



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av vikartjenester for helse- og omsorgssektoren. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved å avvise klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, ettersom klager hadde oppfylt dokumentasjonskravet til kvalifikasjonskravet "Referanser".

Klagenemndas avgjørelse 23. mai 2011 i sak 2011/116

Klager: Orange Helse AS

Innklaget: Hammerfest kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av klager.

Bakgrunn:

- (1) Hammerfest kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. februar 2011 en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av vikarer til helse- og omsorgstjenester. Det skulle inngås tre parallelle rammeavtaler med tre ulike leverandører. Avtalen hadde en varighet på to år, med opsjon på til sammen ytterligere to år. Tilbudsfristen var satt til 21. mars 2011 klokken 12.00. Anskaffelsen hadde en estimert verdi på mellom 12 og 16 millioner kroner.
- (2) Kvalifikasjonskravene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 2 "Kvalifikasjonskriterier og leverandøropplysninger", hvorfra følgende hitsettes:
"Opplysningene under punktene 2 er kvalifikasjonsgrunnlag for deltakelse i konkurransen. Tilbud som ikke inneholder opplysningene 2 kan bli avvist og vil da ikke være med i konkurransen"

Krav	Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjonskrav
[...]		
5. Referanser	Relevante leveranser/avtaler	Minimum tre referanser fra det siste året. Det bes kun oppgitt referanser innenfor kommunal sektor i Finnmark og/eller Troms. I anbudet bes følgende oppgitt om referansene:

		- Verdi - Tidspunkt - Kundenavn - Kontaktperson(er)
--	--	--

”

- (3) Tildelingskriteriene var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 7 *”Kriterier for valg av tilbud”*. Her fremkom det at tildeling ville basere seg på det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i henhold til kriteriene *”Pris”, ”Service/tilgjengelighet”, ”Kvalitet” og ”Levering”*.
- (4) Ved tilleggskunngjøring 16. februar 2011 fremkom det at innklagede hadde mottatt spørsmål til angitt dokumentasjonskrav tilhørende kvalifikasjonskravet *”Referanser”*. På den bakgrunn ble det foretatt følgende supplering:
- ”Leverandører som ikke har mulighet for å legge frem referanser som nevnt under kvalifikasjonskrav 5 kan isteden legge frem andre referanser (fra andre geografiske områder, sektorer etc.) så fremt de har mulighet for dette. For leverandører som er så nyetablerte at de ikke har mulighet for å legge frem noen form for referanse, vil det bli sett bort fra dette kvalifikasjonskravet.”*
- (5) Det var åtte tilbydere som leverte tilbud innen tilbudsfristen. To tilbud ble avvist med henvisning til forskriften § 11-10 (1) bokstav a. En av disse var Orange Helse AS (heretter kalt klager). Xtra Personell Care AS, Konstali Helsenor AS og Dignus Care – Medical Care AS (heretter kalt valgte leverandører), ble innstilt som leverandører i konkurransen.
- (6) I klagers tilbud av 18. mars 2011 fremkom det under punkt 1.0 *”Tilbudsbrev”* at: *”Vi har ikke mange kunder i Finnmark og Troms, men jobber i dag i om lag 45 kommuner og har opprettet eget kontor i Nord-Norge.”* Under punkt 2.5 *”Referanser”* i klagers tilbud var det vedlagt tre referanser på vikartjenester av helse- og omsorgspersonell utført for henholdsvis Ørsta kommune, Hægebostad kommune og Bergen kommune. Det ble gitt en nærmere beskrivelse av oppdragenes verdi og varighet i tillegg til kontaktinformasjon til referansepersoner. Videre fremkom følgende om klagers kundemasse:
- ”Vi viser til innledningsteksten om at vi ikke har kunder i Finnmark og/eller Troms per dags dato. Vi har etablert kontor i Nord-Norge (Balstad) og vi har nylig inngått kontrakt med Harstad kommune. Samarbeidet og kontraktsforholdet trer i kraft mandag 21. mars 2011. Dette er med andre ord en del av vår satsing på Nord-Norge som kommer til å bli viktig for oss fremover. Vi vil samtidig vise til tre andre relevante referanser:[utført for Ørsta kommune, Hægebostad kommune og Bergen kommune]”*
- (7) I en udatert anskaffelsesprotokoll fremkom det under punktet *”Innleverte og godkjente kvalifikasjonskrav”* at klagers tilbud inneholdt *”Ingen relevant referanse”*. De øvrige kvalifikasjonskravene ble ansett som oppfylt.
- (8) Innklagede informerte klager om at tilbudet var blitt avvist ved brev 22. mars 2011, og det fremkom følgende:
- ”Deres tilbud oppfyller ikke kvalifikasjonskriteriene i punkt 2 nummer 5 (referanser) i konkurransegrunnlaget og må derfor avvises, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (1) bokstav a.”*

- (9) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev 31. mars 2011.
- (10) Innklagede har ved brev 15. april 2011 til klagenemnda informert om at kontraktsinngåelse avventes inntil nemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Det anføres at innklagede feilaktig har avvist klager i medhold av forskriften § 11-10 (1) bokstav a. I følge klager er kvalifikasjonskravet "*Referanser*" i strid med loven § 5 fordi det er oppstilt et absolutt krav om kundereferanser fra Finnmark og Troms. Innklagede har på den måten satt klare geografiske begrensninger for hvem som kan delta i den åpne anbudskonkurransen. Det er diskriminerende å oppstille et kvalifikasjonskrav hvor kundereferanser fra andre geografiske områder ikke er av samme verdi. Innklagede har, ved å bruke det aktuelle dokumentasjonskravet, stilt et krav som ikke gir reell konkurranse i det åpne markedet for aktører som ikke har hatt tre kundeforhold i Troms eller Finnmark de siste årene. På den bakgrunn kan ikke innklagede bruke manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "*Referanser*" som avvisningsgrunn. Med den forståelsen av regelverket, vedla klager tre referanser fra andre deler av landet som dokumentasjon.

Innklagedes anførsler:

- (12) Innklagede bestrider at dokumentasjonskravet tilhørende kvalifikasjonskravet "*Referanser*" er i strid med loven § 5. I følge innklagede følger det av konkurransegrunnlaget at manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene kan medføre at tilbudene blir avvist fra konkurransen. Kvalifikasjonskravene var ikke absolutte, og innebar heller ikke klare geografiske markedsmessige begrensninger. Dette ble også presisert ved tilleggskunngjøring 16. februar 2011. Kvalifikasjonskravene ble heller ikke praktisert som absolutte. Av de kvalifiserte tilbyderne var det ingen som kunne oppgi tre referanser fra Finnmark og/eller Troms. Innklagede forbeholdt seg et skjønn med hensyn til den nærmere vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt. Ved vurderingen ble det, med utgangspunkt i de oppgitte referansene og avtalene, vurdert hvor sannsynlig det var at tilbyderen faktisk kunne levere vikarer. På bakgrunn av klagers oppgitte referanser, fant innklagede at klager ikke kunne levere vikarer. Klagers referanser er fra kommuner på sør- eller vestlandet, hvor det er langt bedre tilgang på vikarer enn det som er tilfellet i innklagedes kommune. Erfaringsmessig vet innklagede at det på grunn av kommunens geografiske plassering og høye boligpriser, er vanskelig å rekruttere helsearbeidere. Dette er forhold som er ukjent for leverandører som ikke tidligere har drevet vikarvirksomhet i denne regionen. At klager ble avvist på dette grunnlag, er i samsvar med det skjønnets innklagede hadde forbeholdt seg ved evalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 (2). Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste etter forskriften vedlegg 6 nr. (25) "*Helse- og sosialtjenester*". 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 (5) og § 2-2 (1).

- (14) Klager har anført at innklagede feilaktig har avvist klager etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a. I følge klager er det i strid med kravet til reell konkurranse i loven § 5 å oppstille et absolutt krav om kundereferanser fra Finnmark og/eller Troms, slik at innklagede ikke kan benytte dette som grunnlag for avvisning av klager for manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet tilhørende kvalifikasjonskravet *"Referanser"*.
- (15) I henhold til forskriften § 11-10 (1) bokstav a, skal oppdragsgiver avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen."*
- (16) I opprinnelig kunngjøring 2. februar 2010, hvor konkurransegrunnlaget var vedlagt, fremkom det under punkt 2 i konkurransegrunnlaget at dokumentasjonskravet knyttet til kvalifikasjonskravet *"Referanser"* var: *"Minimum tre referanser fra det siste året. Det bes kun oppgitt referanser innenfor kommunal sektor i Finnmark og/eller Troms."* Videre skulle oppdragenes verdi, tidspunkt, kundenavn og kontaktpersoner oppgis. I tilleggskunngjøring 16. februar 2011 ble det presisert følgende vedrørende dokumentasjonskravet: *"Leverandører som ikke har mulighet for å legge frem referanser som nevnt under kvalifikasjonskrav 5 kan isteden legge frem andre referanser (fra andre geografiske områder, sektorer etc.) så fremt de har mulighet for dette. For leverandører som er så nyetablerte at de ikke har mulighet for å legge frem noen form for referanse, vil det bli sett bort fra dette kvalifikasjonskravet."*
- (17) Det er på det rene at klager la ved tilbudet tre referanser for vikartjenester av helse- og omsorgspersonell utført for Ørsta kommune, Hægebostad kommune og Bergen kommune. Det var gitt nærmere opplysninger om oppdragenes verdi, tidspunkt for oppdragene, kundenavn og kontaktpersoner. Av en udatert anskaffelsesprotokoll fremkom det at klager ikke har levert *"relevant referanse"*. Innklagede avviste klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet *"Referanser"* i forskriften § 11-10 (1) bokstav a i brev av 22. mars 2011.
- (18) Spørsmålet for nemnda blir hvorvidt klager har oppfylt kvalifikasjonskravet *"Referanser"* ved den innsendte dokumentasjonen. Dersom kravet ikke er oppfylt, foreligger det en pliktig avvisningsgrunn etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (19) Nemnda vil innledningsvis vise til at innklagede ved tilleggskunngjøringen 16. februar 2011, dvs. før tilbudsfristen, endret dokumentasjonskravet knyttet til kvalifikasjonskravet *"Referanser"* til også å omfatte referanser fra andre geografiske områder og sektorer enn Finnmark og Troms, og ingen referanser for nyetablerte. Det er dermed ikke grunnlag for å hevde at innklagede har angitt dokumentasjonskrav som hindrer reell konkurranse, jf. loven § 5.
- (20) Innklagede har avvist klager som følge av at det ikke er levert *"relevant referanse"*, uten at det i avvisningsmeddelelsen ble gitt en nærmere begrunnelse for hvorfor kvalifikasjonskravet ikke var ansett oppfylt. Det er heller ingen andre dokumenter i saken som viser hvorfor innklagede har vurdert klagers innsendte referanser til ikke å være relevante. Innklagede har i tilsvaret til klagenemnda vist til at det erfaringsmessig er langt vanskeligere å rekruttere helsearbeidere i Nord-Norge enn på Sør- og Vestlandet, og at det derfor ikke var dokumentert at klager kunne levere vikarer og oppfylle kontraktsforpliktelsene. Nemnda bemerker at innklagede ut i fra konkurransegrunnlaget ikke har anledning til å vurdere referansens godhet i forbindelse med vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravet er oppfylt. Det avgjørende er at klager oppfylte dokumentasjonskravet slik det var angitt i konkurransedokumentasjonen, og derigjennom har oppfylt kvalifikasjonskravet *"Referanser"*. Vurderingen av det inngitte tilbudets kvaliteter, foretas under tildelingsevalueringen.

- (21) Ettersom klager leverte referanser i henhold til de kravene som var stilt i konkurransedokumentasjonen, hadde ikke innklagede anledning til å avvise klager i medhold av forskriften § 11-10 (1) bokstav a.

Konklusjon:

Hammerfest kommune har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved å avvise klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

23. mai 2011

Arve Rosvold Alver