



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium. Avlysning.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om konsulenttjenester innen vann og avløp. Klager anførte at tildelingskriteriet «Service» var ulovlig, og at tildelingsbeslutningen ikke var begrunnet i tråd med regelverket. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriet «Service» var ulovlig. Bruddet på regelverket medførte avlysningsplikt. Som følge av nemndas resultat, ble det ikke tatt stilling til klagers subsidiære anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 27. juni 2023 i sak 2023/259

Klager: Asplan Viak AS

Innklaget: Sandnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik.

Bakgrunn:

- (1) Sandnes kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 3. februar 2023 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med én leverandør om konsulenttjenester innen vann og avløp (VA). Anskaffelsens verdi var estimert til 17 millioner kroner. Tilbudsfristen var 9. mars 2023. Rammeavtalen skulle ha en varighet på ett år, med opsjoner på forlengelse i 1 + 1 + 1 år.
- (2) I konkurransegrunnlaget fremgikk følgende tildelingskriterier:

| Tildelingskriterium | Vekt | Detaljer |
|---------------------|------|--|
| Kompetanse | 60 % | Kompetanse vurderes ut ifra de ulike vurderingskravene under «kompetansekrav» i kravspesifikasjonen. |
| Service | 40 % | Service vurderes ut ifra de ulike vurderingskravene under «Servicekrav» i kravspesifikasjonen. |

- (3) I kravspesifikasjonen var det fastsatt at innklagede skulle kompensere valgte leverandør etter medgått tid etter fastsatte timesatser.
- (4) I kravspesifikasjonen under punktet «Servicekrav» fremgikk følgende:

«Oppdragsgiver ønsker at tilbudt personell i størst mulig grad er samlokalisert og lokalisert nærmest mulig Oppdragsgiver (Rådhusgata 1, 4306 Sandnes), spesielt med tanke på gjennomføring av fysiske møter i Oppdragsgivers lokaler, befaringer og gjennomføring av oppdrag som dukker opp på kort varsel og som krever fysisk tilstedeværelse.

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Med nærmest mulig menes kortest mulig reisetid og lav ressursbruk knyttet til reisen.

For personell som skal jobbe med planlegging og prosjektering av anleggsprosjekter som kommunen gjennomfører i egenregi, samt i forbindelse med diverse/ad-hoc prosjekteringsbistand, er det veldig viktig at det dedikerte personellens arbeidssted er i nærhet til Sandnes kommunes rådhus (Rådhusgata 1, 4306 Sandnes), da det vil være et fortløpende behov for befaringer og fysiske planleggingsmøter med kommunens anleggs- og driftsavdeling.

Oppgi navn og lokasjon til tilbudt personell.

«Dette kravet vil bli tillagt stor vekt i evalueringen.»

- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Asplan Viak AS (klager) og COWI AS (valgte leverandør).
- (6) Den 15. mars 2023 ble klager informert at kontrakt ville bli tildelt valgte leverandør. Klager ble innstilt som nummer to i konkurransen, og oppnådde totalt 90 poeng. Valgte leverandør oppnådde 100 poeng, og scoret 10 poeng mer enn klager på tildelingskriteriet «Service». I tildelingsmeddelelsen fremgikk følgende begrunnelse:

| Tildelingskriterier: | Kommentar: |
|----------------------|---|
| Kompetanse | Hadde beste besvarelse. Det ble ikke gitt trekk. |
| Service | Det ble gitt trekk for følgende i forhold til beste besvarelse: - På bakgrunn av det som fremkommer av tilbudet, ble det vurdert at tilbudt personell i mindre grad er samlokalisert enn tilbudt personell som i størst grad er samlokalisert, samt at personellet samlet sett befinner seg lenger vekk fra Oppdragsgiver enn personellet som samlet sett er nærmere Oppdragsgiver, og førte derfor til trekk, ref. servicekrav 1. |

- (7) Klager ba om utvidet begrunnelse 16. mars 2023. Den utvidede begrunnelsen lød slik:

«Hvordan deres personell ble vurdert opp mot den beste besvarelsen fremkommer av begrunnelsen i meddelelsesbrevet. I forhold til samlokalisering har dere noe å gå på, da største tilbudte gruppe på samme lokasjon er de 12 personene som befinner seg i Stavanger. I forhold til nærhet, så er det de totalt 8 personene som er lokalisert i Trondheim, Bergen, Haugesund, Tønsberg og Sandvika som trekker dere ned på dette punktet.»

- (8) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 24. mars 2023. Innklagede besvarte klagen ved brev 30. mars 2023. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (9) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i klage 15. april 2023. Innklagede har bekreftet at de vil avvente kontraktsinngåelse inntil klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor gitt prioritert behandling av nemnda.

(10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. juni 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved at tildelingskriteriet «*Service*» er ulovlig. Vurderingsmomentene om leverandørens fysiske samlokalisering og lokal tilstedeværelse/nærhet til oppdragsgiver, er i strid med likebehandlingsprinsippet. Tildelingskriteriet begrenser også konkurransen unødige, og er ikke forholdsmessig eller egnet til å identifisere det beste tilbudet.
- (12) Bruddet på regelverket kan ikke rettes på annen måte enn avlysning av konkurransen.
- (13) Innklagede har brutt regelverket ved at tildelingsbeslutningen ikke er begrunnet i samsvar med forsyningsforskriften § 21-1.
- (14) Det er uklart hvordan innklagede har vurdert tilbudene opp mot hverandre, og det foreligger brudd på regelverket ved tilbudsevalueringen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede bestrider at tildelingskriteriet «*Service*» er ulovlig. Bakgrunnen for det oppstilte kriteriet er hensynet til gjennomføring av fysiske møter i oppdragsgivers lokaler, befaringer og gjennomføring av oppdrag som dukker opp på kort varsel, og som krever fysisk tilstedeværelse. I tillegg er det behov for befaringer og fysiske planleggingsmøter med kommunens anleggs- og driftsavdeling.
- (16) Begrunnelsen i tildelingsbeslutningen er i samsvar med regelverket.
- (17) Det foreligger ikke brudd på regelverket ved tilbudsevalueringen.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale for diverse VA-tjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi ble estimert til 17 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forskriften) 12. august 2016 nr. 975 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

Ulovlig tildelingskriterium – «Service»

- (19) Klager har anført at tildelingskriteriet «*Service*» er ulovlig, herunder at vektlegging av leverandørs samlokalisering og lokalisering nærmest mulig oppdragsgiver er i strid med likebehandlingsprinsippet. Dette medfører at konkurransen må avlyses.
- (20) Det fremgår av forsyningsforskriften § 14-1 (4) at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Dette kravet er oppfylt dersom kriteriet relaterer seg til de tjenester eller varer som «*kontrakten gjelder*», jf. bestemmelsens andre setning.

- (21) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at et tildelingskriterium har tilstrekkelig tilknytning til leveransen når det legger opp til en vurdering av sterke og svake sider ved ytelsen som tilbys, jf. eksempelvis nemndas avgjørelse i sak 2015/149, premiss 30.
- (22) Klagenemnda tar først stilling til hvorvidt den delen av tildelingskriteriet som går på leverandørs samlokalisering er lovlig.
- (23) En leverandørs organisering er i utgangspunktet egnet til å belyse leverandørens gjennomføringsevne, og blir derfor vanligvis benyttet som kvalifikasjonskrav. I denne anskaffelsen var det imidlertid presisert i konkurransegrunnlaget at tildelingskriteriet «Service» ble vurdert ut fra de ulike momentene under «Servicekrav» i kravspesifikasjonen. Et av disse momentene var leverandørs samlokalisering, som dermed var en del av tildelingskriteriet «Service».
- (24) Innklagede har i klagetilsvar forklart at konkurransegrunnlaget viser at de tilbudte konsulentene skal samarbeide med innklagedes ansatte, men også med hverandre. Dette sett i sammenheng med innklagedes behov for 25 konsulenter gjør at det etter anskaffelsens art er ønskelig at personell er samlokalisert for at arbeidet skal bli gjennomført så effektivt og med så god kvalitet som mulig. Innklagede anfører også at ettersom forsyningsforskriften § 14-1 (1) bokstav b, åpner for at man kan bruke organisering som kriterium, og det er påviste fordeler ved en slik organisering, så er kriteriet saklig.
- (25) Slik nemnda forstår konkurransegrunnlaget, er henvisningen til 25 konsulenter angitt som en øvre grense for hva innklagede var villig til å evaluere på, og ikke som en angivelse av at 25 konsulenter fra valgte leverandør var tiltenkt å samarbeide. Klagenemnda kan uansett ikke se at de forhold som innklagede fremhever i avsnittet ovenfor redegjør for hvilken merverdi samlokalisering gir, og hvorfor dette viser en relevant kvalitet for ytelsen. Innklagedes henvisning til en Sintef-rapport fra 2016 som konkluderer med at samlokalisering er en organisasjonsform som kan gi mange fordeler synliggjør heller ikke betydningen for den konkrete leveransen.
- (26) Klagenemnda vil også bemerke at forsyningsforskriftens eksempler på tildelingskriterier ikke nødvendigvis er lovlige tildelingskriterier i den konkrete anskaffelsen. En forutsetning for at tildelingskriteriene er lovlig er at de har tilstrekkelig tilknytning til leveransen jf. forsyningsforskriften § 14-1 (4). I denne saken har nemnda kommet til at den delen av tildelingskriteriet som går på leverandørs samlokalisering ikke er tilstrekkelig konkretisert til at det kan legges til grunn at det har tilstrekkelig tilknytning til leveransen, og er dermed ulovlig.
- (27) Klagenemnda går så over til å vurdere hvorvidt den delen av tildelingskriteriet som går på nærhet til oppdragsgiver er lovlig.
- (28) Klagenemnda bemerker innledningsvis at krav om lokal tilstedeværelse i utgangspunktet virker konkurransebegrensende. For at et slikt tildelingskriterium skal være lovlig, må innklagede påvise en saklig grunn til å benytte slike kriterier, og kriteriene må stå i forhold til ytelsen som anskaffes.
- (29) Innklagede har i tilsvar forklart at det er nødvendig å ha konsulenter som er tilgjengelig på kort varsel for å bidra i eventuelle prosesser og befaringer der tjenesten vanskelig kan gjennomføres ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler. Videre har innklagede

vist til at valgte leverandørs avstand fra oppdragsgiver vil representere reelle kostnader i avtaleperioden, og innklagede mener derfor at kriteriet er saklig begrunnet.

- (30) Slik tildelingskriteriet er utformet, er vurderingstemaet den geografiske avstanden og reisetiden mellom innklagede og leverandøren, uten å legge opp til en konkret vurdering av hvilken betydning dette har for kvaliteten på servicen som skal ytes. Dersom det er viktig for innklagede å sikre at valgte leverandør kan stille på kort varsel, og ønsker å vektlegge dette i evalueringen, måtte dette fremgå av tildelings- eller underkriteriene. Slik tildelingskriteriet nå er utformet, blir den geografiske avstanden og reisetiden avgjørende, og ikke hvorvidt leverandøren forplikter seg til å stille ressurser tilgjengelig på kort varsel.
- (31) Et vurderingstema om nærhet til oppdragsgiver kan heller ikke anses saklig begrunnet fordi oppdragsgiver vil begrense kostnadene til reiseutgifter. Kostnadene har ikke betydning for servicenivået på ytelsen, som var det tildelingskriteriet gjaldt. Innklagede har tatt et valg om at reisekostnadene skal honoreres etter medgått tid. Hvis innklagede ønsket å holde disse kostnadene nede, kunne man i stedet stilt krav om at leverandørene selv dekket eventuelle reisekostnader.
- (32) Innklagede har også vist til klagenemndas avgjørelse i sak 2005/211, der nemnda kom til at tildelingskriteriet «*etablert/lokalisert med kontorsted i Bergens regionen*» var lovlig. Den etterspurte tjenesten var rådgivning ved utarbeiding av reguleringsplan. Nemnda la til grunn at tildelingskriteriet ikke innebar vektlegging av lokal tilhørighet i seg selv, men stedlig representasjon uten et krav om permanent kontor. Samtidig ble det erkjent at også denne forståelsen «gjør det enklere for tilbydere med lokal tilhørighet å tilfredsstille kriteriet ...», og videre at kriteriet derfor innebærer «faktisk diskriminering». Når kriteriet likevel ble godtatt, skyldtes det at innklagede etter nemndas mening hadde påvist en saklig grunn for å benytte tildelingskriteriet. Nemnda kom til at behovet for «tett samarbeid med oppdragsgiver» og «felles arbeidsmøter» gjorde at kriteriet om stedlig representasjon hadde tilstrekkelig nær tilknytning til ytelsen.
- (33) Vår sak gjelder planlegging og prosjektering av anleggsprosjekter for vann- og avløp, hvor oppdragsgiver har vist til «*et fortløpende behov for befaringer og fysiske planleggingsmøter med kommunens anleggs- og driftsavdeling*». Saklig sett er det ikke grunnlag for å skille mellom de behov som ble vurdert som saklige i sak 2005/211, og denne saken. Nemnda har likevel kommet til en annen konklusjon i den foreliggende saken. Avgjørelsen som innklagede viser til er relativt gammel, og nemnda mener at hensynet til å unngå konkurransebegrensende kriterier bør veie tyngre enn det nemnda la til grunn i 2005. I den forbindelse er det sentralt at oppdragsgivers behov for fysiske møter mv. ikke vil ha et akutt preg, men kan planlegges. Behovet for stedlig tilhørighet er derfor mindre. Videre legger nemnda vekt på at muligheten for digitale samarbeidsformer er en helt annen i dag enn for snart 20 år siden.
- (34) Innklagede har dermed ikke påvist saklig grunn for å benytte den delen av tildelingskriteriet som går på nærhet til oppdragsgiver.
- (35) Klagenemnda har etter dette kommet til at tildelingskriteriet «*Service*» er ulovlig ettersom innklagede ikke har vist hvilken merverdi samlokalisering gir for den konkrete ytelsen, og ved at innklagede ikke har påvist en saklig grunn for å benytte nærhet til innklagede som tildelingskriterium.

- (36) Tildelingskriteriet var vektet med 40 prosent, og poengsummen på tildelingskriteriet var det som skilte tilbudene fra valgte leverandør og klager. Det er dermed klart at tildelingskriteriet var avgjørende for utfallet av konkurransen, og konkurransen må derfor avlyses.
- (37) Sett hen til det resultatet klagenemnda har kommet til, tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.
- (38) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Sandnes kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at tildelingskriteriet «Service» er ulovlig.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur