkontrollsystem i henhold til forskrift om internkontroll i sosial- og helsetjenesten.*

Krav 9: *Leverandøren skal ha minimum 20 pasientplasser innen spesialisert rehabilitering og være organisert på en slik måte at de er i stand til å oppfylle gjeldende kontraktsforpliktelser.*

Dokumentasjon – bevis for at det stilte krav er oppfylt:

7) Leverandøren skal gi en beskrivelse av de viktigste og mest relevante leveransene de siste tre år. Redegjørelsen skal minst omfatte kundens navn, oversikt over leveransens innhold, tidsrom og varighet samt leveransens økonomiske verdi.

Dokumentasjon for leveransen kan enten gis i form av attest fra kunde eller ved egenerklæring.

8) Kopi kun av innholdsfortegnelse for internkontrollsystemets dokumentasjon.

9) Redegjørelse/dokumentasjon som viser at leverandøren har minimum 20 pasientplasser innen spesialisert rehabilitering, herunder skal leverandøren dokumentere gjennomsnittlig antall ansatte, antall ledere og antall relevant fagpersonell, samt "turn over" for ansatte.

Leverandøren skal beskrive hvordan virksomheten er organisert, herunder i hvilken grad og innenfor hvilke områder eventuelle underleverandører / samarbeidspartnere vil bli benyttet ved gjennomføring av avtalen."

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 var det opplyst at "[v]ed avvisning på grunn av forhold ved leverandøren vil oppdragsgiver opptre i samsvar med FOA § 11-10".
- (5) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 6:

"6.1 Generelt om evalueringen

Tilbydere som tilfredsstiller kvalifikasjonskravene, vil få sine tilbud evaluert i tråd med bestemmelsene i dette punktet.

Oppdragsgiver vil velge det eller de tilbud som er økonomisk mest fordelaktige, basert på tildelingskriteriene fastsatt nedenfor. Kvalitet vil vektlegges noe høyere enn de øvrige tildelingskriteriene. Videre vil pris vektlegges høyere enn tilgjengelighet. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å velge en kombinasjon av tilbydere som samlet dekker ulike behov for pasientene, jf. ansvar for å sørge for behandlingstilbud for innbyggere i hele helseregionen, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a.

6.2 Tildelingskriteriet kvalitet

Ved vurderingen av den tilbudte kvalitet vil det særlig bli lagt vekt på:

- *Tjenestens faglige innhold*
- *Det utførende helsepersonells fagspesifikke kvalifikasjoner samt omfang og sammensetning av fagspesifikk kompetanse*
- *Samhandling*
- *Fag- og kompetanseutvikling*
- *Institusjonens fysiske utforming og standard*
- *Det faglige tilbudet til de enkelte pasientgrupper*

6.3 Tildelingskriteriet pris

- *Ved vurderingen av pris vil alle kostnader forbundet med ytelsen inngå.*
- *Priskonsekvenser av eventuelle forbehold vil tas med i vurderingen.*

6.4 Tildelingskriteriet tilgjengelighet

Ved vurdering av de tilbudte ytelsenes tilgjengelighet vil det særlig bli lagt vekt på:

- *Redegjørelse hvordan den enkelte tjeneste kan leveres fra og med 1.1.2011*
- *Åpningstider og ferieavvikling m.v*
- *Tilgjengeligheten for funksjonshemmede og universell utforming*
- *Kommunikasjonsmuligheter og tilgjengelighet til offentlig kommunikasjon.*
- *Opplegg for bekjentgjøring av tilbud og rekruttering av pasienter.*
- *Tjenestetilbud til samisktalende/fremmedspråklige pasienter."*

- (6) Kravspesifikasjonen var vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget. I kravspesifikasjonen punkt 4.6 "Krav til kompetanse og kompetanseutvikling" fremgikk blant annet at "[d]et stilles krav om legetjeneste på spesialistnivå med minimum 50 % av et årsverk. Kravet til legedekning skal for øvrig stå i forhold til antall pasienter som er omfattet av avtalen, og innhold/kompleksitet i behandlingen slik det fremgår av kravspesifikasjonen". I kravspesifikasjonen punkt 5 "Spesifikke krav pr tjenesteområde" var det blant annet stilt følgende krav:

"24. Inflammatoriske revmatiske lidelser	• Tilbud skal gis flere steder. • Tilbud skal fortrinnsvis gis som mestringsopphold i gruppe, i kombinasjon
--	---

a) Voksne	med LMS/kurs i helseforetak. • Det skal være tilgang på revmatolog eller tilsvarende. • Etter individuell vurdering skal det være tilbud for personer med utvidet hjelpebehov.
b) Barn med revmatiske lidelser	• For barn skal gis gruppetilbud, og tilbud i grupper sammen med barn/familier med andre diagnoser. • Det stilles krav til basseng.
25. Ikke-inflammatoriske revmatiske lidelser	• Tilbud skal gis flere steder. • Det skal være tilgang på spesialist i revmatologi eller tilsvarende. • Tilbud skal kun gis til pasienter som har behov for behandling utover kommunehelsetjeneste og poliklinikk/LMS tilbud."

- (7) Kravspesifikasjonen kapittel 6 var "Leverandørens redegjørelse og dokumentasjon", hvor det innledningsvis var opplyst følgende:

"Alle spørsmål i dette kapittelet skal besvares i den form vedlagte mal gir anvisning på. Besvarelsen skal vise om kravene i kapittel 4 og 5 er innfridd. Kapittelet er strukturert etter tildelingskriteriene kvalitet, tilgjengelighet og leveringssikkerhet. I tillegg kommer pris som eget vedlegg."

- (8) For tildelingskriteriet "kvalitet" i punkt 6.1, skulle tilbyderne under punkt b "Det utførende helsepersonells fagspesifikke kvalifikasjoner" fylle ut vedlagt bemanningsskjema, og beskrive "eventuelt forpliktende planer for økning i fagkompetanse/bemanning".
- (9) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 25. august 2010 kl. 12.00. Blant leverandørene som leverte tilbud innen fristen var Tromsø Private omsorgstjeneste AS (heretter kalt klager), som leverte tilbud på deltjenestene 24 a, inflammatoriske revmatiske lidelser hos voksne og 25, ikke-inflammatoriske revmatiske lidelser.
- (10) I klagers tilbud var det gitt følgende beskrivelse av tilbudt dokumentasjon for at kvalifikasjonskrav nr. 7 var oppfylt:

"Tromsø Private Omsorgstjeneste AS (TPO) overtok driften av St. Elisabeth Helsehus og Hotell (tidl. Elisabethsenteret) i august 2009 dvs. etter forrige gang spesialiserte rehabiliteringstjenester fra Helse Nord var ute på anbud. TPO har derfor ikke avtale i dag med Helse Nord og har derfor ikke referanser knyttet til oppdrag rekvirert fra spesialhelsetjenesten i Nord-Norge. TPO som institusjon har derimot lang erfaring med tilsvarende tjenester. I tillegg har vårt nøkkelpersonell erfaring med spesialiserte rehabiliteringstjenester gjennom tidligere arbeidsforhold i spesialhelsetjenesten samt at Elisabethsenteret, som TPO har overtatt driften fra, har drevet Hjertescole."

Med henvisning til kapittel 3.1 i konkurransegrunnlaget har vi, i tillegg til referanser som institusjon, valgt å legge ved CV'er til vårt nøkkelpersonell samt at vi har inkludert relevante referanser som disse innehar fra tiden før de tiltrådte TPO. Dette for å gi et mer utfyllende bilde av vår kompetanse og erfaring som institusjon og gjennom nøkkelpersonell.

Konkurransegrunnlaget krever at referansene enten skal dokumenteres med attest fra kunde eller ved egenerklæring. Vi har valgt å legge ved en egenerklæring på at vedlagte referanser som institusjon og gjennom nøkkelpersonell gir et riktig bilde av den kompetanse som TPO besitter i dag."

- (11) Om oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav nr. 9 opplyste klager følgende:

"Tromsø Private Omsorgstjeneste as (TPO) har 24 sengeplasser til disposisjon, og flere store møterom, samt varmtvannsbasseng, og har dermed god kapasitet for 20 pasientplasser innen spesialisert rehabilitering.

Fasiliteter

TPO drifter og disponerer St. Elisabet Helsehus og Hotell, som ligger sentralt i sentrumsområdet av Tromsø. Senteret er den tidligere Kvinneklubben som var en del av Regionssykehuset i Tromsø inntil 1991. Senteret inneholder en hotell del med 24 trivelige og renoverte gjesterom hvorav 6 doble rom og 18 enkle rom. Alle rom er utstyrt med bad tilpasset funksjonshemmede og andre med behov for bistand. Rommene har telefon, skrivebord, arbeidslys, TV og trådløst nettverk.

Senteret har 5 grupperom med plass til 15-60 deltakere. Videre har senteret et 12,5 meters basseng som holder 33 grader, samt 2 treningssaler med plass til 30 personer og en kafé som serverer frokost, lunch og middag med plass til 80 personer. Det er også en dagligstue som senterets gjester kan benytte i 1. etg, samt en resepsjon med venteareal og kioskvarer.

Inngangspartiet har egen rullestolinnang i form av en rullestolrampe.

Bemanning

<i>Kategori</i>	<i>Antall ansatte per 1/1 2009</i>	<i>Antall ansatte per 31/12 2009</i>	<i>Antall som sluttet i 2009</i>	<i>Turnover i 2009</i>
<i>Ledere</i>	2	3	1	40 %
<i>Relevant fagpersonell</i>	9	15	1	8 %
<i>Øvrige ansatte</i>	12	24	4	22 %
<i>Totalt</i>	23	42	6	18 %

Organisasjon

TPO har fra 2001 og inntil høsten 2009 drevet med hjemmetjenester i form av hjemmehjelp, hjemmesykepleie, rehabilitering, støttekontakt og ledsagertjenester. I tillegg har vi drevet heldøgnsbemanning på vegne av en kommune overfor en person med psykisk utviklingshemming samt drevet med vikarutleie av alle typer helsepersonell innenfor pleie og omsorg. Høsten 2009 overtok vi i tillegg driften av St. Elisabeth Helsehus og Hotell.

Vi er organisert som følger pr. i dag:

[organisasjonskart]

Samarbeidspartnere

Spesialist i allmennmedisin Leif Røssås vil bli benyttet for slike typer tjenester for våre inneliggende pasienter. Manuellterapeut Runar Johansen, ergoterapeut Hege Spantell, psykologspesialist Morten B. Pedersen, psykomotoriske fysioterapeuter Anne Bjørg Lie og Hanne Voll, og fysioterapeutene Kristin Richardsen og Anne Riksvold vil utgjøre vårt tverrfaglige team overfor våre pasienter. I tillegg vil vi inngå samarbeid med en privatpraktiserende tannlege, sosionom og en ernæringsfysiolog der vi finner det nødvendig overfor de pasientgrupper som har behov for slik kompetanse."

- (12) I bemanningsskjemaet tilbyderne skulle fylle ut under punkt 6.1.b, opplyste klager å ha revmatolog ansatt i 50 % stilling, samt sykepleiere for 3,5 årsverk. 0,75 årsverk var oppgitt å være benyttet til andre oppgaver. Videre var det i beskrivelsen av oppfyllelsen av kravspesifikasjon punkt 2.20 opplyst følgende:

"Forpliktende planer for økning av fagkompetanse/bemanning

Dersom en avtale med Helse Nord trer i kraft fra 1.1.11, vil vi forplikte oss til å sørge for at våre terapeuter og sykepleiere, samt hjelpepersonell for øvrig, holdes oppdatert via aktuelle kurs og konferanser om temaet revmatologi og læring/mestring. Vi vil søke samarbeid med Lærings og mestringssentrene i helseregionen med tanke på felles opplæring og hospitering. Vi vil også øke bemanningen innen hjelpepersonell dersom påmelding til våre kurs medfører et slikt behov. Det samme gjelder terapeuter og helsefaglig personell for øvrig i tråd med behovet.

Vår tilgang på personell generelt er god da senteret oppleves som positivt i fylket og regionen for øvrig. På den måten tiltrekker vi oss dyktige medarbeidere og har lav turnover.

I tillegg til dagens ansatte vil vi forplikte oss til å ha tilstrekkelig bemanning for å levere de tilbudte tjenestene:

Følgende har vært med på utarbeidelse av kursene og vi har en muntlig avtale om forpliktende samarbeid dersom avtalen med Helse Nord blir en realitet:

[...]

I tillegg vil vi inngå avtale med sosionom og tannlege."

- (13) Ved brev 7. september 2010 avviste innklagede klager fra konkurransen. I brevet ble det gitt følgende begrunnelse for avvisningen:

"Oppdragsgiver har stilt krav om at leverandør som institusjon eller gjennom daglig leder skal ha erfaring med leveranse av spesialiserte rehabiliteringstjenester, konkurransegrunnlaget punkt 3.5, krav 7. Tromsø Private Omsorgstjeneste AS har beskrevet leverandørens erfaringer de siste år, slik som forutsatt i dokumentasjonskravet.

Beskrevne leveranser vurderes av oppdragsgiver å være rehabilitering på kommunalt tjenestenivå som er tjenesteyting på et lavere nivå enn det som forventes av spesialiserte tjenester. Daglig leder er ikke beskrevet å ha erfaring med leveranser av spesialiserte tjenester.

Leverandør har oppgitt å ha medisinskfaglig personell, revmatolog, i 50 % stilling. Dette kan ikke alene godtgjøre at leverandøren vil kunne levere spesialiserte rehabiliteringstjenester. Det samme gjelder den sykepleiefaglige ansvarlige, som ikke har drevet spesialiserte rehabiliteringstjenester siden 2004.

Samlet sett vurderes dette ikke å godtgjøre leverandørens erfaring, og kvalifikasjonskravet anses ikke oppfylt.

Heller ikke krav 9 anses å være oppfylt, idet leverandøren ikke har lagt ved avtaler/intensjonsavtaler eller liknende som kan godtgjøre at leverandøren har rådighet over de ressurser som tilbys i form av allmennlege, fysioterapeut. Manuell terapeut mv.

Av konkurransegrunnlaget punkt 3.1, generelt om kvalifikasjonskrav, 4. avsnitt fremgår det at en leverandør som ønsker å støtte seg på andre foretaks kapasitet, skal fremlegge dokumentasjon for dette. For å kvalifisere seg ved hjelp av andres/et annet foretaks kompetanse, er det en forutsetning at det foreligger klare forpliktelseserklæringer knyttet til disponering av den/de aktuelle ressurser som er nødvendig for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Dette følger av konkurransegrunnlaget og også av KOFAs praksis. Dokumentasjon for kvalifikasjoner skal foreligge på tidspunkt for tilbudsfrist.

Etter forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (1) litra a, skal leverandører som ikke oppfyller de krav som er satt for deltakelse i konkurransen, avvises. Tromsø Private Omsorgstjeneste oppfyller ikke krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, og oppdragsgiver er derfor pliktig til å avvise leverandøren."

- (14) Klager påklaget avgjørelsen i et udatert brev. Innklagede avviste klagen ved brev 24. september 2010. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 8. oktober 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved urettmessig å avvise klager fra konkurransen med den begrunnelse at klager ikke oppfyller krav 7 og krav 9 under kravene til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner i konkurransegrunnlaget punkt 3.5. Dette fordi de aktuelle kravene etter klagers mening ulovlige. Klager oppfyller uansett de kravene som er stilt.

- (16) Innklagede har under krav 7 i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 stilt krav om at leverandøren, enten som institusjon, eller gjennom daglig leder, må ha erfaring med levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester. Innklagede har presisert at det kun er erfaring fra spesialhelsetjenesten som godtas. Rehabiliteringstjenester kjøpes av hensyn til pasientene lokalt, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.2, og det er dermed ikke mulig for en tilbyder i Tromsø å skaffe seg er erfaring med levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester til andre enn innklagede. Dette innebærer at det i praksis kun er leverandører som har kontrakt med innklagede i dag som kan oppfylle kvalifikasjonskravet, noe som helt klart er i strid med kravene i loven § 5, jf. klagenemndas sak 2003/225, og sak 2010/158, der klagenemnda fastslår at det ikke er lov å bruke kvalifikasjonskrav som diskriminerer nye aktører. I brev 24. september 2010 bekreftet innklagede at nye leverandører må inngå samarbeid med en eksisterende leverandør til innklagede for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Dette er ikke et reelt alternativ, da eksisterende leverandører ikke ville ha noe insentiv til å samarbeide med nye leverandører.
- (17) Konkurransen omfatter alle typer rehabiliteringstjenester, fra omfattende hodeskader og slagpasienter, til mestringskurs for reumatikere, diabetikere og overvektige, og fordrer derfor tilbud fra flere ulike leverandører med ulik erfaring. Når innklagede har åpnet for at leverandørene kan gi tilbud på enkelte tjenester, men har stilt samme kvalifikasjonskrav uavhengig av hvilke tjenester som tilbys, er dette etter klagers mening i strid med forskriften § 17-4 (2) og kravet til ikke-diskriminering i loven § 5. Det vil være mye vanskeligere for leverandører av enkle rehabiliteringstjenester å kvalifisere seg da de møter krav som er tatt inn for å sikre kvalifikasjonene til leverandører av klinisk mer krevende tjenester.
- (18) Klagers erfaring tilsvarer uansett den kompetanse som er nødvendig for å levere de tjenestene klager har tilbudt innklagede, da klager i dag leverer samme tjeneste til andre kundegrupper.
- (19) Også krav 9 i konkurransegrunnlaget punkt 3.5, der innklagde stiller krav om at tilbyderne skal ha minimum 20 pasientplasser innen spesialisert rehabilitering og være organisert på en slik måte at de er i stand til å oppfylle gjeldende kontraktsforpliktelser, er etter klagers mening i strid med forskriften § 17-4 (2) og kravet om ikke-diskriminering i loven § 5. Innklagede har heller ikke her differensiert mellom de ulike tjenestene som er etterspurt ved vurderingen av om tilbyderne oppfyller kravet.
- (20) Innklagede har begrunnet at klager ikke oppfyller krav 9 med at klager ikke har tilstrekkelig fagkompetanse. I kravspesifikasjonen er det for tjenestene klager leverte tilbud på kun stilt krav om at det skal være tilgang på revmatolog eller tilsvarende. Klager har i dag ansatt en revmatolog i 50 % stilling og 3,5 sykepleiere. Dette er i samsvar med dagens behov. Klager har også forpliktet seg til å øke bemanningen i henhold til behov og fremforhandlet forventet avrop ved inngåelse av avtale med innklagede. Innklagede har ikke kommentert klagers påstand om at det ikke er nødvendig med samme bemanning i perioder der det ikke gjennomføres mestringskurs for innklagede.
- (21) Dersom innklagede krever at all kompetanse skal være tilgjengelig hos tilbyderne ved utløpet av tilbudsfristen, og i tillegg har beskrivelse av samme kompetanse og forpliktelse til å øke denne som et tildelingskriterium, er dette etter klagers mening i strid med forskriften § 13-2, jf. "Lianakis"-dommen.

Innklagedes anførsler:

- (22) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene fra konkurransen. Klager oppfyller i dette tilfellet verken krav 7 eller krav 9 til tilbyderens kvalifikasjoner.
- (23) Som dokumentasjon for at krav 7, om tidligere erfaring med levering av spesialiserte helsetjenester, var oppfylt, leverte klager en liste over egne tidligere leveranser, tidligere leveranser i regi av Elisabethsenteret og leveranser utført av sykepleiefaglig og medisinsk ansvarlig. Innklagede vurderer den opplyste erfaringen til i hovedsak å gjelde omsorgs- og rehabiliteringstjenester på kommunalt nivå. Denne erfaringen vurderes ikke å være av et slikt omfang eller kompleksitet at det godtgjør erfaring med drift av spesialisert rehabilitering, slik kontraktene i den foreliggende konkurransen krever. Klager har også manglende erfaring med døgnopphold på det nivå som her etterspørres. Eventuell driftserfaring fra samarbeidende personell kan ikke vektlegges ved kvalifiseringen, da det verken er lagt ved samarbeidsavtaler, forpliktelseserklæringer eller annen dokumentasjon som viser at klager vil ha rådighet over disse ressursene.
- (24) Under krav 9 har innklagede stilt krav om at tilbyderne skal ha minimum 20 pasientplasser innen spesialisert rehabilitering og være organisert på en slik måte at de kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene. Dette skulle blant annet dokumenteres med gjennomsnittlig antall ansatte, antall ledere og antall relevant fagpersonell. Klager har i sitt tilbud opplyst å ha ansatt en revmatolog i 50 % stilling og 3,5 årsverk innen sykepleie. Av disse årsverkene er 0,75 årsverk forbeholdt ledelsesoppgaver. Etter innklagedes vurdering er antall relevant fagpersonell ikke tilstrekkelig til å drifte 20 pasientdøgnplasser innen spesialisert rehabilitering, og klager oppfyller derfor ikke gjeldende kvalifikasjonskrav. Heller ikke ved denne vurderingen kan innklagede legge vekt på at klager har opplyst å ha flere uavhengige samarbeidspartnere med relevant fagkompetanse, da klager ikke har lagt ved samarbeidsavtaler eller forpliktelseserklæringer som viser at klager har rådighet over disse ressursene, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.1 og prinsippet i forskriften § 17-8 (2).
- (25) Subsidiært anføres at det foreligger rett til å avvise klager etter forskriften § 11-10 (2) bokstav g.
- (26) Innklagede bestrider at krav 7 og krav 9 i kravene til leverandørene er diskriminerende og i strid med kravet til likebehandling i loven § 5. Spesialiserte rehabiliteringstjenester er tjenester som krever en slik grad av spesialisering at det ikke er hensiktsmessig å legge dem inn under det kommunale ansvaret. Tjenestene kjennetegnes for øvrig ved at de er sammensatte, med høy grad av tverrfaglig oppfølging og behandling. Kravene innklagede har stilt i dette tilfellet er nødvendige og hensiktsmessige, og står i saklig sammenheng med tjenestene som skal leveres.
- (27) Krav 7 til leverandørenes kvalifikasjoner innebærer at leverandørene må kunne godtgjøre at de er egnet til å drifte døgnbasert rehabilitering på spesialisthelsetjenestenivå. Dette innebærer isolert sett en fordel for leverandører som har tidligere hatt avtaler om levering av spesialisthelsetjenester i eller utenfor regionen. For å inkludere leverandører som ikke tidligere har levert spesialisthelsetjenester har innklagede åpnet for at leverandørene kan kvalifisere seg ved hjelp av daglig leders erfaring med drift av tilsvarende tjenester. Innklagede mener

dette, og adgangen til å benytte underleverandører til å kvalifisere seg, er tilstrekkelig til å utligne fordelene for etablerte leverandører, og gi rom for at nye leverandører kan kvalifisere seg til konkurransen. Innklagede bestrider at adgangen til å støtte seg på andre foretaks kapasitet ikke er reell. Hvorvidt andre leverandører ønsker å samarbeide med en leverandører er uansett et forhold mellom leverandøren og markedet, og berører ikke oppdragsgivers utforming av konkurransegrunnlag og kvalifikasjonskrav.

- (28) Innklagede er ikke enig i oppstilling av likelydende krav til alle leverandører i krav 7 bidrar til å diskriminere leverandører av enkle tjenester i strid med prinsippet i forskriften § 17-4 (2). Behandlingsnivå, kompleksitet og kravet til tverrfaglighet er det samme uansett hvilken konkret pasientgruppe/diagnose tilbudet omfatter. Det følger for øvrig av kravet til likebehandling i loven § 5 at det skal stilles samme kvalifikasjonskrav til alle leverandører som deltar i den samme konkurransen, og at kvalifikasjonskravene skal vurderes likt.
- (29) Innklagede er heller ikke enig i at krav 9 til leverandørenes kvalifikasjoner utelukker leverandører av enkle rehabiliteringstjenester fra å delta i konkurransen. Etter innklagedes mening er dette kravet nødvendig for å avdekke hvorvidt leverandøren er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Formålet med krav 9 er å sikre at leverandøren har tilstrekkelige personellressurser, både faglige og administrative, og er organisert på en slik måte at leverandøren kan yte døgnbaserte rehabiliteringstjenester i den størrelsesorden innklagede har behov for. Kravet om 20 pasientplasser er basert på innklagedes vurdering av behovet som ligger til grunn for diagnosene som omfattes av konkurransen, og er derfor absolutt for alle leverandører, uavhengig av hvilke rehabiliteringstjenester som tilbys. For tjenestene klager har levert tilbud på har innklagede beregnet å ha et samlet behov for cirka 36,4 tilgjengelige senger. Kravet om 20 døgnplasser står dermed ikke i misforhold til den etterspurte ytelsen, og innklagede kan ikke se at kravet virker diskriminerende mot leverandører av enkle rehabiliteringstjenester.
- (30) Innklagede har ikke benyttet et ulovlig underkriterium under tildelingskriteriet "*kvalitet*". Krav 9 til tilbydernes kvalifikasjoner retter seg mot leverandørenes organisering, i form av blant annet dokumentasjon på gjennomsnittlig antall ansatte/ledere/relevant fagpersonell, og hvor det er antallet som er det vesentlige. Under tildelingskriteriet "*kvalitet*" vil innklagede vurdere det utførende helsepersonells fagspesifikke kvalifikasjoner.

Sekretariatets vurdering:

- (31) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder kontrakter om utførelse av rehabiliteringstjenester som ytes utenfor sykehus og omfattes av de regionale helseforetakenes ansvar for spesialisthelsetjenester etter lov 2. juli 1999 nr. 61 § 2-1a. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 estimert til 700 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og §§ 17-3 og 18-4, jf. forskriften § 2-1 (3).

Avvisning av klager

- (32) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a, fordi klager ikke oppfylte krav 7

og krav 9 til tilbydernes kvalifikasjoner. Anførselen er begrunnet med at kravene innklagede hadde stilt til tilbydernes kvalifikasjoner under krav 7 og krav 9 i konkurransegrunnlaget punkt 3.5 var ulovlige, og at klager uansett oppfylte disse kravene.

- (33) Klagenemndas sekretariat vurderer først hvorvidt de aktuelle kvalifikasjonskravene er lovlige.

Ulovlige kvalifikasjonskrav

- (34) Utformingen av kvalifikasjonskravene er i utgangspunktet opp til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Klagenemnda kan kun overprøve oppdragsgivers skjønnsutøvelse dersom kvalifikasjonskravene oppdragsgiver har fastsatt er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften 3-1, eller skjønnsutøvelsen ved fastsettelsen av kravene er usaklig, vilkårlig eller sterkt urimelig, jf. klagenemndas sak 2011/239 premiss 29.
- (35) I krav 7 har innklagede stilt krav om at *"leverandøren som institusjon eller gjennom daglig leder har erfaring med leveranse av spesialiserte rehabiliteringstjenester"*. Dette skulle dokumenteres gjennom en beskrivelse av de viktigste og mest relevante leveransene de siste tre år.
- (36) Klager har anført at dette kvalifikasjonskravet diskriminerer nye leverandører, fordi kun leverandører som allerede har kontrakt med innklagede kan oppfylle kravet, ettersom rehabiliteringstjenester av hensyn til pasientene kjøpes lokalt.
- (37) I loven § 5, fjerde ledd, fremgår det at *"[u]tvelgelse av kvalifiserte leverandører og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier"*.
- (38) Innklagede skulle i dette tilfellet kjøpe spesialiserte rehabiliteringstjenester. Når innklagede under kvalifikasjonskravene har stilt krav om at tilbyderne skulle ha erfaring med spesialiserte rehabiliteringstjenester, innebærer dette at innklagede har stilt krav om at tilbyderne skal ha erfaring fra tilsvarende oppdrag. Dette er et svært vanlig kvalifikasjonskrav som stilles i de fleste konkurranser. Kravet dokumenteres med en liste over tilbyderens viktigste leveranser de siste tre år, som også ville vært et lovlig dokumentasjonskrav i henhold til § 17-9 (1) bokstav c i forskriften del III.
- (39) Klagenemndas sekretariat ser at kjøp av spesialiserte rehabiliteringstjenester kan være spesielt når det gjelder krav om erfaring fra tilsvarende leveranser, ettersom spesialiserte rehabiliteringstjenester, etter det sekretariatet forstår fra sakens opplysninger, i hovedsak kjøpes av helseforetakene og at tjenestene av hensyn til pasientene kjøpes lokalt. Etter sekretariatets mening er imidlertid dette hensyntatt i regelverket ved at kjøp av spesialiserte rehabiliteringstjenester kun er omfattet av forskriften del I. Dette innebærer at det ikke er kunngjøringsplikt for anskaffelser av denne type tjenester, og at innklagede i stedet for å kunngjøre en konkurranse kunne ha henvendt seg direkte til aktuelle leverandører. Ved å kunngjøre en konkurranse har innklagede gått lenger enn regelverket krever for å sørge for konkurranse om anskaffelsen.
- (40) Innklagede har også forsøkt å åpne for at nye leverandører kunne oppfylle kvalifikasjonskravet. Kravet i konkurransegrunnlaget var at enten foretaket, eller daglig

leder av foretaket, måtte ha erfaring med levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester. Tilbydere som ikke tidligere hadde levert spesialiserte rehabiliteringstjenester kunne dermed kvalifisere seg ved å ansette en daglig leder som hadde slik erfaring. Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 3.1 "*Generelt om kvalifikasjonskrav*" at leverandørene kunne støtte seg på andre foretaks kapasitet for gjennomføringen av kontrakten. Dette innebar at leverandørene også kunne støtte seg på andre foretaks kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravene, jf. innklagedes brev 7. september 2010. Klager har anført at denne muligheten ikke var reell, da eksisterende leverandører ikke ville ha noe insentiv til å samarbeide med nye leverandører. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende. Slik saken fremstår for klagenemndas sekretariat, kan sekretariatet ikke se at kravet om erfaring fra levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester diskriminerer nye leverandører i strid med loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (41) Klager har anført at kravet om erfaring fra levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester er i strid med forskriften § 17-4 (2) og kravet til ikke-diskriminering i loven § 5, fordi innklagede hadde stilt det samme kravet til alle leverandørene uavhengig av hvilke av rehabiliteringstjenester leverandørenes tilbud omfattet. Dette fordi det vil være vanskeligere for leverandører av enkle rehabiliteringstjenester å kvalifisere seg når kvalifikasjonskravet er ment å sikre kvalifikasjonene for levering av klinisk mer krevende tjenester.
- (42) Etter forskriften § 17-4 (2) skal kvalifikasjonskravene "*sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres*". Ettersom anskaffelsen i foreliggende sak kun er omfattet av forskriften del I får ikke denne bestemmelsen anvendelse på anskaffelsen i foreliggende sak.
- (43) Forskriften § 17-4 (2) gir imidlertid uttrykk for et krav om forholdsmessighet mellom anskaffelsen og de kvalifikasjonskravene som stilles til leverandørene. Krav om forholdsmessighet er et grunnleggende krav til alle anskaffelser, jf. forskriften § 3-1 (5) hvor det fremgår at "*[o]ppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen*".
- (44) Når det gjelder klagers henvisning til kravet om ikke-diskriminering forstår sekretariatet dette som en henvisning til kravet om likebehandling i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4).
- (45) Kravet til likebehandling innebærer at oppdragsgiver skal behandle tilbyderne likt gjennom hele konkurransen. Dette betyr ikke bare at oppdragsgiver må behandle like tilfeller likt, men også at ulike tilfeller ikke må behandles likt, jf. EU-domstolens saker C-21/03 og C-34/03 (Fabricom) premiss 27.
- (46) Klagenemndas sekretariat kan ikke se at kravet om at tilbyderne skulle ha erfaring med levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester medførte at det ville være vanskeligere for leverandører av det klager kaller "*enkle tjenester*" å kvalifisere seg i konkurransen. Alle deltjenestene som var omfattet av konkurransen gjaldt spesialiserte rehabiliteringstjenester, også tjenestene klager leverte tilbud på. Innklagede har ikke spesifisert kravet til erfaring med levering med spesialiserte rehabiliteringstjenester nærmere. Dette må forstås slik at det ikke var krav om at tilbyderne skulle ha erfaring fra behandling av en spesiell diagnose eller pasientfunksjon for å oppfylle kvalifikasjonskravet. Det var dermed tilstrekkelig for at leverandører av "*enkle*

tenester" skulle oppfylle kvalifikasjonskravet at disse leverandørene hadde tidligere erfaring med levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester innen det fagområdet deres tilbud omfattet. Klagenemndas sekretariat kan på denne bakgrunn ikke se at kravet om erfaring fra levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester er i strid med kravene til likebehandling og forholdsmessighet i loven § 5 og forskriften § 3-1. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (47) Klager har anført at også krav 9, hvor det fremgikk at tilbyderne skulle ha minimum 20 pasientplasser innen spesialisert rehabilitering og være organisert på en slik måte at de var i stand til å oppfylle kontraktsforpliktelser, var i strid med forskriften § 17-4 (2) og kravet til ikke-diskriminering i loven § 5. Anførselen er begrunnet med at innklagede også her har stilt samme krav til leverandørene, uavhengig av hvilke tjenester som tilbys, noe som gjør det vanskeligere for leverandører av enkle tjenester å kvalifisere seg.
- (48) Kravet om at tilbyderne skulle ha minimum 20 pasientplasser innen spesialisert rehabilitering er et krav til tilbydernes kapasitet. Klagenemnda kan ikke se på hvilken måte et slikt krav vil være vanskeligere for tilbydere av *"enkle tjenester"* å oppfylle, enn det er for øvrige tilbydere. Klager har heller ikke utdypet dette. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

Vurderingen av om klager oppfylte kvalifikasjonskravene

- (49) Det neste spørsmålet er om innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av hvorvidt klager oppfylte kvalifikasjonskravene.
- (50) I konkurransegrunnlaget 5.3 er det opplyst at innklagede når det gjelder spørsmål om avvising av leverandører vil oppføre i samsvar med forskriften § 11-10.
- (51) Etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a har oppdragsgiver plikt til å avvise en leverandør som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*.
- (52) Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som kun i begrenset grad kan overprøves av klagenemnda. Nemnda kan kun prøve om innklagedes vurdering usaklig, sterkt urimelig, vilkårlig, bygget på feil faktum, eller på annen måte i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 5, jf. klagenemndas sak 2010/209 premiss (28).
- (53) Når det gjelder kravet om at tilbyderne *"som institusjon eller gjennom daglig leder har erfaring med leveranse av spesialiserte rehabiliteringstjenester"*, skulle dette dokumenteres med en beskrivelse av de viktigste og mest relevante leveransene de siste tre årene. Klager har levert referanseliste, og anfører at klagers erfaring tilsvarer den kompetanse som er nødvendig for å levere de tjenestene klager har tilbudt innklagede, da klager i dag leverer samme tjeneste til andre kundegrupper.
- (54) I klagers beskrivelse av innlevert dokumentasjon for oppfyllelse av kravet om erfaring med levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester, fremgår det at klager ikke har erfaring med levering av tjenester til spesialhelsetjenesten, men lang erfaring med tilsvarende tjenester. Klagenemndas sekretariat kan imidlertid ikke se at det fremgår tydelig av klagers referanseliste, at tjenestene klager tidligere har levert, tilsvarer levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester. Dette gjelder også opplysningen om at Elisabethsenteret, som klager hadde overtatt driften av, tidligere hadde drevet

hjerteskoole. Det er i tilbudet ikke gitt informasjon om hvorvidt daglig leder hadde erfaring med levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester, og klager kunne dermed ikke kvalifisere seg på bakgrunn av slik erfaring. Det er imidlertid opplyst at klagers nøkkelpersonell hadde erfaring med spesialiserte rehabiliteringstjenester gjennom tidligere arbeidsforhold. Utover daglig leders erfaring, er nøkkelpersonells erfaring ikke etterspurt som dokumentasjon for at tilbyderne oppfylte kravet om erfaring fra levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester. Klagenemndas sekretariat kan på denne bakgrunn ikke se at det er dokumentert at innklagedes vurdering av om klager oppfylte kravet til erfaring fra levering av spesialiserte rehabiliteringstjenester er sterkt urimelig, vilkårlig eller på annen måte i strid med regelverket. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (55) Under krav 9 stilte innklagede krav om at tilbyderne *"skal ha minimum 20 pasientplasser innen spesialisert rehabilitering og være organisert på en slik måte at de er i stand til å oppfylle gjeldende kontraktsforpliktelser"*. Tilbyderne skulle levere *"[r]edegjørelse/dokumentasjon som viser at leverandøren har minimum 20 pasientplasser inne spesialisert rehabilitering, herunder skal leverandøren dokumentere gjennomsnittlig antall ansatte, antall ledere og antall relevant fagpersonell, samt "turn-over" for ansatte"*.
- (56) Når det gjelder dette kvalifikasjonskravet har klager anført at selskapet har tilstrekkelig fagkompetanse til å oppfylle kravet. Det er vist kravspesifikasjonen kun stiller krav om tilgang til revmatolog for de tjenestene klager har levert tilbud på, og at klager har opplyst å ha revmatolog i 50 % stilling, samt 3,50 sykepleierstillinger. Det er også vist til at klager har forpliktet seg til å øke bemanningen etter behov ved inngåelse av avtale med innklagede.
- (57) Klagenemndas sekretariat forstår dette slik at klager mener at selskapet ved å ha en ansatt revmatolog oppfylte kravene til fagkompetanse i kravspesifikasjonen, og at selskapet ikke trengte å ha tilstrekkelig bemanning til å drifte de 20 pasientplassene innklagede krevde ved utløpet av tilbudsfristen, så lenge det hadde forpliktet seg til å øke bemanningen.
- (58) Kvalifikasjonskravene er minimumskrav til leverandørene, og skal, så fremt det ikke fremgår noe annet av konkurransegrunnlaget, vurderes ved utløpet av tilbudsfristen, ut fra den dokumentasjonen som er levert på dette tidspunktet, jf. for eksempel klagenemndas sak 2010/209 premiss (30). Det er i utgangspunktet leverandøren som bærer risikoen for at tilbudet tilfredsstiller kravene i konkurransegrunnlaget, herunder at den innleverte dokumentasjonen viser at kvalifikasjonskravene er oppfylt.
- (59) I kravspesifikasjonen punkt 5 har innklagede for deltjenestene 24 og 25 stilt krav om tilgang til revmatolog. Dette kravet er imidlertid et konkret minstekrav relatert til de to tjenestene klager har levert tilbud på og uten relevans for om klager har tilstrekkelig organisasjon til å drifte 20 pasientplasser. I kravspesifikasjonen punkt 6.1.b har innklagede bedt tilbyderne om å fylle ut bemanningsskjema, og beskrive eventuelt forpliktende planer for å øke fagkompetansen og bemanningen. Denne muligheten til å øke bemanningen relaterte seg til tildelingskriteriet *"kvalitet"*, hvor innklagede skulle vurdere *"det utførende helsepersonells fagspesifikke kvalifikasjoner samt omfang og sammensetning av fagspesifikk kompetanse"* og *"[f]ag- og kompetanseutvikling"*. Sekretariatet kan dermed ikke ut fra konkurransegrunnlaget se at muligheten til å øke bemanningen og fagkompetansen skal ha betydning for vurderingen av om tilbyderne oppfyller kravet om minimum 20 pasientplasser. Kravet om 20 pasientplasser må

dermed, sett i sammenheng med dokumentasjonskravet innklagede har stilt, forstås slik at tilbyderne må ha 20 pasientplasser og tilstrekkelig stor organisasjon til å drifte disse, på tidspunktet for tilbudsinnleveringen. Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

Ulovlig tildelingskriterium

- (60) Forutsatt at kravet om at tilbyderne må ha minimum 20 pasientplasser må være oppfylt på tidspunktet for tilbudsinnleveringen, har klager anført at innklagede har brutt forskriften § 13-2 ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium. Dette fordi innklagede krever at all kompetanse skal være tilgjengelig hos tilbyderne ved utløpet av tilbudsfristen, og i tillegg har beskrivelse av samme kompetanse og forpliktelse til å øke denne som et tildelingskriterium,
- (61) Klagenemndas sekretariat bemerker at forskriften § 13-2 står i forskriften del II, og derfor ikke får anvendelse på anskaffelsen i foreliggende sak.
- (62) Av forskriften § 3-1 (4) følger det at "*[k]onkurranser skal gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører og med mulighet for leverandører til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt*".
- (63) For anskaffelser som følger forskriften del I står oppdragsgiver friere enn ved anskaffelser som følger del I står oppdragsgiver friere enn ved anskaffelser som følger forskriften del II og del III ved utformingen av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, jf. klagenemndas sak 2009/223 premiss (48). I sak 2009/223 premiss (50) la klagenemnda til grunn at det avgjørende måtte være at de kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som skulle gjelde måtte gjøres kjent for tilbyderne på forhånd.
- (64) I foreliggende sak opplyste innklagede om hvilke kvalifikasjonskrav som skulle gjelde i konkurransegrunnlaget punkt 3, mens tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 6. Dette er i utgangspunktet tilstrekkelig til å oppfylle kravene i forskriften del I. Klagenemndas sekretariat kan heller ikke se at tildelingskriteriene som er benyttet er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (65) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemnds forskriften § 9.

Med vennlig hilsen

Jonn Sannes Ramsvik
gruppeleder (e.f.)

Linda Midtun
rådgiver

