



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Mottaker
Konstali Helsenor AS
Bryggegt. 9
0250 OSLO
Norge

Deres ref.:

Vår ref.: 2016/0040-23

Saksbehandler: Alette B. Schreiner

Dato: 24.08.2016

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 9. mars 2016 på Nordre Romerike Innkjøpssamarbeids offentlige anskaffelse av rammeavtale om kjøp av vikartjenester innen helse og omsorg. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda fordi klagen klart ikke kan føre frem, jf. forskrift om klagenemnd for offentlig anskaffelser § 9.

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

Bakgrunn:

- (1) Nordre Romerike Innkjøpssamarbeid (heretter innklagede) kunngjorde 3. november 2015 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av vikartjenester innen helse og omsorg. Anskaffelsens verdi var estimert til kroner 62,4 millioner. Tilbudsfrist var 14. desember 2015.
- (2) I konkurransegrunnlagets punkt 6.3 "Evaluering" er det oppgitt egne tildelingskriterier for to ulike fagområder ("*fagområde 1*" og "*fagområde 2*"). Det er presisert at dersom det leveres tilbud på begge fagområder, vil det bli behandlet som to separate tilbud. Under "*fagområde 1*" har oppdragsgiver oppgitt tildelingskriteriene "*påslagsfaktor (kalkylefaktor)*" (40 %), "*kvalitet*" (30%) og "*spesialkompetanse*" (30%). Under "*fagområde 2*" er det oppgitt tildelingskriteriene "*påslagsfaktor (kalkylefaktor)*" (60 %) og "*kvalitet*" (40%).
- (3) I konkurransegrunnlagets vedlegg 2 er det presisert at tjenestene skal honoreres ut fra en bestemt prismodell: Vikarens timelønn multiplisert med tilbudt påslagsfaktor. Tildelingskriteriet legger for øvrig ikke opp til en differensiering av tilbudene basert på at vikarens timepris kan variere, og ettersom også klagers alternative modell bygger på at sykepleierens lønn tillegges en påslagsfaktor, har heller ikke partene forklart hvordan eller hvorvidt denne variabelen er tatt høyde for ved måten konkurransegrunnlaget er bygget opp på. Tildelingskriteriet "*påslagsfaktor(kalkylefaktor)*" la altså opp til at det

kun var de tilbudte påslagsfaktorene som skulle sammenlignes. Påslaget skulle representere leverandørens kostnader utover lønnskostnader, samt leverandørens profitt.

- (4) Innenfor tilbudsfristen kom det inn 15 tilbud, herunder tilbud fra Konstali Helsenor AS (heretter klager). Fem tilbydere ble valgt og klager var ikke blant disse.

Sekretariatets vurdering:

- (5) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av helse- og sosialtjenester som er en uprioritert tjenesteanleggsanskaffelse i kategori 25. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 62,4 millioner. 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.
- (6) Klager anfører at innklagede har brutt anskaffelsesloven § 1. Bestemmelsen er en formålsparagraf som foreskriver at loven og tilhørende forskrifter skal "*sikre mest mulig effektiv ressursbruk*".
- (7) Klager anfører at innklagede ikke har sikret mest mulig effektiv ressursbruk ettersom prismodellen som er valgt ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Etter klagers oppfatning vil bruken av påslagsfaktor gi svært høy timepris for arbeid på ukurante tidspunkter. Klager fremholder at dette kunne ha vært unngått dersom innklagede benyttet formelen: $\text{Timepris} = \text{timelønn} \cdot 1,3 + \text{gebyr}$. Faktoren 1,3 fanger opp at kostnadene som kommer i tillegg til lønn varierer, og tilbyderne skulle med klagers alternative tildelingskriterium utelukkende konkurrert på tilbudt gebyr.
- (8) Klagers anførsel bygger på premisset at det kan utledes en plikt for innklagede til å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ut fra den ovenfor siterte formålsbestemmelsen. I juridisk teori er formålet med loven først og fremst trukket frem som en faktor som vektlegges i tolkingen av loven for øvrig, jf. eksempelvis Nils Nygård, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utg. 2004, s. 73-74. Det fremgår dessuten klart av forarbeidene at formålsbestemmelsen ikke "*isolert sett [er] egnet til å utlede plikter og rettigheter*". Klagers anførsel om at formålsparagrafen er brutt kan dermed ikke føre frem. Formålsbestemmelsen vil imidlertid være relevant ved tolkingen av lovens øvrige bestemmelser.
- (9) Klager anfører videre at det er i strid med kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5, å benytte valgte prisformel. Bruken av påslagsfaktor som tildelingskriterium innebærer etter klagers oppfatning at leverandørene må gjette seg til hvorvidt kunden etterspør timer på hverdag, kveld, natt, helg eller helligdag.
- (10) Hovedregelen er at oppdragsgiver skal oppgi volumtall i konkurransegrunnlaget, men dette gjelder først og fremst for volumtall som skal benyttes ved tildelingsevalueringen, jf. EU-domstolen avgjørelse i sak C-331/04 (ATI) og klagenemndas sak 2016/73 i premiss (23). I denne saken benyttet ikke oppdragsgiver volumtall i evalueringen, og klagers anførsler gir ikke grunnlag for å konstatere at innklagede på et annet grunnlag skulle ha oppgitt volumtall i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget er det for øvrig klart oppgitt hvordan påslagsfaktoren skulle angis, hvilken vekt påslagsfaktoren ville få og hvordan poengtildelingen ville skje. Hensynet til forutberegnelighet er dermed ivaretatt.

- (11) Forskriften inneholder for øvrig ingen bestemmelser som begrenser hvordan oppdragsgiver fastsetter at leverandørene skal prise de etterspurte varer og tjenester. Utgangspunktet er at oppdragsgiver har et vidt skjønn med hensyn til hvilke tildelingskriterier som skal benyttes, jf. klagenemdas sak 2015/125 premiss (32) og sak 2012/63 premiss (26). Det er imidlertid et krav om at tildelingen *"skal skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen"*, jf. forskriften § 13-2(1). Dette innebærer at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand og at de må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. blant annet 13-2(2) og klagenemdas sak 2009/116 i premiss (43).
- (12) Det aktuelle priskriteriet har tilknytning til kontrakten ettersom påslagsfaktoren direkte relaterer seg til hvilken pris oppdragsgiver vil måtte betale. Klager anfører imidlertid at prismodellen som innklagede har valgt ikke gir de økonomisk mest fordelaktige tilbudene. Som støtte for dette har klager satt opp et regnestykke basert på markedets laveste påslagsfaktor og gebyr. Regnestykket viser angivelig, at dersom leverandøren tilbyr påslagsfaktor 1,69, vil det gi høyere samlet kostnad enn dersom leverandøren tilbyr et gebyr på kroner 93,5 per time. Regnestykke bygger imidlertid på flere forutsetninger.
- (13) Det er ikke gitt at forutsetningene som er lagt til grunn rent faktisk slår til. Hvilke faktor eller gebyr som tilbys vil kunne variere fra konkurranse til konkurranse, og fordelingen mellom ordinær arbeidstid og arbeid på ukurante tidspunkter vil også kunne variere. Det er derfor vanskelig å slå fast, ut fra klagers regnestykke, at prisformelen som innklagede har anvendt nødvendigvis fører til høyere kostnader enn klagers alternative modell. I klagers regnestykke er for øvrig påslagsfaktor på 1,3 ikke medtatt, det er kun lagt til et gebyr til vikarlønnen.
- (14) Hensett til at det i utgangspunktet er innenfor oppdragsgiver skjønn å velge hvilken prismodell som er mest egnet, tilsier dette at terskelen må være høy for å underkjenne en prismodell fordi en alternativ foreslått modell hevdes å være bedre. Eksempelvis var det i klagenemdas sak 2009/116 spørsmål om priskriteriet *"oppgitt rabattsats på veiledende priser"* var ulovlig. Kriteriet ble sett i sammenheng med kriteriet *"veiledende priser"*, som isolert sett skulle representere kvalitet. Klager anførte at det varierte betydelig hvordan de forskjellige leverandørene fastsatte sine veiledende priser, og at høy veiledende pris normalt ville gi lav rabatt, og omvendt. Dermed ville ikke rabattnivået gi noen virkelig veiledning på om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ble oppnådd. Klagenemda kom til at *"oppdragsgivers eget valg av hvordan man best kan oppnå en kombinasjon av kvalitet og gunstigst pris i dette tilfelle, hører under det innkjøpsfaglige skjønn som nemnda ikke bør overprøve."* Tilsvarende må det i denne saken være innenfor det innkjøpsfaglige skjønn å velge hvilken prismodell som gir mest gunstig pris for oppdragsgiver.
- (15) Den høye terskelen for underkjennelse illustreres også av annen KOFA-praksis, blant annet to avgjørelser der det slås fast at muligheten for taktisk prising ikke er tilstrekkelig til at et tildelingskriterium kan underkjennes, jf. klagenemdas sak 2016/71 i premiss (34) og sak 2013/140 i premiss (29) flg. I denne saken fremstår det verken vilkårlig eller uforutberegnelig hvem som tildeles kontrakten.
- (16) De sakene der en prismodell eller et tildelingskriterium faktisk er underkjent, er for øvrig av en helt annen karakter enn foreliggende sak. I EU-domstolens sak T-402/06 hadde oppdragsgiver anvendt et priskriterium hvor det ble beregnet en

gjennomsnittspris ut fra samtlige tilbud, og tilbudenes pris ble bedømt ut i fra om de lå over eller under gjennomsnittet. Dette gjennomsnittet var naturlig nok ikke kjent for tilbyderne på forhånd. Domstolen kom til at en slik manglende gjennomsiktighet med hensyn til gjennomsnittsprisen medførte en "irrationel" konkurransesituasjon *"der [tilbyderne], så fremt de ville bevare deres chancer for at få kontrakten, var tvunget til at fremlægge et tilbud til en pris, der var højere end den, de ville have kunnet fremlægge, nemlig et tilbud, som omfattede en pris, der svarede til den forudsigelige gennemsnitlige pris af alle tilbuddene og ikke til det billigste tilbud."* I den aktuelle saken er det ikke noe slikt brudd på gjennomsiktighetsprinsippet, og prismodellene fører ikke til noen tilsvarende irrasjonelle incentiver ved tilbudsutforming.

- (17) Basert på dette er det klart ikke grunnlag for klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å benytte tildelingskriteriet *"påsalgsfaktor"*. Klagers anførsler fører ikke frem.
- (18) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemda, jf. klagenemdsforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsbeslutningen.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vår avvisningsbeslutning. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Anneline Vingsgård
direktør/sekretariatsleder

Dokumentet er godkjent elektronisk

Alette B. Schreiner
førstekonsulent

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Konstali Helsenor AS	Bryggegt. 9	0250 OSLO Norge	post@helsenor.no
Advokatfirmaet Mageli ANS	Postboks 88	2001 LILLESTRØM Norge	Morten Kokkim mk@mageli.no