



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om tolketjenester. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved at konkurransegrunnlaget var for uklart utformet, eller ved å avvise klagers tilbud med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav f.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2014 i sak 2012/88

Klager: Noricom Nord AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl, Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, uklart konkurransegrunnlag, kravet til god forretningsskikk.

Bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 25. juli 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om tolketjenester. Anskaffelsens verdi er etter kunngjøringen punkt II.1.4 14 000 000 kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.2 angitt til å være 5. september 2011.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 "*Anskaffelsens omfang*" at anskaffelsen omfattet tolketjenester til åtte helseforetak. Det fremgikk videre at det var anledning til å inngi tilbud på alle helseforetak, eller deltilbud på de enkelte helseforetak. Det ville bli inngått avtale med én leverandør per helseforetak.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 7.1 "*Tildelingskriterier*" fremgikk det at kontrakter ville bli tildelt de tilbyderne som leverte beste pris på det enkelte helseforetak.
- (4) I konkurransegrunnlagets vedlegg 4 "*pris og betalingsvilkår*" var det inntatt et prisskjema der tilbyderne skulle fylle ut timepriser for ulike tolkingsoppdrag. Tilbyderne skulle fylle ut alle prisene for de helseforetakene tilbyderne ønsket å levere tilbud på. Dette prisskjemaet var utformet på følgende måte:

<i>"Pris uavhengig av hvilket språk"</i>			
<i>Pris skal oppgis inkludert alle utgifter slik som eks reise, kost og losji.</i>	Oppmøtetolking pris pr. time inkl. mva	Tolking pr telefon pris pr. time inkl. mva	Videomøtetelefon pris pr. time inkl. mva
<i>Pris for akutt henvendelse 1 timers responstid</i>			
<i>Dagtid fra kl. 06.00 – 18.00</i>			

<i>Kveld fra kl. 18.00 – 00.00</i>			
<i>Natt fra kl. 00.00 – 06.00</i>			
<i>Pris for vanlig henvendelse 3 timers responstid</i>			
<i>Dagtid fra kl. 06.00 – 18.00</i>			
<i>Kveld fra kl. 18.00 – 00.00</i>			
<i>Natt fra kl. 00.00 – 06.00"</i>			

- (5) Innklagede mottok syv tilbud innen tilbudsfristens utløp 5. september 2011, heriblant fra Noricom Nord AS (heretter klager). Vedlagt klagers tilbud fulgte et dokument med klagers forutsetninger for tilbudet. Fra dette dokumentet hitsettes:

"Når tolkebruker likevel må ha oppmøtetolk, selv om lokal tolk ikke kan skaffes, har vi følgende forutsetninger/rutine for levering av tilstedetolk:

- 1. Dersom en tolk må reise fra en kommune til en annen for å utføre et tolkeoppdrag og reisetiden er på mer enn en time, belastes kunde for den delen av reisen som blir gjort i annen kommune enn oppmøtestedets kommune. Det faktureres da for reisetid i annen kommune og transport, samt eventuell kost og losji i henhold til Statens reiseregulativ.*
 - 2. Reise (inkl. alle kostnader) på inntil en time er alltid inkludert i prisen for første tolketime ved fremmøte, selv om tolken reiser fra en kommune til en annen.*
 - 3. Reise (inkl. alle kostnader) innenfor oppmøtestedets kommune er alltid inkludert i prisen for første tolketime ved fremmøte, selv om reisetiden skulle utgjøre mer enn en time."*
- (6) I dokument med spørsmål og svar fra uke 35 2011 var det stilt et spørsmål om den årlige verdien for anskaffelsen - totalt og per helseforetak. Til dette svarte innklagede at *"kontraktsverdien er estimert til 14 mill fordelt på 4 år for alle HF. Det foreligger ikke noe eksakt estimat for fordeling, men St. Olavs Hospital HF står for den største andelen og antas å ligge på 50 %. Det resterende vil fordeles avhengig av behov, noe som er vanskelig å forutsi på forhånd."*
- (7) Innklagede sendte et brev til klager 2. februar 2012 og opplyste om at klagers tilbud var avvist. Begrunnelsen var at tilbudet inneholdt et forbehold knyttet til reiseutgifter som kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og som ikke kunne prises av innklagede.
- (8) Klager sendte en klage på avvisningsvedtaket 9. februar 2012, og påpekte at innklagede hadde en plikt til å prissette avviket i klagers tilbud. Videre påpekte klager at innklagede hadde brutt regelverket ved at konkurransegrunnlaget var for uklart utformet og at innklagede hadde opptrådt i strid med kravet til god forretningsskikk. Innklagede svarte i brev datert 26. mars 2012, og tok ikke klagen til følge.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. april 2012.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. april 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (11) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav f, selv om innklagede kunne ha priset forbeholdet i klagers tilbud. Innklagede kunne etter et forsvarlig innkjøpsfaglig skjønn priset forbeholdet med grunnlag i den retningslinje som var presentert og kunnskap om tidligere kjøp og interne krav til oppmøtetolking.

Uklart konkurransegrunnlag

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at konkurransegrunnlaget var for uklart utformet. Tilbyderne skulle oppgi en timepris for oppmøtetolking, inkludert reiseutgifter og overnattingsutgifter, uten at det var gitt opplysninger om hvor mye oppmøtetolking som var påregnelig og hvor denne skulle finne sted. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede kan kreve oppmøtetolk i henhold til tilbudte priser. Det er derfor av avgjørende betydning for tilbyderne å få informasjon om antall oppdrag som gjelder oppmøtetolking, varigheten på disse oppdragene og lengden på reisen. Oppdragsgiver har lenge kjøpt tolketjenester, og sitter dermed på informasjon om hvor stort behovet for oppmøtetolking er. Denne informasjonen måtte fremkomme i konkurransegrunnlaget.

Konkurransegrunnlag i strid med god forretningsskikk

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 og forskriften § 3-1 (6) ved at kombinasjonen av manglende opplysninger i konkurransegrunnlaget og innklagedes rett til å instruere om når det skal brukes oppmøtetolk, uavhengig av reiselengde og oppdragsvarighet, gir en kommersiell ubalanse mellom tilbyder og oppdragsgiver som er i strid med kravet til god forretningsskikk.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (14) Innklagede bestrider at det var et brudd på regelverket å avvise klagers tilbud med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav f, ettersom tilbudet fra klager inneholdt forbehold som kunne medføre tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Klagers forbehold lot seg ikke prise for oppdragsgiver.

Uklart konkurransegrunnlag

- (15) Innklagede bestrider at konkurransegrunnlaget var uklart utformet. Det fremkom klart av prisarket i vedlegg B2 at det kunne inngis tilbud for alle helseforetak eller for et helseforetak. Det var videre klart presisert at det skulle oppgis pris inkludert alle utgifter slik eksempelvis reise, telefon, kost og losji. Innklagede har videre presisert at det estimeres at 50 % av tolkemengden vil bli gjennomført på St. Olavs Hospital. Dersom innklagede hadde lagt til grunn reisekostnader for tilreisende oppmøtetolk etter statens reiseregulativ ville dette skape en uforutsigbar situasjon for innklagede ved at man ikke kunne forutse den reelle kostnaden per oppdrag, ettersom kostnadene ville variert

avhengig av reise til det enkelte helseforetak. En slik praksis ville være i strid med kravene til forutberegnelighet, likebehandling og tildelingskriteriet laveste pris.

Konkurransegrunnlag i strid med god forretningsskikk

- (16) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 og forskriften § 3-1 (6). Det foreligger ingen kommersiell ubalanse mellom tilbyder og oppdragsgiver som er i strid med kravet til god forretningsskikk. Klager har anledning til å prise risikoen ved kostnaden for reise i sitt pristilbud. Dersom innklagede skulle ha oppgitt et estimat over oppmøtetolk som manglet faktisk grunnlag, ville dette medføre en større risiko for klager ved at det ikke kan forhandles om pris i avtaleperioden.

Klagenemndas vurdering:

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtaler om tolketjenester som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 27. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.4 estimert til kroner 14 000 000. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1.

Uklart konkurransegrunnlag

- (18) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at konkurransegrunnlaget var for uklart utformet. Klager viser til at tilbyderne skulle oppgi en timepris for oppmøtetolking, inkludert reiseutgifter og overnattingsutgifter, uten at det var gitt opplysninger om hvor mye oppmøtetolking som var påregnelig og hvor denne skulle finne sted.
- (19) Av forskriften § 8-1 første ledd fremgår at konkurransegrunnlaget skal inneholde en tilstrekkelig og fullstendig beskrivelse av *"hva som skal anskaffes"*.
- (20) I klagenemndas sak 2008/27 (premiss 48) slo nemnda fast at oppdragsgiver i henhold til kravet til forutberegnelighet i loven § 5 har plikt til å: *"gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag å inngi tilbud på basis av"*. Dette gjentas i klagenemndas sak 2011/249 og sak 2010/219.
- (21) Det følger av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 at konkurransegrunnlaget må være utformet på en klar og utvetydig måte, jf. klagenemndas sak 2011/249 premiss (32) med videre henvisninger. På bakgrunn av tidligere praksis, herunder EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction), konkluderte nemnda i sakens premiss (36) med at dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget *"må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres"* og at det må *"inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud"*.
- (22) I prisskjemaet var det opplyst at pris *"oppgis inkludert alle utgifter slik som eks reise, kost og losji"*. Slik konkurransegrunnlaget var utformet var det ikke uklart for tilbyderne hvordan tilbudet skulle prises, eller hva som skulle være inkludert i prisene. Problemstillingen er imidlertid om innklagede har gitt tilbyderne tilstrekkelig

informasjon om anskaffelsens karakter og omfang til at tilbyderne hadde et forsvarlig grunnlag til å inngi tilbud.

- (23) Det fremgikk ikke hvor stor andel av tolkeoppdragene som ville være oppmøtetolking, eller hva som var avgjørende for om det ble ansett som nødvendig med oppmøtetolking i det enkelte tilfelle. Det fremgikk heller ikke noe om hvor det var forventet at oppmøtetolkingsoppdragene ville finne sted. På spørsmål fra en tilbyder opplyste imidlertid innklagede at "*St. Olavs Hospital HF står for den største andelen og antas å ligge på 50 %*". Denne uttalelsen gjaldt alle tolkeoppdrag, ikke oppmøtetolking spesielt.
- (24) Hvor stor andel av tolkingsoppdragene som var oppmøtetolking, hvor mange oppdrag som krevde oppmøtetolking, varigheten på disse oppdragene og hvor det var antatt at oppmøtetolkningen ville finne sted, er faktorer som vil ha en betydning for hvilke priser tilbyderne kan tilby.
- (25) Innklagede har opplyst at behovene for tolk vil avhenge av den enkelte pasients behov, samt at det er den faglige vurderingen av behovet for tolkemåte som avgjør hvilken tolkeform som skal velges, og at det derfor ikke har vært ønskelig for innklagede å forhåndsdefinere omfang innenfor de enkelte tolkeformer. Det hefter altså flere usikkerhetsfaktorer ved hvilke bestillinger som kan forventes på rammeavtalen, slik at det var vanskelig å gi overslag.
- (26) Innklagede har også opplyst at innklagede mangler faktisk grunnlag til å estimere hvor stor andel av tolkingsoppdragene som vil være oppmøtetolking. Etter hva klagenemnda har forstått har innklagede ikke tidligere hatt en tilsvarende rammeavtale som den foreliggende, slik at innklagede ikke har direkte overførbare historiske tall knyttet til tolkingsbehovet. Klagenemnda finner ikke grunn til å tvile på innklagedes opplysninger om at innklagede ikke hadde grunnlag for å utforme et estimat over hvor stor andel av tolkingsoppdragene som vil være oppmøtetolking, eller hvor oppmøtetolkningen ville finne sted. Basert på dette hadde innklagede ikke en plikt til å gi opplysninger om disse forholdene i konkurransegrunnlaget.
- (27) Innklagede har opplyst å ha forsøkt å utjevne den eventuelle risiko som ble påført tilbyderne, ved at konkurransen åpnet for at det ville bli inngått kontrakt med én leverandør per helseforetak. Hvert helseforetak er samlet på et begrenset område, og det vil dermed være kun et begrenset område som vil være reisested for oppmøtetolk per helseforetak. Innklagede har på denne måten begrenset den risikoen tilbyderne må ta ved å ikke vite hvor mange oppdrag som vil kreve oppmøtetolk, og hvor dette vil finne sted. Ved at innklagede har åpnet for at det kan gis tilbud på bare noen av helseforetakene, og at det kan tilbys forskjellige priser på de ulike helseforetakene, kan tilbyderne gi lave priser for de helseforetakene som ligger i områder der tilbyderne har mange tolker, mens prisene kan økes for helseforetak der tilbyderne vet at oppmøtetolking krever en del reising. At det fremdeles vil være en usikkerhet knyttet til prisingen av oppmøtetolk ved at antall oppdrag og varigheten på disse er usikker, kan ikke innebære at innklagede har brutt regelverket ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Ved innlevering av tilbud vil det som regel alltid være enkelte forhold som er uklare for tilbyderne, og usikkerhet knyttet til hvor lønnsom en kontrakt i praksis vil bli. Tilbyderne har i slike tilfeller anledning til å ta høyde for denne usikkerheten ved prisingen av tilbudene. Ettersom innklagede i foreliggende tilfelle mangler faktisk grunnlag for å gi mer detaljert informasjon til tilbyderne, og har søkt å begrense tilbyderens risiko og usikkerhet ved å dele opp anskaffelsen i flere kontrakter, har innklagede ikke brutt kravet til

forutberegnelighet i loven § 5 ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Klagers anførsel fører ikke frem.

Konkurransegrunnlag i strid med god forretningsskikk

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 og forskriften § 3-1 (6). Kombinasjonen av manglende opplysninger i konkurransegrunnlaget og innklagedes rett til å instruere om når det skal brukes oppmøtetolk, uavhengig av reiselengde og oppdragsvarighet, gir en kommersiell ubalanse mellom tilbyder og oppdragsgiver som er i strid med kravet til god forretningsskikk.
- (29) Som det fremgår av vurderingen over hadde ikke innklagede den informasjonen som klager savnet i konkurransegrunnlaget, men har forsøkt å veie opp for dette ved å dele opp konkurransen til å gjelde hvert enkelt helseforetak. Vurderingen av når det skal benyttes oppmøtetolk ligger innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn. Den risiko som pålegges klager ved at innklagede kan bestemme når de ulike tolkingsformene skal benyttes er ikke større enn den risikoen tilbydere i anbudskonkurranser må akseptere, og som tilbyderne må ta høyde for ved prisingen av tilbudene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Avvisning av klagers tilbud

- (30) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav f, selv om innklagede kunne ha priset forbeholdet i klagers tilbud.
- (31) Etter forskriften § 20-13 (1) bokstav f har oppdragsgiver plikt til å avvise et tilbud dersom *"det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene."*
- (32) Partene er enig om at tilbudet fra klager inneholdt et forbehold knyttet til prising av oppmøtetolk. Forbeholdet gikk ut på at timepris for oppmøtetolk ikke inkluderte reiseutgifter og utgifter til kost og losji, dersom en tolk måtte reise til en annen kommune, og reisen var på mer enn én time. I slike tilfeller forbeholdt klager seg retten til på fakturere reisetid, transport og kost og losji i henhold til Statens reiseregulativ. Forbeholdet har dermed en økonomisk verdi, og innklagede har som utgangspunkt plikt til å prise forholdet, jf. for eksempel klagenemndas sak 2008/62 premiss (40) og sak 2010/159 premiss (66).
- (33) Innklagede har opplyst at det ble foretatt en vurdering av klagers forbehold, og at innklagede kom til at forbeholdet ikke kunne prises. Innklagede viser videre til at det på grunn av klagers forbeholdet var tvil om hvordan tilbudet skulle rangeres i forhold til de andre tilbudene. Takseringen av forbehold og avvik er underlagt innklagedes skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda. Ettersom innklagede ikke hadde tall på hvor mange oppdrag det ville bli aktuelt med oppmøtetolk, hvor disse oppdragene ville finne sted, eller hvor klagers tolker skulle komme reisende fra, er det vanskelig å se hvordan innklagede kunne priset forbeholdet i klagers tilbud på en forsvarlig måte. Klagenemnda finner ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes konklusjon om at klagers faktiske driftskostnader ikke var mulig å prise i en slik grad at tilbudene kunne sammenlignes.

- (34) Klagers tilbud var ikke sammenlignbart med de øvrige tilbudene, og avvisningen var dermed berettiget med hjemmel i forskriften § 11-11 (1) bokstav f.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 29. april 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl