



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokat Kristian Dahle Trygstad
ALT Advokatfirma AS
Rosenkrantzgate 20
0160 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
2011/304

Dato
20.12.2011

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

- (1) Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse 2. november 2011 vedrørende anskaffelse av bo- og omsorgstilbud med heldøgns bemanning for en jente med (...).¹ Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen med hjemmel i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er dels at klagen klart ikke kan føre frem, og dels at en behandling av tre av anførslene krever medisinsk kunnskap, samt kjennskap til det relevante leverandørmarkedet og hvilke tjenester dette kan tilby. Dette er noe klagenemnda som utelukkende består av jurister ikke besitter. 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:

- (2) Oslo kommune ved bydel Østensjø (heretter kalt innklagede) kunngjorde 20. mai 2011 en totrinns konkurranse med forhandling om bo- og omsorgstilbud med heldøgns bemanning for en jente med (...). Det ble først gjennomført en prekvalifisering. Etter prekvalifiseringen gikk seks leverandører videre til selve konkurransen med forhandling. Frist for forespørsel om deltakelse i trinn 1 fremgikk av kvalifikasjonsgrunnlagets punkt 2.2, og var angitt til å være 13. juni 2011. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 angitt til å være 22. august 2011.
- (3) Forut for foreliggende konkurranse ble det i april 2011 gjennomført en konkurranse for samme tjenestemottaker som i nærværende konkurranse. Det hitsettes fra konkurransens kravspesifikasjon datert 10. mars 2011:

¹ Opplysningen er sladdet i henhold til offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr. 1. Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.

(...)

- (4) Fra kunngjøringen i DOFFIN til nærværende konkurranse 20. mai 2011 fremgikk det følgende i punkt II.1.5 *"Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang"*:

"Bydel Østensjø ønsker å prekvalifisere leverandører som kan levere et bo- og omsorgstilbud med døgnbemanning for en ung jente på 15 år. (...)

Vedtaket som ligger til grunn for denne tjenesten er hjemlet i lov om sosiale tjenester § 4-2 bokstav d. (...)

Oppdragsgiver gjør leverandørene allerede nå oppmerksomme på at det i neste runde av konkurransen, dvs. i minimumskravene til selve tilbudet vil bli stilt krav om at tilbudet skal bestå av en bolig med tilknyttet personalbase utenfor Oslo, men ikke mer enn 2 timers reisevei fra Oslo sentrum. Det vil videre bli stilt krav i henhold til veiledende retningslinjer om bygning og utstyr, bemanning m.v. i boliger med heldøgns omsorgstjenester for barn og unge."

- (5) Av kvalifikasjonsgrunnlaget 20. mai 2011 punkt 1.2 *"Anskaffelsens formål og omfang"* fremgikk en tilsvarende beskrivelse som i kunngjøringen gjengitt i premiss (4).

- (6) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.4 *"Kontraktsperiode"* ble det opplyst at tjenesten skal utføres i perioden 1. november 2011 – 31. oktober 2012, samt at det gjelder opsjon for oppdragsgiver til å forlenge kontrakten for ytterligere 1 år + 8 måneder på uendrede vilkår.

- (7) Videre fremgikk følgende av kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.8 *"Rettelser, suppleringer eller endring av kvalifikasjonsgrunnlaget"*:

"Innen innleveringsfristens utløp har oppdragsgiver rett til å foreta rettelser, suppleringer eller endringer av kvalifikasjonsgrunnlaget som ikke er av vesentlig karakter."

Rettelser, suppleringer eller endringer skal umiddelbart sendes til alle som har mottatt/lastet ned kvalifikasjonsgrunnlaget. Opplysninger om rettelse, suppleringer og endringer kunngjøres i Oslo kommunes anskaffelsesportal."

- (8) Av kvalifikasjonsgrunnlagets punkt 2.1 fremgikk følgende *"Prosedyre"* for konkurransen:

"Konkurransen gjennomføres i henhold til lov av 16. juli 1999 nr. 69 offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402, samt de bestemmelser som framgår av dette kvalifikasjonsgrunnlaget."

Konkurransen gjennomføres som konkurranse med forhandling etter forskriftens del I og II. Ved denne prosedyreformen kan alle interesserte leverandører sende en forespørsel om å delta i konkurransen. Konkurransesgrunnlaget sendes deretter til de som er kvalifisert og som inviteres til å delta i konkurransen. Forhandlinger er tillatt."

- (9) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3 fremgikk krav til leverandørene, herunder i punkt 3.2 *"Obligatoriske og ufravikelige krav"*, og i punkt 3.3. *"Andre kvalifikasjonskrav"*. I punkt 3.3.3 fremgikk *"Krav knyttet til leverandørens tekniske/faglige kvalifikasjoner"*:

Krav	Dokumentasjonskrav
<i>Det kreves at leverandøren har en organisasjon som har gjennomføringsevne og kompetanse til å utføre tjenesten som etterspørres.</i>	<i>Skjematisk overordnet oversikt over ansatte som har formell og erfaringsbasert kunnskap innen fagområdet psykiske lidelser, gjennomgripende utviklingsforstyrrelser/autismespekterforstyrrelser, medikamenthåndtering og annen relevant kompetanse. Se vedlagt skjema.</i>
<i>Det kreves at leverandøren har erfaring fra tilsvarende oppdrag.</i>	<i>Liste over de viktigste relevante leveransene, eller utførte tjenestene, herunder opplysninger om verdi, varighet, navn på oppdragsgiver. Det bes også om en beskrivelse av leveransen, og en begrunnelse for hvorfor hver enkelt av de opplistende leveransene anses som relevant for vårt oppdrag.</i>
<i>Det kreves et kvalitetssikringssystem for tjenesten som skal leveres.</i>	<i>Beskrivelse av leverandørens kvalitetssystem med innholdsfortegnelse fra kvalitetssystemet, som viser at det foreligger rutiner for eksempelvis for utagering, rømning, brann, og lignende, eventuelt kopi av sertifikat utstedt av offentlig kvalitetskontroll-institusjon.</i>

- (10) Etter prekvalifiseringen ble seks leverandører invitert til deltakelse i trinn to, herunder Omsorgspartner Vestfold AS (heretter kalt klager), og Aleris AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (11) Klager fikk 7. juli 2011 tilsendt brev med overskrift *"Invitasjon til å levere tilbud på bo- og omsorgstilbud med heldøgns bemanning for en ung jente (...) "*, hvor klager på bakgrunn av innsendt dokumentasjon i konkurranse trinn 1 ble invitert til å innlevere tilbud til trinn 2 av anskaffelsen.
- (12) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.4.1 *"Kontraktsperiode"*, og av punkt 1.6 *"Rettelser, suppleringer, eller endring av konkurransegrunnlaget"* fremgikk tilsvarende informasjon som i kvalifikasjonsgrunnlaget gjengitt over.
- (13) Videre fremgikk *"Oppdragsgivers behandling av tilbudene"* i konkurransegrunnlaget punkt 3. Det hitsettes fra punkt 3.2:
- "Konkurransen tillater forhandlinger med alle inviterte leverandører og alle sider ved de innleverte tilbudene. [...]"*
- (14) I konkurransegrunnlaget punkt 3.3 *"Minimumskrav til leveransen"* ble det vist til at disse er beskrevet i kravspesifikasjonen, vedlegg 1. Tilsvarende ble det vist til for tildelingskriteriene i konkurransegrunnlagets punkt 3.4, hvor det fremgikk at tildeling skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige og at tildelingskriteriene er beskrevet i kravspesifikasjonen.
- (15) Av kravspesifikasjonen, vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget, fremgikk følgende i punkt 1 *"Innledning"*:
- "I kravspesifikasjonen er det lagt vekt på de behov som skal dekkes og ikke hvordan den enkelte leverandørs forslag til løsning skal utformes, bortsett fra de krav som stilles gjennom lovgivning med tilhørende forskrifter.*

[...]

For at oppdragsgiver skal være i stand til å sammenligne tilbudene fra leverandørene i denne konkurransen, er det en forutsetning at det gjennom tilbudet gis konkret informasjon om hvordan minimumskravene oppstilt i denne kravspesifikasjonen skal løses i tilfelle tilslag på konkurransen og ved konkret dokumentasjon av tildelingskriteriene.”

- (16) Videre fremgikk det i kravspesifikasjonen punkt 2 følgende ”Om bruker og brukers behov”:

”Bruker er en jente på 15 år. (...)

Boligen: *Boligen skal ligge maks to timers reisevei fra Oslo sentrum. (...)*

Bruker har behov for en leilighet med eget kjøkken og bad (dusj og toalett), men leiligheten kan ligge i tilknytning til en større enhet/samløst lokalisert bolig.

(...)

Diagnose: *(...)*

- (17) I kravspesifikasjonen punkt 3 ”Minimumskrav” fremgikk at alle minimumskrav skal oppfylles og dokumenteres som forespurt, samt at manglende oppfyllelse vil kunne medføre avvisning, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-11.
- (18) Av kravspesifikasjonen punkt 3.1.1 fremgikk ”Krav til boligen”, i punkt 3.1.2 ”Krav til oppstartstidspunkt”, i punkt 3.1.3: ”Krav til direkte lønnskostnader”, i punkt 3.1.4 ”Krav til tilbudets faglige sider”, og i punkt 3.1.5 ”Kvalitetssikringssystem i boligen”.
- (19) Det hitsettes fra punkt 3.1.4 ”Krav til tilbudets faglige sider”:

Minimumskrav	Dokumentasjonskrav
<i>Tjenesten skal gis i samsvar med krav til faglig og etisk forsvarlighet.</i>	<i>Egenerklæring på at tjenesten vil bli gitt i samsvar med krav til faglig og etisk forsvarlighet.</i>
<i>Det skal opprettes primærkontakt, som skal arbeide brukerrettet, i boligen. Primærkontakt skal ha 3-årig helse-/sosialfaglig eller pedagogisk høyskoleutdanning og erfaring fra arbeid med ungdom som har atferdsvansker og sammensatt problematikk. Primærkontakt skal besørge koordinering av brukers individuelle plan, samt oppfølging og videreføring av denne. Videre skal primærkontakten ha ansvar for innkalling og gjennomføring av ansvarsgruppemøte minimum to ganger pr. år og utarbeide dagsplan/ukeplan og sikre at disse blir overholdt.</i>	<i>Kopi av primærkontakts vitnemål fra 3-årig utdanning innen helse-/sosialfag/pedagogikk.. Eventuelt en bekreftelse på at en nytilsatt primærkontakt vil ha det.</i>
	<i>Attester fra tidligere eller nåværende arbeidsgiver - eller en beskrivelse fra leverandøren - på erfaring fra arbeid med ungdom som har atferdsvansker og sammensatt problematikk, evt. en bekreftelse på at en nytilsatt primærkontakt vil ha det.</i>
	<i>Egenerklæring på at punktene vedrørende individuell plan, ansvarsgruppemøter og brukerrettede planer ivaretas av primærkontakt.</i>
<i>Personalet som skal jobbe med denne brukeren skal ha erfaring fra arbeid med ungdom som har atferdsvansker og sammensatt problematikk.</i>	<i>Attester eller beskrivelser fra nåværende eller tidligere arbeidsgivere på at tjenesten vil bli gitt av personale som har erfaring fra arbeid med ungdom som har atferdsvansker og</i>

	<i>sammensatt problematikk.</i>
<i>Personalet må kunne dosere og levere ut medisiner som er foreskrevet av tjenestemottakers fastlege, evt. etter avtale med annen lege. Tiltaket skal ha ansatte som er godkjent i henhold til forskrift om legemiddelhåndtering.</i>	<i>Egenerklæring på at aktuelle ansatte har godkjenning i henhold til forskrift om legemiddelhåndtering til å dosere og levere ut medisiner foreskrevet av tjenestemottakers fastlege, evt. etter avtale med annen lege.</i>
<i>Leverandøren skal legge til rette for tilpasset aktivitetstilbud for bruker på fritiden.</i>	<i>Egenerklæring på at leverandøren vil legge til rette for tilpasset aktivitetstilbud for bruker på fritiden.</i>
<i>Leverandøren skal registrere opplysninger om tjenestemottakers funksjonsnivå i IPLOS-registeret. Der det er mulig skal dette gjøres i samråd med tjenestemottakeren.</i>	<i>Egenerklæring på at det vil bli foretatt IPLOS-registreringer vedrørende tjenestemottakerens funksjonsnivå, om mulig i samråd med tjenestemottakeren.</i>
<i>Ved vesentlige endringer i brukers hjelpebehov og situasjon plikter leverandør å melde dette skriftlig til oppdragsgiver så raskt som mulig. Det skal utarbeides månedlige rapporter som oversendes oppdragsgiver. Rapportene skal bl.a. inneholde situasjonsbeskrivelse, beskrivelse av positiv utvikling og beskrivelse av spesielle eller uønskede hendelser. Kopi av eventuelle meldinger til Fylkesmannen iht. kap. 4A i sosialtjenesteloven skal vedlegges rapportene til oppdragsgiver.</i>	<i>Egenerklæring på at det vil bli utarbeidet rapporter til oppdragsgiver som beskrevet i kravet.</i>
<i>Leverandøren skal bistå foresatte med å legge til rette for at bruker får et individuelt tilrettelagt undervisningsopplegg, samt motivere og bistå bruker med daglig oppfølging av skolegang, så som lekser og lignende.</i>	<i>Egenerklæring på at leverandøren skal bistå foresatte med å legge til rette for at bruker får et individuelt tilrettelagt undervisningsopplegg, samt motivere og bistå bruker med daglig oppfølging av skolegang, så som lekser og lignende.</i>

- (20) Av kravspesifikasjonen punkt 4 "Tildelingskriterier" fremgikk at: "Tildelingen skjer på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på følgende kriterier":

Kriterium	Vekt
• Oppdragsforståelse	• 50 %
• Pris	• 50 %

- (21) Videre fremgikk det av kravspesifikasjonen punkt 4.1 "Oppdragsforståelse 50 %" følgende:

"Leverandøren bes i sitt tilbud beskrive hvordan hvert enkelt punkt forstås, og beskrive konkret hvordan dette skal ivaretas med leveransen.

Leverandøren vil gis en poengscore ut fra en skjønnsmessig vurdering av oppdragsforståelsen, basert på en vektingsmodell med poengfordeling fra — 10 per kriterium.

Kriteriene vil telle innbyrdes i henhold til de oppgitte prosentsatsene. (Se pkt. 4.1.1.)”

(22) Fra kravspesifikasjonen punkt 4.1.1 ”Oppdragsforståelse” hitsettes:

”Leverandørene skal beskrive hvordan de ut fra kravspesifikasjon og konkurransegrunnlag har forstått denne brukers behov i forhold til blant annet bemanningsfaktor, kompetansesammensetning på bemanning, miljøterapeutisk metode, boligens egnethet, aktivitetstilbud, primærkontakt, andre beboere i bolig/samlokalisert bolig.

Leverandøren skal redegjøre i forhold til følgende punkter:

- *Kort beskrivelse av faglig og etisk modell og prinsipper som er styrende for arbeidet i boligen, samt hvilke miljøterapeutiske metoder leverandøren tenker å anvende overfor denne brukeren. (35%)*
- *Leverandørens beskrivelse vedrørende tiltenkt bemanningsfaktor, med en bemanningsplan for personell som skal være tilgjengelig for vår bruker. Bemanningsplanen skal vise tilbudt kompetansesammensetning på dag, kveld og natt. Det skal gis en begrunnelse for valgene, dvs. både for bemanningsfaktor og for tilbudt kompetansesammensetning på dag, kveld og natt. (25%)*
- *Leverandørens beskrivelse av boligen, - beliggenhet, standard/utforming og en begrunnelse egnethet for denne brukeren. (10%)*
- *Leverandørens beskrivelse av aktivitetstilbudet. Leverandøren skal bidra til at bruker har en aktiv og meningsfull fritid der hun kan videreføre hobbyer og interesser og delta i aktuelle og tilpassede aktiviteter. (10%)*
- *Leverandørens beskrivelse og begrunnelse vedrørende valg av primærkontakt. (10%)*
- *Leverandørens beskrivelse av andre beboere i bolig/samlokalisert bolig, og hvordan disse vurderes å passe sammen med den aktuelle brukeren. (10%)*

Leverandørens redegjørelse for oppdragsforståelsen skal fremstilles samlet i henhold til ovennevnte punkter, under skilleark 4.”

(23) Av kravspesifikasjonens punkt 4.2 ”Pris 50 %” fremgikk følgende:

”Prisen for tjenesten skal angis pr. døgn, jf. prisskjema. Det skal oppgis pris ekskl. mva. Vi ber også om at det oppgis årspris (døgnpris x 365).

Døgnprisen skal inkludere alle kostnader leverandøren har forbundet med oppdraget. Utgifter til husleie og måltider skal inkluderes i prisen. Dokumenteres ved fullstendig utfylt prisskjema.”

(24) Klager innga tilbud i konkurransen innen tilbudsfristens utløp.

(25) Innklagede sendte 9. september 2011 e-post til samtlige tilbydere i konkurransen, og det hitsettes:

”[...]

I forkant av forhandlingene har bydel Østensjø funnet det formålstjenlig å opplyse at det iht. ny informasjon kan se ut som om (...).

Vi anser at denne problematikken ikke kommer godt nok frem i beskrivelsen i den tilsendte kravspesifikasjonen.

[...]

- (26) Av dokument "Protokoll forhandlinger" fremkom at forhandlingsmøte med klager ble gjennomført 13. september 2011.

- (27) Fra forhandlingsprotokollen punkt 5.1 "Overordnet om oppdragsgivers vurdering av tilbudet" hitsettes:

[...]

(...)

[...]

- (28) Klager innga merknader til protokoll 13. september 2011, mens innklagede skrev notat til protokoll 27. september 2011.

- (29) Klager innga revidert tilbud 19. september 2011.

- (30) Av innklagedes tildelingsmeddelelse 27. september 2011 fremgikk at innklagede mottok totalt 6 tilbud, og at alle ble vurdert i tildelingsevalueringen. Videre at bydelen akter å inngå avtale med valgte leverandør. Det hitsettes fra "Begrunnelse for valg":

"[...] Tilbudet fra Aleris AS er valgt fordi denne leverandøren har gitt det økonomisk sett mest fordelaktige tilbudet."

Når det gjaldt "Vurdering av tilbudet fra Omsorgspartner Vestfold AS" fremgikk følgende:

"[...] Omsorgspartner Vestfold AS fikk høyest mulig poengsum på alle punktene i oppdragsforståelsen, og scoret litt høyere enn vinnertilbudet på variablene som gjelder bemanningsplan og kompetansesammensetning på bemanning, samt på punktet som gjelder valg av primærkontakt.

Prisen på tilbudet fra Omsorgspartner Vestfold AS var imidlertid betydelig høyere enn prisen på vinner tilbudet. Samlet sett var Omsorgspartner Vestfold AS sitt tilbud mindre økonomisk fordelaktig og ble derfor ikke valgt."

- (31) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev 10. oktober 2011.

- (32) I brev 20. oktober 2011 opprettholdt innklagede sin tildelingsbeslutning.

Klager begjærte 25. oktober 2011 midlertidig forføyning til Oslo byfogdembete. Oslo byfogdembete avsa kjennelse 15. desember 2011 med slutningen:

"1. Begjæringen tas ikke til følge."

- (33) Klage kom inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) 2. november 2011.
- (34) Av e-post 15. november 2011 fremgikk at kontrakt ikke var inngått for nærværende konkurranse. Videre fremgikk at innklagede i forbindelse med begjæring om midlertidig forføyning hadde bekreftet at kontrakt ikke vil bli inngått før etter 22. desember 2011 kl. 16.00, så sant byfogdembetets avgjørelse ikke foreligger før dette. Imidlertid fremgikk også at:
- "Dersom slik avgjørelse foreligger før den angitte frist stiller kommunen seg fritt til å inngå kontrakt etter at byfogdembetets avgjørelse er forkynt kommunen."*
- (35) I forlengelse av klagen sendte klager en e-post til klagenemnda 25. november 2011 vedrørende fremleggelse av taushetsbelagte opplysninger i saken.
- (36) Klagenemnda mottok tilsvaret fra innklagede 25. november 2011. Av tilsvaret fremgikk at innklagede har søkt å utforme tilsvaret slik at det ikke refereres til taushetsbelagt informasjon. Videre at innklagede ville utdype tilsvaret nærmere hvis hensynet til taushetsplikten blir ivarettatt på en betryggende måte i forhold til saksbehandlingen i klagenemnda.
- (37) Klager innga kommentarer til tilsvaret 7. desember 2011.
- (38) Innklagede kom med enkelte tilføyelser i e-post av 9. desember 2011, det hitsettes:

"(...) Hjemmelen for bruk av tvang (...) følger av lov om sosiale tjenester kapittel 4A. Virkeområde for kap 4 A følger av § 4A-2. Det følger av denne bestemmelsen at kap 4A gjelder bruk av tvang og makt som ledd i tjenester etter § 4-2 bokstav a til d. (...)

Arbeidet med å få et tvangsvedtak er et omfattende arbeid, som blant annet innebærer en grundig dokumentasjon av all tvangsbruk og et tett samarbeid med Ullevål Universitetssykehus sin habiliteringstjeneste. Alle andre tiltak skal være prøvd ut før det blir fattet et vedtak om tvang. (...)."

- (39) Videre innga innklagede tilsvaret 14. desember 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (40) Klager hevder at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser på fire punkter, og at disse bruddene hver for seg medfører en avlysningsplikt.

Ufullstendig/uriktig kunngjøring

- (41) For det første anfører klager at innklagede har brutt forskriften § 9-1, ved i kunngjøringen punkt II 1.5, samt i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.2, å angi at tjenestemottaker har (...), mens det i konkurransegrunnlaget punkt 2 opplyses at tjenestemottakeren (...). Dette innebærer at opplysningene som er gitt i kunngjøringen er ufullstendige/uriktige.

- (42) Siden kunngjøringen og kvalifikasjonsgrunnlaget gir en ufullstendig/uriktig beskrivelse av tjenestemottakerens situasjon og behov, kan denne feilen ha ført til at potensielle leverandører har unnlatt å melde sin interesse. Det kan ikke utelukkes at leverandører med kompetanse på tjenestetilbud til (...) unnlot å delta i konkurransen, ettersom informasjonen som forelå tilsa at konkurransen i hovedsak knyttet seg til (...). Det vises videre til at etter det klager kjenner til, er markedet for private tjenestetilbud til (...) større enn tjenestetilbudet for (...).
- (43) Med hensyn til det rettslige, viser klager til at Høyesterett i Rt-2008-982 uttalte at uriktig kunngjøring av den omtvistede anskaffelsen innebar en vesentlig feil. Videre viser klager til at klagenemnda i sak 2011/148 har tolket kunngjøringsplikten strengt.

Endring av konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp

- (44) For det annet anføres at innklagede har brutt regelverket ved å endre konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Dette skjedde i e-post 9. september 2011, og refererer seg til beskrivelsen av den etterspurte ytelsen. I følge forskriften § 8-2, samt basert på et avtalerettslig grunnlag og kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5, kunne ikke innklagede endre konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Dette gjelder uavhengig av om konkurransen gjennomføres som en ett-trinns- eller totrinnsprosess.
- (45) Ulovlig endring av konkurransegrunnlaget medfører avlysningsplikt jf. blant annet klagenemndas saker 2007/146, 2007/118 og 2005/310. Klager viser også til at innklagede har hatt tilgang til e-postens opplysninger i lang tid, og at det ikke var grunnlag for å vente med å gi denne informasjonen til leverandørene.
- (46) For alle tilfeller, er innklagedes endring av konkurransegrunnlaget vesentlig, og dermed i strid med forskriften § 11-8. Endringen i e-posten har vesentlig innvirkning på den etterspurte ytelsen, både hva gjelder omfang, innhold og pris. Kjennskap til tjenestemottakerens atferdsregister, utfordringer og behov for spesifikk tilrettelegging er avgjørende for å kunne inngi tilbud på det tjenestetilbudet denne mottakeren trenger og har krav på. Uten presiseringene i e-posten åpnes det for å gi tilbud på en annen lokalisering, og med en annen bemanningsfaktor.

Usammenlignbare tilbud

- (47) For det tredje anføres det at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5, ved at beskrivelsen av den etterspurte ytelsen er så mangelfull at det ikke legges til rette for sammenlignbare tilbud, jf. blant annet EU-domstolens sak C-247/02 og klagenemndas saker 2003/192, 2004/79, 2005/10, 2005/74 og 2010/157. Dette ved at det ikke er gitt entydig og dekkende informasjon om tjenestemottakerens behov.
- (48) Innklagede har utelatt informasjon fra epikriser med beskrivelser av tjenestemottakerens behov. Innklagede har videre laget en kravspesifikasjon hvor det er sett bort fra opplysninger om dokumentert atferd, og unnlatt å ta høyde for (...) som ligger til grunn og kan være årsak eller delforklaring for tjenestemottakerens atferd. Videre vises til at avgjørende informasjon om tjenestens omfang og karakter er utelatt i kravspesifikasjonen, herunder følgende forhold: (...). Disse opplysninger har klar innvirkning på bemanningsnorm, og dermed også på tilbudenes innhold og på tilbudsprisen. (...).

- (49) Innklagede har vært kjent med de nevnte opplysninger under hele konkurranseperioden, og har da etter klagenemndspraksis vært forpliktet til å videreformidle informasjonen til leverandørene, jf. eksempelvis sakene 2003/320, 2004/71, 2004/215 og 2004/286.
- (50) I forlengelse av ovennevnte anførsel vises det til at innklagede ikke har benyttet forhandlingsfasen til å gjøre tilbudene sammenlignbare, noe som innebærer et selvstendig brudd på anskaffelsesregelverket, jf. blant annet klagenemndas saker 2003/171, 2007/110 og 2008/162.

Ulovlig tildelingskriterium

- (51) Det anføres at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium i strid med regelverket om offentlige anskaffelser, ved å blande sammen tildelingskriterier, kvalifikasjonskrav og minstekrav. Det er for tildelingskriteriene vurdert flere forhold som også var vektlagt i kvalifikasjonsfasen.
- (52) Klager viser for det første til at innklagede i lys av kravene oppstilt i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3.3.3 og i kravspesifikasjonen punkt 3.1.4 "*Krav til tilbudets faglige side*", ved tildelingskriteriet "*Oppdragsforståelse*" har vurdert egenskaper ved leverandørene uten en klar innvirkning på verdien av tilbudet, eller som det har vært et særlig behov for å vektlegge jf. blant annet klagenemndas sak 2009/82.
- (53) Konkret viser klager til at når det i minimumskravene er stilt detaljerte krav til faglig og etisk forsvarlighet ved utførelsen av oppdraget, kan det ikke være et særlig behov for en ytterligere vektlegging av den faglige og etiske modellen i tjenestetilbudet i tildelingsfasen. Videre stiller både kvalifikasjonskravene og minimumskravene krav til leverandørens kompetanse og erfaring. Det kan ikke være ytterligere behov for å vektlegge verken kompetansesammensetning i bemanningsplan, eller den tilbudte primærkontakten i tildelingsfasen. Det kan heller ikke være et særlig behov for å ytterligere vektlegge det tilbudte aktivitetstilbudet i tildelingsfasen. Klager bemerker videre at skillet mellom leverandørens firmaspesifikke egenskaper og egenskaper ved de tilbudte medarbeidere, gir liten mening i bedømmelsen av små og mellomstore selskaper fordi egenskapene vil være de samme.
- (54) For det annet vises det til at konkurransedokumentene heller ikke inneholder en tilstrekkelig beskrivelse av at leverandørenes egenskaper vurderes på ulik måte i kvalifikasjons- og tildelingsfasen. Den mangelfulle informasjonen innebærer i seg selv et brudd på vilkårene for å kunne vektlegge leverandørenes egenskaper i tildelingsfasen.

Innklagedes anførsler:

- (55) Innklagede bestrider at regelverket er brutt, herunder at det er gjort feil som medfører at konkurransen må avlyses.

Ufullstendig/uriktig kunngjøring

- (56) For det første bestrider innklagede at det foreligger en ufullstendig/uriktig kunngjøring i strid med forskriften § 9-1.
- (57) Det vises til at kunngjøringsteksten har beskrevet bruker og brukers behov tilstrekkelig for å treffe det aktuelle leverandørmarkedet, (...). Det er brukers behov, og tjenesten bruker skal få i boligen som er det vesentlige ved denne anskaffelsen. Videre vises det til at tjenestemottaker allerede i kunngjøringen, var beskrevet med en (...).

Endring av konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp

- (58) For det annet bestrides at konkurransegrunnlaget er endret irregulært. Dette verken på grunnlag av forskriften § 8-2 første ledd, forskriften § 11-8, eller på avtalerettslig grunnlag. Presiseringene gjort i e-post av 9. september 2011 innebærer ikke noen vesentlig endring av forutsetningene for konkurransen.
- (59) Det vises til at det følger av klagenemndspraksis i sakene 2005/68 og 2009/280 i relasjon til gjennomføring av konkurranse med forhandling, at det er tillatt å forhandle om endringer og supplering av alle sider av tilbudene, og at det er tillatt å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget, så lenge endringene ikke er vesentlige.
- (60) Det vises til at kjernen i anskaffelsen både ved innbydelse til konkurransen, ved utarbeidelse av konkurransegrunnlag, og på tidspunktet for den presiserende e-post, var et bo- og omsorgstilbud til en bruker med store utfordringer. Beskrivelsene i kravspesifikasjonen og i e-posten skiller seg ikke vesentlig fra hverandre. (...). Det tjenestetilbud som etterspørres er fortsatt innenfor hva innklagede inviterte tjenesteyteren til å inngi tilbud på.
- (61) Videre bestrides at innklagede har hatt kjennskap til opplysningene som ble gitt i e-posten 9. september 2011 på et tidligere tidspunkt.

Usammenlignbare tilbud

- (62) Det hevdes at beskrivelsen av anskaffelsens tjeneste er utformet slik at tilbyderne forstod hvilken tjeneste som ble etterspurt, og at den er egnet til å gi tilbyderer forståelse for hvilke behov brukeren har, jf. kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (63) Det vises til at innklagede har inntatt klagers etterspurte informasjon om tjenestens omfang og karakter i kravspesifikasjonen. (...).
- (64) Videre viser innklagede til at tilbudene som kom inn hadde svært mange likhetspunkter, noe som etter innklagedes oppfatning viser at beskrivelsen av den ønskede tjenesten har vært forståelig for tilbyderne. Videre bestrides det at tilbudene var vanskelig å sammenligne. Årsaken til at vanskeligheter med å sammenligne tilbudene ble tatt opp i forhandlingene med klager, var at innklagede opplevde det som unødig vanskelig å sammenligne klagers tilbud med de øvrige tilbudene, idet klager ikke hadde holdt seg strengt til konkurransedokumentene ved inngivelse av tilbudet.

Ulovlig tildelingskriterium

- (65) Det anføres at innklagedes bruk av tildelingskriteriet ”Oppdragsforståelse” ikke utgjør et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser. Under tildelingskriteriet ”Oppdragsforståelse” er det ikke leverandørens generelle egnethet som er vurdert, men kvaliteten på leverandørens tilbudte tjeneste. Videre fremgår det tydelig av den praktiske gjennomføringen av konkurransen, så vel som av konkurransedokumentenes ordlyd, at det er ulike vurderingstemaer i henholdsvis kvalifikasjons- og tildelingsfasen, jf. også kravspesifikasjonen punkt 4.1.1 ”Oppdragsforståelse”.
- (66) Innklagede viser til at klagers anførsel om at det ikke må være ”overlapp” mellom vurderingen som skal gjøres, først og fremst knytter seg til forholdet eller krav i tildelingskriteriene og kvalifikasjonsfasen, kontra de tilfellene hvor det er stilt

minimumskrav som omhandler noe av det samme som i tildelingskriteriene. Konkret vises det til at kravet om faglig og etisk forsvarlighet i minimumskravene er ment som en forsikring om at tjenesten vil bli ytt på et forsvarlig vis. Under tildelingskriteriet *"Oppdragsforståelse"* ønsker innklagede en *beskrivelse* av hvordan leverandørene spesifikt arbeider i boligen. Videre vises det til at det i kvalifikasjonsgrunnlaget stilles krav til leverandørenes generelle kompetanse og det bes om en *"skjematisk oversikt over ansatte [...]"*. Dette er for å sikre at leverandørene, som sådan, har kapasitet og kompetanse til å gjennomføre kontrakten. Dette er ikke det samme som det er vist til i tildelingskriteriet, hvor beskrivelsen av kompetanse er rettet mot den konkrete tjenestemottaker. Hva gjelder forholdet til minimumskravene *"primærkontakt"* og *"aktivitetstilbud"*, gir beskrivelsen og begrunnelsen som kreves under tildelingskriteriet noe helt annet enn den formelle utdanningen til primærkontakten, og egenerklæringen vedrørende aktivitetstilbud. Leverandørene får mulighet til å vise at de har forstått brukerens konkrete behov.

- (67) Videre viser innklagede til klagenemnda sin avgjørelse i sak 2011/118 premiss 21, hvor det uttales at det kan være grunn til å vise noe større tilbakeholdenhet med å overprøve innklagedes vurdering av hvorvidt et tildelingskriterium er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, når det er tale om en uprioritert tjeneste.

Sekretariatets vurdering:

- (68) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder leveranse av bo- og omsorgstilbud med heldøgns bemanning for en ung jente med (...). Av forskriften vedlegg 6 fremgår det at dette er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 25. Anskaffelsens verdi fremgår ikke av konkurransedokumentene, men innklagede har i e-post til klagenemndas sekretariat opplyst at kommunen har anslått verdien til ca. 4 200 000 kroner i året. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og del II, jf. forskriftens §§ 2-1 femte ledd og 2-2.
- (69) Innledningsvis vil sekretariatet bemerke at det for nærværende konkurranse kunne vært reist spørsmål ved om forskriften kommer til anvendelse, idet vedtaket som ligger til grunn for anskaffelsen er hjemlet i lov om sosiale tjenester § 4-2 bokstav d. Det følger av samme lovs kapittel 4a at det kan treffes vedtak om bruk av tvang som ledd i tjenester etter § 4-2 bokstav a til d. Tvangsbeføyelser fremheves særlig i relasjon til unntaket for offentlig myndighetsutøvelse etter EU-direktiv 2004/18, jf. blant annet sakene C-42/92, C-114/97, C-283/99 C-465/05 C-438/08 og C-160/08. Det er imidlertid for foreliggende konkurranse usikkert om det vil treffes et tvangsvedtak, og hva innholdet i dette eventuelt vil være. Videre er det etter klagenemndas sak 2010/364 (BUF-etat) holdepunkter for at den norske forskriften har et videre virkeområde enn direktiv 2004/18. Det hitsettes fra avgjørelsens premiss (81):

"Ut fra det foreliggende rettskildebilde er det altså uklart hvorvidt forskriften på dette punktet har et videre virkeområde enn direktiv 2004/18. I mangel av andre holdepunkter legger klagenemnda avgjørende vekt på ordlyden i forskriften § 1-3 (1), jf § 4-1, som ikke inneholder en tilsvarende avgrensning som fremgår av artikkel 1 nr 2 a) i direktiv 2004/18. Også avtaler hvor den offentlige oppdragsgivers medkontrahent skal utføre offentlig myndighetsutøvelse vil på denne bakgrunn kunne være omfattet av kunngjøringsplikten i forskriften §§ 9-1 og 18-1 i forskriften del II og III."

- (70) Dette taler for at forskriften kommer til anvendelse også for utøvelse av offentlig myndighetsutøvelse. Siden en vurdering av om det er tale om offentlig myndighetsutøvelse uansett må foretas helt konkret og basert på hvilke tvangsbeføyelser som her vil være aktuelle og slikt vedtak ennå ikke er truffet, er det på nåværende stadium ikke mulig å foreta en nærmere vurdering av dette. I det følgende vil det derfor bli lagt til grunn at forskriften kommer til anvendelse.

Hvorvidt innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium.

- (71) Klager har anført at innklagedes bruk av tildelingskriteriet "*Oppdragsforståelse*" er i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Det er vist til at det i tildelingskriteriet er vurdert forhold som også er vurdert i kvalifikasjonskravene og minstekravene, og til at det ikke fremgår tilstrekkelig klart av konkurransedokumentene at leverandørens egenskaper skal vurderes på ulik måte i kvalifikasjons- og tildelingsfasen.
- (72) Av kravspesifikasjonen punkt 4 "*Tildelingskriterier*" fremgår det at tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriften § 13-2.
- (73) Det følger forutsetningsvis av forskriften § 11-1 at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premiss (25)-(32).
- (74) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet og dermed er relevant for tildelingskriteriet økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. klagenemndas saker 2008/120 premiss (56)-(57) og 2009/88 premiss (26). Klagenemnda har likevel lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. sakene 2008/120 premiss (41) og 2008/92 premiss (90).
- (75) Sekretariatet vurderer først om måten innklagede i foreliggende sak har stilt minstekrav til tilbudene og satt "*Oppdragsforståelse*" som tildelingskriterium, må anses for å være i samsvar med regelverket. Det sentrale her er at minstekrav i denne relasjon vil knytte seg til den tilbudte tjenesten, og at tildelingskriterier ikke kan benyttes som minstekrav.
- (76) I foreliggende konkurranse har innklagede først stilt minstekrav til tilbudene knyttet til tjenestens faglige og etiske forsvarlighet, bruk av primærkontakt, erfaring, medisinshåndtering, aktivitetstilbud, registrering av opplysninger i IPLOS-registeret, rapportering til oppdragsgiver, og undervisningsopplegg, jf. kravspesifikasjonen punkt 3.1.4. Disse kravene vurderes enten som oppfylt eller ikke oppfylt ved evalueringen av

tilbudene. Deretter har innklagede angitt at følgende forhold skal evalueres under tildelingskriteriet "*Oppdragsforståelse*"; Beskrivelse av faglig og etisk modell og prinsipper, samt miljøterapeutiske metoder, beskrivelse vedrørende tiltenkt bemanningsfaktor med bemanningsplan for bruker, herunder kompetansesammensetning på dag, kveld, og natt med tilhørende begrunnelse, beskrivelse av boligen, beskrivelse av aktivitetstilbudet, beskrivelse og begrunnelse vedrørende valg av primærkontakt, og beskrivelse av andre beboere i bolig/samlokalisert bolig. Her er det ikke en oppfylt eller ikke-oppfylt vurdering, men en evaluering av hvor gode tilbudene anses å være på hvert av de angitte forholdene. Leverandørene skal under tildelingskriteriet "*Oppdragsforståelse*" beskrive hvordan de har forstått den konkrete brukerens behov. Det er altså kvaliteten på den tilbudte tjenesten, utover det som er satt som minimumskrav til denne i kravspesifikasjonen punkt 3.1.4, som blir vurdert. Oppsummeringsvis er det altså først stilt visse minimumskrav til tjenesten som må være oppfylt, og deretter er det angitt konkrete forhold som den tilbudte tjenestens godhet, utover oppfyllelsen av minstekravene, vil bli evaluert på basis av. Dette er fullt ut i samsvar med regelverket.

- (77) Sekretariatet tar så stilling til om forholdene som skal vurderes under tildelingskriteriet "*Oppdragsforståelse*" er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, de forhold som skal vurderes i kvalifikasjonskravet knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. I kravspesifikasjonens punkt 4.1.1, som anga hvilke forhold som ville bli vurdert under tildelingskriteriet "*Oppdragsforståelse*", fremgår det at det totalt er seks ulike forhold ved den tjenesten som tilbys, som konkret skal evalueres. Dette gjelder hvilken faglig og etisk modell tilbudet er basert på, tilbudets tiltenkte bemanning, den tilbudte bolig, det tilbudte aktivitetstilbud, den tilbudte primærkontakt og en vurdering av hvordan den aktuelle bruker vil passe sammen med de øvrige beboerne i den tilbudte bolig. Dette er altså ulike aspekter ved den tjenesten som konkret tilbys av den enkelte leverandør. I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 3.3.3 følger det at det er tre forhold hos leverandøren som skal vurderes for å kunne ta stilling til om denne er kvalifisert til å delta i konkurransen. Det kreves at leverandøren har en organisasjon som har evne til å utføre kontrakten, at leverandøren har erfaring fra tilsvarende oppdrag og at leverandøren har et kvalitetssikringssystem. I tildelingskriteriet er det altså ulike forhold ved den tilbudte tjeneste som skal evalueres, mens det i kvalifikasjonskravet er forhold ved leverandøren som sådan som skal vurderes. Etter sekretariatets syn kan ikke de forhold som skal vurderes under tildelingskriteriet "*Oppdragsforståelse*" anses for å være sammenfallende med, eller en gjentakelse av, de forhold som skal vurderes i kvalifikasjonskravet knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Dette er også tilstrekkelig klart angitt i konkurransedokumentene. Klagers anførsel på dette punkt fører derfor ikke frem.

Øvrige anførsler

- (78) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser på tre øvrige punkter, og at disse bruddene hver for seg medfører en avlysningsplikt.
- (79) For det første anfører klager at innklagede har brutt forskriften § 9-1, ved i kunngjøringen punkt II 1.5, samt i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 1.2, å angi at tjenestemottaker har (...), mens det i konkurransegrunnlaget punkt 2 opplyses at (...). Dette innebærer etter klagers oppfatning at kunngjøringen inneholder ufullstendige/uriktige opplysninger. For det annet anføres at innklagede har brutt regelverket ved å endre konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp. Dette skjedde

i e-post 9. september 2011, og refererer seg til beskrivelsen av den etterspurte ytelsen. Det hevdes både at endringen i seg selv utgjør et brudd og at endringen er vesentlig, hvilket i alle fall innebærer et brudd på regelverket. For det tredje anføres at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5, ved at beskrivelsen av den etterspurte ytelsen er så mangelfull at det ikke legges til rette for sammenlignbare tilbud.

- (80) For å kunne ta stilling til disse anførslene kreves det for det første inngående medisinsk kunnskap. Videre kreves det også kjennskap til leverandørmarkedet på dette området, og hvilke typer tjenester dette kan tilby. Denne typen kompetanse besitter ikke klagenemnda, som utelukkende består av jurister. Disse anførslene avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (81) Sekretariatet vil likevel bemerke i forhold til anførsel nummer to, at det ut fra dokumentasjonen som er fremlagt, kan se ut som det ved e-posten 9. september 2011 er foretatt en endring av konkurransegrunnlaget. I en konkurranse med forhandling er det imidlertid ikke ulovlig å endre konkurransegrunnlaget, så lenge endringen ikke er vesentlig, jf. klagenemndas praksis i sakene 2005/68 og 2009/280.
- (82) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen dels klart ikke kan føre frem, og dels krever medisinsk kunnskap, samt kjennskap til det relevante leverandørmarkedet og hvilke tjenester dette kan tilby, avvises klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med vennlig hilsen

Erlend Pedersen
gruppeleder (e.f.)

Silje Bruun Teigen
rådgiver