



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Institutt for anvendt atferdsanalyse IAA
Vågsmyrgt. 20
4020 STAVANGER
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2014/0056-14

Saksbehandler: Lene Roska Aalén

Dato: 24.02.2015

Avvisningsvedtak i klagesak

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 20. mai 2014 på Stavanger kommunes offentlige anskaffelse av rammeavtaler for avlastningstjenester for foresatte med særlig tyngende omsorgsoppgaver for barn og unge med ulike funksjonshemninger. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser §§ 9 og 6. Grunnen er at anførselen om ulovlig direkte anskaffelse klart ikke kan føre fram, at klagen ikke er fremsatt i tide for anførselen som gjelder uklart konkurransegrunnlag, og at anførselen om unnlatt kontraktsoppfølging ikke er dokumentert.

Innledningsvis vises det til anmodningen om at klagenemnda skal pålegge innklagede å innhente og fremlegge dokumentasjon om valgte leverandørs arbeids- og pensjonsbetingelser, sist fremsatt i brev av 4. februar 2015. Klagenemnds forskriften § 11 angir:

"§ 11. Dokumentfremleggelse

For partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis, gjelder lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 21-3 annet ledd annet punktum, § 21-5 og § 26-5, jf. kapittel 22, og § 26-6 tilsvarende så langt de passer. Eventuelle pålegg om fremleggelse gis av sekretariatet, av eget tiltak eller på begjæring fra en av partene. Klagenemndas leder kan samtykke til at bevis føres, jf. tvl. § 22-3 annet ledd. Avgjørelsen om samtykke kan overprøves av klagenemnda, jf. tvl. § 22-3 tredje ledd."

Forutsetningen for et pålegg om bevisfremleggelse er at de aktuelle dokumenter er relevant som bevis for et rettsspørsmål anført av klager, jf. tvisteloven § 21-7. Etter vår vurdering er det ikke tilfelle her. Selv om det er på det rene at unnlatt oppfølging av kontraktsbrudd fra en leverandør i prinsippet kan utgjøre et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, forutsetter dette at oppdragsgiver er kjent, eller i det minste burde vært kjent med et slikt

kontraktsbrudd. Ettersom klager kun har adgang til å påklage forhold som representerer en ulovlig direkte anskaffelse, må det også være tale om relativt betydelig mislighold som ikke er påtalt.

Det er ikke fremført forhold fra klagers side som etter sekretariatets syn har gitt innklagede noen foranledning til å undersøke dette. Innklagede har også opplyst at man i forbindelse med en annen kontrakt med valgte leverandør, har undersøkt etterlevelsen av de relevante lover og forskrifter.

Vi pålegger derfor ikke innklagede å fremlegge den relevante informasjonen.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Stavanger kommune (heretter innklagede) kunngjorde 22. mars 2013 en konkurranse med forhandling i ett trinn, for anskaffelse av rammeavtaler for avlastningstjenester for foresatte med særlig tyngende omsorgsoppgaver for barn og unge med ulike funksjonshemninger. Angitt CPV-klassifisering var 85141000, Tjenester som utføres av helse-/pleiepersonell. Anskaffelsens verdi var estimert til mellom 90 og 110 millioner kroner. Tilbudsfristen var 30. april 2013.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.6. var det opplyst at innklagede hadde vedtatt å innføre fritt brukervalg for avlastningstjenestene, slik at brukerne selv kunne velge mellom det kommunale tilbudet og de leverandørene som innklagede har avtale med. Til grunn for prising av tjenestene, lå finansieringsmodellen aktivitetsbaserte tjenester (ABI-modellen).
- (3) Tildeling av kontrakt ville skje til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriteriene pris 40 % og kvalitet 60 %.
- (4) Vedlegg 6 til konkurransegrunnlaget var en beskrivelse av finansieringsmodellen benevnt "ABI-modell for avlastning". Følgende fremgikk innledningsvis:

"Formålet med innføring av aktivitetsbaserte tjenester (ABI), som finansieringssystem i avlastningsboligene er:

1. Finansieringen av tjenesten skal knyttes tettere opp mot behov hos bruker. Den enkelte avlastningsbolig skal finansieres i forhold til de behov for pleie og omsorg som den enkelte beboer til enhver tid har – spesielt variasjoner mellom brukere som har dagtilbud utenfor avlastningsboligen, og brukere som ikke har dagtilbud mens de er på avlastning.

2. Finansieringen knyttet til pleie og omsorgstjenester rundt beboer skal være lik uavhengig av i hvilken avlastningsbolig beboeren er.

Midler fra rammen til avlastningsboligene er overført til Helse- og sosialkontorenes bestillerbudsjett. Dette beløpet skal dekke utgifter til betaling for avlastning.

ABI-modellen er en finansieringsmodell som skal tilføre leverandør inntekter på bakgrunn av mengde brukere som leverandøren betjener, og som i tillegg skal gi rom for leverandøren til å tilpasse bemanningen til behovet som den enkelte beboer har. Modellene er likevel kun en finansieringsmodell som gir en ramme for leverandørens

aktivitet. Det vil være avvik, mellom finansiering og behov, fordi behovet vil variere innenfor rammen av modellen og kan variere over tid. ABI-modellen avspeiler ikke alle aktivitetene i en avlastningsbolig, men den skal avspeile beboernes behov i større grad enn rammefinansiering".

- (5) I vedlegget under overskriften "ABI-prisen, døgnpris" var blant annet følgende opplyst:

"Det skilles mellom brukere som har en dagaktivitet (skole, aktivitetssenter, arbeid m.m.) mens de er på avlastning, og de brukerne som ikke har denne typen tilbud under avlastningsoppholdet. ABI pris knyttet til de brukerne som ikke har dagaktivitet, og hvor avlastningstjenesten gir tilbud hele døgnet, er høyere enn ABI prisen knyttet til brukerne med dagtilbud. Forskjellen i pris er basert på en forskjell i bemanning på 11 timer per døgn i fem av syv døgn i ett ukesopphold ved avlastningsboligene.

I tillegg er det lagt inn eget tillegg som kan gis på toppen av døgnprisen for særlig ressurskrevende brukere (...). Det er i ABI modellen for avlastning dermed definert to døgnpriser, og i tillegg toppfinansiering for ekstra ressurskrevende brukere. Disse blir videre benevnt slik:

- *APM= avlastning med dagtilbud*
- *APU= avlastning uten dagtilbud*
- *APT= avlastning tilleggsressurs for ressurskrevende brukere*

Den enkelte bruker av avlastningstjenesten får vedtak på enten avlastning med dagtilbud (APM) eller avlastning uten dagtilbud (APU). I tillegg eventuelt APT. Prisene følger vedtaket, og gjelder alle døgn som bruker er i avlastningsboligen."

- (6) Det var videre forklart at døgnprisene var bygget opp av tre hovedkomponenter: Kommunal ABI pris (Drift og personalkostnader), Natt-pris og Overliggende kostnader (OLK). OLK skulle dekke utgifter for private leverandører som den kommunale leverandøren fikk dekket internt fra andre deler av kommunen, eller som den kommunale leverandøren fikk egne budsjettmidler for, utover de aktivitetsbaserte inntektene.
- (7) Under overskriften "Tillegg pleietid for særlig ressurskrevende brukere (APT)", var følgende opplyst:

"Dette tillegget skal finansiere brukere som krever bemanning utover det som ligger av individuell tid/pleietid i de ordinære døgnprisene – APU og APM. Denne ekstra finansieringen av de mest ressurskrevende brukerne slår inn dersom behovet for individuell tid/pleietid blir på mer enn 22 timer i våkentiden. Denne ordningen kan også brukes dersom beboeren trenger ekstra pleie/tilsyn på natt, utover det som er naturlig at generell nattevakt skal ta hånd om. Forutsetningene er da at det totale behovet for individuell tid overstiger 22 timer per døgn.

APT tilsvarer forskjell mellom APM og APU satsene. Dette tilsvarer lønnskostnader etter kommunal beregning for 8 timer brukertid per døgn. Det er kun kostnader knyttet til personell som finansieres".

- (8) Det var også gitt en oversikt over priser for avlastning i 2013 i følgende tabell benevnt "Priser avlastning 2013":

<i>Pr. døgn</i>	<i>APM</i>	<i>APU</i>	<i>APT</i>	<i>APM+APT</i>	<i>APU+APT</i>	<i>TAB</i>
<i>Lønn og drift *</i>	2272	4849	2577	4849	7426	384
<i>Natt</i>	1236	1236		1236	1236	
<i>Sum før overliggende kostnad per døgn/time er lagt inn i prisen</i>	3508	6085		6085	8662	384"

- (9) En leverandør, Aleris Ungplan og BOI AS (heretter valgte leverandør), leverte tilbud. Det ble gjennomført forhandlinger og revidert tilbud ble inngitt. Valgte leverandør ble innstilt som vinner av kontrakten, som ble inngått 8. august 2013.
- (10) Klager leverte ikke tilbud i konkurransen fordi selskapet vurderte konkurransegrunnlaget slik at det ikke var økonomisk forsvarlig å inngi tilbud, blant annet fordi klager oppfattet finansieringsmodellen slik at den ikke dekket det aktuelle behovet for avlastningstjenestene. Klager var for øvrig leverandør av avlastningstjenester til funksjonshemmede barn under 18 år i henhold til kontrakt med innklagede som opphørte 1. august 2011. Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) 20. mai 2014.
- (11) I prosesskrift har innklagede vedlagt et omfattende antall utskrifter fra innklagedes økonomiprogram som blant annet viser alle overføringer til valgte leverandør i 2014 med bilag for levering av avlastningstjenester. Med henvisning til disse dokumentene har innklagede forklart at bilag og faktura samsvarer med tilbudspris (hensyntatt kontraktsfestede prisjusteringer) og det antall timer og døgn avlastning som er fakturert. Det er videre opplyst at det ikke er overført økonomiske midler fra innklagede til valgte leverandør ut over de kontraktsfestede prisene.

Sekretariatets vurdering:

- (12) Saken gjelder blant annet hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndforskriften) § 13a, er det ikke krav om saklig klageinteresse i saker som gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. For anførsel om ulovlig direkte anskaffelse er klagen rettidig, jf. klagenemndforskriften § 13a. For anførsler som ikke gjelder ulovlig direkte anskaffelse er klagen for sent fremsatt, jf. klagenemndforskriften § 6 andre ledd. Anførselen om uklart konkurransegrunnlag avvises derfor fra behandling, jf. klagenemndforskriften § 6, jf. § 9.
- (13) Anskaffelsen gjelder rammeavtaler for avlastningstjenester for foresatte med særlig tyngende omsorgsoppgaver for barn og unge med ulike funksjonshemninger. Dette er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 25. Anskaffelsens verdi var estimert til mellom 90 og 100 millioner kroner. 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 2-1 (5).

Hvorvidt innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse

- (14) 1. juli 2012 ble det innført nye regler om håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. Reglene gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF (Håndhevelsesdirektivet) i norsk rett. De nye reglene innebærer at dersom kunngjøringen eller inngåelsen av den kontrakt som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse, har skjedd etter 1. juli 2012, så kan ikke klagenemnda ilegge overtredelsesgebyr for denne. Sanksjoner for disse kontraktsinngåelsene, er det domstolene som eventuelt skal ilegge. Klagenemnda kan imidlertid avgi en rådgivende uttalelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. I foreliggende sak ble konkurransen kunngjort 22. mars 2013 og kontrakt inngått 8. august 2013. Klagenemnda kan dermed avgi en rådgivende uttalelse.
- (15) Av klagenemndsforordningen § 13a (slik den lyder etter regelendringen av 1. juli 2012) fremgår det at en klage på ulovlig direkte anskaffelse kan settes ovenfor klagenemnda inntil to år fra kontrakt er inngått. Klagen ble fremsatt 20. mai 2014 og ble meddelt innklagede i klagenemndas brev av 3. juni 2014. Klagen er rettidig.
- (16) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse, fordi innklagede har betalt for tjenester som det i henhold til konkurransegrunnlaget ikke skulle betales for. Klager viser til at konkurransegrunnlaget må forstås slik at APT er en kompensasjon som gis en gang per døgn per bruker. For de brukere som har fått flere APT per døgn, har innklagede foretatt ulovlige direkte anskaffelser.
- (17) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse hvor "*oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurranse[n]*", jf. forskriften § 4-1 bokstav q. Det følger av forskriften del II § 9-1, jf. § 2-1 (2), at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre anskaffelser hvor den forsvarlig anslåtte verdien overstiger terskelverdien på 500 000 kroner.
- (18) I foreliggende sak er selve anskaffelsen kunngjort og tjenestene som skulle ytes og kunne kreves utgiftsdekning for, omfattet også "*Tillegg pleietid for særlig ressurskrevende brukere (APT)*". Klager hevder at konkurransegrunnlaget åpnet for at denne tilleggsressursen bare kunne gis en gang per døgn per bruker. Spørsmålet er således om tilleggsressursen var begrenset til en gang per døgn per bruker.
- (19) Slik finansieringsmodellen er beskrevet i konkurransegrunnlaget, er det ikke direkte gitt uttrykk for at tilleggsressursen APT var begrenset til en gang per døgn per bruker. Det overordnede formålet med finansieringsmodellen var derimot at omfanget av tjenestene som kunne kreves dekket skulle være tilpasset den individuelle brukerens spesielle behov. Konkurransegrunnlaget åpnet for at det kunne gis tilleggsressurser (APT) når det var relevant, beskrevet som et "*eget tillegg som kan gis på toppen av døgnprisen for særlig ressurskrevende brukere*". Behov hos den aktuelle bruker kan tilsi at tilleggsressursen kan være relevant mer enn en gang per døgn. Selve beskrivelsen av APT gir også uttrykk for at tilleggsressursen ikke var begrenset til en gang per døgn per bruker. Den ekstra finansieringen ville slå inn dersom behovet for individuell tid/pleietid ble på mer enn 22 timer i "*våkentiden*", men kunne også brukes dersom det var behov for ekstra pleie/tilsyn på natt. Finansieringen gjaldt kostnader knyttet til personell, og man kan se for seg at behovet for ekstra ressurser kan inntre flere ganger per døgn for en enkelt bruker, også slik at det vil være behov for mer enn ett personell. Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at APT var en begrenset tilleggsressurs som kun gjaldt en gang per døgn per bruker. Innklagedes eventuelle kjøp av APT tilleggsressursene utover en gang per bruker per døgn var dermed omfattet av den kunngjorte anskaffelsen. På dette grunnlag kan klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse klart ikke føre frem.

Andre anførsler

- (20) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å følge opp valgte leverandørs oppfyllelse av pensjons- og arbeidsvilkår i kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør. Klager har imidlertid ikke fremført konkrete forhold som gir grunn til å anta at valgte leverandør har misligholdt sine forpliktelser i denne henseende, og som innklagede har hatt foranledning til å reagere på. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (21) Klager fremførte opprinnelig også noen andre anførsler. Forholdene disse anførslene gjelder er i detalj besvart av innklagede. Når klager ikke har kommentert disse anførslene noe videre, oppfatter sekretariatet dette dithen at disse må anses frafalt. Disse behandles derfor ikke noe videre her. For øvrig kan også opplyses at slik disse anførslene var opplyst av klager og innklagede, så ga dette uansett ikke noe grunnlag for å konstatere brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.
- (22) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen dels ikke kan føre frem og dels er for sent fremsatt avvises klagen med hjemmel i klagenemndforskriften § 6 og § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vår avvisningsbeslutning. Siden denne fristen er fastsatt i klagenemndforskriften § 9, har verken sekretariatet eller klagenemndas leder myndighet til å utsette klagefristen. Klagen sendes til sekretariatet, som vil videresende denne til klagenemndas leder for behandling.

Jonn Sannes Ramsvik
nestleder i sekretariatet

Lene Roska Aalén
rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk