



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bemanningstjenester innen den kommunale helsetjenesten i Åmot kommune. Før tilbudsfristen endret innklagede konkurransegrunnlaget, ved at overoppfyllelse av et minimumskrav knyttet til språk skulle vektlegges ved tildelingsevalueringen. Klagenemnda fant at dette ikke innebar en vesentlig endring etter forskriften § 17-2, og at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved tildelingsevalueringen.

Klagenemndas avgjørelse 13. mai 2013 i sak 2011/278

Klager: Orange Helse AS

Innklaget: Åmot kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Tildelingsevaluering, endring av konkurransegrunnlag før tilbudsfristen

Bakgrunn:

- (1) Åmot kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. mai 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av bemanningstjenester innen den kommunale helsetjenesten. Kontraktens varighet var i konkurransegrunnlaget punkt 2.1.8 angitt til 2 år med opsjon på 1+1 år. Tilbudsfrist var angitt til å være 11. juli 2011. Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at konkurransen ble publisert hos Mercell 27. mai 2011, og anskaffelsen var gjennomført etter reglene for anskaffelser over EØS-terskelverdi. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.1 "[p]rosedyre" at "[k]onkurransen gjennomføres som åpen anbudskonkurranse etter Forskrift om offentlige anskaffelser § 14-1". Innklagede har også opplyst i tilsvaret at anskaffelsen ble gjennomført etter reglene for anskaffelser over EØS-terskelverdi. For hoved-anskaffelsen er CPV-kode angitt til "79624000" som gjelder "formidling av pleiepersonal".
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.5 at tilbud skulle leveres elektronisk gjennom Mercell. Av punkt 1.6 fremgikk at komplett tilbud blant annet skulle bestå av signert egenerklæring for aksept av kravspesifikasjon.
- (3) I kravspesifikasjonen var det stilt krav til vikarenes norskferdigheter. Oppfyllelse av kravet skulle dokumenteres med "signert egenerklæring". Kravet var beskrevet på følgende måte:

"1.3 Tjenesteyters ansvar for opplæring av vikar

Tjenesteyter er ansvarlig for at vikar kan kommunisere på norsk. Det er stilt som krav at vikaren skal ha norskferdigheter dokumentert med A-2 nivå (lese, skrive og forstå). Oppdragsgiver skal kunne etterprøve at faktiske norskferdigheter i praksis er tilfredsstillende."

- (4) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlagets punkt 4.2, hvor det fremgikk at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriteriene; "Priser (vekt 30 %)", "Rekruttering og kompetanse (vekt 40 %)" og "Service og tilgjengelighet (vekt 30 %)". Følgende fremgikk vedrørende tildelingskriteriet om rekruttering og kompetanse:

"Oppdragsgiver vil under dette tildelingskriteriet blant annet legge vekt på tjenesteyterens rekruttering, oppfølging og opplæring av vikaren.

Dette skal dokumenteres på følgende måte:

- *Beskrivelse av rutiner for rekruttering av vikarer.*
 - *Beskrivelse av rutiner for kvalitetssikring av vikarer før et oppdrag.*
 - *Beskrivelse av rutiner for oppfølging/omfang av oppfølgingen av vikarer mens de er utleid til oppdragsgiver.*
 - *Beskrivelse av kompetanseprogram/-plan for vikarer, dersom dette foreligger."*
- (5) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.3.6 at "[o]ppdragsgiver kan endre forespørselen inntil 6 dager før anbudsfristens utløp."
- (6) Innklagede publiserte endringer i kravspesifikasjonen og konkurransegrunnlaget 30. juni 2011. Det er opplyst at dette ble inntatt som versjon 4 i konkurransegrunnlaget. Følgende endringer ble gjort i kravspesifikasjonen punkt 1.3:

"1.3 Tjenesteyters ansvar for opplæring av vikar

Tjenesteyter er ansvarlig for at vikar kan kommunisere på norsk. Det er stilt som minimumskrav at vikaren skal ha norskferdigheter dokumentert med A-2 nivå (lese, skrive og forstå) i henhold til The Common European Framework (CEF) standarden."

- (7) Det ble også gjort endringer i tildelingskriteriet om rekruttering og kompetanse. Innklagede har i tilsvarende forklart endringen med at tilbydere som tilbød høyere språknivå enn minimumskravet i punkt 1.3 burde få uttelling for dette, da språk var en kompetanse av betydning i relasjon til arbeidsoppgavene som den tilbudte bemanning skulle dekke. Endringen besto i at følgende underpunkt ble lagt til:

" • Beskrivelse av språknivå i henhold til The Common European Framework (CEF) standarden, dersom tilbydere ønsker å forplikte seg til å levere vikarer med dokumenterte språkferdigheter ut over minimumskravet satt i kravspesifikasjonens punkt 1.3. Ved levering må dokumentasjon på tilbudt nivå følge vikaren."

- (8) Innen tilbudsfristen den 14. juli 2011 mottok innklagede seks tilbud, herunder fra Orange Helse AS (heretter kalt klager) og Vacant Helse AS (heretter kalt valgte leverandør). Begge tilbydere hadde levert tilbud basert på versjon 4 av konkurransegrunnlaget.
- (9) Klagers "[e]generklæring om aksept av krav stilt til leveranse av vikarer for helsepersonell" var signert 11. juli 2011.
- (10) Klager ble meddelt tildelingsbeslutning ved brev datert 23. september 2011, hvor det fremgikk at kontrakt ble tildelt valgte leverandør. Det fremgår av vedlagt

evalueringsmatrise at klager var gitt 2,75 poeng av maksimalt 3 poeng på tildelingskriteriet *"Rekruttering og kompetanse"*. Av evalueringen av klagers tilbud i relasjon til tildelingskriteriet *"Rekruttering og kompetanse"* fremgikk blant annet:

"Deres tilbud har ikke fått full uttelling da det kommer til kompetanseprogram for vikarer, dere tilbyr ikke like stor grad av kompetansetiltak som er knyttet til det spesifikke oppdraget. Det samme gjelder for språk, da dere garanterer minimumskravet fra kravspesifikasjonen, beste tilbyder har tilbudt høyere minimumsspråkstandard."

- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 7. oktober 2011.
- (12) Innklagede har opplyst at det ble inngått kontrakt med valgte leverandør 14. oktober 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å vektlegge språkferdigheter ved tildelingsevalueringen. Klager anfører at tildelingsevalueringen derfor er ulovlig og må ugyldiggjøres.

Innklagedes anførsler:

- (14) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket. Innklagede viser til at konkurransegrunnlaget ble endret og at det dermed var opplyst at språknivå ville vektlegges ved tildelingsevalueringen. Endringen ble publisert i Merrell, og alle som var registrert i konkurransen ble varslet. Klager leverte tilbud på versjon 4 av konkurransen, og hadde da tilgang til endringsvedlegget.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder inngåelse av rammeavtale for anskaffelse av bemanningstjenester innen den kommunale helsetjenesten i Åmot kommune. For hoved-anskaffelsen er CPV-kode angitt til "79624000" som gjelder *"formidling av pleiepersonale"*. Anskaffelsen er dermed en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori (22), jf. forskriftens vedlegg 5. I utgangspunktet følger dermed anskaffelsen etter sin opplyste art forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens § 2-1 (5).
- (16) Det er imidlertid opplyst at anskaffelsen er gjennomført etter reglene for anskaffelser over EØS-terskelverdi, og kunngjøringsskjema for del III er også benyttet. EU-domstolen har i sakene C-45/87 og C-226/09 lagt til grunn at oppdragsgiver ikke har forpliktet seg til å følge direktivets bestemmelser selv om en kontrakt feilaktig er kunngjort i TED. På den annen side har domstolen i sak C-95/10 lagt til grunn at direktivet ikke er til hinder for at oppdragsgiver bestemmer at reglene i direktivet gis anvendelse. I saker om anskaffelse av uprioriterte tjenester hvor oppdragsgiver har opplyst at konkurransen vil bli gjennomført etter reglene i forskriften del III, har klagenemnda lagt til grunn at oppdragsgiver har bundet seg overfor tilbyderne til å følge reglene i del III, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2011/130. Det er ikke opplyst at det i det foreliggende tilfellet eksplisitt er gjort kjent for tilbyderne at anskaffelsen fulgte

reglene i forskriften del III. Innklagede har imidlertid vist til bestemmelser i forskriften del III i konkurransegrunnlaget, jf. eksempelvis punkt 4.1 "[p]rosedyre" hvor det vises til forskriften § 14-2. Partene har også lagt til grunn at det er denne delen av forskriften som kommer til anvendelse. Klagenemnda vil på denne bakgrunn behandle saken med utgangspunkt i forskriften del III.

- (17) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å vektlegge tilbydernes språkferdigheter ved tildelingsevalueringen. Det er imidlertid klart at innklagede kunngjorde endringer før tilbudsfristens utløp, hvor det fremgikk at språkferdigheter utover minimumskravene i kravspesifikasjonen punkt 1.3 ville vektlegges ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Rekruttering og kompetanse*" (40 %). Slik saken er fremstilt fremstår det som om klagers tilbud er basert på konkurransegrunnlaget slik det fremsto før endringen, noe innklagede også har hevdet er tilfellet. Innklagede har imidlertid opplyst at klager leverte tilbud på versjon 4 av konkurransegrunnlaget, som viser at klager hadde tilgang til endringsvedlegget i Merzell. Det er heller ikke bestridt at klager har hatt tilgang til endringsvedlegget. Dersom innklagede hadde adgang til å foreta disse endringene, hadde innklagede også adgang til å vektlegge tilbydernes språkferdigheter ved tildelingsevalueringen.
- (18) Det følger av forskriften § 17-2 (1) at "*[i]nnen tilbudsfristens utløp, jf. kapittel 19 (frister), har oppdragsgiver rett til å foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige.*" Hva som skal anses som vesentlig må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Det er imidlertid klart at det ikke kan foretas endringer som er av en slik karakter at de kan påvirke potensielle tilbydernes ønske om eller mulighet til å delta i konkurransen, jf. klagenemndas sak 2011/242 premiss (44). Dette for å sikre at hensynene til forutberegnelighet og lik behandling av tilbyderne ivaretas, samt ivareta hensynet til leverandører som velger ikke å delta i konkurransen på bakgrunn av opplysningene i konkurransegrunnlaget, jf. loven § 5.
- (19) Innklagede publiserte endringer i kravspesifikasjonen og konkurransegrunnlaget 30. juni 2011. I kravspesifikasjonen ble det inntatt en henvisning til "*The Common European Framework (CEF) standarden*" for kravet om norskferdigheter på norsk A-2 nivå, samt at det ble presisert at det var et "*minimumskrav*". Tildelingskriteriet om rekruttering og kompetanse (40 %) ble videre endret ved at "*dokumenterte språkferdigheter ut over minimumskravet satt i kravspesifikasjonens punkt 1.3*" ville vektlegges dersom dette ble tilbudt. Det fremgikk videre at "*ved levering må dokumentasjon på tilbudt nivå følge vikaren*". Dermed ble dokumentasjonskravet knyttet til språkferdigheter endret, da oppfyllelse av kravet ikke lenger skulle dokumenteres utelukkende med en egenerklæring.
- (20) Uavhengig av om endringen er vesentlig eller ei, kan det prinsipielt reises spørsmål om det er adgang til å endre tildelingskriteriene etter at disse er gjort kjent for tilbyderne. I EU-domstolens dom C-448/01 (Wienstrom) ble det uttalt at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet medførte at oppdragsgiver måtte legge til grunn den samme tolkningen av tildelingskriteriene gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. også domstolens avgjørelse i sak C-19/00 (SIAC Construction) premiss (43). I Wienstrom ble det videre lagt til grunn i premiss (93) at "*[a]s far as the award criteria themselves are concerned, it is a fortiori clear that they must not be amended in any way during the tender procedure.*"

- (21) Klagenemnda har i flere tidligere saker lagt til grunn Wienstrom-uttalelsen for spørsmål om endring av tildelingskriteriene. Blant annet la klagenemnda i sak 2010/159 premiss (59) til grunn at *"oppdragsgiver aldri vil kunne endre tildelingskriteriene etter at disse er gjort kjent for tilbyderne"*. Klagenemnda fant der at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved å endre tildelingskriteriene under forhandlingsmøte, ved at tildelingskriteriet miljø utgikk til fordel for pris. Uttalelsene i saken tilsier at det prinsipielt sett synes utelukket at tildelingskriteriene kan endres når disse først er gjort kjent, uavhengig tidspunktet for endringen. I klagenemndas sak 2010/133 fant klagenemnda at innklagede hadde brutt forskriften § 8-2 ved å endre tildelingskriteriene fra det økonomisk mest fordelaktige tilbud til utelukkende laveste pris før tilbudsfristen. I saken ble imidlertid konkurransen endret fra å være en konkurranse basert på pris og kvalitet, til å bli en ren priskonkurranse. I begge sakene må endringene anses som vesentlige. Faktum i sakene skiller seg derfor fra faktum i den foreliggende saken.
- (22) Spørsmålet om endring av tildelingskriterier og underkriterier er også behandlet i juridisk teori. I Steinicke/Groesmeyers *"EU's udbudsdirektiver"* (2008) 2. utgave vises det til at formålet om å sikre at tilbyderne har kjennskap til grunnlaget som tilbudet vurderes på *"kan kun tilgodeses, hvis udbyderen endeligt og entydigt har fastsat kriteriet for tildelingen og givet en fuldstændig og endelig beskrivelse af dette tildelingskriterium"*, jf. side 1226. Det legges også til grunn på side 1272 at *"[h]vis en ordregiver allerede i udbudsbekendtgørelsen oplyser de delkriterier til tildelingskriteriet 'det økonomisk mest fordelagtige tilbud', som vil blive anvendt, kan ordregiveren ikke senere ændre disse delkriterier"*. I Sue Arrowsmiths *"The Law of Public and Utilities Procurement"* (2005) 2. utgave legges det imidlertid til grunn på side 523 at endringer i tildelingskriteriene generelt sett er tillatt *"provided that certain requirements are met to ensure transparency and equal treatment, such as notifying all participants and adjusting the deadlines"*. Arrowsmith forklarer uttalelsene i Wienstrom-avgjørelsen med at det var tale om et ulovlig tildelingskriterium som var kunngjort og var *"material in the sense that it was likely to affect the decision of firms on whether to respond"*. Arrowsmith hevder at det i slike tilfeller alltid er nødvendig å gjennomføre en ny prosedyre, men at saken ikke støtter synet om at endringer generelt sett er forbudt.
- (23) Det fremgår av de foran refererte rettskilder at juridisk teori ikke er entydig, og at forståelsen av Wienstrom-avgjørelsen synes noe forskjellig. I sak 2010/159 syntes imidlertid nemnda å legge til grunn en kategorisk avvisning av enhver endring av tildelingskriteriene, uansett når den skjer i tilbudsprosedyren. En slik forståelse kan hevdes å følge av Wienstrom. Men det kan være grunn til å merke seg at i sak 2010/159 var faktum slik at endringen av tildelingskriteriet fant sted i et forhandlingsmøte med klageren lenge etter at tilbudsfristen var utløpt, slik at det uansett forelå et brudd på anskaffelsesforskriften. En nærmere analyse av Wienstrom og juridisk teori inneholder avgjørelsen ikke.
- (24) I foreliggende sak er situasjonen annerledes. Innklagede har fulgt den prosedyre som Arrowsmith stiller som vilkår for å akseptere endringer i tildelingskriteriene, jf. sitatet foran i premiss (22). For det første fremgikk det av konkurransegrunnlaget at innklagede kunne *"endre forespørselen inntil 6 dager før anbudsfristens utløp"*. Dernest publiserte innklagede, godt innenfor den angitte frist, endringer i kravspesifikasjonen og i tildelingskriteriet om rekruttering og kompetanse. Det er ikke bestridt at klager og øvrige tilbydere faktisk hadde tilgang til endringene innen fristens utløp. Dertil kommer at den kunngjorte endringen var av meget begrenset betydning. Det kan faktisk reises

spørsmål om det er foretatt en endring av tildelingskriteriet som sådant. Allerede før endringen inneholdt kravspesifikasjonen et vilkår om at vikarene måtte oppfylle et minimumskrav til norskferdigheter på A-2 nivå. Det var således ikke tale om et helt nytt krav. Endringen innebar i hovedsak at det ble lagt til et underpunkt som skulle evalueres som ett av fem underpunkter for kriteriet rekruttering og kompetanse. Riktignok ble et nytt underpunkt lagt til, men dette fikk bare betydning hvis tilbyderne overoppfylte minstekravet om språkferdigheter. Endelig fremgikk det av konkurransegrunnlaget at innklagede "*blant annet*" ville legge vekt på de nevnte underpunktene, og det var dermed heller ikke uttømmende angitt hvilke momenter som kunne få betydning ved evalueringen av tildelingskriteriet.

- (25) Partene har ikke tatt opp det prinsipielle spørsmål om adgangen til å endre tildelingskriteriene under tilbudsprosedyren. Slik saken ligger an, er det nemndas syn at det her ikke er foretatt en slik endring av tildelingskriteriet som juridisk teori og praksis stiller seg prinsipielt avvisende til. Og uansett er endringens karakter og den fremgangsmåte som innklagede har fulgt, innenfor det som må kunne aksepteres. Klagenemnda er således kommet til at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Konklusjon:

Åmot kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved å vektlegge tilbyderens språkferdigheter ved tildelingsevalueringen.

Bergen, 13. mai 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim