



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler om levering av vikartjenester for autorisert helsepersonell. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 22-2 (2) ved å benytte tildelingskriteriet "kvalitet" slik dette var beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2011 i sak 2011/130

Klager: AMBIO Helse AS

Innklaget: Hammerfest kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim og Andreas Wahl

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

- (1) Hammerfest kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 2. februar 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler om levering av vikartjenester for autorisert helsepersonell. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 anslått å være mellom 12 og 16 millioner kroner.
- (2) Kravspesifikasjonen for den etterspurte tjenesten fremgikk i konkurransegrunnlaget punkt 3. Herfra hitsettes følgende.

"3.2 Kvalitetskrav

Alt personell som tilbys skal være autorisert i henhold til fastsatte lovkrav for stillingskategoriene og ha offentlig godkjenning for arbeid i Norge. Dokumentasjon på dette skal medfølge bekreftelse om levering av vikaroppdrag.

Vikaren må kunne forstå norsk, samt kunne formidle seg muntlig og skriftlig på norsk eller annet skandinavisk språk. Oppdragsgiver forbeholder seg rett til å avvise vikarer med manglende språkkunnskaper. Disse skal erstattes for utleiers regning innen 48 timer.

Innleid personell må skrive under på erklæring om taushetsplikt.

Kommunens helse- og omsorgsvirksomheter er døgnkontinuerlige. Turnusplaner vil variere for den enkelte virksomhet. Vikarene plikter å følge virksomhetens gjeldende arbeidstider.

Vikaren må være selvstendig og ha evne til å prioritere og å mestre stort arbeidspress.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Oppdragsgivere skal etter anmodning i forkant få dokumentasjoner og referanser av den personen som leverandøren ønsker å sende. Dette kan gjerne sendes pr. e-post til oppdragsgiveren.

Vikaren skal legge frem politiattest der det er påkrevet, før noe arbeid i Hammerfest kommune iverksettes. Det vil ikke kunne faktureres timer før politiattest er fremlagt.

Ved sykdom eller annet fravær hos vikarer forplikter leverandøren å skaffe ny vikar til oppdraget. Dette gjelder også dersom vikaren av ulike årsaker velger å avslutte oppdraget i den aktuelle kommunen, tidligere enn avtalt.

Det forutsettes i utgangspunktet at leverandøren organiserer botilbud uten kostnad for oppdragsgiver. Hammerfest kommune kan som oppdragsgiver i enkelte tilfeller stille med botilbud (hybelleilighet). I prisskjemaet (vedlegg 2) bes det oppgitt en timepris hvor kommunen stiller med botilbud og en timepris hvor leverandøren selv organiserer botilbud kostnadsfritt for kommunen. Se nærmere om dette i punkt 5.3 (pristilbud).

Dokumentasjon på at hjelpepleiere er godkjent for å dele ut medisiner må foreligge ved oppstart av vikaroppdraget.

Helsepersonell som tilbys skal ha førerkort klasse B. I enkelte tilfeller vil oppdragsgiver kreve at vikarer disponerer egen bil. Godtgjørelse for bruk av egen bil vil følge statens satser.

Oppdragsgiver har rett til å avslutte vikaroppdraget dersom det oppstår forhold hvor vikaren bryter gjeldende lover og forskrifter for arbeidstagere. Oppdragsgiver står fritt til å avslå tilbud fra leverandøren i avtaleperioden, dersom tilbudt vikar etter oppdragsgivers vurdering er lite egnet for det aktuelle oppdraget.

3.3 Kvantum

Behovet for vikartjenester påvirkes av flere forhold og varierer fra år til år. Det vil derfor være vanskelig å anslå hvordan behovet fordeler seg på de forskjellige stillingskategorier og hvilke behov oppdragsgiver samlet vil ha i avtaleperioden. I 2009 leide Hammerfest kommune inn vikarer til sektor for helse og omsorg for ca 9 mill. og i 2010 for ca 14 mill. kroner. Vikarbruken var uforholdsmessig stor i 2009 og 2010 og kommunestyret har pålagt enhetene å redusere bruken av vikarbyråer så langt det lar seg gjøre.

Stillingsbeskrivelser

Stillingskategori	Arbeidsoppgaver og arbeidsområder	Kvalifikasjonskrav (forutsettes av vikarer har autorisasjon)
1. Sykepleier	Vanlige oppgaver ved sykehjem og i hjemmetjenesten	Offentlig godkjent sykepleierutdanning
2. Hjelpepleier	Vanlige oppgaver ved sykehjem og i	Offentlig godkjent

	<i>hjemmetjenesten</i>	<i>hjelpepleierutdanning</i>
3. Vernepleier, Miljøterapeut eller annen 3-årig høyere sosial-, pedagogisk- eller helsefaglig utdanning	<i>Vanlige oppgaver i boligtjenesten for funksjonshemmede og annet miljøterapeutisk arbeid</i>	<i>Offentlig godkjent vernepleierutdanning eller annen 3-årig sosial-, pedagogisk- eller helsefaglig utdanning.</i>
4. Omsorgsarbeider eller annen helsefagarbeider	<i>Miljøarbeid knyttet til funksjonshemmede og eventuelt på sykehjem.</i>	<i>Fagbrev og relevant erfaring</i>
5. Assistenter og andre med relevant kompetanse (f.eks. medisinstudenter).	<i>Miljøarbeid og praktisk arbeid</i>	<i>Relevant erfaring/kompetanse.”</i>

- (3) Tildelingskriteriene for konkurransen var beskrevet i konkurransegrunnlaget punkt 7. Her fremgikk blant annet følgende:

”7. Kriterier for valg av tilbud

Tildeling vil basere seg på ”det økonomisk mest fordelaktige tilbudet” i henhold til følgende kriterier. Tildelingskriteriene er oppgitt med angitt vekting:

<i>Tildelingskriterier:</i>	<i>Vekting i prosent</i>
<i>Pris</i>	<i>30 %</i>
<i>Service/tilgjengelighet</i>	<i>10 %</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>20 %</i>
<i>Levering</i>	<i>40 %</i>

[...]

7.3 Kvalitet:

- *Tilbyder må bekrefte (om ikke annet avtales i hvert tilfelle) at de leverer i hht kompetansekrav.*

- *Tilbyder skal beskrive sine rutiner for oppfølging av vikarer mens de er utleid til kommunen. Det skal også beskrives hvordan tilbakemeldinger fra virksomhet og vikarer behandles og dokumenteres.*
- *Tilbyder skal beskrive hva som dekkes (betales) av tilbyder når det gjelder instruksjon/opplæring på ny arbeidsplass.*

Alle underpunkt vektes med 1/3.”

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 5.2 var det angitt at leverandørenes tilbud skulle inneholde all dokumentasjon som var etterspurt i punkt 3, *”Kravspesifikasjon”*.
- (5) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 17. mars 2011 kl. 12.00. Blant leverandørene som leverte tilbud innen fristen var AMBIO Helse AS (heretter kalt klager). Ved brev 23. mars 2011 informerte innklagede klager om at Xtra personell Care AS, Helsenor AS og Dignus Care – Medical Care AS var valgt som leverandører til avtalen.
- (6) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 29. april 2011. Innklagede avventer kontraktsinngåelse med de valgte leverandørene til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Tildelingskriteriet *”Kvalitet”* er i strid med regelverket, da det ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Innklagede har under dette kriteriet stilt krav om at leverandørene skal bekrefte at selskapet leverer i henhold til kompetansekrav. Dette er et kriterium tilbudene enten oppfyller, eller ikke, og er ikke egnet til å skille mellom tilbudene når det gjelder kvalitet. Det fremstår også som uklart hvilke kompetansekrav man sikter til i beskrivelsen av kriteriet. Kravene i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 og 3.3, som innklagede har vist til, er formulert som absolutte krav, og det vil være kontraktsbrudd om tilbyder ikke oppfyller disse.
- (8) På bakgrunn av den konklusjon klagenemnda har kommet til gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (9) Innklagede har ikke brutt regelverket ved å benytte tildelingskriteriet *”Kvalitet”*. Det fremgår av forskriften § 13-2 at kvalitet er et tildelingskriterium som lovlig kan benyttes så fremt det er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Underkriterium nummer én, som klager mener er ulovlig, knytter seg til kompetansekravene i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 og 3.3. Det er klart det vil ha økonomisk betydning for innklagede om en vikar for eksempel ikke har førerkort klasse B og hvorvidt en vikar er i stand til å arbeide selvstendig, og har evne til å prioritere og mestre stort arbeidspress. Det er også avgjørende for innklagede at tilbyder er i stand å skaffe en ny vikar dersom en vikar ikke fungerer tilfredsstillende og at innklagede kan avslutte vikaroppdraget dersom det oppstår forhold hvor vikarer bryter gjeldende lover og forskrifter på området.
- (10) Etter innklagedes mening må kravet om at tildelingskriteriene må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet tolkes vidt, jf. EU-domstolens sak

T-4/01 hvor det fremgår at tildelingskriteriene ikke nødvendigvis må være av kvantitativ karakter, eller basert på priser, da mange andre forhold kan påvirke gjennomføringen av kontrakten, og dermed ha betydning for tilbudets økonomiske verdi.

- (11) På bakgrunn av den konklusjon klagenemnda har kommet til gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder vikartjenester for helsepersonell, som er en uprioritert tjeneste, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser vedlegg 6, kategori (25). Anskaffelsen følger da reglene i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriftens del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 femte ledd.
- (13) Innklagede har i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at konkurransen vil bli gjennomført etter forskriften del I og del III.
- (14) 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 oppdragsgiveren overfor tilbyderne har bundet seg til å følge reglene i del III, jf. klagenemndas sak 2009/128 premiss (79).
- (15) EU-domstolen har i sakene C-45/87 og C-229/09 lagt til grunn at oppdragsgiver ikke har forpliktet seg til å følge direktivets bestemmelser selv om en kontrakt feilaktig er kunngjort i TED. I sak C-229/09 premiss 40 uttaler domstolen følgende:

"Indledningsvis må det konstateres, at den omstændighed, at Irland har anmodet om indrykning af en meddelelse om udbud i Den Europæiske Unions Tidende i medfør af direktivets artikel 36, på ingen måde medfører en forpligtelse for medlemsstaten til at indgå denne kontrakt i henhold til direktivets bestemmelser, der finder anvendelse på kontrakter omfattet af bilag II A til direktivet (jf. i denne retning analogt vedrørende en offentlig kontrakt, der ikke er omfattet af et direktivs anvendelsesområde, dom af 22.9.1988, sag 45/87, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 4929, præmis 9 og 10)."

- (16) På den annen side har domstolen i sak 95/10 åpnet for at oppdragsgivere kan bestemme at regler i direktivet gis anvendelse. I premiss 46 konkluderer domstolen slik:

"Henset til det ovenstående, skal det andet spørgsmål besvares med, at direktiv 2004/18 ikke skaber en forpligtelse for medlemsstaterne til ligeledes at anvende direktivets artikel 47, stk 2, på de i bilag II B anførte tjenesteydelser. Direktivet er dog ikke til hinder for, at medlemsstaterne og eventuelt de ordregivende myndigheder i den nationale lovgivning og udbudsbetingelserne foreskriver en sådan anvendelse."

- (17) Klagenemnda kan ikke se at det er noen motsetning mellom EU-domstolens uttalelser og klagenemndas praksis i tilfeller der oppdragsgiver har opplyst at konkurranser om uprioriterte tjenester vil bli gjennomført etter reglene i forskriften del III. Klagenemnda vil etter dette behandle foreliggende sak med utgangspunkt i forskriften del III.

- (18) Saken gjelder spørsmål om tildelingskriteriet "*Kvalitet*", slik det er beskrevet i konkurransegrunnlaget, er et lovlig tildelingskriterium.
- (19) Det følger av forskriften § 22-2 (2) at "*[d]ersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden*". Dette innebærer at tildelingskriteriene må ha betydning for tilbudets økonomiske verdi for oppdragsgiver.
- (20) Tildelingskriteriene er konkurranseelementer, der oppdragsgiver skjønnsmessig skal vurdere og gradere tilbudene, jf. for eksempel klagenemndas sak 2008/119 premiss (40). Klagenemnda har derfor i flere tilfeller fastslått brudd på regelverket i tilfeller der oppdragsgiver har benyttet tildelingskriteriene som minstekrav, og kun vurdert hvorvidt tilbudene oppfyller minimumskravene eller ikke, jf. for eksempel klagenemndas sak 2004/294.
- (21) I konkurransegrunnlaget punkt 7.3 har innklagede stilt opp tre underkriterier for vurderingen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*". Et av disse underkriteriene er at "*Tilbyder må bekrefte (om ikke annet avtales i hvert tilfelle) at de leverer i hht kompetansekrav*". Innklagede har opplyst at uttrykket "*kompetansekrav*" referer til kravene i kravspesifikasjonen punkt 3.2 og 3.3, og anført at det klart vil ha betydning for innklagede dersom en vikar ikke oppfyller disse kravene.
- (22) Slik ordlyden i underkriteriet "*Tilbyder må bekrefte (om ikke annet avtales i hvert tilfelle) at de leverer i hht kompetansekrav*" er utformet, er det naturlig å forstå kriteriet slik at tilbudene enten oppfyller dette kravet eller ikke, altså som et minstekrav til tilbudene. Denne forståelsen støttes ved en gjennomgang av kravspesifikasjonen punkt 3.2 og 3.3. Her fremgår i det vesentlige krav som tjenestene "*må*" eller "*skal*" oppfylle og oppgaver leverandørene "*plikter*" å utføre. Som eksempel kan nevnes at alt personell som tilbys skal være autorisert i henhold til fastsatte lovkrav, og at leverandøren, dersom vikaren har fravær på grunn av sykdom, er forpliktet til å skaffe en ny vikar. Kravene i kravspesifikasjonen punkt 3.2 og 3.3 fremstår således som absolutte krav til de tilbudte tjenestene.
- (23) Det følger av praksis at dersom et tilbud ikke oppfyller absolutte krav i kravspesifikasjonen, vil dette normalt bli vurdert slik at tilbudet inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen som medfører plikt for oppdragsgiver til å avvise tilbudet etter forskriften § 20-13 (1) bokstav e, jf. for eksempel klagenemndas sak 2010/109. Dette innebærer i foreliggende tilfelle at dersom et tilbud ikke oppfyller kravene i kravspesifikasjonen punkt 3.2 og 3.3 vil innklagede som utgangspunkt ha plikt til å avvise tilbudet fra konkurransen.
- (24) Selv om kravene i kravspesifikasjonen punkt 3.2 og 3.3 har økonomisk betydning for innklagede, vil innklagede, slik underkriteriet og kravspesifikasjonen er utformet, ikke kunne evaluere og gradere tilbudene ut i fra i hvilken grad de oppfyller de aktuelle kravene. Underkriteriet "*Tilbyder må bekrefte (om ikke annet avtales i hvert tilfelle) at de leverer i hht kompetansekrav*" må dermed anses som et minstekrav til tilbudene, og klagenemnda finner derfor at kriteriet må anses som ulovlig.
- (25) Klagenemnda har på denne bakgrunn kommet til at tildelingskriteriet "*Kvalitet*" slik det er presisert med underkriteriet "*Tilbyder må bekrefte (om ikke annet avtales i hvert tilfelle) at de leverer i hht kompetansekrav*" ikke er egnet til å identifisere det

økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og derfor ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. § 22-2 (2).

- (26) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningsvis forskriften § 17-2, 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 i hvert fall som en klar hovedregel har plikt til å avlyse konkurransen for å reparere feilen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 ("Wienstrom") og klagenemndas saker 2008/217 og 2009/182 med flere.
- (27) På bakgrunn av den konklusjon klagenemnda har kommet til behandles ikke klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Hammerfest kommune har brutt forskriften § 22-2 (2) ved å benytte tildelingskriteriet "Kvalitet" slik dette er beskrevet i konkurransegrunnlaget.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

Bergen, 20. juni 2011
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver