



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med en leverandør om levering av bedriftshelsetjenester til en kommune. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi private bedrifter i Modum kommune rett til å slutte seg til avtalen om levering av bedriftshelsetjenester uten å angi tilstrekkelig klart hvem dette gjaldt, og gi opplysninger som gjorde det mulig å beregne kontraktens størrelse. Feilen medførte en plikt for innklagede til å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 29. oktober 2012 i sak 2012/195

Klager: Frisk HMS

Innklaget: Modum kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Angivelse av kontraktsparter, avlysningsplikt.

Bakgrunn:

- (1) Modum kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. mars 2012 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med en leverandør om levering av bedriftshelsetjenester. Fra konkurransegrunnlaget hitsettes følgende opplysninger:

"2.1 Anskaffelsens omfang

Konkurransen gjelder tjenesteanskaffelse for levering av bedriftshelsetjeneste til Modum kommune, heretter kalt oppdragsgiver. Bedriftshelsetjenesten skal gi oppdragsgiver et helhetlig tilbud som omfatter både det fysiske, det organisatoriske og det psykososiale arbeidsmiljø, i tråd med arbeidsmiljølovens bestemmelser.

[...]

4 Pris og leveringsbetingelser

4.1 Pris- og leveringsbetingelser

- 1. Vi ber om pris pr ansatt pr år for leveranse etter lovens krav, med tinesspesifikasjon på ulike tiltak.*
- 2. Vi ber om pris pr ansatt pr år for leveranse ut over lovens krav (andre yrkesgrupper), med tinesspesifikasjon på ulike tiltak.*
- 3. Vi ber om prising av leveranser på ytterligere tjenester leverandør mener er hensiktsmessige. Herunder skal det gis pris på tjenester spesifisert i pkt. 5.2.*

4. I dagens ordning inngår en 20 % skolelegestilling i avtalen med bedriftshelsetjenesten. Det er ikke et krav at dette skal fortsette, men vi ber om at tilbyder kommenterer dette punkt. Hvis tilbyder kan levere denne tjenesten, bes det om at timespris oppgis. Dette punkt vil ikke påvirke valg av leverandør.

Prisene skal oppgis eksklusive mva., men inkludert alle leverandørens øvrige kostnader (gebyrer, godtgjørelser og lignende).

Fakturagebyr eller andre former for gebyrer aksepteres ikke.

Prisen kan endres 1 gang pr år, første gang det er mulig er endring fra 1.1.2014, begrenset oppad til et beløp som tilsvarer økningen i Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks (hovedindeksen) med utgangspunkt i indeksen for den måned oppdraget startet.

For øvrig vises det til rammeavtalens pkt 5, vedlegg 1, og de alminnelige innkjøpsvilkår, vedlegg 2.

[...]

5 Kravspesifikasjon

Konkurranses grunnlaget omfatter Modum kommune (oppdragsgiver) og alle enheter/virksomheter i kommunen. Se vedlegg 5 for oversikt over enheter/virksomheter. Andre bedrifter i Modum kommune gis rett til å slutte seg til på samme vilkår.

5.1 Forskrift om arbeidsgivers bruk av godkjent bedriftshelsetjeneste og om godkjenning av bedriftshelsetjeneste, F10.09.2009 nr 1173

[...]

5.2 Nærmere beskrivelse av tjenesten

Bedriftshelsetjenesten skal inneha kompetanse på kommunens ulike arbeidsmiljø. Det skal bl.a. kunne gjennomføres:

- helseundersøkelser av røykdykkere
- helseundersøkelser av rørleggere
- helseundersøkelser av driftsoperatører ved avløpsanlegg
- helseundersøkelser av nattevakter
- organisering og oppfølging av dialogmøter
- kurs i førstehjelp, forflytning og jobbmestring
- andre relevante forebyggende og helsefremmende tiltak
- målinger i forbindelse med miljørettet helsevern i skoler/barnehager, jf. forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler m.v.

[...]

6 Tildelingskriterier

Ut fra kriteriene som er listet opp vil det økonomisk mest fordelaktige tilbudet bli valgt:

- Pris Vekt 50 %

- *Kvalitet Vekt 50 %*

6.1 Pris

- *Jf. pkt. 4.*
- *Laveste pris iht. lovens bestemmelser.*
- *Kost nytte vurdering etter prinsippet "det mest økonomisk fordelaktige tilbud".*

6.2 Kvalitet

- *Tilbyder skal beskrive sin organisasjon/bemanning for dette oppdraget (jf. kravspesifikasjon), med navn, CV og kontaktinformasjon for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget. Ved bruk av samarbeidspartner/underleverandør må dette beskrives.*
 - *Dersom faglig kompetanse mangler, beskriv hvordan bedriftshelsetjenesten har tenkt å skaffe seg nødvendig kompetanse.*
 - *Beskrive kompetanse og erfaring på arbeidsområdene beskrevet i pkt. 5. Kommunen vil kontakte referanser med fokus på brukertilfredshet.*
 - *Beskriv hvordan faglig kompetanse i organisasjonen ivaretas.*
 - *Tilbyder bes beskrive den service/oppfølging som bedriftshelsetjenesten kan gi, herunder kontaktperson, kundeoppfølging med samarbeidsmøter og rapportering, tilgjengelighet, betjeningsevne og fleksibilitet.*
 - *Tilbyder må redegjøre for tidsrammen ved følgende henvendelser fra kommunen:*
 - *akutte henvendelser*
 - *rådgivning, konsultasjoner*
 - *telefoner/e-post*
- (2) Innklagede mottok tilbud fra to leverandører innen tilbudsfristen mandag 16. april 2012 klokken 13.00. Dette var Frisk HMS AS (heretter kalt klager) og Modum Felles Bedriftshelsetjeneste. Innklagede informerte klager om at Modum Felles Bedriftshelsetjeneste var valgt som leverandør ved brev 7. mai 2012.
- (3) I brev til innklagede 21. mai 2012 påklaget klager beslutningen om valg av leverandør. I brevet anførte klager at innklagede hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved evalueringen av tildelingskriteriene "*Pris*" og "*Kvalitet*", at valgte leverandør hadde mottatt informasjon fra innklagede som klager ikke hadde fått, og at flere av innklagedes ansatte var inhabile ved gjennomføringen av konkurransen.
- (4) Innklagede avsto klagen i brev 11. juni 2012. Fra brevet hitsettes følgende:

"Kommentarer til hvilke personer som deltok i vurderingen av tilbudene

Steinar Berget, Hege Bendiksby, Grete Oshaug, hovedverneombud Trond Martinsen og Hege Fåsen deltok i arbeidet med konkurransegrunnlaget. Gruppen bestemte seg tidlig for i all hovedsak å legge til grunn anbudsgrunnlaget fra Øvre og Nedre Eiker kommune. Konkurransgrunnlaget har også vært behandlet i rådmannens ledergruppe.

Konkurransegrunnlaget har vært til behandling i partssammensatt utvalg og i formannskapet. Under den politiske behandlingen ble det vedtatt at kommunen skulle ta

inn bestemmelsen om kontor i kommunen og at bedrifter i kommunen skal ha rett til å slutte seg til på samme vilkår. Arbeidsgruppen har i det alt vesentligste lagt til grunn konkurransegrunnlaget til Øvre og Nedre Eiker. De endringene som er gjort er i hovedsak kommet fram under den politiske behandlingen og de favoriserer ikke noen av tilbyderne. Fristen for å inngi tilbud var på 6 uker, noe som er en lang frist.

Leder i arbeidsgruppen ble før man startet evalueringen av tilbudene oppmerksom på at kommunens hovedverneombud sitter i styret i MFB. Kommunen vurderte da om hans medvirkning under utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget på noen måte kan ha gitt MFB en fordel i konkurransen. Hovedverneombudet har ikke vært tilstede under styremøter i MFB etter at han tiltrådte i arbeidsgruppa. Hovedverneombudet har heller ikke kommet med innspill til konkurransegrunnlaget som kan ha gitt MFB noen fordel i konkurransen. Selv om kommunen ser at det er uheldig at han har deltatt kan vi ikke se at dette har gitt MFB noen fordel i konkurransen.

Det er Steinar Berget, Hege Bendiksby og Hege Fåsen som har deltatt i evalueringen av tilbudene. Kommunens ledelse ved helse- og sosialsjef og rådmann har vært informert om arbeidet ved vurdering av tilbudene."

- (5) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev 6. august 2012. I brev 22. august 2012 informerte innklagede klagenemnda om at kontrakt ikke ville bli inngått før etter at klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (6) Innklagede har brutt forskriften § 6-1 (3) ved å kreve at andre bedrifter i kommunen skal gis rett til å slutte seg til rammeavtalen på samme vilkår som innklagede selv. Etter forskriften § 6-1 (3) kan rammeavtale kun inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen.
- (7) På grunn av sakens resultat gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

- (8) Innklagede er enig med klager i at andre bedrifter ikke kan kreve å slutte seg til kontrakten. Dette punktet er tatt inn som et ønske fra politisk nivå om at bedrifter som ikke er offentlige oppdragsgivere skal få samme vilkår som kommunen, og kan ikke ses som en forpliktelse for leverandøren eller en direkte rett for private bedrifter i kommunen. Punktet er ikke vektlagt ved evalueringen av tilbudene.
- (9) På grunn av sakens resultat gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (10) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder bedriftshelsetjenester som er en uprioritert tjeneste i kategori 25, med CPV-kode 85147000. 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 del II, jf. forskriftens § 2-1 (5).

- (11) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 6-1 (3) ved å kreve at andre bedrifter i kommunen skal kunne slutte seg til rammeavtalen på samme vilkår som innklagede selv. Klagenemnda forstår anførselen slik at klager mener at det kun er oppdragsgivere som er navngitt spesifikt i konkurransedokumentene som kan benytte seg av rammeavtalen, og at innklagede ikke kan gi andre enn disse rett til å slutte seg til avtalen.
- (12) I konkurransegrunnlaget punkt 5 "*Kravspesifikasjon*" fremgår det at konkurransegrunnlaget omfatter Modum kommune med alle underliggende enheter, og at "*[a]ndre bedrifter i Modum kommune gis rett til å slutte seg til på samme vilkår*".
- (13) Innklagede har uttalt at dette ikke kan forstås slik at private bedrifter kan kreve å slutte seg til avtalen, men at det utelukkende er et ønske fra kommunens side om at andre enn offentlige oppdragsgivere skal kunne få samme vilkår som kommunen. Slik konkurransegrunnlaget punkt 5 er formulert, fremgår det imidlertid at bedriftene i kommunen gis en ubetinget rett til å slutte seg til avtalen, og innklagede kan derfor ikke høres med sitt synspunkt.
- (14) I forskriften § 6-1 (3), som klager har vist til i sin anførsel, fremgår det at "*[k]ontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen*".
- (15) Forskriften § 6-1 er likelydende med forskriften § 15-1, som gjennomfører EUs direktiv 2004/18/EF artikkel 32 i norsk rett. Før vedtakelsen av denne bestemmelsen var det i EU ikke fastsatt egne bestemmelser om rammeavtaler. Bruk av rammeavtaler var likevel utbredt, og det oppsto dermed også spørsmål om hvem som kunne inngå kontrakt på bakgrunn av en kunngjort konkurranse om en rammeavtale. I "*The rules of public and utilities procurement*" 2. utgave fra 2005, skriver Sue Arrowsmith på side 690 og 691 blant annet følgende om spørsmålet om alle oppdragsgivere som skal benytte en rammeavtale må navngis i kunngjøringen, og de hensyn som gjør seg gjeldende ved avgjørelsen av dette spørsmålet:

"One view is that a particular framework awarded under the regulations/directives can be used only by a procuring entity that has agreed to become party to the framework at the time of the award procedure. (Such a rule is arguable expressly applied by the new directive, as discussed later). If this is the case, the names of the user entities must probably be given in the notice or contract documents. The notice must probably also give sufficient information on the intended users to allow interested providers to judge the size of the project, and to establish whether particular entities that they are interested in supplying might be covered.

A more flexible view is that frameworks can in principle be used by entities that are not party at the outset and are not identified by name in either the notice or documents. If that is the case, however, transparency requires that the description in the notice must still be sufficient for interested parties to judge the likely size of the project. For example, it is probably not sufficient to indicate that there are three defined entities intending to use the framework but that it may also be extended to other public sector bodies in general. Further, when a sufficient indication of the size is given, further work (including by adding new entities) cannot be attached if this results in a material change to the scope (that is, one that would have been likely to affect the decision of some firms on whether or not to participate)."

- (16) Arrowsmith fremhever her at uansett om det må kreves at alle oppdragsgivernes navn angis spesifikt eller kun ved en mer upresis angivelse, så må minstekravet til de opplysningene som skal gis settes slik at leverandørene er i stand til å "*judge the likely size of the project*." Dette hensynet kommer også til uttrykk gjennom de alminnelige reglene om utformingen av kunngjøring og konkurransegrunnlag. Formålet med kunngjøringsplikten i forskriften §§ 9-1 og 18-1 er at leverandørene i størst mulig grad skal kunne avgjøre om det er grunnlag for inngivelse av tilbud, jf. veilederen side 134 og klagenemndas sak 2011/291 premiss (31). I klagenemndas sak 2010/233 premiss (32) uttalte nemnda blant annet at det er "*av avgjørende betydning at kunngjøringen klart angir hva som skal anskaffes, og hvordan konkurransen skal gjennomføres*". Når det gjelder konkurransegrunnlaget, følger det av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 5 at dette må være utformet på en klar og tydelig måte, jf. klagenemndas sak 2011/249 premiss (32) med videre henvisninger. I sakens premiss (36) konkluderte nemnda med at dette innebærer 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*". For sistnevnte hensyn kan det også vises til klagenemndas uttalelse i sak 2010/157 premiss (41).
- (17) De hensynene som begrunner kravene til utforming av kunngjøring og konkurransegrunnlag gjør seg også gjeldende når deler av en anskaffelse som gjennomføres av en offentlig oppdragsgiver skal leveres til private bedrifter. Dette tilsier at kravene til utformingen av kunngjøring og konkurransegrunnlag også må gjelde for disse delene av anskaffelsen. Dersom private bedrifter skal være omfattet av en avtale som inngås av en offentlig oppdragsgiver må det derfor være tilstrekkelig angitt hvem disse bedriftene er, og omfanget av leveringen til den eller de aktuelle bedriftene må hensyntas ved beskrivelsen av anskaffelsen.
- (18) I foreliggende sak har innklagede kun angitt at "*[a]ndre bedrifter i Modum kommune*" gis rett til å slutte seg til avtalen. En slik generell adgang til å knytte seg til avtalen, medfører at det ikke er forutberegnelig for leverandørene hvorvidt noen av bedriftene i kommunen vil slutte seg til avtalene, og eventuelt hvor mange og hvem som vil gjøre dette. Dette må antas å være opplysninger som både har betydning for om en leverandør ønsker å inngi tilbud, og som har betydning for hvilke priser og andre vilkår leverandøren ønsker å tilby. Innklagede har heller ikke tatt hensyn til den retten som er gitt bedriftene i kommunen ved beskrivelsen av anskaffelsen. I konkurransegrunnlaget er det for eksempel opplyst hvor mange ansatte innklagede har, opplysninger som er sentrale for at leverandørene skal kunne beregne hvilken kapasitet som er nødvendig for å utføre oppdraget og hvilke priser som skal gis. Det er imidlertid ikke gitt noen form for opplysninger som gjør det mulig å beregne hva som vil være kontraktens totale størrelse når den retten som er gitt bedriftene i kommunen inkluderes. Videre vil en slik klausul som innklagede her har inntatt, kunne påvirke kontraktsforhold som leverandøren allerede har, ved at eksisterende kunder kan kreve sin avtale konvertert til en avtale med samme vilkår som de som kommunen med dens enheter gis. Klausulen vil også påvirke fremtidige kontraktsforhold, ved at bedrifter i Modum som ønsker å inngå kontrakt med valgte leverandør, kan kreve å gjøre dette på de kontraktsvilkår som valgte leverandør har tilbudt kommunen med dens enheter. Det er helt vanlig at en leverandør differensierer sine priser og andre vilkår avhengig av hvem som er avtalepart. Innklagedes klausul er derfor inngripende konkurransemessig sett, og det

kan her vises til forbudet i forskriften § 6-1 (5), hvor det heter at: *"Oppdragsgiver må ikke misbruke rammeavtaler eller anvende dem på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen."*

- (19) Klagenemnda finner på bakgrunn av det ovennevnte at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi private bedrifter i Modum kommune rett til å slutte seg til avtalen om levering av bedriftshelsetjenester uten å angi tilstrekkelig klart hvem dette gjelder, og gi opplysninger som gjør det mulig å beregne kontraktens størrelse.
- (20) For å ta stilling til hvorvidt klager har saklig interesse i å få avgjort de øvrige anførslene som er fremsatt, må klagenemnda ta stilling til om den feil som er konstatert innebærer at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen.
- (21) Basert på førsteinstansdomstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61):

"Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."

- (22) Som konstatert over, har innklagede i foreliggende sak brutt regelverket ved utformingen av konkurransegrunnlaget. Bedrifter i kommunen er gitt adgang til å slutte seg til avtalen, uten at det i tilstrekkelig grad er presisert hvem dette gjelder og gitt opplysninger som gjør det mulig å beregne kontraktens størrelse.
- (23) Spørsmål om plikt til avlysning på grunn av en lignende situasjon ble behandlet i klagenemndas sak 2010/234, der den offentlige oppdragsgiver hadde unnlatt å gi opplysninger om anskaffelsens anslåtte totalverdi og det antall enheter oppdragsgiver regnet med å kjøpe av hvert produkt rammeavtalen omfattet. Klagenemnda uttalte at dette var opplysninger som var av vesentlig betydning når leverandørene skulle avgjøre om de skulle gi tilbud og ved den konkrete utformingen av prisene. Klagenemnda konkluderte med at konkurransen kunne fått et annet utfall for leverandøren som klaget dersom feilen ikke var begått, og at det måtte anses påvist at feilen kunne ha virket inn på deltakelsen i konkurransen. Konkurransen skulle derfor vært avlyst. Også i klagenemndas sak 2010/157 ble det konstatert avlysningsplikt som følge av at oppdragsgiver ikke hadde angitt noen budsjettamme for anskaffelsen.
- (24) Ettersom også foreliggende sak mangler opplysninger om kontraktens størrelse, må lignende betraktninger legges til grunn her. Slik klagenemnda ser det kan feilen ha påvirket deltakelsen i konkurransen, og klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.
- (25) Ut fra det resultat klagenemnda er kommet til, har ikke klager saklig interesse i å få avgjort sine øvrige anførsler.

Konklusjon:

Modum kommune har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi private bedrifter i Modum kommune rett til å slutte seg til avtalen om levering av bedriftshelsetjenester uten å angi tilstrekkelig klart hvem dette gjelder, og gi opplysninger som gjør det mulig å beregne kontraktens størrelse.

Klagers øvrige anførsler er ikke behandlet.

Bergen, 29. oktober 2012
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim