

Til: Direktoratet for e-helse

Fra: Arne Torsten Andersen og Frederik Nordby

Ansvarlig advokat: Andersen, Arne Torsten

Vår ref.: 319620-037\30187511\v1

Dato: Oslo, 12. januar 2021

SAKEN GJELDER: Anskaffelse av konsulenttjenester i Helsedataprogrammet

1 INNLEDNING

Direktoratet for e-helse («direktoratet») er ansvarlig for Helsedataprogrammet. Helsedataprogrammet utvikler nye tjenester og løsninger for å gi raskere og sikrere tilgang til helsedata fra landets mange helseregistre, helseundersøkelser og biobanker. Programmet skal også gjøre det enklere å gjennomføre analyser og sette sammen helsedata på tvers av ulike datakilder. For å støtte opp under arbeidet blant annet med Helsedataprogrammet, har direktoratet inngått parallelle rammeavtaler med en rekke konsulentfirmaer.

Direktoratet har de senere årene gjennomført flere minikonkurranser om konsulenttjenester under rammeavtalene. Flere av kontraktene er tildelt til PwC. Direktoratet har bedt Kluge foreta en vurdering av om gjennomføringen av minikonkurransene har skjedd i henhold til anskaffelsesregelverket.

I punkt 2 nedenfor går vi gjennom de sentrale faktiske sidene ved de aktuelle avropene som er tildelt PwC. I punkt 3 vurderer vi de anskaffelsesrettslige spørsmålene disse avropene reiser, mens vi i punkt 4 behandler enkelte fellesspørsmål ved alle avropene som har gått til PwC.

2 AVROPENE

2.1 Avrop 16/1111

Avrop 16/1111 ble inngått under rammeavtalen «Prosjektledelse». Under dette avropet ble det anskaffet en virksomhetsarkitekt/prosjektlederstøtteressurs. Varigheten var angitt fra 1. januar 2017 til 31. desember 2018, og omfanget var på 50 – 100 % stilling. Kostnadsrammen var etter det vi har fått opplyst av direktoratet på 3,1 millioner kroner (selv om dette ikke fremkom direkte av avropsskjemaet, da rammen var angitt i kraft av en stillingsandel og varigheten på oppdraget). Tildelingskriteriene var «kompetanse» vektet med 60 % og «pris» vektet med 40 %. Videre ble det stilt følgende krav til konsulenten:

- *Konsulenten må ha dokumentert god erfaring med virksomhetsarkitektur i helse- og omsorgssektoren.*
- *Konsulenten må ha dokumentert erfaring med registerfeltet i helse- og omsorgssektoren.*
- *Konsulenten må ha dokumentert erfaring fra store, komplekse IKT-prosjekter/-programmer i offentlig sektor.*

- *Konsulentene må ha dokumentert erfaring med ledelse av prosjekter i helse- og omsorgssektoren.*

Av konkurransegrunnlaget fremkom det også at:

«Direktoratet for e-helse har denne rollen dekket av en leverandør i dag, og utlysningen er en videreføring av denne.»

PwC hadde den tidligere kontrakten. Det innkom kun ett tilbud, fra PwC, som ble tildelt kontrakt

2.2 Avrop 17/151

Avropet ble inngått under rammeavtalen «Governance», og under avropet ble det anskaffet seks ressurser pluss opsjoner på ytterligere ressurser. Av konkurransegrunnlaget fremgikk følgende:

«Vi trenger en strategisk samarbeidspartner til å lede, planlegge og styre programmet og delprosjektene. I tillegg å bistå i konseptutredninger, gjennomføre anskaffelser og etablere organisasjons- og styringsmekanismer for videre drift og videreutvikling [...] Det vil kunne være deloppgaver eller oppdrag hvor det avtales at samarbeidspartneren tar et helhetlig ansvar for en leveransen.»

Videre het det at:

«Det kan bli behov for endring av kompetansesammensetningen over tid, slik at noen ressurser må byttes. Dette kan være avhengig av både faglige behov og av budsjett. [...] Samarbeidsavtalen skal gi forutsigbarhet, prioritet og kontinuitet på ressurstilgang over en fireårsperiode. [...]»

I konkurransen ble det stilt krav om at *«noen av konsulentene bør ha dokumentert erfaring med registerfeltet i helse og omsorgssektoren»*.

Varigheten var angitt fra «snarest mulig» i mars 2017 og ut 2018, med mulighet for forlengelse frem til utløpet av 2020. Det var videre angitt at *«ressursbelastningen vil kunne økes og reduseres ved behov»*.

Kostnadsrammen er antatt til 90 millioner eks mva. Konkurransedokumentene spesifiserte imidlertid ikke hvorvidt kontrakten var inklusive eller eksklusiv mva. I tillegg ble pristabellene i den endelige kontrakten fylt inn på feil linje, slik at kontraktssummen viste 90 millioner inkl. mva. I budsjett disponeringsdokumentet og i anskaffelsesprotokollen er imidlertid summen angitt eks. mva, og de senere årene har direktoratet konsekvent oppgitt prisene eks. mva. Tildelingskriteriene var «kompetanse» vektet med 60 % og «pris» vektet med 40 %. Kompetansen skulle dokumenteres med CVer. Det innkom to tilbud. PwC ble tildelt kontrakt.

Det faktiske forbruket er angitt til 95 704 122,-, det vil si vel 5,7 millioner kroner over rammen.

2.3 Avrop 20/26

Avropet er inngått under rammeavtalen «Strategisk rådgivning», og omfatter 24 ressurser pluss opsjoner. Av konkurransegrunnlaget fremgår det at:

«Vi trenger en strategisk hovedsamarbeidspartner til å bidra med å lede og gjennomføre programmet og prosjektene som tilhører programmet. Leverandøren skal bistå i utredninger, analyser, kravstilling til løsningsutvikling, gjennomføre anskaffelser og etablere organisasjons- og styringsmekanismer for videre drift og videreutvikling. Behovet for kompetanse vil variere over tid. Nedenfor har vi listet opp oppgaver vi per i dag har behov for bistand til. Avtalen skal gi grunnlag for et samarbeid og en oppdragsbistand for 2020 og 2021, med opsjon for 2022. Direktoratet ønsker

en hovedsamarbeidspartner som skal ta et medansvar på kundesiden for å sikre en profesjonell og god gjennomføring av programmet».

Hva endringer angikk, heter det i konkurransegrunnlaget:

«Det kan bli behov for endring av kompetansesammensetningen over tid, slik at noen ressurser må byttes. Dette kan være avhengig av både faglige behov og av budsjett. I tillegg vil programmet ha behov for å få inn ressurser med spisskompetanse på ulike områder innenfor kortere tidsperioder, som kan jobbe med mer avgrensede oppgaver etter hvert som programmet får behov.»

Videre fremkom det av konkurransegrunnlaget at:

«Oppdraget er en fornyelse av kontrakt for et pågående oppdrag, der PwC har rollen i dag. PwC har hatt rollen som hovedsamarbeidspartner siden programmets start i 2017 (avrop på daværende rammeavtale) og dekker behovet slik det her er beskrevet. Programmets varighet vil bli lenger enn det vi planla i 2017, og derfor forlenges også behovet for kontrakt med hovedsamarbeidspartner. Den nåværende leverandøren har gjennom oppdraget opparbeidet seg betydelig innsikt og erfaring og har vist en solid leveranseevne og oppdragsforståelse. Øvrige leverandører fritas derfor fra tilbudsplikten.»

Én av de øvrige rammeavtaleleverandørene stilte spørsmål om konkurransen:

«Er dette en reell konkurranse, eller vil PwC med sine tidligere oppdrag ligge an til å vinne dette. Dersom PwC en ønsket, bør det opplyses om det (slik det kanskje indirekte kan forstås), slik at ikke mange selskaper bruke mange hundre timer hver på å sette sammen tilbud.»

Til dette svarte direktoratet:

«Slik det fremkommer av avropsskjemaet er dette en videreføring og øvrige leverandører fritas derfor fra tilbudsplikt.»

Tildelingskriteriene var «kompetanse», vektet 60 % og «oppdragsforståelse» og «pris» med 20 % hver.

I konkurransen var det blant annet stilt følgende krav:

- *«Noen av konsulentene må ha dokumentert erfaring med hhv.:
 - registerfeltet i helse- og omsorgssektoren
 - forskningssektoren, primært helseforskning
 - helseanalysefeltet»*

Direktoratet mottok ett tilbud, fra PwC, som ble tildelt kontrakt.

3 ANSKAFFELSESRETTLIG VURDERING AV AVROPENE

3.1 Avrop 16/1111

Etter vårt syn reiser dette avropet to anskaffelsesrettslige spørsmål. For det første er det et spørsmål om følgende angivelse i konkurransegrunnlaget er i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling i anskaffelsesloven § 4:

«Direktoratet for e-helse har denne rollen dekket av en leverandør i dag, og utlysningen er en videreføring av denne.»

Anskaffelsesloven § 4 stiller krav til at oppdragsgiver legger til rette for konkurranse, og at konkurransegrunnlaget ikke utformes på en måte som favoriserer en spesiell leverandør. Marianne Dragsten har formulert dette på følgende måte i sin kommentarutgave til anskaffelsesloven:

«I kravet til konkurranse ligger det ikke bare at det skal gjennomføres en konkurranse, men også at konkurransen skal være reell. Foretar oppdragsgiveren handlinger som vil svekke konkurransen uten saklig grunn eller hjemmel i regelverket, vil dette kunne være i strid med regelverket selv om det ikke foreligger brudd på konkrete bestemmelser.»

Det vil derfor være i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesretten å gi uttrykk for at det er en spesifikk leverandør som ønskes, eller på annet vis gi uttrykk for at det ikke er ønskelig at andre leverandører deltar i konkurransen.

Passusen i konkurransegrunnlaget kan forstås på ulike måter. Som nevnt over, hadde PwC den tidligere kontrakten som avropet var en videreføring av. På den ene siden kan formuleringen derfor forstås slik at direktoratet ønsker at samme leverandør skal videreføre arbeidet. På den andre siden kan det fremstå som en saksopplysning om at direktoratet allerede har en slik ressurs i dag. Tolkningen er ikke åpenbar. Vi mener imidlertid at den mest nærliggende forståelsen er at direktoratet opplyser om at den aktuelle rollen er besatt i dag, og at det derfor ikke er tale om anskaffelse av en helt ny rolle som direktoratet ikke tidligere har hatt. Etter det direktoratet har opplyst, har direktoratet inntatt lignende formuleringer i konkurransene på bakgrunn av rammeavtaleleverandørenes ønsker. Dersom det er tale om videreføring av tidligere roller, har rammeavtaleleverandørene ønsket å vite dette, i og med at eksisterende leverandører vil kunne ha en (legitim) konkurransefordel. I lys av dette, er det i tråd med god forretningsskikk og kravet til forutberegnelighet at opplysningen inntas i konkurransegrunnlaget.

På den annen side kan det riktignok innvendes at bruken av ordet «videreføring» kan tilsi at direktoratet ønsker å fortsette å benytte den eksisterende leverandøren, og at det derfor ikke er tale om en reell konkurranse. Videre innkam det kun ett tilbud i konkurransen – fra PwC som var eksisterende leverandør. Selv om dette ikke i seg selv er et bevis, kan dette i prinsippet tilsi at de øvrige leverandørene forstod konkurransegrunnlaget slik at det var ønskelig fra direktoratets side at kontrakten gikk til PwC.

Samlet sett mener vi imidlertid at det ikke er grunnlag for å tolke konkurransegrunnlaget slik at det ble lagt føringer på at kontrakten med PwC skulle videreføres. Opplysningen om at det er tale om en videreføring, fremstår etter vårt syn som en nøytral saksopplysning. Vi kan derfor ikke se at dette utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket.

Det andre spørsmålet er om det er stilt krav som er konkurransebegrensende. Det var blant annet stilt krav om at konsulenten måtte ha god erfaring med virksomhetsarkitektur i helse- og omsorgssektoren, og dokumentert erfaring med registerfeltet i helse- og omsorgssektoren. Som nevnt var det PwC som var den eksisterende leverandøren. Kravene ville derfor muligens enklere kunne oppfylles av PwC enn av de øvrige rammeavtaleleverandørene. Spørsmålet er derfor om disse kravene er i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket som følge av at PwC hadde den tidligere kontrakten.

Utgangspunktet er at utformingen tilligger oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Det er imidlertid enkelte grenser for hvilke krav som kan stilles. For det første skal ikke oppdragsgiver utforme kravene på en måte som kan medføre diskriminering eller forfordeling av enkelte leverandører. I veilederen til regelverket heter det om utformingen av kravspesifikasjoner at:

«Det er særlig viktig at kravspesifikasjonen utformes med et bevisst forhold til konkurransesituasjonen på markedet. Kravspesifikasjonen skal ikke medføre diskriminering eller forfordeling av enkelte leverandører, og kravene må heller ikke utformes på en måte som virker konkurransebegrensende uten at dette kan begrunnes på en saklig og objektiv måte. Dersom kravspesifikasjonene reelt sett har en diskriminerende virkning, kan dette utgjøre et brudd på likebehandlingsprinsippet.»

I prinsippet vil derfor det å stille krav om erfaring som lettere vil kunne oppfylles av PwC, kunne tenkes å være i strid med de grunnleggende kravene. Forutsetningen for at dette skal være tilfelle, er imidlertid at en eventuell forskjellsbehandling ikke kan begrunnes på en saklig og objektiv måte.

Det er klart at eksisterende leverandører vil kunne ha en konkurransefordel. Slike konkurransefordeler er fullt ut legitime. Dragsten har formulert dette på følgende måte i sin kommentarutgave:

*«Kravet [til likebehandling] er ikke til hinder for saklig og objektivt begrunnet forskjellsbehandling. Det innebærer at ikke enhver form for forskjellsbehandling er i strid med kravet til likebehandling. Handlinger som har til hensikt å gi en leverandør en fordel, er klart forbudt. Derimot er ikke enhver handling som (utisiktet) kan gi en leverandør en fordel (i beskjedent omfang), i strid med kravet til likebehandling. Ved vurderingen av hva som er akseptabelt, må det ses hen til graden av konkurransefordel leverandør får, og om oppdragsgiverens adferd er fornuftig og sedvanlig ut fra alminnelige kommersielle overveielser. **Det at en leverandør i kraft av faglige kvalifikasjoner eller erfaringer fra andre oppgaver av lignende karakter har en konkurransefordel, er ikke i strid med kravet til likebehandling.** (vår utheving)»*

KOFA er også inne på lignende betraktninger i sak 2014/24:

«Det er også grunn til å nevne at det i de fleste konkurranser er forhold som gjør at noen eller enkelte tilbydere har et bedre grunnlag enn andre for å levere et godt tilbud. Det kan være erfaring fra tidligere liknende oppdrag eller ved å være eksisterende leverandør. Regelverket er ikke til hinder verken for at slike leverandører konkurrerer om anskaffelser sammen med leverandører som ikke har tilsvarende godt grunnlag, eller at kontraktene faktisk tildeles leverandørene som har dette fortrinnet.»

Ved å være eksisterende leverandør hadde PwC naturligvis en fordel, men dette er fullt ut tillatt basert på det som fremkommer ovenfor.

Vi kan heller ikke se at kravene av andre grunner skulle være ulovlige eller i strid med de grunnleggende kravene. Anskaffelsen gjaldt en konsulent som ville ha en sentral rolle i kartlegging av nåsituasjonen for registerfeltet, og konsulenten skulle identifisere og detaljere nasjonale fellesløsninger. Det er med andre ord tale om en konsulent som vil stå helt sentralt i et arbeid som er viktig for bruken av helsedata i Norge. Slik vi ser det, er disse kravene fullt ut legitime å stille i denne konkurransen. I motsatt tilfelle ville direktoratet måtte påta seg å lære opp en ressurs slik at denne fikk kompetanse på registerfeltet i helse- og omsorgssektoren. Det var imidlertid arbeidet denne ressursen nettopp var satt til å lede. Etter vårt syn er det derfor tale om fullt ut legitime krav som objektivt sett kan begrunnes.

På bakgrunn av dette, kan vi ikke se at det er begått noen brudd ved tildelingene av dette avropet til PwC.

3.2 Avrop 17/151

Dette avropet reiser tre anskaffelsesrettslige spørsmål. Det første er om direktoratet har vektlagt forhold som ikke var tilkjennegitt i tildelingskriteriene.

I konkurransen ble det angitt at tilbudene ville vurderes ut fra kompetansen til de tilbudte konsulentene og pris. Kompetansen skulle først og fremst dokumenteres med CVer på navngitte tilbudte ressurser. I tillegg var det ønskelig med eksempler på CVer fra ressurser som leverandøren kunne tilby innen ulike ressurskategorier. Det var videre angitt i konkurransegrunnlaget at det ville kunne bli aktuelt å gjennomføre intervju med konsulentene. Endelig var det oppgitt i konkurransegrunnlaget at: *«Ved evaluering av tilbudt kompetanse vil vi legge mest vekt på konsulentene som tilbys i tilknytning til punkt 1 ovenfor, men også vektlegge leverandørens evne til å ta en større rolle som langsiktig samarbeidspartner basert på tilbudte CVer i pkt 2.»*

Det fremkommer av tildelingsmeddelelsen at:

«Tildelingskriteriet Kompetanse er vurdert i hht til tilbudte ressurser og leverandørens kompetanse til å ta en fireårig rolle som samarbeidspartner. Leverandørens motivasjon og egnethet til å ta rollen som samarbeidspartner har blitt utdypet i intervju av de to leverandørene, der også de tilbudte ressursene som programleder ble intervjuet.»

Om PwC heter det at:

«Tilbud og oversendte CV-er gir et godt og ryddig inntrykk og viser god forståelse for oppdraget. Det skriftlige tilbudet reflekterer ansvaret som strategisk samarbeidspartner i planlegging og gjennomføring av Helsedataprogrammet.

PwC har erfaring fra tidligere i å ha rolle som en strategisk samarbeidspartner og uttrykker i intervjuet et bevisst forhold til rollen, med konkrete forslag til og erfaringer med tiltak og virkemidler for hvordan rollen bør utøves i praksis. I tillegg har selskapet bygget et godt nettverk i helsesektoren, har mye erfaring og gode relasjoner på alle nivå i sektoren, som vil være gunstig for utøvelse av partnerrollen. De viser stor, konkret bevissthet og ansvar for rollen.

«PwC utmerker seg også i «erfaring, refleksjon og konkrete virkemidler for rollen som strategisk samarbeidspartner».

Spørsmålet er om direktoratet har lagt vekt på forhold som ikke fremkom av tildelingskriteriene, når det er vektlagt forhold rundt leverandørens kompetanse som samarbeidspartner, og leverandørens egnethet og motivasjon. Det anskaffelsesrettslige utgangspunktet er at tildelingskriterier må ha tilknytning til leveransen. Det er derfor begrenset anledning til å vektlegge generelle forhold ved leverandøren.¹

Vurderingen av hvilke forhold direktoratet har vektlagt, må ta utgangspunkt i ordlyden i tildelingsbeslutningen. I dette tilfellet kan det synes som om det er vektlagt forhold rundt leverandøren, og ikke de tilbudte konsulentene. For det første viser vi til at man i tildelingsmeddelelsen skiller mellom de tilbudte ressursene på den ene siden og leverandørens kompetanse på den andre siden. For det andre skiller det i tildelingsmeddelelsen også mellom tilbudet som sådan på den ene siden og CVene på den andre, hvor det fremkommer at tilbudet reflekterer *«ansvaret som strategisk samarbeidspartner»*. For det tredje heter det i tildelingsmeddelelsen at PwC har erfaring som strategisk samarbeidspartner, og at selskapet har et godt nettverk i sektoren.

Slik vi ser det, kan dette tolkes slik at direktoratet har vektlagt forhold som gjelder leverandøren. Det fremgikk imidlertid også av konkurransegrunnlaget at direktoratet hadde behov for *«en strategisk hovedsamarbeidspartner til å bidra med å lede og gjennomføre programmet og prosjektene som tilhører programmet»*. Dette skulle dokumenteres gjennom CVer med eksempler fra ulike ressurser. Direktoratet skulle derfor evaluere ressurs sammensetningen til leverandørene, og i hvilken grad disse ressursene og deres sammensetning kunne bidra til å oppfylle direktoratets behov for en strategisk samarbeidspartner.

Selv om det nok kan være noe uheldig at tildelingsmeddelelsen i stor grad beskriver forhold rundt leverandøren, og ikke de tilbudte ressursene, mener vi at tildelingsbeslutningen, tolket i lys av konkurransegrunnlaget, viser at direktoratet har evaluert på de tilbudte ressursene og den kompetansen leverandøren for øvrig besitter, og at de tilbudte ressursene og eksempler på CVene gir direktoratet de ressursene de trenger for å oppfylle behovet for en samarbeidspartner.

Det andre spørsmålet, er om direktoratet har gått over den økonomiske rammen som var angitt i konkurransegrunnlaget. Kostnadsrammen var antatt å utgjøre 90 millioner eks. mva., mens det faktiske

¹ Denne praksisen har imidlertid blitt myket noe opp de senere årene, se for eksempel KOFAs sak 2019/664.

forbruket er på nær 96 millioner. Det første som må vurderes, er om rammen rent faktisk var 90 millioner eks. mva., eller om den var 20 % lavere som følge av at det ikke var spesifisert i konkurransedokumentene hvorvidt avtalen var eksklusiv eller inklusiv mva., og at det i den endelige kontrakten ved en feil ble fylt inn 90 millioner inkl. mva. Vi mener at konkurransedokumentene må leses slik at den antatte rammen er eks. mva. I anskaffelsessammenhenger oppgis rammer og priser så å si alltid uten mva. Regelverket er også bygget opp slik at verdien av anskaffelser skal beregnes eks. mva. Videre har det etter det opplyste vært fast praksis hos direktoratet å oppgi antatte rammer eks. mva. Vi mener derfor at rammeavtaleleverandørene hadde grunn til å lese rammen i tildelingsskjemaet som 90 millioner eks. mva. Spørsmålet er imidlertid om partene har bundet seg til noe annet når det ved en feil er angitt i kontrakten at verdien er 90 millioner inkl. mva. Svaret er ikke opplagt. Vi vil anta at kontrakten ble fylt ut på kontraktssigneringstidspunktet, og at partene før dette tidspunktet hadde en felles forutsetning om at verdien var ekskl. mva. Felles forutsetninger mellom partene vil overstyre ordlyden i en kontrakt. Selv om det ikke er opplagt, mener vi det derfor er forsvarlig å legge til grunn at verdien er 90 millioner eks. mva.

Spørsmålet er deretter om det er i strid med regelverket at den antatte rammen er noe overskredet. I utgangspunktet er det ikke i strid med anskaffelsesregelverket å gå over en skissert ramme. Det følger av anskaffelsesforskriften § 5-4(2) at beregningen av en anskaffelses verdi skal være forsvarlig på kunngjøringstidspunktet. Dersom verdien skulle bli høyere på kontraktssigneringstidspunktet eller utførelsestidspunktet, er ikke dette i seg i strid med anskaffelsesregelverket.² Det avgjørende er at det er foretatt en forsvarlig vurdering på forhånd. Vi kjenner ikke til de vurderingene som er foretatt. Samtidig er det klart at overskridelsen er relativt liten (forholdsmessig sett) – kun i overkant av 6 %. Videre var det i konkurransegrunnlaget kun *anslått* at verdien var 90 millioner. Dette tilsier at den endelige verdien kunne bli noe høyere eller lavere enn det som var angitt i konkurransegrunnlaget. Det var også angitt i konkurransegrunnlaget at kompetansesammensetningen ville kunne endres over tid. Endelig var det også snakk om konsulenttjenester over en lengre periode. Dette er en type ytelse hvor det normalt sett er usikkert om hvor omfattende bistandsbehovet vil være. Alle disse forholdene tilsier at omfanget var usikkert.

En forholdsvis mindre overskridelse av en antatt ramme kan vi ikke se at skulle være i strid med anskaffelsesregelverket. Vi gjør i denne sammenhengen oppmerksom på at det relevante er om vurderingen var forsvarlig, og ikke hvorvidt overskridelsen kan hjemles i et unntak for lovlige endringer av kontrakt. I dette tilfellet – hvor direktoratet har skissert en ramme og ikke inngått en kontrakt basert på en nærmere definert totalpris – vil det avgjørende være om denne beregningen er forsvarlig. Hadde direktoratet derimot skissert en eksakt ramme i konkurransegrunnlaget, eller inngått en spesifikk totalpris med leverandøren, ville overskridelsen måtte bli vurdert etter reglene om endringer av kontrakt etter anskaffelsesforskriften kapittel 28.

Også i denne konkurransen var det stilt krav om at enkelte av konsulentene burde ha dokumentert erfaring med registerfeltet i helse- og omsorgssektoren. PwCs konsulenter ville muligens lettere oppfylle disse kravene som følge av at de allerede var eksisterende leverandør. Slik vi ser det, er det også her tale om et legitimt krav som har nær tilknytning til konsulentytelsen som skal leveres. Vi kan derfor ikke se at dette skulle være i strid med anskaffelsesregelverket. Vi viser i denne sammenhengen til vår vurdering i punkt 3.1, som etter vårt syn gjør seg gjeldende også i dette tilfellet.

3.3 Avrop 20/26

I dette avropet er det som nevnt ovenfor særskilt angitt at oppdraget er en fornyelse av kontrakten for et pågående oppdrag der PwC hadde den aktuelle rollen på konkurransetidspunktet, og at PwC har opparbeidet en særlig innsikt og erfaring. På den bakgrunnen ble øvrige leverandører fritatt for tilbudsplikten som leverandørene i utgangspunktet var bundet av i kraft av bestemmelser i rammeavtalene. Som også nevnt over, ble det stilt spørsmål fra én av de øvrige rammeavtaleleverandørene om dette var en reell konkurranse.

² Se for eksempel KOFAs avgjørelse 2014/101.

Slik vi ser det, er det mye som taler for at gjennomføringen av denne konkurransen var i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4 knyttet til konkurranse og likebehandling. Som nevnt over, vil handlinger fra oppdragsgiver som bidrar til å svekke konkurransen være i strid med de grunnleggende kravene til konkurranse og likebehandling i lovens § 4 dersom slike handlinger ikke objektivt sett kan begrunnes.

Angivelsen i konkurransegrunnlaget og i spørsmåls- og svarrunden om at det er tale om en fornyelse av eksisterende kontrakt; at den nåværende leverandøren har opparbeidet seg betydelig innsikt og erfaring og har vist en solid leveranseevne og oppdragsforståelse, og særlig at øvrige leverandører fritas for tilbudsplikten kan etter vårt syn – samlet sett – vanskelig forstås på annen måte enn at direktoratet ønsket at PwC skulle tildeles kontrakten, og at det neppe var noe poeng for de øvrige leverandørene å innlevere tilbud.

Etter vårt syn er dette derfor en handling fra direktoratet som bidrar til å svekke konkurransen og behandler én leverandør mer fordelaktig enn de øvrige leverandørene. Vi mener derfor at dette er et brudd på de grunnleggende kravene til konkurranse og likebehandling i anskaffelseslovens § 4.

Direktoratet har også her stilt spørsmål ved om angivelsen av kravene i konkurransen er for strenge. I konkurransen er det som nevnt blant annet stilt krav om at noen av konsulentene måtte ha erfaring fra registerfeltet i helse- og omsorgssektoren, forskningssektoren (primært helseforskning) og helseanalysefeltet. Også disse kravene har nær tilknytning til konsulentytelsen som skal leveres. Vi viser her til vår vurdering i punkt 3.1, som etter vårt syn også gjør seg gjeldende i dette tilfellet.

Videre har direktoratet i denne forbindelse stilt spørsmål ved om det var i strid med regelverket at «oppdragsforståelse» ble benyttet som tildelingskriterium. Dette kriteriet ville PwC enklere kunne oppfylle, som følge av at de var eksisterende leverandør. Vi kan ikke se at dette tildelingskriteriet er ulovlig. Det er tale om et tildelingskriterium som er vanlig å benytte i konsulentanskaffelser, og det er videre klart relevant å oppstille kriteriet i denne typen konsulentanskaffelser. Vi viser for øvrig også til det vi har sagt over i punkt 3.1 om de legitime konkurransefordelene eksisterende leverandører har.

Videre har direktoratet også stilt spørsmål ved om den lave vektingen av pris (20 %) ville innebære en fordel for PwC. Begrunnelsen måtte eventuelt være at PwC hadde så gode forutsetninger for å få høy uttelling på de øvrige kriteriene, at de øvrige leverandørene ikke kunne ta igjen denne fordelene gjennom å tilby en lavere pris. Vi kan ikke se at vektingen er i strid med regelverket. Det tilligger oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å fastsette vektingen. Lav vekt tilsier at oppdragsgiveren mener at andre kriterier er viktigere, og det er intet krav i regelverket om at pris må ha en viss vekt. Vi påpeker også at rammeavtalene inneholdt leverandørenes makspriser. Leverandørene hadde derfor konkurrert på priser allerede, slik at det ville være begrensede muligheter for at prisene ville bli svært mye lavere i minikonkurransen.

Endelig har direktoratet også stilt spørsmål ved om det at det ble forespurt 24 ressurser skulle være i strid med regelverket. Vi kan heller ikke se at det skulle være tilfelle. Selv om det kan være krevende å skulle tilby så vidt mange ressurser, gjenspeiler antallet kun direktoratets behov. Det er heller intet krav om å dele opp denne typen anskaffelser.

Avslutningsvis kan det stilles spørsmål ved om alle disse forholdene samlet sett innebærer at konkurransen er tilpasset for PwC. Vi mener det ikke er tilfelle. Det er tale om legitime krav og tildelingskriterier som er relevante for direktoratet å stille. Vi kan derfor ikke se at dette utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket.

4 FELLESPØRSMÅL

4.1 Innledning

De inngåtte avropene reiser enkelte felles spørsmål. Dette gjelder for det første lengden på tilbudsfristene. For det andre gjelder det spørsmålet om det er tillatt å tildele et så vidt stort antall kontrakter til én leverandør.

4.2 Lengde på tilbudsfrist

To av minikonkurransene hadde 14 dagers tilbudsfrist, mens ett avrop – som også var det mest omfattende – hadde tre ukers frist. Direktoratet har bedt oss vurdere hvorvidt dette er i strid med anskaffelsesregelverket.

Til dette er å si at anskaffelsesregelverket ikke opererer med minimumsfrister for tilbud i minikonkurranser, og at det i utgangspunktet er opp til oppdragsgiver å fastsette lengden på tilbudsfrister i slike konkurranser. Etter vår kjennskap, kan heller ikke en frist på 14 kalenderdager eller tre uker anses å være spesielt kort for denne typen konkurranser. For avropene som hadde 14 kalenderdagers frist, skulle det kun innleveres CV og priser. Dette vil ikke være særlig tidkrevende å sammenstille. Heller ikke det faktum at det dreier seg om en konsulentanskaffelse av et nokså betydelig volum, kan alene tas til inntekt for at det burde gis en lengre tilbudsfrist. Volum er ikke nødvendigvis sammenfallende med konkurransens kompleksitet, så heller ikke i denne saken. Når det er sagt, vil nok tilbyderne ha behov for noe tid til å områ seg for å finne egnede konsulenter som kan bistå i prosjektet over så lang tid som er skissert i det aktuelle avropet. Her vil PwC, som allerede hadde personer på oppdrag i prosjektet, kunne ha en fordel. Samtidig mener vi at 14 dager er en så vidt romslig frist at alle leverandørene burde ha tilstrekkelig tid til å innlevere tilbud. Det er heller ingen holdepunkter for at dette ikke var tilstrekkelig tid. At dette alene utgjør et brudd på de alminnelige anskaffelsesrettslige prinsipper om likebehandling og konkurranse, mener vi derfor ikke er tilfelle. Vi legger da vekt på at det dreier seg om en minikonkurranse uten formelle minimumsfrister og at tilbyderne kun ble bedt om å fremlegge CVer og tilby timepris. I konkurransen hvor også oppdragsforståelse var et tildelingskriterium, hadde leverandørene en mer romslig frist på tre uker.

Vi kan derfor ikke se at dette utgjør et brudd på regelverket.

4.3 Omfanget av kontrakter totalt sett

Direktoratet har videre stilt spørsmål om omfanget av avtalene – og det faktum at fire store avrop på til sammen totalt inntil kr 240 mill alle har gått til PwC – er i strid med anskaffelsesregelverket.

Vi kan ikke se at det er tilfelle. Ingen av kravene eller tildelingskriteriene i konkurransen synes å være tilpasset PwC. Slik vi ser det, er det videre benyttet alminnelige tildelingskriterier, og etter det vi kan se er det ikke stilt noen krav som skulle innebære at PwC skulle ha noen særlig fordel utover den legitime konkurransefordelen PwC allerede har som eksisterende leverandør.

Videre er det etter det vi er kjent med ingen krav under rammeavtalen om at kontraktene skal fordeles mellom leverandørene etter en nærmere brøk. Snarere har direktoratet lagt opp til at det vil bli gjennomført minikonkurranser om de enkelte kontraktene. At én leverandør da opparbeider seg en konkurransefordel gjennom å vinne flere konkurranser, er etter vårt syn klart ikke i strid med regelverket.

Vi viser i denne sammenhengen til at det følger av anskaffelsesforskriften § 19-4(1) at oppdragsgivere kan velge å dele opp anskaffelser, men dette er ingen plikt. Vi har ingen holdepunkter for at omfanget av kontraktene har blitt så store at det i realiteten kun er PwC som kan levere. Oppdragsgiver har også et vidt innkjøpsfaglig skjønn i vurderingen av hvordan sammensetningen av kontraktene skal være.
