



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om vikartjenester innen helsesektoren. Klagenemnda kom til at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å oppstille et krav som påla leverandøren risikoen for merkostnader i tilfeller hvor vikarer måtte hentes inn fra andre leverandører.

Klagenemndas avgjørelse 09.12.2014 i sak 2013/151

Klager: AMBIO Helse AS

Innklaget: Vadsø kommune

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

Saken gjelder: De generelle kravene i § 5

Bakgrunn:

- (1) På vegne av Vadsø kommune (heretter innklagede) kunngjorde Finnut Consult AS 21. oktober 2013 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om vikartjenester innen helsesektoren. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.5 angitt å være 2-3 millioner hvert år. I samme punkt er det opplyst at kontrakten hadde en varighet på 4 år, med mulighet for forlengelse i ett år. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt å være 29. november 2013.
- (2) Det ble opplyst i kunngjøringen punkt II.1.4, at rammeavtalen skulle inngås med kun én leverandør.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 2 fremgikk:

"Det historiske forbruket kan bare med store forbehold benyttes som anslag for forventet forbruk i kommende periode da behov for vikarer varierer og er avhengig av faktorer utenfor Oppdragsgivers kontroll. Oppdragsgiver har som mål å redusere bruken av innleide vikarer. Oppdragsgiver forplikter seg ikke til å kjøpe tjenester for en fast sum, men kjøpe tjenester etter behov."
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 gikk det frem at anskaffelsen gjaldt både planlagte og akutte oppdrag.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 fremgikk det at følgende produkter skulle inngå i anskaffelsen:

Kategori	Beskrivelse	Antall	Enhet
----------	-------------	--------	-------

1. Sykepleiere	1. Ordinær arbeidstid	480,00	timer
1. Sykepleiere	2. 50 % overtid	14,00	timer
1. Sykepleiere	3. 100 % overtid	7,00	timer
2. Helsefagarbeidere	1. Ordinær arbeidstid	200,00	timer
2. Helsefagarbeidere	2. 50 % overtid	6,00	timer
2. Helsefagarbeidere	3. 100 % overtid	3,00	timer
3. Ufaglærte	1. Ordinær arbeidstid	320,00	timer
3. Ufaglærte	2. 50 % overtid	10,00	timer
3. Ufaglærte	3. 100 % overtid	4,00	timer

- (6) I kravspesifikasjonen inntatt i konkurransegrunnlaget, punkt 2.0 fremgikk:

"Hvis leverandør ikke kan levere vikar for forespurt periode, kan Oppdragsgiver hente inn vikar hos en annen leverandør for hele perioden. Leverandøren betaler da merkostnaden Oppdragsgiver har hatt for denne leveransen."

- (7) Følgende spørsmål ble stilt og besvart i anbudssystemet Mercell, 19. november 2013:

"Spørsmål 12.

Vedr 2.0 krav til vikarer og leveranseforhold:

- a. kan krav om å dekke merkostnad (ved å benytte annen leverandør) utgå - evt radikalt reduseres, slik at man slipper å ta forbehold når man legger inn sitt tilbud?*
- b. Kan 50% mulkt reduseres til 1%, av samme grunn?*

Svar spørsmål 12.

*a. Nei. Oppdragsgiver forventer at disse kravene overholdes. Viser for øvrig til følgende formulering i konkurransegrunnlagets pkt. 2.
Ufullstendige anbudsbesvarelser - eller besvarelser som inneholder forbehold, feil eller uklarheter som kan medføre tvil om hvordan anbudet skal bedømmes - avvises.*

b. Nei."

- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede seks tilbud, heriblant fra Valmon Helsevikar AS (heretter valgte leverandør).

- (9) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 16. januar 2014.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. desember 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Kontraktbestemmelsen vedrørende økonomisk ansvar er usaklig konkurransebegrensende, samt i strid med proporsjonalitetsprinsippet, og dermed i strid med loven § 5 og forskriften § 3-1 (1) og (5) samt § 3-11 (2).
- (12) Kravet medfører en uforholdsmessig stor risiko for leverandørene, en risiko det ikke er mulig å prissette grunnet manglende oversikt over tidspunkt og omfang av avrop, at det er forutsatt hasteoppdrag, samt manglende øvre grense for hva leverandøren er forpliktet å erstatte. Kravet vil innebære at nystartede og små og mellomstore leverandører i realiteten avskjæres fra deltakelse. Det å pålegge leverandørene en så stor og ukalkulerbar risiko er ikke nødvendig for å sikre leveringssikkerhet.

Innklagedes anførsler:

- (13) Oppdragsgivers skjønnsutøvelse er i samsvar med det grunnleggende kravet om konkurranse i loven § 5. Innen tilbudsfristen kom det inn seks tilbud, og kravet som ble stilt kan dermed ikke ha virket konkurransebegrensende.
- (14) Erfaringer fra tidligere anskaffelser i kommunen på dette området, er at leverandører ikke har kunnet stille med kvalifisert personell i enkelte aktuelle perioder hvor det har vært nødvendig. Dette har medført at kommunen har vært nødt til å anskaffe vikarer fra andre byråer for å tilby nødvendig kvalitet til pasientgruppene/omsorgsbeboerne. Vadsø kommune er en liten kommune i Finnmark som lenge har slitt med å rekruttere kvalifisert helsepersonell, og kommunen er avhengig av å bruke vikarer i enkelte perioder med mange sykemeldinger og ferieavvikling.
- (15) Det å bestille kvalifiserte vikarer fra andre leverandører er arbeidskrevende og dyrt, noe som medfører høy timepris og store utfordringer knyttet til bemanningsplanlegging i kommunen. For å ivareta leveringssikkerheten og unngå risikoen med å ikke kunne tilby pasienter nødvendig og pålagt bistand, har kommunen vurdert det som helt nødvendig å innta punktet i kravspesifikasjonen punkt 2.0. Før anskaffelsen ble lyst ut, var kommunen klar over at den ekstra risikoen leverandørene ble pålagt gjennom dette kravet, kunne medføre høyere timepriser.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har ikke deltatt i konkurransen, angivelig som følge av bestemmelsen i konkurransegrunnlaget som her er påklaget. Det legges til grunn at klager var en potensiell tilbyder i konkurransen. Klager har dermed saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 og klagenemndas praksis, se blant annet sak 2013/55 premiss (15). Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vikartjenester i helsesektoren, som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 25. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.5 angitt å være 2-3 millioner hvert år. I samme punkt er det opplyst at kontrakten hadde en varighet på 4 år, med mulighet for forlengelse i ett år. Kontrakter som gjelder uprioriterte tjenester følger reglene i del I og II, selv om den anslåtte verdi overstiger terskelverdiene angitt i forskriften § 2-2, jf. § 2-1 (5). 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (17) Klager anfører at bestemmelsen vedrørende økonomisk ansvar er usaklig konkurransebegrensende, samt i strid med proporsjonalitetsprinsippet, og dermed i strid med loven § 5 og forskriften § 3-1 (1) og (5) samt § 3-11 (2).
- (18) Ved utformingen av kontraktsvilkår utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves. Klagenemnda kan imidlertid vurdere hvorvidt innklagedes skønnsutøvelse er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. forskriften § 3-1, eller på annen måte er usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum.
- (19) Av forskriften § 3-11 (2) følger det at kontraktsvilkår ikke skal være i strid med EØS-avtalen. Dette innebærer blant annet at kontraktsvilkårene skal være i samsvar med EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1. Etter loven § 5 (2) følger det også at en anskaffelse så langt som mulig skal være basert på konkurranse. I dette ligger det at oppdragsgivere ikke kan oppstille strengere kontraktsvilkår enn nødvendig dersom dette unødig begrenser konkurransen.
- (20) Hvilke krav oppdragsgiver velger å stille, er i utgangspunktet gjenstand for oppdragsgivers skjønn. Hva som vil være nødvendig for å sikre tilfredsstillende oppfyllelse av kontraktsforpliktelsene, vil variere med anskaffelsens art og omfang. Kravene i loven og forskriften om å fremme konkurranse i anskaffelsesprosessen gjelder så langt det er mulig. Det er ikke tvilsomt at oppdragsgiver kan tenkes å ha et legitimt behov for å stille kontraktskrav som rent faktisk begrenser konkurransen i noen grad. Oppdragsgivers behov må da veies mot kravet til konkurranse, se i denne forbindelse sak 2007/8 i premiss (37).
- (21) I konkurransegrunnlaget punkt 2.0 var det blant annet oppstilt følgende krav:
"Hvis leverandør ikke kan levere vikar for forespurt periode, kan Oppdragsgiver hente inn vikar hos en annen leverandør for hele perioden. Leverandøren betaler da merkostnaden Oppdragsgiver har hatt for denne leveransen."
- (22) Konkurransen gjelder en rammeavtale, der omfanget av ytelsen som skal leveres ikke er nøyaktig redegjort for i konkurransegrunnlaget. Kravet kan være egnet til å hindre konkurranse i den aktuelle anskaffelsen, ved at tilbydere ikke vil forplikte seg til ta risikoen for kontraktgjennomføringen i en slik utstrekning. Klager har forklart at dette er grunnen til at man valgte å ikke delta i konkurransen.
- (23) At innklagede, som sikkerhet for kontraktsoppfyllelse, har valgt å oppstille et krav som pålegger leverandøren risikoen for merkostnader i tilfeller hvor vikarer må hentes inn fra andre leverandører, er etter nemndas vurdering forsvarlig og saklig isolert sett. Spørsmålet er om omfanget av risikoen pålagt leverandørene var saklig begrunnet og ikke unødig begrenset konkurransen.
- (24) Innklagede begrunner risikoen pålagt leverandørene med at man hadde erfaring fra tidligere anskaffelser med at leverandører ikke kunne stille med kvalifisert personell i nødvendige perioder. I en liten kommune hvor det er vanskelig å rekruttere kvalifisert

helsepersonell, har kommunen vært avhengig av å bruke vikarer i enkelte perioder, og leveringssikkerheten har vært avgjørende for å tilby et tilstrekkelig helsetilbud. Å bestille kvalifiserte vikarer fra andre leverandører er arbeidskrevende og dyrt. For nemnda fremstår det således som at omfanget av kravet var saklig begrunnet.

- (25) Det kom inn tilbud fra seks ulike leverandører i konkurransen. Det er ikke tvilsomt at dette gir konkurranse om kontrakten, se klagenemndas avgjørelse i sak 2013/106 premiss (21). Når det i tillegg er lagt til grunn at kravet om risikofordeling og dets omfang for leverandøren var saklig, kan det ikke ha avgjørende betydning at klager rent faktisk valgte å ikke inngi tilbud med henvisning til at kravet var for omfattende.
- (26) Under de konkrete omstendighetene var dermed kravet om risikofordeling og dets omfang forsvarlig og i et rimelig forhold til kontrakten. Kravet begrenset heller ikke konkurransen unødig. Innklagedes skjønnsutøvelse er dermed i samsvar med det grunnleggende kravet om konkurranse i loven § 5 og øvrige rammer i forskriften § 3-11 (2), jf. loven § 5 og forskriften § 3-1 (5). Klagers anførsel har ikke ført frem.

Konklusjon:

Vadsø kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver