

Indre Fosen kommune

Trondheim, 19. februar 2020

Sendt pr epost til:

Vår ref: . /

Ansvarlig advokat: Britt Nrgård

Ang anbudskonkurranse rammeavtale for levering av bedriftshelsetjenester Fosen kommunen- krav om avlysning av konkurranse

1 Innledning

Bedico HMS AS (heretter «Bedico») har bedt om vår bistand i forbindelse med pågående anbudskonkurranse om leveranse av bedriftshelsetjenester til kommunene Indre Fosen, Osen, Ørland og Åfjord (heretter benevnt «Oppdragsgiver»).

Det anføres at oppdragsgiver har brutt kravet til forutberegnelighet i lov om offentlige anskaffelser § 4, krav til spesifisering av tjenestene jf FOA § 15-1, samt krav til at tildelingskriteriene skal ha den nødvendige tilknytningen til den leveransen konkurransen omfatter jf FOA § 18-1 (4). I korte trekk er den faktiske klagegrunnen knyttet til at konkurransedokumentene ikke spesifiserer hva som skal leveres i tilstrekkelig grad til at det fastpris kan benyttes som prismodell. Denne feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved en avlysning av konkurransen. I det følgende vil det faktiske og rettslige grunnlaget for klagen bli gjennomgått.

2 Brudd på kravet til forutberegnelighet og krav til spesifisering av tjenestene

Det følger av kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i loven § 4 at konkurransegrunnlaget må være utformet på en klar og utvetydig måte, jf. for eksempel klagenemndas sak 2011/249 premiss (32) med videre henvisninger. På bakgrunn av tidligere praksis, herunder EU-domstolens sak C-19/00 (SIAC Construction), konkluderte nemnda i sakens premiss (36) med at dette klarhetskravet innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget "*må utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal inngis tilbud på og hvordan dette skal gjøres*" samt at konkurransegrunnlaget må "*inneholde tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud*".

Anskaffelsens formål fremgår av konkurransegrunnlaget pkt 1.3:

«Formålet med å etablere en rammeavtale for felles bedriftshelsetjenester er å gi kommunene en enhetlig bedriftshelsetjeneste og IA-tjeneste til de ansatte i kommunene og som samtidig tilfredsstiller de krav Arbeidsmiljøloven og forskrifter til denne om organisering og utvikling av HMS. Bedriftshelsetjenesten skal delta aktivt i det forebyggende verne- og arbeidsmiljøet i kommunen» (vår understrekning).

Rammeavtale er i FOA § 4-1 definert som «avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår med en eller flere leverandører, og som har til formål å fastsette kontraktsvilkårene for de kontrakter som oppdragsgiveren skal inngå i løpet av en bestemt periode, særlig om pris og mengde». Rammeavtale benyttes typisk i de tilfeller at det på anskaffelsestidspunktet ikke er mulig å angi mengder/behov på en tilstrekkelig presis måte til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å inngi et fastpristilbud, hvilket også er tilfelle i denne anskaffelsen.

Kravspesifikasjonen består, i tillegg til overordnede retningslinjer, kun av en henvisning til §§ 4 og 5 i Forskrift til Arbeidsmiljøloven om bedriftshelsetjenester FOR 2009-09-10 nr. 1173. Denne forskriften ble for øvrig opphevet ved implementering av Forskrift om organisering, ledelse og medvirkning (06.12.2011 nr 1355 i kraft fra 01.01.2013), som har tilsvarende bestemmelser i kapittel 13. Disse bestemmelsene angir kun i hvilke typetilfeller arbeidsgiver skal sørge for at bedriftshelsetjenesten bistår. Forskriftens bestemmelser sier ingen ting om bistandens omfang, minimumskrav til frekvenser osv. Kravspesifikasjonen inneholder følgelig ingen opplysninger om hvilken frekvens/kvalitet som skal leveres under kontrakten (i all hovedsak er frekvens ikke er fastsatt i lov eller forskrift). Flere av de lovfestede typetilfellene er i tillegg rettet inn imot individuell tilrettelegging og individuelle henvendelser fra arbeidstaker, verneombud og arbeidsmiljøutvalg. Det er ikke mulig å fastslå eller estimere det fremtidige behovet for denne typen bistand.

Klagenemnda har i avgjørelse 14. januar 2013 i sak 2011/168 behandlet en tilnærmet identisk sak (klagenemndas avgjørelse følger for ordens skyld vedlagt). Nordmøre Interkommunale Innkjøpssamarbeid hadde kunngjort en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for anskaffelse av bedriftshelsetjeneste til 11 kommuner. Tilbyderne skulle inngi et fastpristilbud per år per kommune. Også i denne saken var det i kravspesifikasjonen vist til § 4 i "Forskrift om arbeidsgivers bruk av godkjent bedriftshelsetjeneste og om godkjenning av bedriftshelsetjeneste", og også i denne saken hadde oppdragsgiver vist til totalt antall ansatte pr. kommune som grunnlag. Nemnda konkluderte slik:

«(26) Basert på ovennevnte, er klagenemnda kommet til at konkurransedokumentene manglet opplysninger som var nødvendig for at leverandørene skulle ha forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud. Unnlatsen av å gi disse opplysningene, utgjør et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5....

(28) Feilen i foreliggende sak var altså at konkurransedokumentene ikke inneholdt tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne hadde et forsvarlig grunnlag til å inngi tilbud. Dette er et forhold som både må anses for å ha kunnet påvirke utfallet for klager og for øvrig kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta. Når så er tilfellet, og denne feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved utlysning av ny konkurranse hvor innklagede utformer et konkurransegrunnlag som gir tilbyderne den informasjon som er nødvendig for at tilbyderne skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud, hadde innklagede plikt til å avlyse konkurransen.»

Alle de anførsler som blir fremmet av klager i denne anskaffelsen gjør seg tilsvarende gjeldene i denne anskaffelsen (manglende opplysninger om ønsket omfang / frekvens, manglende opplysninger om yrkeskategorier, fraværsprosenter osv).

Oppdragsgiver har invitert til en konkurranse om kjøp av rammeavtale. Det ligger da i sakens natur at det ikke kan konkurreres på en fastpris. Dette understøttes også av at det i e-post fra oppdragsgiver av 10.

februar blir vist til at «*Salutis traff best på*» oppdragsgivers estimerte årsforbruk på 325 timer. En konkurranse kan ikke lovlig avgjøres på bakgrunn av hvem som treffer best på et estimat som oppdragsgiver, uvisst av hvilken grunn har valgt å ikke opplyse i konkurransegrunnlaget.

3 Brudd på kravet til at tildelingskriteriene skal ha den nødvendige tilknytningen til den leveransen konkurransen omfatter

Det er ikke først og fremst antall ansatte som er kostnadsdriver i disse tjenestene (slik oppbygningen av prisskjemaet tyder på at oppdragsgiver har lagt til grunn). Det som er avgjørende for timeforbruket er hvilket behov som faktisk oppstår, hvilken frekvens oppdragsgiver ønsker, om det skal ytes bistand ned på de enkelte avdelingene, om bistanden skal skje ved oppmøte eller elektronisk, hvilket behov som oppstår for bistand ned på individnivå, hvilke yrkesgrupper som omfattes osv.

Den fastprisen som oppdragsgiver har lagt til grunn i evalueringen vil ikke gi uttrykk for den faktiske kontraktsverdien da forskriften (som er benyttet som kravspesifikasjon) ikke angir minimumskrav til frekvens mv. Det vil følgelig være umulig for oppdragsgiver å følge opp kontrakten da kravspesifikasjonen ikke spesifiserer et minimumsnivå som må leveres for at kontrakten skal være oppfylt. Konsekvensene av dette vil være at leverandøren, når oppdragsgiver etterspør bistand, setter krav til frekvens mv, tilnærmet fritt kan hevde at dette ikke er dekket av fastprisen.

Tildelingskriteriene skal ha den nødvendige tilknytningen til den leveransen konkurransen omfatter jf FOA § 18-1 (4). Av dette følger det at det skal være en sammenheng mellom evaluering av priskriteriet og kontraktsverdien, jf blant annet klagenemndas avgjørelse 29. oktober 2018 i sak 2018/238 der nemnda konkluderte med at evalueringssum ikke ga uttrykk for den faktiske kontraktsverdien:

«(38) Klagenemnda må på denne bakgrunn konkludere med at tildelingskriteriet «Pris» i denne konkurransen ikke er egnet til å identifisere tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Klagenemnda kan ikke se at denne feilen kan rettes på en annen måte enn ved å avlyse konkurransen.»

Det er flere eksempler på at oppdragsgivere har valgt å vise til lovpålagt bruk av bedriftshelsetjenester i sin kravspesifikasjon. Se for eksempel vedlagte konkurransegrunnlag fra Frøya- og Hitra kommune. Den store forskjellen er at det i denne anskaffelsen er tatt hensyn til at det ikke er mulig å prise dette som en fastpriskontrakt. Følgende forutsetning om pris er gitt i denne konkurransen:

«Erfaringsmessig bruk av timer er ca. 150 timer pr. år i hver kommune. Timeantallet er veiledende og skal ikke medføre noen forpliktelse for kommunen eller rettigheter for leverandøren. Timetallet er et estimat og vi forplikter oss ikke til det.

Kommunene ønsker å inngå en rammeavtale med en leverandør, basert på et årlig omtrentlig rammetimetall på 150 timer. Det skrives årlige samarbeidsavtaler med timetall for hver enhet samt på overordnet nivå. Kommunen forplikter seg ikke til å kjøpe tilleggstjenester fra leverandøren utover det årlige rammetimetallet i samarbeidsavtalene.»

Den timebaserte prismodellen som Hitra og Frøya har valgt, der oppdragsgiver oppgir veiledende timeforbruk slik at tilbyderne kan konkurrerer på timepris og ikke på hvem som «treffer» best på

oppdragsgivers timeanslag, er forenelig med at oppdragsgiver benytter forskriftsbestemmelser som kravspesifikasjon. Valg av fastpris som prismodell er ikke forenlig med å kun henvise til forskriftskrav da forskriften ikke setter konkrete minimumskrav.

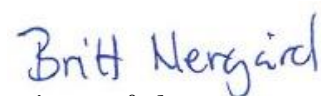
Bedico har i sitt pristilbud tatt hensyn blant annet til de erfaringer de har gjort seg om kommunenes ønskede nivå på bistand i dagens kontrakt. Det er denne erfaringen som medfører at de har lagt til grunn et helt annen forventning hva gjelder timeforbruk enn tilbyder med laveste pris. Bedico sin erfaring er at ikke er mulig å levere bedriftshelsetjenster på et forsvarlig nivå, for fire kommuner med en rekke ulike avdelinger / yrkesgrupper, til en samlet pris for alle kommunene på kr 200 000,- pr år. At nest laveste pris er nesten tre ganger høyere enn laveste pris tilsier i seg selv at tilbyderne ikke har hatt et forsvarlig grunnlag for å beregne pris. Tilbudene er følgelig ikke sammenlignbare.

4 Oppsummering og avsluttende bemerkninger

Oppdragsgiver kan avlyse en konkurransen jf FOA § 25-4 når det foreligger saklig grunn. Konkurransedokumentene ikke inneholdt tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne hadde et forsvarlig grunnlag til å inngi et fastpristilbud. Denne feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen, for deretter å utlyse ny konkurranse der konkurransegrunnlag er utformet på en slik måte at det er tilpasset den prismodellen som oppdragsgiver velger. Dette kan enten gjøres ved at yteles omfang spesifiseres slik at det kan inngis et fastpristilbud på et forsvarlig grunnlag, eller at den «normale» timebaserte prismodellen for rammeavtaler benyttes (tilsvarende som konkurransen kunngjort av Hitra- og Frøya kommune), eller alternativt en kombinasjon av disse to modellene (fastpris der det er mulig å fastslå omfang typisk ved å opplyse frekvens for møtevirksomhet mv, og variabel der det ikke er mulig å estimere et fremtidig behov for eksempel bistand ned på individnivå). Flere av de lovpålagte oppgavene, herunder bistand ned på individnivå, er ytelser der omfanget ikke kan avklares på forhånd. Vår vurdering er følgelig at en fastprismodell, der fastprisen er ment å dekke alle de typetilfeller der oppdragsgiver etter forskriften skal bistås av bedriftshelsetjenesten, er vanskelig forenlig med kravet om at tilbyderne skal ha et forsvarlig grunnlag til å inngi pris.

Som vist til over har klagenemnda i avgjørelse 14. januar 2013 i sak 2011/168 behandlet en tilnærmet identisk sak (samme kravspesifikasjon og samme prismodell). Dersom Oppdragsgiver, til tross for dette, ikke av eget tiltak tar klagen til følge anmodes det om at kontraktsinngåelsen utsettes til klagenemnda har behandlet saken som en prioritert sak. Saker prioriteres av nemnda i de tilfelle at oppdragsgiver avventer kontraktssignering til nemnda har behandlet saken. Opplyst saksbehandlingstid for prioriterte saker er pt to måneder.

Med vennlig hilsen
SANDS Advokatfirma DA



Britt Nergård
Senioradvokat
Epost bne@sands.no

