



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium, begrunnelse.

Innklagede gjennomførte konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om formidling av IKT-konsulenttjenester. Klagenemnda kom til at adgang til å tilby fast ansettelse under tildelingskriteriet «kvalitet», ikke hadde tilknytning til leveransen. Klagenemnda fant også at innklagede ikke hadde gitt tilstrekkelig begrunnelse for evalueringen av kriteriet.

Klagenemndas avgjørelse 20. juni 2023 i sak 2023/148

Klager: Emagine AS

Innklaget: Sikt – Kunnskapssektorens tjenesteleverandør

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Karin Fløistad og Arnt Skjefstad.

Bakgrunn:

(1) Sikt – Kunnskapssektorens tjenesteleverandør (heretter *innklagede*) kunngjorde 26. oktober 2022 konkurranse med forhandling for inngåelse av rammeavtale om formidling av IKT-konsulenttjenester. Rammeavtalens varighet var to år, med opsjon om forlengelse 1 + 1 + 1, maksimalt 5 år. Anskaffelsens estimerte verdi var 100 millioner kroner ekskl. mva.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.5 var rammeavtalen beskrevet slik:

«Formålet med rammeavtalen er å sikre Kundens behov for tilgang til konsulenttjenester innen følgende tjenestekategorier:

a) Prosjektledelse / Tjenestekoordinering

b) Annet prosjektrelatert arbeid (herunder prosjektøkonomi)

c) Systemutvikling / programmering innenfor spesielle områder som ikke løses gjennom Oppdragsgivers eksisterende avtaler på systemutvikling

I tillegg ønsker Oppdragsgiver mulighet til å kunne leie inn konsulenter, normalt med juniorkompetanse, for en viss periode, og hvor Oppdragsgiver deretter gis adgang til å kunne tilby den innleide konsulenten fast ansettelse.

Det er ikke anledning til å inngi deltilbud.»

(3) Tildelingen skulle skje ut fra beste forhold mellom pris og kvalitet, basert på følgende kriterier:

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

Tildelingskriterier	Vekt	Dokumentasjonskrav	Tilbudsvedlegg
<p><i>Pris</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Under dette kriteriet vurderes:</i> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Tilbudssum fra prismatrise</i> - <i>Timepris</i> - <i>påslagsprosent</i> 	30 %	<p><i>Utfylt prisskjema</i></p>	<p><i>Tilbudsvedlegg 2.1</i></p>
<p><i>Kvalitet</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Under dette kriteriet vurderes:</i> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Tilbudt kompetanse og leveringsdyktighet</i> 	70 %	<p><i>Utfylt kravspesifikasjon</i></p> <p><i>Dersom det brukes underleverandører gjelder dokumentasjonskrav også for deres personell.</i></p> <p><i>Evalueringen vil kunne inkludere referanser, inkludert dokumenterte egenreferanser.</i></p>	<p><i>Tilbudsvedlegg 2.2</i></p>

(4) I kravspesifikasjonen punkt 2 fremgikk følgende: «Beskriv prosessen for søk og foreleggelse av tilbud på konsulenter ved bestilling av oppdrag».

(5) Videre i punkt 3 av kravspesifikasjonen skulle følgende beskrivelse gis:

«Beskriv hvordan tilbyder samarbeider med konsulentene for å opprettholde et godt samarbeide med disse, hvilke avtalevilkår som tilbys og hvordan leverandøren ivaretar betaling til konsulentene.»

(6) I kravspesifikasjonen punkt 6, ble tilbyderne bedt om å fylle ut følgende:

«Beskriv leverandørens tjenester som angir Oppdragsgivers mulighet til å kunne leie inn konsulenter, normalt med juniorkompetanse, for en viss periode, hvor Oppdragsgiver deretter gis adgang til å kunne tilby den innleide konsulenten fast ansettelse. Angi eventuelle begrensninger og kostnader.»

(7) Før tilbudsfristen mottok innklagede innspill om at punkt 6 i kravspesifikasjonen var i strid med arbeidsmiljøloven. Til dette bemerket innklagede 4. november 2022 at

«[d] et er vår vurdering at så lenge arbeidet er av midlertidig karakter, vil dette være en lovlig måte å gjøre dette på.

*Det gjøres følgende presisering til krav 6:
‘Dette gjelder bistand av midlertidig karakter’.»*

- (8) I forhandlingsrunden ble klager gitt veiledning angående deres svar på kravspesifikasjonen punkt 2. I det oppdaterte tilbudet til klager ble besvarelsen på dette punktet gjort mye kortere i skjemaet, og det ble lagt ved et vedlegg på 29 sider. I kravspesifikasjonen ble det satt en begrensning på én side for punkt 2 for tilbudet. Det var ikke angitt noe uttrykkelig begrensning for det reviderte tilbudet, men klager har vist til at de ble oppfordret til å holde besvarelsen «kort». Innklagede har forklart at de derfor vurderte det opprinnelige tilbudet på dette punktet og så bort fra dette vedlegget som følge av likebehandlingsprinsippet, ettersom de andre tilbyderne hadde holdt seg til eller tett opp til én side i sine bevarer. Innklagede har forklart at de innså i ettertid dette ikke var riktig og gav klager en høyere poengsum enn de burde hatt.
- (9) Innklagede vurderte tilbud fra Emagine AS (heretter *klager*), Ework Group Norway AS, Norconsult Informasjonssystemer AS og Experis AS (heretter *valgte leverandør*).
- (10) Klager fikk 10 poeng for pris og 9,5 for kvalitet, til sammen 9,65 poeng, mens valgte leverandør fikk 9,98 poeng for pris og 10 poeng for kvalitet. De øvrige leverandørene hadde henholdsvis fått 9,89 og 9,13 poeng. Om innklagedes vurdering av kvalitetskriteriet for valgte leverandør, fremgikk følgende:

«Tilbyderen har lang erfaring fra formidling av konsulentkompetanse av den typen Oppdragsgiver etterspør. Tilbudte formidlingsrådgivere har videre lang erfaring og relevant erfaring ift. det som er etterspurt.

Tilbyder har et høyere antall og andel konsulenter i Oslo enn i de øvrige etterspurte byene Trondheim og Bergen. Samlet sett har tilbyderen nest flest konsulenter av tilbyderne.

Tilbyder formidler kompetanse innen alle større fagområder innen IT og digitalisering, samt gjennom rådgivning, utvikling og forvaltning av digitale løsninger. De beskriver også ExperisPartner, en enhet i Experis AS som har over 20 års erfaring som formidler av konsulenttjenester innen IT i Norge. Tilbudet viser en tydelig oversikt innenfor relevante fagområder som konsulenter arbeider innen.

Det er gitt en tydelig beskrivelse av tjenestene med hensyn til de etterspurte fagområdene. Det er angitt referanser, inkludert oppdragsgiver og andre større kunder.

Tilbyder har gitt en god og strukturert beskrivelse av prosessen fra Kunden formidler sitt behov, oppdraget kommuniseres gjennom tilbyders tilgjengelige kanaler, til kandidater presenteres for kunden.

Det er gitt god og tydelig beskrivelse av hvordan de samarbeider med konsulenten for å opprettholde et godt samarbeide, samt avtalevilkår og betaling.

Tilbyder gir en god beskrivelse av prosess for bytte av konsulent og kompetanseoverføring. Hvis Kunden ikke er fornøyd, finner Tilbyder en annen kandidat.

Tilbyder gir en god beskrivelse av mulighet for fast ansettelse av innleide konsulenter. De tilbyr juniorkompetanse og deretter fast ansettelse på oppgitte vilkår.»

- (11) I etterfølgende korrespondanse mellom klager og innklagede, mellom 15. og 27. februar 2023, ba klager om en nærmere begrunnelse for tildelingen. Klager mottok en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud.

- (12) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. mars 2023.
- (13) Det er opplyst at kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør er inngått.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. juni 2023.
- (15) Klagenemnda ba 6. juni 2023 innklagede om dokumentasjon av hvilken vekt kravspesifikasjonen punkt 6 hadde hatt for tildelingen. Innklagede ettersendte den 9. juni 2023 en forklaring for tildelingen, samt notater de hadde gjort seg under tildelingen. Klager innga merknader til forklaringen den 12. juni 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Kravspesifikasjonen punkt 6 er irrelevant for tjenesten som etterspørres. Anskaffelsens beskrivelse og formål angår innleie av konsulenttjenester, mens kravspesifikasjon retter seg mot ansettelse av personell. Vilkåret om nødvendig tilknytning til tildelingskriteriet «*kvalitet*» er derfor ikke oppfylt. Forhåndsavklaring av mulighet for ansettelse etter innleieperioden – såkalt *try and hire* – strider dessuten mot arbeidsmiljøloven.
- (17) Videre er vurderingen av tildelingskriteriet «*kvalitet*» ikke tilstrekkelig begrunnet. Klager har ikke grunnlag for å forstå, kontrollere eller etterprøve innklagedes vurdering, herunder om innklagede reelt har sammenlignet tilbyderne opp mot kravene i konkurransen. Momentene i vurderingen fremstår som like for alle tilbudene, og får ikke frem eventuelle forskjeller mellom dem. Ettersom valgte leverandør var eksisterende leverandør, tilsier risikoen for forskjellsbehandling at kravet til begrunnelse er ekstra strengt.
- (18) Det var dessuten feil av innklagede å se bort fra vedlegget til kravspesifikasjonen punkt 2 i klagers reviderte tilbud. Innklagede satt ikke lengdebegrensning for det reviderte tilbudet, men oppfordret bare til å holde det «*kort*». Hva som var «*kort*» ble ikke tydeliggjort. Tilbudene må derfor behandles likt selv om de er av ulik lengde. Det er en alvorlig feil med potensiell betydning for konkurransen at innklagede så bort fra vedlegget. Det vises til at spørsmålet om leveranseprosesser i kravspesifikasjonen punkt 2 er særlig viktig ved en slik leveranse.
- (19) Valgte leverandør har heller ikke dokumentert at han oppfyller punkt 3 i kravspesifikasjonen. Det fremgår ikke hvilke avtalevilkår som tilbys, bare at de kan ettersendes på forespørsel.
- (20) Endelig var det brudd på reglene om forutberegnelighet og likebehandling at klager i forhandlingrunden ble bedt om å levere CVer. At kravet ble stilt i forbindelse med tildelingskriteriet «*pris*» tilsier at det mangler nødvendig tilknytning til leveransen, ettersom CVer ikke belyser tilbudets økonomiske fordelaktighet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Punkt 6 i kravspesifikasjonen er ikke et ulovlig tildelingskriterium. Det er ikke et tildelingskriterium, og heller ikke stilt som krav i konkurransedokumentene. Det er bare stilt som spørsmål om tilbyderes metodikk. Innklagede er omfattet av lovendringen som vil tre i kraft senere i år, og vil dermed ikke benytte en «*try and hire*» tjeneste eller

midlertidig ansettelse. Det er åpenbart at innklagede vil rette seg etter gjeldende lover og forskrifter.

- (22) Begrunnelsen for tildelingen er tilstrekkelig. Evalueringen ble gjennomført i henhold til de fastsatte kriteriene og dokumentasjonskravene.
- (23) Klager ble ikke veiledet til å inngi svar som var mye lenger enn den opprinnelige lengdebegrensningen. Det ble gitt samme veiledning til alle tilbyderne, og resten av tilbyderne holdt seg til eller nært opp til én side. Klager spurte ikke om man kunne legge ved tilleggsdokumenter som ikke inngikk i svarskjemaet. Innklagede la i sin evaluering vekt på det opprinnelige svaret til klager, som fremstod bedre enn det oppdaterte svaret. Denne vurderingen var i tråd med likebehandling av alle tilbudene og ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet.
- (24) Valgte leverandør oppfylder punkt 3 i kravspesifikasjonen. Det er innklagedes syn at valgte leverandørs besvarelse var bedre enn klagers på dette punkt. Det er riktig at kopien av valgte leverandørs besvarelse, som klager har fått innsyn i, er delvis sladdet. De usladdede delene av valgte leverandørs besvarelse gir likevel tilstrekkelig informasjon om avtalevilkårene til at punktet er oppfylt. Fullstendige avtalevilkår med underleverandører var heller ikke etterspurt på dette punktet.
- (25) I likhet med de andre tilbyderne, ble også klager spurt om oppgitt pris på ekspertkonsulenter og seniorkonsulenter var vurdert som forsvarlig. Innklagede ønsket å forsikre seg om at det var mulig å skaffe konsulenter med den forespurte kompetansen til de oppgitte prisene. Når det gjelder relevans, viser innklagede til at det ikke var krav om CVer i konkurransen. Det var klager selv som foreslo å supplere med CVer for å gi et eksempel på at man riktig kompetanse til de oppgitte prisene. Innholdet i CVene inngår ikke i vurderingsgrunnlaget for tilbudet fra klager.

Klagenemndas vurdering:

- (26) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale om formidling av IKT-tjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til 100 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

- (27) Klagenemnda tar først stilling til om tildelingskriteriet «*kvalitet*» er ulovlig som følge av at mulighet for fast ansettelse av de innleide konsulentene var ett av vurderingsmomentene.
- (28) Momentet om fast ansettelse fremgår av kravspesifikasjonen punkt 6 som skulle fylles ut som dokumentasjon på tildelingskriteriet «*kvalitet*». At fast ansettelse ble vektlagt ved tildelingen er videre på det rene, idet kvalitetsvurderingen blant annet ble begrunnet med «*[t]ilbyder[s] ...god[e] beskrivelse av mulighet for fast ansettelse av innleide konsulenter*».

- (29) Tildelingskriteriet er ulovlig hvis det ikke har tilknytning til leveransen, jf. anskaffelsesforskriften § 18-1 (4). Slik tilknytning foreligger «når [kriteriet] legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsene som tilbys», jf. eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2022/277 avsnitt 40 med videre henvisninger.
- (30) Klagenemnda forstår det slik at det er en viss praksis for å pålegge karantene, begrensinger og utkjøpsklausuler i avtaler om leie av personell. Det er nemndas forståelse at det var særlig slike begrensinger eller kostnader som skulle belyses i kravspesifikasjonen punkt 6. Ytelsen som skal leveres i denne anskaffelsen er IT-konsulenttjenester og IT-prosjektledelse. Klagenemnda kan ikke se at eventuelle kontraktfestede begrensninger eller kostnader ved fast ansettelse av de enkelte konsulentene egner seg til å belyse kvaliteten av konsulenttjenestene. Fravær av slike avtaleklausuler sier ikke noe i seg selv om kompetansen til konsulentene eller de sterke og svake sidene ved tjenestene konsulentene skal levere.
- (31) På bakgrunn av dette finner nemnda at evalueringsmomentet om adgang til å tilby fast ansettelse under tildelingskriteriet «kvalitet», ikke har tilstrekkelig tilknytning til leveransen, jf. forskriften § 18-1 (4).
- (32) Spørsmålet videre er om denne feilen innebærer at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.
- (33) En oppdragsgiver har plikt til å avlyse en konkurranse dersom det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltakerinteressen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se blant annet HR-2019-1801-A, avsnitt 85 og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-16/16, avsnitt 106. Det er klager som må sannsynliggjøre at feilen er av en slik karakter, jf. eksempelvis LE-2011-40623. En teoretisk mulighet for at feilen har påvirket konkurransen, er ikke tilstrekkelig. Det kreves at det foreligger en «nærliggende faktisk mulighet» for at feilen har virket inn, jf. LE-2011-40623.
- (34) Det må derfor vurderes om det foreligger en nærliggende faktisk mulighet for at evalueringsmomentet i kravspesifikasjonen punkt 6 har virket inn på tildelingen. I begrunnelsen i tildelingsbrevet er det vist til at valgte leverandørs tilbud gir «en god beskrivelse av mulighet for fast ansettelse av innleide konsulenter». Begrunnelsen gir ikke noen holdepunkter for i hvilken grad innklagede har vektlagt dette punktet, men det kan ikke utelukkes at det har hatt innvirkning på tildelingen. I sin etterfølgende forklaring har innklagede vist til at tildelingen ikke hviler på punkt 6. Klagenemnda viser imidlertid til at de ettersendte notatene fra tildelingsvurderingen, ikke er like for klager og valgte leverandør. Det kan derfor ikke utelukkes at punkt 6 hadde betydning for tildelingen. Det er derfor nemndas syn at det foreligger en nærliggende faktisk mulighet for at feilen har virket inn på tildelingen.
- (35) På bakgrunn av dette finner nemnda at bruddet på forskriften § 18-1 (4) utløser avlysningsplikt i denne saken.
- (36) Klagenemnda tar ikke stilling til hvorvidt innklagede har brutt arbeidsmiljøloven, idet dette faller utenfor nemndas virkeområde, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser 15. november 2002 § 1.

Begrunnelse

- (37) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å gi en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør.
- (38) Det følger av forskriften § 25-1 (2) at begrunnelsen skal inneholde «en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene».
- (39) Begrunnelsen må inneholde en konkret vurdering som setter leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Dette innebærer at begrunnelsen skal være så presis og utfyllende at leverandørene kan bedømme om anskaffelsesprosessen har skjedd i samsvar med regelverket jf. blant annet klagenemndas sak 2022/1410 premiss 28.
- (40) Poengangivelser som viser hvilken uttelling leverandørene har fått på tildelingskriteriene og rene bemerkninger om at valgte leverandør ble vurdert som bedre, viser kun resultatet av evalueringen, og er ingen begrunnelse for denne, jf. blant annet klagenemndas sak 2019/205, premiss 35 med videre henvisning til Underrettens avgjørelse i sak T-447/10 (Evropaiki Dynamiki), premiss 88 til 90. I situasjoner hvor den valgte leverandøren ikke har tilbudt lavest pris, kreves det at begrunnelsen viser hvilke egenskaper ved det valgte tilbudet som mer enn oppveier den høyere prisen, jf. sak 2017/151, premiss 37 med videre henvisninger. Det er begrunnelsen som gis samtidig med tildelingsbeslutningen som må oppfylle forskriftens krav.
- (41) Klager har særlig vist til oppfyllelsen av punkt 3 i kravspesifikasjonen som dårlig begrunnet, og anført at valgte leverandør ikke oppfylte dette punktet fordi avtalevilkårene deres ikke var oppgitt.
- (42) Etter klagenemndas syn krever ikke kravspesifikasjonen at alle konkrete avtalevilkår gjengis, men ber om en beskrivelse av avtalevilkårene uten en uttømmende oppstilling. Punktene i kravspesifikasjonen gir uttrykk for vurderingsmomentene i kvalitetsvurderingen, og er ikke nødvendigvis absolutte krav som må oppfylles. Nemnda kan imidlertid ikke se at det fremgår av begrunnelsen hvordan dette punktet er blitt vurdert. Innklagede har beskrevet evalueringens resultat på punkt 3, men ikke fått frem relevante forskjeller mellom tilbudene eller hvilke forhold som har blitt vektlagt i vurderingen av dette punktet.
- (43) Videre var det i tildelingsbrevet inntatt en tabell som viste poengene som hver av leverandørene hadde fått for tildelingskriteriet «kvalitet». I tillegg fremgikk det en kort vurdering av hvordan innklagede hadde vurdert valgte leverandørs oppfyllelse av dette kriteriet. I begrunnelsen vises det til at valgte leverandør har nest høyest antall av konsulenter av tilbyderne, uten at det beskrives hvilken betydning dette har hatt i evalueringen. I redegjørelsen som nemnda forstår som henvisninger til punktene i kravspesifikasjonen, har innklagede flere steder bare vist til at valgte leverandør gir en «god», «tydelig» eller «strukturert» beskrivelse av leveransen. Videre er det også henvist til at valgte leverandør har oppgitt referanser, uten en nærmere forklaring på hvordan referansene er vurdert eller hvilken betydning det har fått for vurderingen. Det er derfor klagenemndas vurdering at begrunnelsen ikke setter klager i stand til å forstå hvilke forhold som har gjort at innklagede bedømte valgte leverandørs tilbud som best ut fra de ulike punktene.
- (44) Klagers anførsel om brudd på begrunnelsesplikten har dermed ført frem.

Øvrige anførsler

- (45) Klager fremholder at det var en feil av innklagede å se bort fra klagers vedlegg til kravspesifikasjonen punkt 2. I kravspesifikasjonen var det angitt at besvarelsen av punktet skulle være maks én side. Det er enighet mellom partene om at innklagede ga en tilbakemelding i forhandlingene om at det ikke var noen maksgrense på besvarelsen, men at det skulle holdes kort. Klagenemnda kan ikke se at en slik tilbakemelding tilsier at klager hadde en berettiget forventning om at vedlegget på 29 sider ville bli tatt med i vurderingen. Klagers anførsel har etter dette ikke ført frem.
- (46) Videre har klager også anført at innhenting av CV-er til prisevalueringen ikke var i tråd med regelverket. Innklagede har derimot forklart at de under forhandlingsrunden stilte alle leverandørene spørsmål om prisene var reelle, og det var klager selv som leverte disse CV-ene for å underbygge dette. CV-ene ble ikke vektlagt i vurderingen. All den tid CV-ene ikke er vektlagt som en del av vurderingen, finner nemnda at klagers anførsel på dette punktet ikke kan føre frem.
- (47) De bruddene på regelverket som klagenemnda har konstatert i denne saken «*kan ha påvirket resultatet av konkurransen*», og gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Sikt – Kunnskapssektorens tjenesteleverandør har brutt forordningen § 18-1 (4) ved å stille et tildelingskriterium som ikke er tilstrekkelig knyttet til leveransen. Sikt har brutt § 21-1 (2) ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for valg av tilbud.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arnt Skjefstad

Dokumentet er elektronisk godkjent, og har ingen signatur.