



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, kvalifikasjonskrav, mangelfull kunngjøring

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler for anskaffelse av vikartjenester. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjoner. Kvalifikasjonskravet ble ikke ansett for å være i strid med regelverket, og klagers anførsel om avlysning førte derfor ikke frem. Innklagede hadde imidlertid brutt forskriften § 8-5 (1) ved at kvalifikasjonskravene ikke var angitt i kunngjøringen.

Klagenemndas avgjørelse 17. mars 2016 i sak 2016/7

Klager: MDE Health Professionals AS

Innklaget: Sandnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen

Bakgrunn:

- (1) Sandnes kommune (heretter innklagede) kunngjorde 28. oktober 2015 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av parallelle rammeavtaler, med minst tre leverandører, for anskaffelse av vikartjenester av helsepersonell. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt 11.2.1 angitt å være kroner 20 millioner. Kontraktens varighet er opp til 48 måneder (to år med mulighet for to forlengelser på ett år hver). Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt å være 9. desember 2015.
- (2) Kvalifikasjonskravene er ikke angitt i kunngjøringen, men det er vist til konkurransegrunnlaget som var vedlagt kunngjøringen ved elektronisk tilgang.
- (3) Anskaffelsens formål er angitt i konkurransegrunnlaget punkt 1.2, hvor det fremgår at:
"Oppdragsgiver ønsker gjennom denne konkurransen å inngå kontrakt om levering av vikartjenester innenfor kategorien autorisert helsepersonell. Med helsepersonell menes offentlig godkjente sykepleiere, spesialsykepleiere, vernepleiere og helsefagarbeidere.
Hensikten er å inngå en parallell rammeavtale med minst tre leverandører innenfor ovennevnte kategori. Avrop skal først gå til tilbyder som er rangert som nr 1, såfremt denne er leveringsdyktig i samsvar med avtalte betingelser, og deretter til tilbyder nr 2 osv."
- (4) Det var redegjort for kontraktens omfang i konkurransegrunnlaget punkt 1.3, hvor det fremgikk at basert på historiske tall var årlig kontraktsverdi angitt til ca. 5 millioner kroner.
- (5) Kvalifikasjonskravene er angitt i konkurransegrunnlaget punkt 4. Det er innledningsvis vist til § 17-8 (2 og 3) og § 17-9 (2 og 3) vedrørende leverandørens anledning til å støtte

seg på andre foretaks kapasitet. Det er etter dette angitt en matrise, hvor tilbyderne skulle svare ja på hvorvidt leverandøren støttet seg på andre foretaks kapasitet og om rådighet var dokumentert, og eventuelt vise til del/vedlegg av tilbud.

- (6) Krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner fremgår i punkt 4.3:

<i>A: Krav</i>	<i>B: Dokumentasjon</i>	<i>C: Del av tilbud- vedlegg nr.</i>
<i>Leverandøren skal ha erfaring og kompetanse fra minst to oppdrag av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad som den foreliggende kontrakt.</i>	<i>Som dokumentasjon skal leverandør vedlegge en liste over de viktigste oppdrag av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad som den foreliggende kontrakt for de tre siste år. På bakgrunn av listen(e) skal leverandør oppgi navn og e-postadresse til kontaktperson hos de to mest aktuelle referansene. Referanser vil bli innhentet ved behov</i>	

- (7) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 6 at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriteriene "*Pris*" (60 %), "*Rekruttering og kompetanse*" (20 %) og "*Service og tilgjengelighet*" (20 %).
- (8) Innen fristen mottok innklagede 11 tilbud, herunder fra MDE Health Professionals AS (heretter klager).
- (9) Det fremgår av klagers tilbudsbrief at klager har "*lang erfaring fra leveranser innen det aktuelle området og god kapasitet på personell til å løse løpende oppdrag for Sandnes kommune*".
- (10) I tilbudet punkt 4.0.1 fremgår det at klager ble startet 1. oktober 2015, og at firmaet har to ansatte i administrasjonen; daglig leder og driftsansvarlig. Begge er utdannet sykepleier, og det er opplyst at de har lang erfaring fra bemanningsbyrå innen helse. Videre fremgår det at i de siste årene hadde begge jobbet med "*rekruttering, utvelgelse, oppfølging og personalansvar innen helse*", som ble underbygget av vedlagte CV-er i punkt 4.0.2.
- (11) I tilbudet fremgår det videre at det i hovedsak var klager som skulle håndtere avtalen. Klager hadde imidlertid krysset av for at tilbudet støttet seg på andre foretaks kapasitet, og det var vist til tilbudet punkt 4.0.1 til 4.0.6. MDE Norway AS (MDEN) er et søsterselskap til klager (under morselskapet MDN Group AS), og forpliktet seg til å stille nødvendige ressurser til disposisjon for klager, "*i det omfang det er nødvendig for å oppfylle MDE Health Professional AS sine kontraktsforpliktelser ved tildeling av kontrakt*". Det var vedlagt forpliktelseserklæring datert 12. november 2015, med henvisning til forskriften §§ 17-8 (2) og 17-9 (2).

- (12) Det var gitt ytterligere kommentarer til dokumentasjon av tekniske og faglige kvalifikasjoner i tilbudets punkt 4.3, herunder en beskrivelse av kompetansen til daglig leder og driftsansvarlig. Videre fremgår det at:

"MDE Health Professionals er en del av MDE Group som gjennom MDE Norway har hatt mange store leveranser av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad. MDE Norway leier ut ingeniører og konsulenter til oppdrag i inn og utland, onshore og offshore. MDE har lang erfaring med å rekruttere kvalifisert arbeidskraft til og fra Norge, EU og resten av verden. [...] Våre rekrutterere har lang erfaring og dyktige til å finne kvalifisert arbeidskraft som har både de faglige og personlige egenskapene og som er motivert til å fullføre oppdraget de takker ja til."

- (13) Det var i punkt 4.3.1 gitt en oversikt over referanser.

- (14) Ved brev datert 17. desember 2015 ble klager avvist fra konkurransen. Innklagede vurderte det slik at referanselisten til MDEN ikke viste erfaring i samsvar med kravspesifikasjonen. I brevet heter det:

"Referansene som er kontaktet har gitt tilbakemelding knyttet til tidligere erfaring med MDE Professional AS sine nøkkelpersoner, og ikke i forhold til vikaroppdrag av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad som den foreliggende kontrakt. Dette er av sentral betydning for oppdragsgiver."

På bakgrunn av opplysninger fra referanser oppgitt i deres tilbud kan vi ikke se at våre krav i konkurransegrunnlagets pkt. 4.3 Tekniske og faglige kvalifikasjoner, til deltakelse i konkurransen er oppfylt."

- (15) Klage på avvisningsbeslutningen ble sendt i brev datert 4. januar 2016. Det ble anført at MDEN hadde kompetanse fra leveranser av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad, og at klager og MDEN uansett hadde denne kompetansen samlet sett. Det ble også hevdet at innklagede hadde tolket konkurransegrunnlaget uriktig når det ble sett bort klagers personells kompetanse og erfaring. Klagers daglige leder og driftsansvarlig hadde lang erfaring fra samme type oppdrag som det foreliggende, altså levering av vikarer for autorisert helsepersonell. Det ble subsidiært anført at konkurransen måtte avlyses.

- (16) Klagen ble avvist av innklagede ved brev datert 8. januar 2016.

- (17) Klager sendte ny klage ved brev datert 11. januar 2016, der det ble hevdet at avvisningen synes å bero på at innklagede hadde misforstått klagers tilbudt. Det ble presisert at det var klagers ansatte som skulle stå for vikarbyrå tjenestene, og at MDEN kun ville supplere klager ved behov. Klager hevdet at konkurransegrunnlaget i realiteten ble tolket for strengt og slik at ethvert nystiftet firma avskjæres fra å inngi tilbud.

- (18) Avvisningsbeslutningen ble opprettholdt ved brev datert 12. januar 2016.

- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 13. januar 2016.

- (20) Innklagede har bekreftet at kontrakt ikke vil bli inngått før klagenemnda har gitt uttalelse i saken.

- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 14. mars 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avvisning av klager

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager. Beslutningen hviler på et uriktig faktisk grunnlag og en uriktig forståelse av hvilken erfaring som kan hensyntas under kvalifikasjonskriteriet.
- (23) Innklagedes vurdering av at klager ikke er kvalifisert, er uforsvarlig. Det vises til at de ansatte som skal utføre oppdraget har omfattende erfaring av tilsvarende art og vanskelighetsgrad som angitt i konkurransegrunnlaget. Det er ingen grunn til å skille mellom selskapets erfaring og erfaringen som selskapets to ansatte har.
- (24) Klager anfører også at klager og MDEN uansett tilfredsstiller kvalifikasjonskravene samlet sett, og at innklagedes vurdering også her hviler på en uforsvarlig tolkning av konkurransegrunnlaget. MDEN har betydelig og omfattende kompetanse på kontrakter av langt større omfang og kompleksitet enn den foreliggende kontrakten. Det fremkommer ikke av konkurransegrunnlaget at leveranse av vikartjenester innenfor andre yrkeskategorier er avskåret.

Avlysning av konkurransen

- (25) Subsidiært anføres at konkurransen må avlyses fordi kvalifikasjonskravene er ulovlige.
- (26) Konkurransegrunnlaget er ikke tilstrekkelig klart, og konkurransen kunne ha fått et annet utfall for klager dersom grunnlaget var utformet i samsvar med klarhetskravet. Innklagedes forståelse av kvalifikasjonskravene begrenser også konkurransen unødig, jf. forskriften § 8-4 (2) og loven § 5. Kravet anses dessuten ikke proporsjonalt i forhold til ytelsen, jf. at kontraktsverdien er relativt beskjeden, og ytelsen er forutsatt fordelt på parallelle rammeavtaler med minst tre leverandører. Kravet er også konkurransevridende til fordel for eksisterende leverandør, forhindrer nyetablering og kan i verste fall bidra til monopolisering, alt i strid med loven § 5. Dersom personellet kompetanse ikke skal hensyntas under kvalifikasjonsvurderingen, er kravet ikke egnet til å sikre at leverandørene kan oppfylle kontraktsforpliktelsene, fordi innklagede ikke har sikkerhet for at det personell som faktisk skal stå for kontraktgjennomføringen har kompetanse av det slag som er etterspurt.

Manglende angivelse av kvalifikasjonskrav

- (27) Videre er det anført at innklagede har brutt kravene i forskriften § 8-5 (1) ved at ingen kvalifikasjons- eller dokumentasjonskrav er inntatt kunngjøringen, jf. klagenemndas sak 2011/215 premiss (28).

Innklagede har i det vesentlige anført:

Avvisning av klager

- (28) Klager er rettmessig avvist. MDENs referanseoppdrag oppfyller ikke kvalifikasjonskravene, og klager selv kunne ikke vise til konkret erfaring med å levere autorisert helsepersonell til offentlig virksomhet, jf. § 8-4 (2).

- (29) Levering av vikartjenester innenfor kategorien autorisert helsepersonell dekker en viktig samfunnsoppgave med betydelige behov, og det bør være størst mulig grad av sikkerhet for effektiv og kvalitetsmessig gjennomføring av kontraktsforpliktelsene. MDENs erfaring fra levering av konsulenter innenfor oljerelatert virksomhet, samt de administrative stillingene hos klager, anses for å være gode kvalitetsindikatorer, men det sikrer ikke i tilstrekkelig grad at leverandøren har den gjennomføringsevnen som oppdragsgiver etterspør i denne konkrete konkurransen. At selskapet som sådan oppfyller de kvalifikasjonskrav som fremgår av konkurransegrunnlaget er etter innklagedes syn den sikreste kvalitetsindikator.

Avlysning av konkurransen

- (30) Innklagede bestrider at kvalifikasjonskravene er i strid med kravene til proporsjonalitet, likebehandling og effektiv konkurranse.
- (31) Kvalifikasjonskravet står i forhold til den ytelse som skal leveres, jf. foa. § 8-4. Kontraktens verdi er et betydelig beløp for innklagede. Konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig klart utformet og er i samsvar med klarhetskravet. Vikarene vil ha sentrale funksjoner i de forskjellige enhetene, og det kan medføre risiko for pasienter og pleietrengende dersom leverandør ikke kan levere i samsvar med kontraktsforpliktelsene.

Manglende angivelse av kvalifikasjonskrav i kunngjøringen

- (32) Ved en inkurie er kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav ikke inntatt i kunngjøringen, noe som er i strid med ordlyden i forskriften § 8-5 (1). Konkurransegrunnlaget var imidlertid tilgjengelig som vedlegg ved kunngjøringen, noe som ivaretar hensynet bak regelen. Det var en nasjonal kunngjøring, og oversettelse til EU-språk var ikke nødvendig. Det kom også inn 11 tilbud i konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (33) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder vikartjenester for helsepersonell, noe som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori (25). 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 (5).

Avvisning av klager

- (34) Klager anfører primært å være urettmessig avvist fra konkurransen.
- (35) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*.
- (36) I det foreliggende tilfellet er det stilt krav om at leverandørene skal ha *"erfaring og kompetanse fra minst to oppdrag av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad som den foreliggende kontrakt"*. Dette skulle dokumenteres ved en liste av de viktigste oppdrag de siste tre år, samt referanser.
- (37) Ved evalueringen la innklagede til grunn at kvalifikasjonskravet innebærer at leverandørene må ha erfaring og kompetanse fra levering av autorisert helsepersonell. Ettersom anskaffelsen gjelder nettopp levering av autorisert helsepersonell, er klagenemnda enig med innklagede i at kvalifikasjonskravet må forstås på denne måten.

Kvalifikasjonskravet er heller ikke uklart eller unødvendig konkurransebegrensende. Klagers anførsler vedrørende lovligheten av kvalifikasjonskravet fører derfor ikke frem.

- (38) Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5. Utformingen av kravet kan også begrense oppdragsgivers skjønnsfrihet.
- (39) Klager er et nystartet firma, og kunne derfor ikke fremlegge dokumentasjon for "*erfaring og kompetanse fra minst to oppdrag av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad som den foreliggende kontrakt*". Det kunne heller ikke underleverandøren MDEN.
- (40) Klager har imidlertid anført at klager og underleverandøren til sammen har den nødvendige erfaring og kompetanse. Argumentasjonen bygger på at MDEN har omfattende erfaring og kompetanse fra levering av vikarer innenfor andre yrker, og at både klagers daglige leder og den driftsansvarlige har omfattende erfaring med levering innenfor helsesektoren fra tidligere arbeidsforhold.
- (41) I det foreliggende tilfellet gjelder imidlertid anskaffelsen levering av vikartjenester for helsepersonell, og ikke først og fremst de administrative oppgavene i tilknytning til dette. At klager og underleverandøren samlet sett besitter kompetanse og erfaring på den administrative delen oppdraget, er ikke det samme som at de faktisk har utført minst "*to oppdrag av sammenlignbar art og vanskelighetsgrad*." Når en leverandør tidligere har utført minst to sammenlignbare oppdrag, er dette av innklagede ansett som tilstrekkelig sikkerhet for at leverandøren er egnet som kontraktspart også i rammeavtalen med innklagede. Kvalifikasjonskravet gir med andre ord ikke bare uttrykk for et krav om kompetanse og erfaring for de som skal utføre den administrative delen tjenesten, men representerer også et krav til at leverandøren faktisk viser at de har utført sammenlignbare oppdrag tidligere.
- (42) Slik nemnda forstår innklagede, er det nettopp ovenstående betraktning som ligger bak avvisningen av klager. Klagers anførsel gir ikke grunnlag for å underkjenne denne vurderingen. Klager er derfor rettmessig avvist, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.

Manglende angivelse av kvalifikasjonskrav i kunngjøringen

- (43) Klager har også anført at innklagede har brutt forskriften § 8-5 (1) ved at ingen kvalifikasjons- eller dokumentasjonskrav er inntatt i kunngjøringen.
- (44) Det følger av forskriften § 8-5 (1) at krav til leverandørenes kvalifikasjoner "*i hovedtrekk [skal] angis i kunngjøringen*". Kunngjøringen skal også angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandøren er oppfylt.
- (45) Kvalifikasjonskravene var i foreliggende sak ikke angitt i kunngjøringen, og innklagede har også erkjent å ha brutt forskriften § 8-5 (1). I relasjon til kvalifikasjonskravene var det imidlertid vist til konkurransegrunnlaget, som var tilgjengelig som elektronisk vedlegg til kunngjøringen. Klagenemnda har ikke holdepunkter for at feilen har hatt betydning for gjennomføringen av konkurransen, og dette er heller ikke anført av klager.

Konklusjon:

Sandnes kommune har brutt forskriften § 8-5 (1) ved at kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene ikke var angitt i kunngjøringen.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arve Rosvold Alver

Dokumentet er godkjent elektronisk