



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Adresseinformasjon fylles inn ved
ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Adresseinformasjon fylles inn ved
ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.:
Advokat
Ronny
Rosenvold

Vår ref.: 2017/0152-9

Saksbehandler: Tora Holm

Dato: 05.12.2017

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 28. september 2017 på offentlig anskaffelse av rammeavtale for kjøp av plasser *"Inn på tunet"*, et dagtilbud for yngre personer med demens. Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

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

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/Sykehjemsetaten (innklagede) kunngjorde 8. juni 2017 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale med én til to leverandører for kjøp av plasser *"Inn på tunet"*, et dagtilbud for yngre personer med demens. Anskaffelsens verdi ble i protokollen anslått til kroner 7 503 645 per år. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.2 angitt til 6. juli 2017.
- (2) Det fulgte at konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at innklagede ville gjennomføre en tilbudskonferanse 13. juni 2017. Begge tilbyderne deltok på konferansen.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 4 fremgikk det at innklagede planla å ha dialog med en eller flere leverandører. Dialogen skulle gjennomføres ved at *"alle leverandører som har gitt gyldig tilbud, vil gis adgang til å forhandle og gi et revidert tilbud før beslutning om tildeling av kontrakt. Det vil bli ført referat fra dialogen. Reviderte tilbud må inngis skriftlig"*.

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaas gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@kofa.no
www.kofa.no

- (4) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.1 at rammeavtalen skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene "Pris" og "Kvalitet", som hadde en vekt på 50% hver. Kvalitetskriteriet var konkretisert gjennom underkriteriet "Oppdragsforståelse", og hadde følgende punkt som skulle besvares:

"Tilpasning av tilbudet til den enkelte bruker - «Hva er viktig for deg?»

Tilbyder skal beskrive innholdet i en uke på «Inn på tunet» Det skal redegjøres for

- *Aktiviteter gjennom året*
- *Måltider*
- *Fysisk aktivitet*
- *Transport*
- *Informasjon og samhandling med pårørende*
- *Ivaretagelse av dokumentasjonsplikten*

Det skal også redegjøres for hvordan samhandling med bydel skal sikres, og hvordan leverandøren kan bidra til å gjøre tilbudet kjent."

- (5) Vedlagt konkurransegrunnlaget var et egenerklæringsskjema med tittelen "Minimumskrav til ytelsen – egenerklæring" som leverandørene skulle fylle ut. Det fremgikk av skjemaet at "[d]ette er obligatoriske krav. Mangler med hensyn til de obligatoriske kravene kan føre til avvisning". Leverandørene skulle besvare kravene ved å krysse av i rubrikken "Ja" eller "Nei". I tillegg inneholdt skjemaet en rubrikk for eventuelle "Merknader".

- (6) Skjemaet inneholdt følgende krav:

"Dagstilbudet skal være lokalisert maks 40 min. med bil fra Oslo sentrum (Rådhuset) ihht google maps veibeskrivelse eller tilsvarende.

Dagtilbudet skal ha oppstart 01.10.17.

Dagtilbudet skal leveres 3-5 dager i uken, og skal ha en varighet på minimum 5 timer per dag ekskl. transport.

Dagtilbudet skal være åpent hele året.

Det skal tilbys minimum 6 dagsenterplasser per dag.

Dagtilbudets brukere skal ha kontinuerlig tilsyn under oppholdet.

Leverandøren skal ta imot ny bruker innen tre dager etter vedtak om plass.

Leverandøren skal tilby organisert transport, hvor bruker hentes på sin hjemmeadresse.

Dagtilbudet skal omfatte eget oppholdsrom, spiseplass, toalett og hvilerom.

Det skal serveres to måltider pr dag, hvorav ett varmt måltid.

Leverandøren skal dokumentere og rapportere fortløpende ved endringer i brukers tilstand.

Minst en av medarbeiderne skal ha helsefaglig utdanning med videreutdanning innen, eller erfaring med, demens."

- (7) Det ble gjennomført forhandlinger med begge leverandørene, som leverte reviderte tilbud innen fristen.
- (8) Av tildelingsbrev til klager datert 22. august 2017 fremgikk det at innklagede ville inngå kontrakt med valgte leverandør for alle 15 dagplassene. Følgende overordnede begrunnelse ble gitt:

"Stiftelsen Kirkens bymisjon har levert et godt tilbud i tråd med dagens behov. Sammenlignet med valgt Leverandør er tilbudet noe mindre faglig forankret blant annet når det gjelder kompetanse hos medarbeiderne i daglig drift ved dagsenteret. Innholdet i tjenesten er faglig forankret med gjenkjennbare og trygge rammer, og er tilpasset brukergruppen. Tilbudet gir en god beskrivelse av dagsenterbrukernes tilbud gjennom et helt år.

Sammenlignet med valgt leverandør er tilbudet kvalitativt mindre konkurransedyktig. Tilbudet inneholder lite nytt og oppleves som en videreføring av eksisterende tilbud. Tilbudet fremstår som konservativt og begrensende, med lite fokus på det friske. Det reviderte tilbudet inneholder flere nye aktiviteter, men mangler enkle tiltak rettet mot dagliglivets aktiviteter.

Stiftelsen Kirkens bymisjon er konkurransedyktig på pris."

- (9) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. september 2017. Innklagede avventer kontraktsinngåelse, og saken har derfor vært underlagt prioritert saksbehandling.

Sekretariatets vurdering:

- (10) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for kjøp av plasser "Inn på tunet", et dagtilbud for yngre personer med demens, som er en helse- og sosialtjeneste. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen estimert til kroner 7 503 645 per år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og IV, jf. forskriften §§ 5-1 fjerde ledd og 5-3 andre ledd.
- (11) Foranlediget av klagers anførsel nevnes det innledningsvis at selv om anskaffelsen etter sin art og verdi følger forskriften del IV, har innklagede valgt å gjennomføre konkurransen som en åpen tilbudskonkurranse. Hvorvidt anskaffelsen er gjennomført i henhold til regelverket må da i første rekke avgjøres basert på de regler som er gitt for denne konkurranseformen. Noen analogislutninger med hensyn til hvilke krav som stilles til oppdragsgivers gjennomføring av forhandlingene fra den tidligere forskriften del III, er det åpenbart ikke grunnlag for.

Feil ved evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet"

- (12) Klager hevder at innklagede, ved å gi uttelling for fagdekning og de ansattes kompetanse ved evalueringen av tilbudene, har tatt hensyn til forhold som faller utenfor en objektiv fortolkning av tildelingskriteriet "*Kvalitet*", som var konkretisert gjennom underkriteriet "*Oppdragsforståelse*".
- (13) Som det fremgår av konkurransegrunnlaget skulle "*Oppdragsforståelse*" dokumenteres gjennom en beskrivelse av innholdet i en uke på "*Inn på tunet*", med utgangspunkt i hvordan tilbudet kunne tilpasses den enkelte bruker. De ansattes kompetanse og hvilken fagdekning leverandøren tilbyr er forhold som direkte påvirker mulighetene til individuell tilpasning, og en redegjørelse av dette er dermed relevant for å synliggjøre leverandørens oppdragsforståelse. På denne bakgrunn må det ha fremstått som klart for enhver normalt velinformert og påpasselig leverandør at dette var noe som kunne gi uttelling ved evalueringen. Det følger for øvrig av referatet fra forhandlingene med klager at antall ansatte og deres kompetanse var forhold som klager ble utfordret på. At dette ville bli vektlagt må også av denne grunn ha vært helt påregnelig for klager.
- (14) Dette endres heller ikke av at egenerklæringsskjemaet inneholdt et krav om at "*[m]inst en av medarbeiderne skal ha helsefaglig utdanning med videreutdanning innen, eller erfaring med, demens*".
- (15) Kravet er formulert på en måte som åpner for meroppfyllelse. På denne bakgrunn må det ha fremstått som klart for enhver normalt velinformert og påpasselig leverandør at meroppfyllelse på dette punkt ville kunne gi uttelling ved tildelingsevalueringen. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.
- (16) Klager har videre bemerket at dersom det legges til grunn at konkurransegrunnlaget åpnet for at innklagede kunne gi uttelling for meroppfyllelse, var det i strid med likebehandlingsprinsippet at klager ikke fikk uttelling for å ha tilbudt kortere reisetid enn valgte leverandør.
- (17) I denne forbindelse har innklagede redegjort for at den begrensede forskjellen i reisetid som fremgikk av de reviderte tilbudene ikke ble ansett å utgjøre en kvalitetsmessig merverdi av betydning for evalueringen. Klagers anførsel gir klart ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes skjønn på dette punktet.
- (18) Videre har klager anført at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved å sammenligne den tilbudte løsningen med den tjenesten klager leverer som eksisterende leverandør av tjenesten. For å underbygge påstanden har klager vist til begrunnelsen i tildelingsbrevet, hvor det er tatt inn en henvisning til eksisterende tilbud:
- "Sammenlignet med valgt leverandør er tilbudet kvalitativt mindre konkurransedyktig. Tilbudet inneholder lite nytt og oppleves som en videreføring av eksisterende tilbud. Tilbudet fremstår som konservativt og begrensende, med lite fokus på det friske. Det reviderte tilbudet inneholder flere nye aktiviteter, men mangler enkle tiltak rettet mot dagliglivets aktiviteter".*
- (19) Innklagede har forklart at henvisningen til eksisterende tilbud er tatt inn for å poengtere at tilbudet manglet den nyteknningen og videreutviklingen som ble etterspurt på tilbudskonferansen og i forhandlingene med klager.
- (20) I motsetning til det klager hevder er det altså ikke grunnlag for å hevde at det var noe annet enn nettopp tilbudenes relative fordeler og ulemper som ble evaluert, med

utgangspunkt i det som var etterspurt i konkurransegrunnlaget, og senere presisert og utdypet på tilbudskonferansen og i forhandlingene. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.

Feil ved gjennomføring av forhandlinger

- (21) Klager har anført at innklagede ved gjennomføringen av forhandlingene har brutt regelverket ved ikke å påpeke sider ved tilbudet hvor det var vesentlig forbedringspotensiale. Klager har i denne forbindelse vist til at det i begrunnelsen fremgår at tilbudet fikk trekk for manglende fokus på det friske og mangel på enkle tiltak rettet mot dagliglivets aktiviteter, uten at dette ble fremhevet i forhandlingene.
- (22) Innklagede har som nevnt valgt å gjennomføre konkurransen som en åpen tilbudskonkurranse slik denne prosedyren er beskrevet i forskriften del II. I forbindelse med innføringen av denne prosedyreformen uttalte forenklingsutvalgets flertall (som tok til orde for innføringen av den nye konkurranseformen) i NOU 2014:4 s. 154 følgende om bruk av forhandlinger:

"I den grad oppdragsgiver velger å gjennomføre forhandlinger, skal det ikke gjelde noen plikt til å påpeke forhold ved tilbudene som kan forbedres, med mindre dette følger av likebehandlingsprinsippet."

- (23) Hva som ligger i likebehandlingsprinsippet i denne relasjon må ses i lys av at konkurranseformen er innført for at tilbyderne skal ha et insentiv til å inngi sitt beste tilbud allerede ved tilbudsfristen, jf. NOU 2014:4 s. 152
- (24) I denne saken har innklagede valgt å påpeke de forholdene ved de respektive tilbudene hvor det var størst forbedringspotensiale. At likebehandlingsprinsippet ikke ble overholdt i denne forbindelse gir klagers anførsel klart ikke grunnlag for å konstatere. Klagers anførsel kan på denne bakgrunn klart ikke føre frem.

Avvisningsplikt

- (25) Klager anfører at valgte leverandør ikke oppfylte minstekravet om at dagtilbudet skal være *"lokalisert maks 40 min. med bil fra Oslo sentrum (Rådhuset) ihht google maps veibeskrivelse eller tilsvarende"*, og at tilbudet derfor skulle vært avvist. Innklagede har i denne forbindelse redegjort for at det ved vurderingen av om minstekravene var oppfylt ble gjennomført kontrollsøk på Google Maps som bekreftet at valgte leverandørs dagtilbud er lokalisert i tråd med kravet. Klager hevder imidlertid at disse kontrolløkene ikke er relevante fordi de ble gjennomført utenfor det tidsrommet transporten skal gjennomføres, og at minstekravet må forstås som et krav om at kjøretiden er maks 40 minutter i de tidsrommene hvor brukerne av tilbudet skal kjøres til og fra dagtilbudet.
- (26) Ved tolkingen av konkurransegrunnlaget er utgangspunktet hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder vil tolke det, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2016/188 premiss (26) og 2016/146 premiss (23). Når minstekravet tolkes i lys av konkurransegrunnlaget for øvrig, må det ha fremstått klart for en normalt påpasselig tilbyder at kravet skal forstås slik ordlyden gir anvisning på, og ikke som et krav til maksimal reisetid når brukerne skal transporteres. Den reelle reisetiden har for øvrig vært gjenstand for evaluering under tildelingskriteriet *"Kvalitet"*. Klagers anførsel kan klart ikke føre frem.

- (27) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket 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 avvisningsvedtaket.

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

Jonn Sannes Ramsvik
nestleder i sekretariatet
Dokumentet er godkjent elektronisk

Tora Holm
førstekonsulent

Mottaker

Kluge Advokatfirma AS Avd Oslo

Postadresse

Postboks 1548 Vika

*Poststed*0117 OSLO
Norge*Kontakt/e-post*Ronny Rosenvold
ronny.rosenvold@kluge.
no*Kopi til:*Oslo kommune Utviklings- og
kompetanseenhetenPostboks 6538 Etterstad 0606 OSLO
NorgeKathinka.bullengelstad
@uke.oslo.kommune.no



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Adresseinformasjon fylles inn ved
ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Adresseinformasjon fylles inn ved
ekspedering. Se mottakerliste nedenfor.

Deres ref.:

Vår ref.: 2017/0152-13

Dato: 14.12.2017

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@kofa.no
www.kofa.no

Klagenemndas sekretariat besluttet 5. desember 2017 å avvise klage fra Stiftelsen Kirkens Bymisjon Oslo (heretter klager) over en åpen tilbudskonkurranse om anskaffelse av rammeavtale for kjøp av plasser i konseptet «*Inn på tunet*», som er et dagtilbud for yngre personer med demens. Oppdragsgiver var Oslo kommune v/Sykehjemsetaten (heretter innklagede). Grunnlaget for avvisningen var at sekretariatet fant klagen uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9, fordi den klart ikke kan føre frem.

Klager har i rett tid påklaget avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. den samme forskriftsbestemmelsen.

Klager har i korthet anført:

Det vises i klagen over avvisningsvedtaket til tidligere inngitt klage og anføres ikke noe nytt i denne omgang.

Innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4.

For det første har innklagede brutt med kravet om forutberegnelighet ved å evaluere tilbudene under tildelingskriteriet «*Kvalitet*» i strid med konkurransegrunnlaget. Det er tatt hensyn til forhold som faller utenfor en objektiv tolkning av dette tildelingskriteriet. Således er det ved evalueringen lagt vekt på tilbudt fagpersonell, endog utover minstekravet i konkurransegrunnlaget. Innklagede har videre ved evalueringen bedømt klagers tilbud opp mot et eksisterende tjenestetilbud (som klager var en av leverandørene av), hvilket også bryter med en objektiv forståelse av tildelingskriteriet.

For det annet har innklagede brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med tilbyderne.

For det tredje har innklagede brutt kravet om forutberegnelighet ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Dette inneholdt vesentlige avvik fra minimumskrav.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndas leder, Rieber-Mohn, har gått gjennom sakens dokumenter, herunder den opprinnelige klagen, tilsvaret, etterfølgende kommentarer fra partene, avvisningsvedtaket og klagen over dette.

Leder vil innledningsvis gi sin tilslutning til det sekretariatet anfører i avsnitt (11) i avvisningsvedtaket om at anskaffelsen må, i tillegg til reglene i forskriften del IV, bedømmes etter de regler som er gitt for åpne tilbudskonkurranser. Det følger av innklagedes valg av denne konkurranseformen.

Klager har for det første anført at innklagede ved evalueringen har lagt vekt på forhold som ikke inngår i tildelingskriteriet «*Kvalitet*», konkretisert ved underkriteriet «*Oppdragsforståelse*». Innklagede har således lagt vekt på forhold som det tilbudte personellens kompetanse og den fagdekning som blir resultatet av tilbudet. Dette er forhold som ikke omfattes av de forhold som etterspørres under kriteriet «*Oppdragsforståelse*».

Leder kan ikke se det annerledes enn at en normalt velinformert og påpasselig tilbyder måtte gå ut fra at omfanget av kompetent fagpersonale, ville slå positivt ut ved evalueringen. Oppfyllelsen av de oppgavene som er spesifisert under kriteriet «*Oppdragsforståelse*», og som kan sammenfattes i et krav om tilpasning av tilbudet til den enkelte bruker, vil utvilsomt bero på i hvilken utstrekning leverandøren har et faglig kompetent personale. Det må være uten betydning at det legges vekt på kompetanse som tilbys utover minstekravet i konkurransegrunnlaget.

Klager har også anført at innklagede feilaktig har sammenlignet den tilbudte løsningen med den tjenesten klager leverer som eksisterende leverandør. Det synes som om klager her fester seg spesielt ved en formulering i tildelingsbrevet og legger altfor meget i denne. Under tilbudskonferansen som innklagede inviterte til, ble det i en presentasjon uttrykkelig slått fast at innklagede ønsket «*videreutvikling av tjenesten*». Det er følgelig naturlig å forstå innklagedes karakteristikk av klagers tilbud som en «*videreføring av eksisterende tjeneste*» som en påpekning av at det var lite innovativt og ikke fulgte opp nevnte ønske.

Leder slutter seg på disse punkter fullt ut til det som er anført av sekretariatet og viser spesielt til avvisningsvedtakets avsnitt (13) - (20).

Klager har videre anført at det ikke er ført reelle forhandlinger med partene. Denne anførselen knytter seg særlig til at innklagede under forhandlingene ikke har påpekt sider ved tilbudet hvor det var gode muligheter for å forbedre dette. Som sekretariatet påpeker i avsnittene (22) – (23), foreligger ingen plikt til å trekke frem forhold ved tilbudene som kan forbedres, med mindre dette følger av likebehandlingsprinsippet. Etter leders syn foreligger ingen holdepunkter for at tilbyderne ikke er behandlet likt på dette punkt.

Når det endelig gjelder anførselen om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist på grunn av vesentlig avvik fra minstekravet, slutter leder seg fullt ut til det sekretariatet anfører i avsnittene (25) – (26) og har intet å tilføye.

Etter dette er leder, som sekretariatet, kommet til at klagen klart ikke kan føre frem, og at den blir å avvise fra nemndsbehandling.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Denne avgjørelse sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Georg Fredrik Rieber-Mohn
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker
Kluge Advokatfirma AS Avd Oslo

Postadresse
Postboks 1548 Vika

Poststed
0117 OSLO
Norge

Kontakt/e-post
Ronny Rosenvold
ronny.rosenvold@kluge.
no

Kopi til:

Oslo kommune Utviklings- og
kompetanseenheten

Postboks 6538 Etterstad 0606 OSLO
Norge

Mari Rund Kværnhaug
mari.kvarnhaug@uke.osl
o.kommune.no