



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Habilitet.

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale for konsulenttjenester. Klager anførte at tildelingskriteriet «Tilbudt kompetanse» var ulovlig. I tillegg anførte klager brudd på habilitetsreglene. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. oktober 2021 i sak 2021/813

Klager: Ework Group Norway AS

Innklaget: Arbeidstilsynet

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Elisabeth Wiik og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Arbeidstilsynet (heretter *innklagede*) kunngjorde 29. januar 2021 en begrenset anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtaler for konsulenttjenester. Anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til 24 millioner kroner over fire år. Frist for levering av forespørsel om deltakelse var 26. februar 2021.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det opplyst at det skulle inngås parallelle rammeavtaler med tre leverandører. Rammeavtalene skulle dekke konsulentbehovet innklagede til enhver tid har innen de kompetanseområder rammeavtalen omfatter, herunder alt fra kortvarige oppdrag til forvaltningsoppgaver og strategisk rådgivning. Konsulentene skulle blant annet bistå med strategisk, operativ og økonomisk rådgivning i forbindelse med innklagedes eksisterende prosesser og tjenester, både internt i virksomheten og overfor sektoren. Rammeavtalen skulle kunne benyttes av alle divisjonene i Arbeidstilsynet.
- (3) For bistand til gjennomføring av anskaffelsen hadde innklagede engasjert et advokatfirma (*advokatfirma A*).
- (4) Tildelingskriteriene, som fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4, var «*Tilbudt kompetanse*», som talte 45 prosent, «*Pris*», som talte 40 prosent og «*Arbeidsmetodikk*», som talte 15 prosent.
- (5) Tildelingskriteriet «*Tilbudt kompetanse*» var beskrevet slik:

«Enkeltressurser:

Ved evaluering av tilbudt kompetanse vil det legges vekt på den enkelte ressurs sin formalkompetanse og erfaring med relevans for kompetanseområdet ressursen tilbys

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

innen. Det vil legges særlig vekt på kompetanse og erfaring med oppdrag fra statlig sektor.

Kompetansen på seniorkonsulent vil vektas høyere enn for konsulent.

Teamsammensetning:

Det vil også legges vekt på en helhetsvurdering av det totale teamet den enkelte leverandøren tilbyr.

Evalueringen av enkeltressursene vil vektas vesentlig høyere enn teamsammensetningen.»

- (6) Kravet til dokumentasjon var «Utfylt skjema i SSA-R Bilag 1 punkt 3, samt CV-er på tilbudte konsulenter og seniorkonsulenter»
- (7) I SSA-R Bilag 1 punkt 3, som leverandørene skulle fylle ut, var det oppgitt krav til tilbudte CV-er. Det fremgikk blant annet at innklagede ved evaluering av tilbudene kun ville ta hensyn til kompetansen til konsulenter og seniorkonsulenter. Leverandørene skulle derfor ikke levere CV-er til juniorkonsulenter. Det fremgikk også at «[d]ersom de tilbudte ressursene ikke er tilgjengelige når kunden har behov for bistand, er leverandøren forpliktet til å tilby andre ressurser med tilsvarende eller bedre kompetanse.»
- (8) Innklagede mottok forespørsler fra seks leverandører om å delta i konkurransen. Ework Group Norway AS (heretter *klager*) var ikke blant disse, men sendte underveis i konkurransen spørsmål til innklagede angående tildelingskriteriet «*Tilbudt kompetanse*».
- (9) Klagers spørsmål dreide seg i hovedsak om bruken av CV som vurderingsgrunnlag for leverandørens kompetanse. Klager innvendte blant annet at de beste konsulentene ofte er booket og ikke tilgjengelige når oppdragene kommer, og at hvilke CV-er som presenteres i tilbudet derfor ikke gir noe bilde på hvor god tjenesten vil bli.
- (10) På bakgrunn av spørsmålene endret innklagede teksten i SSA-R Bilag 1 punkt 3, til følgende:

«Dersom de tilbudte ressursene ikke er tilgjengelige når kunden har behov for bistand, er leverandøren forpliktet til å tilby andre ressurser med tilsvarende eller bedre kompetanse. Bytte av navngitt ressurs krever saklig grunn, og forutgående aksept fra oppdragsgiver.»
- (11) Experis AS, PwC AS og BDO AS leverte tilbud innen tilbudsfristen, og ble i tildelingsbrev datert 30. april 2021 tildelt rammeavtaler, rangert i den nevnte rekkefølge.
- (12) Klager sendte klage til innklagede 4. mars 2021, blant annet med påstand om at tildelingskriteriet «*Tilbudt kompetanse*» var ulovlig, som følge av at CV-er var uegnet som vurderingsgrunnlag for kompetansen. Klagen ble avvist av innklagede 11. mars 2021. Klager sendte en ny klage 23. mars 2021, som også ble avvist av innklagede 15. april 2021.
- (13) Klagen ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. mai 2021.

(14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 4. oktober 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved å utforme et ulovlig tildelingskriterium. Nærmere bestemt har ikke tildelingskriteriet «*Tilbudt kompetanse*» tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Grunnen til dette er at CV som vurderingsgrunnlag ikke gir et bilde på hvor god leveransen er, fordi det er åpnet for at det kan benyttes andre konsulenter i de enkelte avropene enn de som ble fremlagt i tilbudet. Det er også åpnet opp for bruk av underleverandører, og bytte av konsulent i det enkelte oppdrag.
- (16) I en anskaffelse av konsulenttjenester gjennomført av Statens vegvesen i desember 2020, ble det samme tildelingskriteriet, etter klage fra en leverandør, ansett ulovlig på grunn av manglende tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriet må derfor være ulovlig også i foreliggende anskaffelse. Det kan ikke være korrekt at det samme tildelingskriteriet er ulovlig i en anskaffelse, men ikke i den andre.
- (17) Innklagede har også brutt forskriften § 7-5 som følge av at advokatfirma A, som bistod innklagede ved gjennomføringen av anskaffelsen, var inhabil. I konkurransen gjennomført av Statens vegvesen i 2020, bistod advokatfirma A en av leverandørene med å påklage tildelingskriteriet. Klagen førte til at konkurransen ble avlyst. I denne konkurransen har advokatfirmaet bistått innklagede med gjennomføringen, og oppstilt et tilsvarende tildelingskriterium som de selv var med å påklage. Advokatfirma A var derfor inhabil til å bistå innklagede ved gjennomføring av denne anskaffelsen.
- (18) Det er ønskelig at klagenemnda gir råd for utforming av konkurransedokumenter knyttet til anskaffelser av konsulentbistand.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Det bestrides at tildelingskriteriet «*Tilbudt kompetanse*» var ulovlig. Det var lagt opp til at leverandørene skulle tilby navngitte konsulenter som skal bistå innklagede under avrop på rammeavtalen. De tilbudte konsulentenes kompetanse skulle evalueres under tildelingskriteriet, og CV-er var dokumentasjonskravet. Den tilbudte kompetansen, dokumentert ved CV-er, er helt klart et forhold som kontraktsrettslig forplikter leverandørene til å sikre kompetanse på et gitt nivå ved gjennomføring av kontrakten, og som er direkte relevant for kvaliteten på tilbudene. Tildelingskriteriet har dermed den nødvendige tilknytningen til leveransen.
- (20) Det foreligger heller ikke brudd på habilitetsreglene. Det er riktig at Advokatfirma A bistod en leverandør i forbindelse med klage på en anskaffelse Statens vegvesen gjennomførte. Denne leverandøren har ikke deltatt i foreliggende konkurranse. Det å yte advokatbistand til to forskjellige klienter i to separate anskaffelser, utgjør verken en interessekonflikt etter reglene om god advokatskikk eller et forhold som rammes av habilitetsbestemmelsene.
- (21) Klagenemnda kan ikke gi generelle råd og veiledning om gjennomføring av anskaffelser av konsulenttjenester. Dette ligger utenfor rammene for klagenemndas saksbehandling, jf. klagenemndsforordningen § 1.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har ikke deltatt i konkurransen, men har unnlatt å levere tilbud på grunnlag av de forhold som er påklaget. Klager anses derfor å ha saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtaler for konsulenttjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi ble estimert til 24 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Ulovlig tildelingskriterium

- (23) Klagenemnda tar først stilling til om tildelingskriteriet «*Tilbudt kompetanse*» var ulovlig.
- (24) Klager har vist til at CV-er for tilbudt personell ikke gir et bilde på hvor god leveransen er, fordi det ble åpnet for at det i de enkelte avropene kan benyttes andre konsulenter enn de som ble fremlagt i tilbudet. Ifølge klager mangler tildelingskriteriet derfor den nødvendige tilknytningen til leveransen.
- (25) Det følger av forskriften § 18-1 (4) at «*Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen*». Det presiseres videre at tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til tjenestene som kontrakten gjelder.
- (26) Det følger av forskriften § 18-1 (3) bokstav b at tildelingskriteriet kan omfatte «*den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer, forutsatt at kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten*». Anskaffelsen gjelder kjøp av konsulenttjenester. Hvilken kompetanse og erfaring de tilbudte konsulenter har, er av direkte betydning for hvilken kvalitet oppdragsgiver kan forvente av leveransen. Dersom de tilbudte ressursene ikke er tilgjengelige når innklagede har behov for bistand, er leverandørene forpliktet til å tilby andre ressurser med tilsvarende eller bedre kompetanse. Ved bytte av personell, er leverandørene dermed forpliktet til å levere personell med tilsvarende eller bedre kompetansenivå enn det som ble dokumentert gjennom CV-ene i tilbudet. Tildelingskriteriet relaterer seg dermed også til konsulenttjenestene som kontrakten gjelder, og har «*tilknytning til leveransen*», jf. § 18-1 (4).
- (27) Når det gjelder klagers merknad om at et tilsvarende tildelingskriterium ble ansett ulovlig i en konkurranse gjennomført av Statens vegvesen, bemerker klagenemnda at lovligheten av et tildelingskriterium må vurderes konkret i den enkelte anskaffelse. Klagenemnda har ikke kjennskap Statens vegvesens anskaffelse, og kan ikke vurdere lovligheten av forhold ved gjennomføringen av denne.

Habilitetsvurdering

- (28) Spørsmålet for klagenemnda er om advokatfirma A, som tidligere har bistått et konsulentfirma med å få vurdert lovligheten av å benytte et tildelingskriterium om tilbudt kompetanse i forbindelse med at Statens vegvesen skulle anskaffe konsulenttjenester, av denne grunn var inhabil til å bistå innklagede ved gjennomføringen av den aktuelle konkurransen.

- (29) Det følger av forskriften § 7-5 første ledd med videre henvisnings til forvaltningsloven § 6, jf. § 10, at en oppdragsgiver eller en som opptrer på dennes vegne skal anses inhabil dersom «*særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*».
- (30) Det at advokatfirmaet tidligere har bistått en leverandør med å få prøvd lovligheten av et tildelingskriterium som ligner på det kriteriet innklagede har benyttet i denne anskaffelsen, er ikke et særegent forhold som rammes av habilitetsbestemmelsene. Klagers anførsel gir dermed ikke grunnlag for å konstatere brudd på forskriften § 7-5.
- (31) Når det gjelder klagers anmodning om at klagenemnda gir råd for utforming av anskaffelser av konsulentbistand, viser nemnda til at nemnda behandler «*klager om brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne*», jf. klagenemndsforordningen § 1.

Konklusjon:

Arbeidstilsynet har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk