



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning. De generelle kravene i § 4. Feil i/uklart konkurransegrunnlag. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtaler om tjenester innenfor sikkerhet og RAMS. Klager anførte at det utgjorde et brudd på regelverket at et tildelingskriterium hadde ulik utforming i konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen. Anførselen førte ikke frem. Klager anførte videre at innklagede hadde brutt regelverket ved tildelingsevalueringen, da man hadde vektlagt gjennomsnittet av de tilbudte ressursene innenfor hver modul. Heller ikke denne anførselen førte frem. En anførsel om at oppdragsgiver skulle ha forhandlet med alle tilbudene førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 21. oktober 2019 i sak 2018/390

Klager: Proactima AS

Innklaget: Bane NOR SF

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Sverre Nyhus og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Bane NOR SF (heretter *innklagede*) kunngjorde 12. mai 2018 en konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtaler om tjenester innenfor sikkerhet og RAMS.¹ Ifølge konkurransegrunnlaget var anskaffelsen estimert over EØS-terskelverdiene. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget angitt til 18. juni 2018, men ble 15. juni 2018 endret til 21. juni 2018.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at konkurransen var inndelt i moduler, og at tilbudet kunne omfatte én eller flere av disse. Videre fremgikk det at tildeling ville skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet.
- (3) Kriteriet «Pris/kostnad» var vektet 40 prosent, mens «Kvalitet og oppdragsforståelse/gjennomføring» var vektet 60 prosent. Til sistnevnte kriterium var det presisert at «Kriterier og krav til dokumentasjon er beskrevet i kravspesifikasjon».
- (4) I konkurransegrunnlagets punkt om «Avslutning av konkurransen /reduksjon av antall tilbud» het det at «Oppdragsgiver kan, før eller når som helst under forhandlingene, redusere det antall tilbud som det skal forhandles om. Slik reduksjon vil bli foretatt basert på tildelingskriteriene».

¹ Reliability, availability, maintainability and safety.

- (5) I kravspesifikasjonen var det under punktet «*Om avtalen*» inntatt en kort setning om tildelingskriteriene: «*Tildelingskriterier er 60 % på tilbudt kompetanse og 40 % på pris, men Bane NORs egne erfaringer vil også bli vektlagt*».
- (6) Under punktet om «*Beskrivelse av oppdrag*» ble de nærmere modulene beskrevet. Det var totalt 10 moduler (1a, 1b, 2a, 2b, 2c, 3, 4, 5, 6a og 6b). For samtlige moduler var det videre oppstilt «*Krav til kompetanse/erfaring*». I et skjema ble kravene til kompetanse/erfaring for hver enkelt modul beskrevet under overskriften «*Tildelingskriterier kompetanse*». Til hver modul var det også en egen kolonne med «*Krav til dokumentasjon*» og en egen kolonne med «*Merknader*». For samtlige moduler var dokumentasjonskravet «*CV på tilbudt personell*». Hvilke opplysninger CV-en skulle inneholde varierte noe fra modul til modul. Kolonnen «*Merknader*» var likt utformet for samtlige moduler. Der stod det:
- «Referanse fra aktuelle referanseprosjekter for tilbudt personell bør inneholde opplysninger om:*
- Type prosjekt*
 - Medarbeiderens rolle i prosjektet*
 - Omfang eller verdi*
 - Navn på kontaktperson og kontaktopplysninger hos oppdragsgiver i prosjektet*».
- (7) Det var videre opplyst at avrop på rammeavtalen ville bli gjort ved minikonkurranser, der alle leverandørene som var tildelt kontrakt innenfor den aktuelle modulen, ville bli invitert til å levere tilbud.
- (8) Den 28. mai 2018 mottok innklagede følgende spørsmål:
- «Hvordan vil evaluering av CV-er pr modul gjennomføres. Evaluerer dere gjennomsnitt av CV-er for hver modul eller annet?».*
- (9) Innklagede besvarte spørsmålet slik:
- «Vi evaluerer tilbudt kompetanse pr modul. Selve CVene benyttes i første rekke for å vurdere relevans av ressursens erfaring. Vi vurderer om tilbudte ressurser dekker den spesifiserte kompetansen for modulen. Innen hver modul gir vi en karakter til hver tilbudt ressurs (for ressursens tiltenkte rolle(r) beskrevet i tilbudet), samt en samlet vurdering (gjennomsnitt) av hele det tilbudte teamet».*
- (10) På et spørsmål datert 7. juni 2018 vedrørende varighet og verdi på rammeavtalen, svarte innklagede at avtalen hadde en varighet på to år med opsjon på forlengelse for ett år av gangen i opptil seks år (totalt åtte år). Anskaffelsen ble opplyst å ha en estimert verdi på 20 millioner kroner.
- (11) Innen tilbudsfristen leverte Proactima AS (heretter *klager*) tilbud på modulene 2a, 2b, 2c, 3, 4, 6a og 6b.

- (12) I klagers tilbud fremgikk det en oppdeling av det man hadde kalt «nøkkelressursene» og «tilleggs-støtteressurser». Til hver modul hadde klager presisert at man tilbydde bestemte navngitte nøkkelressurser til leveransene i modulen. Videre stod det:

«I tillegg har vi referert til en rekke tilleggs-/støtteressurser som er tilgjengelige inn i leveransene både for å tilføre kapasitet og spisskompetanse der dette er relevant. For disse ressursene har vi oppsummert bakgrunn og erfaring, mens mer utførlig referanseprosjekter, utdanning og erfaringsbeskrivelse kan finnes i deres CV'er som også er vedlagt tilbudet».

- (13) Ved brev fra innklagede datert 16. august 2018, fikk klager beskjed om at man ikke var med videre i konkurransen for modulene 2b, 2c, 4, 6a og 6b. Klager ble senere invitert til forhandlinger vedrørende modulene 2a («Sikkerhets- og kvalitetsrådgiver (bistand)») og 3 («Ulykkesgranskning/årsaksanalyse»).

- (14) Den 14. september 2018 ble klager orientert om at man for modul 3 («Ulykkesgranskning/årsaksanalyse») var én av totalt fem leverandører som innklagede ville inngå rammeavtale med. Av tildelingsbrevet fremgikk det videre at innklagede, under samtlige moduler, hadde vurdert «Pris» og «Kompetanse, kvalitet, oppdragsforståelse og gjennomføring».

- (15) Av evalueringsmodellen som innklagede anvendte ved evalueringen av priskriteriet, fremgikk det at man hadde vektlagt tilbudt timepris innenfor åtte kategorier (timepris for juniorkonsulent, konsulent, etc.) som var gitt ulik vekt.

- (16) Av skjemaet som ble brukt til evaluering av «Kompetanse, kvalitet, oppdragsforståelse og gjennomføring», het det at:

«Vurdering av realkompetanse er essensielt. Høy utdanning kan ikke kompensere for manglende erfaring. Vi kan gi en score for utdanning og en score for erfaring og så gi en snittkarakter, men mangler en av dem fullstendig, er det i utgangspunktet stryk». Videre stod det at «Samarbeidsevner, kommunikasjonsevner, selvinnsikt og gjennomføringsevne er en vesentlig del av realkompetansen, og i den grad vi har kunnskap om dette, kan og bør det tas med i evalueringen».

- (17) Det fremgikk at innklagede hadde brukt en karakterskala som gikk fra 1 til 5 ved evalueringen av kvalitetskriteriet.

- (18) Klagenemnda har fått opplyst at klager og innklagede hadde et møte sammen 16. oktober 2018 i Bane NORs lokaler, hvor det blant annet ble gjennomgått hvordan de ulike tildelingskriteriene hadde blitt evaluert.

- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 16. oktober 2018.

- (20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 21. oktober 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har oppstilt uklare og motstridende tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen. Det vises til at det er en vesentlig forskjell mellom «kvalitet og

oppdragsforståelse/gjennomføring» og «tilbudt kompetanse». Denne uklarheten har medført en vilkårlig evaluering, og er i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet.

- (22) Det var i strid med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling at klagers tilleggs- og støtteressurser ville trekke ned poengsummen på kvalitetskriteriet. Det er vilkårlig, usaklig og i strid med hva en normalt påpasselig tilbyder har grunn til å forvente. Hadde klager vært klar over at slike ressurser ville trekke ned, ville man selvsagt ikke tilbudt slikt personell i tillegg. I tilbudet var det tydelig skilt mellom *«nøkkelressurser»* og *«tilleggs-støtteressurser»*, hvor det var presisert at personer innenfor sistnevnte kategori *«er tilgjengelig inn i leveranse både for å tilføre kapasitet og spisskompetanse der dette er relevant»*. Derfor var det feil å medta tilleggs- og støtteressursen i gjennomsnittsvurderingen av tilbudt kompetanse. Denne kompetansen skulle heller ha blitt vurdert som *«oppdragsforståelse»*.
- (23) Det er et brudd på likebehandlingsprinsippet at klager ikke fikk anledning til å endre tilbudt pris for modulene 2c, 6a og 6b, da øvrige leverandører fikk denne muligheten.
- (24) Det er et brudd på prinsippene om gjennomsiktighet og etterprøvbarehet at klager ikke har fått opplyst hvordan priskriteriet har blitt evaluert. Det er ikke korrekt at klager ble orientert om dette på møtet som fant sted 16. oktober 2018.
- (25) De nevnte feil medfører at tildelingsbeslutningene er ulovlig. Disse kan ikke rettes, og derfor skal konkurransen avlyses. Subsidiært må innklagede foreta en ny og lovlig evaluering av tilbudene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagede erkjenner at det kan oppfattes uheldig at det ble brukt ulik ordlyd ved presentasjonen av tildelingskriteriet i henholdsvis konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen. Det kan imidlertid ikke ha vært uklart hva som faktisk skulle evalueres.
- (27) Evalueringen av den tilbudte kompetansen har skjedd i tråd med det som fremgikk av konkurransedokumentene. Den enkelte tilbyder stod helt fritt med tanke på hvilke ressurser de ønsket å tilby. Klagers tilbudte *«tilleggs-støtteressurser»* ble kun vektlagt for de modulene som var basert på oppdrag, hvilket vil si at disse ressursene ikke ble vektlagt på alle modulene. Disse ble bare vektlagt hvor det var sannsynlig at det ville være behov for denne ressursen, noe det ikke var for modulene som gjaldt innleie. At man skulle vektlegge disse ressursene, slik som redegjort for over, støttes også av klagers formuleringer i tilbudet.
- (28) Det var bare leverandører som ble invitert til forhandlinger som fikk mulighet til å endre tilbudet. Dette var grunnen til at klager ikke fikk anledning til å endre prisen sin for de aktuelle modulene. Dette er ikke i strid med de krav loven stiller til likebehandling.
- (29) Klager har fått innsyn i hvordan priskriteriet ble evaluert på møtet som ble avholdt 16. oktober 2018 i Bane NORs lokaler.
- (30) Innklagede har følgelig ikke begått feil som medfører at konkurransen må avlyses eller at det er begått feil som medfører at tildelingsbeslutningen må omgjøres.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av tjenester innenfor sikkerhet og RAMS. Anskaffelsens verdi ble i et offentlig svar på et spørsmål av 7. juni 2018 estimert til totalt 20 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen derfor forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 del I og del II, jf. forsyningsforskriften §§ 5-1 og 5-2.

Feil i/uklart konkurransegrunnlag

- (32) Klager har for det første anført at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet ved utformingen av kvalitetskriteriet. Klager anfører for det første at det er uklart hvilke forhold som ville bli vektlagt under kvalitet. Klager anfører for det andre at det var uklart om den tilbudte kompetansen ville bli scoret som et gjennomsnitt av hver tilbudte ressurs, eller på en annen måte.
- (33) Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at konkurransegrunnlaget må utformes på en klar og utvetydig måte, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/140, premiss 31 med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 *SIAC Construction*. Dette innebærer et krav om at konkurransegrunnlaget utformes slik at det for en alminnelig aktsom tilbyder fremstår som klart hva det skal leveres tilbud på og hvordan dette skal gjøres, og at konkurransegrunnlaget inneholder tilstrekkelige opplysninger til at tilbyderne har et forsvarlig grunnlag for å levere tilbud. Av forsyningsforskriften § 10-1 (5) fremgår det videre at det er oppdragsgiver som har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.
- (34) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det som nevnt at kontrakt ville bli tildelt tilbudet med «*det beste forholdet mellom pris og kvalitet*». Kvalitetskriteriet var der benevnt som «*Kvalitet og oppdragsforståelse/gjennomføring*», og det ble vist til kravspesifikasjonen for beskrivelsen av kriteriet med tilhørende krav til dokumentasjon.
- (35) I kravspesifikasjonen stod det at tildelingskriteriene var «*tilbudt kompetanse*» og «*pris*». For «*tilbudt kompetanse*» var det innenfor hver modul bedt om «*CV på tilbudt personell*» som dokumentasjon.
- (36) I spørsmål/svar datert 28. mai 2018, spurte en leverandør hvordan man ville evaluere CV-er per modul, herunder om man baserer seg på gjennomsnittet av CV-ene per modul eller om man har valgt en annen metode. Innklagede bekreftet at man ville evaluere «*tilbudt kompetanse pr modul*», samtidig som det ble presisert at «*CV-ene benyttes i første rekke for å vurdere relevans av ressursens erfaring*». Videre svarte innklagede at «*Innen hver modul gir vi en karakter til hver tilbudt ressurs (for ressursens tiltenkte rolle(r) beskrevet i tilbudet), samt en samlet vurdering (gjennomsnitt) av hele det tilbudte teamet*».
- (37) Presiseringer som er gitt av innklagede ved offentliggjorte spørsmål/svar, må likestilles med opplysninger gitt i selve konkurransegrunnlaget, jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2017/113, premiss 40.
- (38) Når man ser innklagedes svar av 28. mai 2018 i lys av konkurransegrunnlaget og kravspesifikasjonen, mener nemnda at det fremgår tilstrekkelig klart for leverandørene at det var «*tilbudt kompetanse*» man ville bli evaluert på under kvalitetskriteriet.

- (39) Nemnda mener videre at innklagede ga et tilstrekkelig klart svar på hvordan man ville evaluere denne kompetansen, ved at det ble svart at man ville score ut fra et gjennomsnitt av de tilbudte ressursene.
- (40) Klagers anførsel om brudd på regelverket ved utformingen av kvalitetskriteriet, kan ikke føre frem.

Tildelingsevaluering

- (41) Klager har for det andre fremholdt at innklagede har brutt regelverket ved evalueringen av klagers tilbudte ressurser. Ifølge klager utgjør det et brudd på lovens krav til forutberegnelighet og likebehandling at innklagede ville utregne gjennomsnittet av samtlige ressurser som klager tilbudte, herunder også personellet som i klagers tilbud var omtalt som *«tilleggs-støtteressurser»*.
- (42) Ved evalueringen av tilbudene har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om skjønnnet er utøvd i tråd med det som den rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbyder hadde grunn til å forvente, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2019/201, avsnitt 30.
- (43) Som nevnt presiserte innklagede i sitt svar av 28. mai 2018 at man ville få en score per modul som var basert på gjennomsnittet av de tilbudte ressursene innenfor hver modul. I svaret stod det at innklagede ville gi *«en karakter til hver tilbudt ressurs (for ressursens tiltenkte rolle(r) beskrevet i tilbudet), samt en samlet vurdering (gjennomsnitt) av hele det tilbudte teamet»*.
- (44) Det fremgikk altså at man ville foreta en gjennomsnittsberegning av *«hele det tilbudte teamet»*, basert på karakterene som var gitt *«hver tilbudt ressurs (for ressursens tiltenkte rolle(r) beskrevet i tilbudet)»*.
- (45) Innklagede har forklart at man har vektlagt klagers *«tilleggs-støtteressurser»* innenfor de modulene hvor det var sannsynlig at disse ville kunne bli brukt. Dette gjaldt de modulene hvor det var aktuelt med oppdrag, men ikke de modulene hvor det var aktuelt med bistand.
- (46) Klagenemnda kan ikke se at innklagede med dette har gått utenfor det som den rimelig opplyste og normalt påpasselige tilbyder hadde grunn til å forvente. Klagers anførsel om brudd på regelverket ved evalueringen av klagers tilbud, har ikke ført frem.

De generelle kravene i § 4

- (47) Klager har videre anført at innklagede har brutt de krav som loven stiller til likebehandling, da klager ikke fikk anledning til å endre tilbudt pris for modulene 2c, 6a og 6b. Innklagede har forklart at det kun var leverandører som ble invitert til forhandlinger, som fikk mulighet til å endre sin tilbudte pris innenfor de nevnte modulene.
- (48) Forsyningsforskriften § 19-12 (1) fastsetter at i en konkurranse med forhandling kan oppdragsgiver beslutte at forhandlingene skal skje i flere faser for å redusere antall tilbud. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Andre ledd fastsetter at oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget om man vil benytte denne muligheten. Etter fjerde ledd kan oppdragsgiver redusere antall tilbud i forkant av forhandlingene dersom han har forbeholdt seg denne retten i anskaffelsesdokumentene.

Oppdragsgiver har opptrådt i tråd med dette. Klagenemnda finner det klart at dette ikke er et brudd på de krav loven stiller til likebehandling.

- (49) Videre har klager fremholdt at det utgjør et brudd på kravet til etterprøvbarehet at klager ikke har fått opplyst hvordan priskriteriet har blitt evaluert, herunder hvordan poengskalaen fra 1 til 5 ble anvendt.
- (50) Klager har fått innsyn i evalueringsmodellene. Konkurrentenes tilbudte timepris per kategori (juniorkonsulent, konsulent, seniorkonsulent etc.) og oppnådde score for hver av kategoriene, er imidlertid sladdet av innklagede. Det fremgår likevel hvordan hver av de ulike kategoriene har blitt vektet. Når det gjelder anvendelsen av poengskalaen fra 1 til 5, som klager spesifikt fremhever, kan ikke klagenemnda se at denne er anvendt ved evalueringen av priskriteriet.
- (51) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det er grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt lovens krav til etterprøvbarehet.
- (52) Innklagede har for øvrig forklart at klager ble underrettet om hvordan pris hadde blitt evaluert på møtet partene hadde 16. oktober 2018. Klager bestrider dette. Klagenemnda har ikke grunnlag for å ta stilling til denne faktiske uenigheten mellom partene, og anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Bane NOR SF har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk