



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, krav til ytelsen/teknisk spesifisering

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for levering av konsulentttjenester. Klager anførte at innklagede brøt regelverket ved urettmessig å avvise klagers tilbud fra konkurransen, subsidiært at et krav i kravspesifikasjonen var ulovlig. Ingen av anførslene førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 20. september 2023 i sak 2023/565

Klager: Karabin AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Hallgrim Fagervold og Wenche Sædal

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 4. april 2023 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av parallelle rammeavtaler for levering av konsulentttjenester til IKT-området. Kontraktens varighet var maksimalt fire år inkludert opsjoner, og anskaffelsens estimerte verdi var 150 millioner kroner. Tilbudsfrist var 23. mai 2023.
- (2) Anskaffelsen omfattet konsulentttjenester innenfor fagområdene prosjektledelse og prosjektarbeid, testledelse og testing, virksomhetsarkitektur, og virksomhetsutvikling.
- (3) Innklagede ville inngå rammeavtale med tre til fem leverandører, og avrop ville gjennomføres ved bruk av minikonkurranser. Konkurransen ville bli avgjort basert på tildelingskriteriene «*Kompetansebygging*» (vektet 20 prosent), «*Erfaring*» (vektet 40 prosent) og «*Pris*» (vektet 40 prosent).
- (4) Kontrakten ville følge SSA-R, som er en generell avtaletekst for rammeavtaler. Den generelle avtaleteksten var komplementert med SSA-R sine bilag, som innklagede kunne tilpasse anskaffelsen.
- (5) Kvalifikasjonskravene fulgte av kunngjøringen del III, der ett av kvalifikasjonskravene gjaldt tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Det kreves at Leverandøren har høy faglig kompetanse og god evne til å gjennomføre oppdraget i tråd med oppdragsgivers behov. Leverandør må ha tilstrekkelig kapasitet til å kunne gjennomføre oppdraget. Kvalifikasjonskravene skal være oppfylt i avtaleperioden, jf. Rammeavtalen, bilag 4 Administrative bestemmelser, punkt 6.7.»

- (6) I SSA-R bilag 4 «*Administrative bestemmelser punkt 6.7*», sto det blant annet at «*Kvalifikasjonskravene skal være oppfylt i avtaleperioden. Det er leverandørens ansvar*

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

å sikre at eventuell utskifting av personell i avtaleperioden tilfredsstiller kvalifikasjonskravene.»

- (7) Som dokumentasjon skulle leverandørene fylle ut SSA-R bilag 1 tabell A, der man skulle oppgi antall og navn på medarbeiderne som ville kunne være tilgjengelig for innklagede fra oppstart av avtalen. Medarbeiderne skulle fordeles innenfor anskaffelsens fire fagområder, og ut fra sitt kompetansenivå innenfor det eller de fagområdene vedkommende var oppført. De ulike kompetansenivåene var nærmere beskrevet i SSA-R bilag 1 punkt 2. De ulike fagområdene som kompetansen skulle dekke var nærmere beskrevet i SSA-R bilag 1 punkt 3. For «*Virksomhetsarkitektur*» var det blant annet stilt krav om TOGAF-sertifisering og kjennskap til EIF-rammeverk.
- (8) Det var angitt i tabellene hva som var «*minstekravet (kvalifikasjonskrav) for antall medarbeidere for det aktuelle fagområdet.*» For fagområdet «*Virksomhetsarkitektur*» var dette fem personer.
- (9) I tillegg fulgte det at man innenfor hvert av de fire fagområdene, måtte ha minst 50 prosent av konsulenter i kompetansenivå «*Senior prosjektleder/Senior konsulent/Rådgiver eller høyere.*»
- (10) Det sto videre at «*En konsulent kan bare være i ett kompetansenivå (eks. Konsulent II/prosjektleder II) innenfor hvert fagområde, men kan registreres for flere fagområder (og ev. med ulikt kompetansenivå basert på reell kompetanseprofil).*»
- (11) Kravspesifikasjonen var inntatt i SSA-R bilag 1, punkt 4. Kravspesifikasjonen besto av minimumskrav og evalueringskrav. Om minimumskrav sto det:
- «Kravene som er angitt som kategori M er absolutte-/minimumskrav og er ikke gjenstand for evaluering. Kravet skal oppfylles. Leverandøren skal besvare og bekrefte minimumskrav i Mercell. Hvis det forekommer enkelte mindre avvik fra spesifikasjonene, vil ikke dette nødvendigvis automatisk medføre avvisning. Bergen kommune vil i slike tilfeller gjøre en konkret vurdering av om avviket er vesentlig. Vi gjør likevel oppmerksom på at avvik kan medføre avvisning.»*
- (12) Av relevans for saken er krav 2.9, som var et kompetansekrav til konsulentene innenfor fagområdet virksomhetsarkitektur. Kravet var et minimumskrav, og lød:
- «Leverandøren må kunne tilby konsulenter med data- og informasjonsmodelleringserfaring fra større prosjekter.*
- Av kvalifikasjonskravet framgår det at minstekravet til kapasitet på fagområdet virksomhetsarkitektur er 5 personer. Av disse 5 må 4 personer tilfredsstille dette kravet til kompetanse.»*
- (13) Kravet skulle dokumenteres som følger:
- «Bekreftes i Mercell. Leverandør må oppgi navn på konsulentene. Det skal være samsvar mellom navn som oppgis her, og navn oppgitt i forbindelse med kvalifikasjonskrav og utfyllt skjema «Kvalifikasjonskrav Tekniske og faglige kvalifikasjoner.»»*
- (14) Videre sto det at avvik ville kunne medføre avvisning fra konkurransen.

- (15) Innklagede publiserte 4. mai 2023 tilleggsinformasjon om kvalifikasjonskrav og minstekrav:

«(...)

Minstekrav til konsulenters kompetanse

Vi har fått spørsmål til sammenhengen mellom kvalifikasjonsskjema «Kvalifikasjonskrav Tekniske og faglige kvalifikasjoner» og minstekrav til konsulenters kompetanse. Bilag 1 krav nr. 2.5 og 2.6 er brukt som eksempel.

I krav 2.5 står det at: Av kvalifikasjonskravet framgår det at minstekravet til kapasitet på fagområdet testledelse og testing er 5 personer. Av disse 5 må 3 personer tilfredsstille dette kravet til kompetanse.

I krav 2.6 står det at: Av kvalifikasjonskravet framgår det at minstekravet til kapasitet på fagområdet testledelse og testing er 5 personer. Alle disse må tilfredsstille dette kravet til kompetanse.

Det er spørsmål om forskjellen på disse kravene og om alle navngitte konsulenter må tilfredsstille krav 2.6 dersom leverandør har oppgitt flere enn 5 i kvalifikasjonsskjema.

Vårt svar:

Krav 2.5 er knyttet til sertifiseringskrav for testledelse, mens krav 2.6 gjelder sertifisering for testgjennomføring. Minstekravet er at 3 personer må tilfredsstille kravet i 2.5 og 5 må tilfredsstille kravet i 2.6. Disse personene må framgå av kvalifikasjonsskjema.

Dersom leverandør trenger mer enn 5 ressurser totalt for å tilfredsstille disse minstekravene må flere enn 5 personer være navngitt i kvalifikasjonsskjema.

Dersom leverandør oppgir flere ressurser enn det som er minstekravet i kvalifiseringen er det ikke flere konsulenter som må oppfylle minstekravet. F.eks i krav 2.6 er det fortsatt 5 selv om leverandør eventuelt har oppgitt flere ressurser i kvalifikasjonsskjema.»

- (16) Innen tilbudsfristen mottok innklagede elleve tilbud, herunder fra klager.
- (17) Til oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om tekniske og faglige kvalifikasjoner innenfor fagområdet «Virksomhetsarkitektur», oppga klager ti navn, enten fra egen virksomhet eller underleverandør.
- (18) Til oppfyllelse av kravspesifikasjonen punkt 2.9 «Krav til kompetanse – konsulentbistand virksomhetsstruktur 3)», opplyste klager om fire konsulenter som oppfylte kravet om data- og informasjonsmodelleringserfaring fra større prosjekter. Tre av disse navnene var ikke oppført for fagområdet «Virksomhetsarkitektur» i kvalifikasjonskravskjemaet. De tre aktuelle konsulentene var oppført under fagområdet «Virksomhetsutvikling».
- (19) I brev av 5. juni 2023, ble klagers tilbud avvist fra konkurransen, da innklagede mente tilbudet inneholdt vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (20) Klager fremmet to klager på avvisningen, men innklagede opprettholdt beslutningen.

- (21) Klagen ble fremmet for klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. juli 2023.
- (22) Innklagede har opplyst at kontrakt ikke vil bli signert før klagenemnda har behandlet saken. Nemnda har derfor prioritert saken.
- (23) Nemndsmøte ble avholdt 11. september 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (24) Klagers tilbud er urettmessig avvist fra konkurransen. Tilbudet inneholder ikke avvik fra anskaffelsesdokumentene. Kravspesifikasjonen stilte krav om at leverandøren måtte tilby konsulenter med riktig erfaring fra større prosjekter, og leverandøren må kunne tilby minst fire navngitte konsulenter med den aktuelle erfaringen. Kravet om at de samme konsulentene var opplistet i kvalifikasjonskravet er et dokumentasjonskrav, men ikke selve kravet. Klager har forpliktet seg til å tilby konsulentene som er navngitt under kravspesifikasjonen, og innklagede kan derfor kreve oppfyllelse i tråd med anskaffelsesdokumentene.
- (25) Et eventuelt avvik er uansett ikke vesentlig. Klager har forpliktet seg til å levere i tråd med minimumskravene i konkurransen, og klager har heller ikke oppnådd noen konkurransefordel.
- (26) Subsidiært anfører klager at kravspesifikasjon punkt 2.9 «*Krav til kompetanse – konsulentbistand virksomhetsarkitektur*» er i strid med anskaffelsesforskriften § 15-1 (2). Et ufravikelig minstekrav om at det må være samsvar mellom personer oppgitt i forbindelse med kvalifiseringen og for å dokumentere oppfyllelse av kravspesifikasjonen, har ikke realitetsbetydning ved kontraktsgjennomføringen, og har ikke betydning for konkurransen. Det er et tilbudsteknisk krav. Kravet har ikke nødvendig tilknytning til leveransen. Feilen har påvirket utfallet av konkurransen, og kan ikke rettes på annen måte enn ved avlysning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Klagers tilbud er rettmessig avvist. Det foreligger avvik mellom konkurransegrunnlaget og klagers tilbud. Det var et krav om samsvar mellom navn oppgitt i kvalifiseringen og navn oppgitt til oppfyllelse av minstekrav i konkurransen. Dette var et sentralt krav av betydning for hva innklagede kan kreve under kontrakten. Det var ikke bare et dokumentasjonskrav. Kravet var et minimumskrav, og det var opplyst at dette kunne medføre avvisning. Etter en konkret vurdering anså innklagede avviket som vesentlig.
- (28) Det aktuelle kravet i kravspesifikasjonen var ikke ulovlig. Det hadde en klar tilknytning til leveransen, og hadde reell betydning. Det var ikke grunnlag for å avlyse konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av konsulenttjenester, som er en tjenesteanskaffelse. 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.

- (30) Klagenemnda vil først ta stilling til om innklagede brøt regelverket ved å avvise klagers tilbud grunnet vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (31) Et avvik foreligger dersom et tilbud ikke er i samsvar med krav i anskaffelsesdokumentene. Det vil typisk innebære at oppdragsgiveren ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til kontrakten og/eller kravspesifikasjonen dersom tilbudet aksepteres. Konkurranses grunnlaget tolkes for å kartlegge hvilke krav som er stilt, og tilbudet tolkes for å undersøke om tilbudet tilfredsstiller disse kravene. I denne tolkningen tar man utgangspunkt i den alminnelige språklige forståelsen, men andre momenter, som formål og sammenhengen i og mellom dokumenter, vil også kunne få betydning.
- (32) Når konkurransegrunnlagets krav skal kartlegges, er det avgjørende hvordan en rimelig opplyst og normalt forstandig leverandør vil oppfatte kravet i konkurransegrunnlaget, se eksempelvis HR-2019-830-A avsnitt 36 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-42/13 (Cartiera dell'Adda).
- (33) I forbindelse med kvalifiseringen skulle leverandørene fylle ut en kompetansetabell med informasjon om de ressurspersonene som var tilgjengelige for oppdragsgiver i avtaleperioden. Leverandørene skulle for hvert fagområde opplyse navn og antall personer som oppfylte de respektive krav til kompetanse, og plassere dem innenfor de ulike kompetansenivåene som var definert i SSA-R bilag 1 tabell A. Tabellen synliggjorde dermed leverandørens kapasitet, sammensetning av kompetanse, og kompetansenivået til hver av konsulentene som ble tilbudt innenfor hvert fagområde.
- (34) Ytterligere kompetansekrav var stilt i kravspesifikasjonen. For virksomhetsarkitektur stilte kravspesifikasjonen punkt 2.9 krav om data- og informasjonsmodelleringserfaring fra større prosjekter. Minst fire av konsulentene innenfor fagområdet «*Virksomhetsarkitektur*» måtte oppfylle dette kravet. Dette skulle dokumenteres ved å oppgi navnene på de fire konsulentene, og bekrefte i Merzell at disse hadde den relevante data- og informasjonsmodelleringserfaringen. Det var presisert at navnene måtte samsvare med navnene oppgitt under det samme fagområdet i kompetansetabellen.
- (35) Sett i sammenheng, må det for en normalt påpasselig leverandør ha vært klart at kravspesifikasjonen punkt 2.9 stilte krav om at minst fire konsulenter hadde data- og modelleringserfaring fra større prosjekter, i tillegg til å være angitt innenfor fagområdet «*Virksomhetsarkitektur*» i kompetansetabellen under kvalifikasjonskravet.
- (36) I klagers tilbud var det kun én av ressursene nevnt i besvarelsen av kravspesifikasjonens punkt 2.9, som også var listet opp under fagområdet «*Virksomhetsarkitektur*» i kompetansetabellen. Klager har erkjent at dette var en feil.
- (37) Utgangspunktet er at det er leverandøren som bærer risikoen for feil i eget tilbud, jf. forskriften § 23-3 (2). Klager anfører imidlertid at feilen ikke innebærer noen realitet, ettersom klager har bekreftet at alle de navngitte konsulentene oppfyller kravet til data- og modelleringserfaring fra større prosjekter. Ifølge klager kan innklagede dermed kreve oppfyllelse i tråd med konkurransedokumentene.
- (38) Klagenemnda er ikke enig i dette. Slik klagenemnda forstår konkurransedokumentene, stiller kvalifikasjonskravet og kravspesifikasjonen dels ulike kompetansekrav. Kravet om at konsulentene som tilbys for oppfyllelse av kravspesifikasjonen punkt 2.9 også fremgår

av kompetansetabellen, er oppstilt for å sikre at konsulentene som oppfyller minstekravet etter 2.9, også har et av de påkrevde kompetansenivåene innenfor fagområdet etter kvalifikasjonskravet. Når konsulentene ikke er innplassert i kompetansetabellen i riktig fagområde, er det ikke i tilbudet dokumentert at disse oppfyller kompetansekravene i SSA-R bilag 1 tabell A jf. SSA-R bilag 1 punkt 3.

- (39) Klagenemnda er heller ikke enig med klager i at sammenhengen i anskaffelsesdokumentene tilsier en annen tolkning av kravspesifikasjonen punkt 2.9. Videre vil ikke det forhold at «*kompetanse og erfaring*» er et aktuelt tildelingskriterium i minikonkurransene, eller at kommunen kan oppgi kompetansebehov for det aktuelle avropet, innebære at det ikke har betydning om de tilbudte ressursene under kravspesifikasjonen punkt 2.9 også oppfyller kompetansekravet under kvalifikasjonskravet.
- (40) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede, ved å anta tilbudet, ikke vil kunne kreve oppfyllelse i tråd med konkurransedokumentene. Det foreligger dermed et avvik.
- (41) Spørsmålet i fortsettelsen er om avviket er vesentlig.
- (42) Innklagede hadde definert punkt 2.9 i kravspesifikasjonen som et absolutt krav/minimumskrav. Det fremgikk imidlertid av konkurransegrunnlaget at «enkelte mindre avvik» fra spesifikasjonene ikke nødvendigvis ville medføre automatisk avvisning, men ville bli undergitt en konkret vurdering med hensyn til om avviket var vesentlig. Klagenemnda forstår dette slik at dersom det teknisk sett forelå små avvik fra de aktuelle krav, så skulle det foretas en konkret vesentlighetsvurdering, herunder av avvikets betydning. Kravet ville i så fall miste noe av sin absolutte karakter, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2013/139 premiss 31.
- (43) Klagenemnda har ovenfor konkludert med at det foreligger et avvik ved at klager kun hadde oppgitt én person som oppfylte kravspesifikasjonens punkt 2.9, mens minstekravet var fire. Nemnda kan vanskelig se at dette er et mindre avvik i konkurransegrunnlagets forstand.
- (44) Avvisningsvurderingen må etter dette skje med utgangspunkt i at det foreligger manglende oppfyllelse av et absolutt krav. Når et krav er angitt som et minimumskrav eller absolutt krav, vil et avvik som utgangspunkt anses som vesentlig, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2020/72 med videre henvisning til Underrettens avgjørelse i sak T-40/01 (Scan Office Design). Etter nemndas syn fremgår det videre av konkurransedokumentene at de tilbudte konsulentenes kompetansenivå, herunder det minstekrav som fremgår av kravspesifikasjonens punkt 2.9, var viktig for oppdragsgiver. Kravets betydning samt at kravet er et minstekrav, gjør at avviket er å anse som vesentlig.
- (45) Klagenemnda konkluderer på denne bakgrunn med at innklagede ikke opptrådte i strid med regelverket da de avviste klagers tilbud.
- (46) Klager har subsidiært anført at kravspesifikasjonen punkt 2.9 er ulovlig, da den mangler tilknytning til leveransen, jf. anskaffelsesforskriften § 15-1 (2). Ifølge klager vil et absolutt krav om samsvar mellom personer oppgitt i forbindelse med kvalifiseringen og kravspesifikasjonen, ikke ha realitetsbetydning ved kontraktsgjennomføringen, og dermed ikke har betydning for konkurransen.

(47) Slik innklagede har lagt opp konkurransegrunnlaget, vil sammenhengen mellom minstekravet og kvalifikasjonskravet sikre at konsulentene som er nevnt til oppfyllelse av minstekravet, også oppfyller kompetansekravene etter kvalifikasjonskravet. Det vil kunne ha konkret betydning for hvilken leveranse innklagede mottar, og har derfor realitetsbetydning ved kontraktsgjennomføringen.

(48) Kravet har dermed tilknytning til leveransen.

Konklusjon:

Bergen kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur