



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en konkurranse med forhandling om formidlingsrettede tjenester til arbeidssøkende med ventelønn, men ble ikke invitert til forhandlinger begrunnet ut fra at han ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten. Klagenemnda kom til det ikke forelå brudd på regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2004 i sak 2003/262

Klager: Ressurs Partner AS

Innklaget: Aetat Halden

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Utvelgelse av leverandører til konkurranse med forhandling. Reell mulighet.

Sakens bakgrunn:

- (1) Aetat Halden (heretter "innklagede") kunngjorde 18.06.2003 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av formidlingsrettede tjenester til arbeidssøkende med ventelønn. Konkurransen ble gjennomført som en konkurranse med forhandling etter forskrift om offentlige anskaffelser del III.
- (2) I konkurransegrunnlaget ble kvalifikasjonskravene oppgitt slik:

”

- **Skatteattester**

Tilbudet skal inneholde 2 stk skatteattester (RF-1244) som ikke er eldre enn 6 måneder. Den ene gjelder direkte skatter (fås hos kemnerkontoret) og den andre gjelder merverdiavgift (fås hos skattefogden).

- **Helse-, miljø- og sikkerhetserklæring (HMS-erklæring)**

Tilbudet skal inneholde undertegnet HMS-erklæring (skjema følger vedlagt)

- **Referanser**

Tilbudet skal inneholde opplysninger om referanser, med navn på kontaktpersoner. Aetat kan ta kontakt med kontaktpersonene etter behov.

- **Årsregnskap**

Tilbudet skal inneholde selskapets årsregnskap eller utdrag fra det, sammen med revisorbekreftelse.

- **Organisasjon**

Tilbudet skal inneholde en kort beskrivelse av leverandørens organisasjon/ virksomhet, samt presentasjon av eventuelle underleverandører.”

(3) I konkurransegrunnlaget ble tildelingskriteriene oppgitt slik, i prioritert rekkefølge:

”

- *Kvalitet, herunder faglig innhold, tilbyders dokumenterte kompetanse og oppfyllelse av konkurransegrunnlagets forutsetninger for øvrig.*
- *Grunnpris*
- *Planer for gjennomføringen, herunder mulighet for snarlig oppstart*
- *Aksept av kontraktsvilkår”*

(4) Videre sto det i konkurransegrunnlaget:

”Anskaffelsesprosedyren er konkurranse med forhandling etter forskriftens del II.”

(5) Frist for forespørsel om konkurransegrunnlaget var satt til 20. august 2003. I kunngjøringen ble det varslet om at det ville bli avholdt et informasjonsmøte den 5. august. På dette møtet ble det opplyst at det kunne være aktuelt å inngå kontrakt med flere enn én leverandør.

(6) I alt 7 leverandører leverte inn tilbud, herunder Ressurs Partner AS (heretter ”klager”). Innklagede anså alle for å tilfredsstillere kravene for deltagelse i konkurransen, og ingen ble avvist. Innklagede valgte ut fire leverandører til forhandlinger, og inngikk kontrakt med tre. Klager ble ikke innkalt til forhandlinger, og ble ikke valgt som leverandør.

Klager har i det vesentlige anført:

(7) Det er ikke skillett tilstrekkelig klart mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

(8) Innklagede har bundet seg til forskriftens del II ved å henvise til denne delen i konkurransegrunnlaget. Tjenestene er ikke prioriterte, men kommer inn under kategori 11 – rådgivningstjenester – personalspørsmål. Oppdraget har en verdi på ca kr 4,5 millioner, terskelverdiene er således overskredet.

(9) Det var ikke anledning til å benytte konkurranse med forhandling.

(10) Alle leverandørene skulle vært innkalt til forhandlinger.

(11) I begrunnelsen fra innklagede er det ikke samsvar mellom kriteriene for valg av leverandør og tildelingskriteriene som er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(12) Innklagede kan ikke benytte andre kvalifikasjons eller tildelingskriterier enn de som er oppgitt i konkurransegrunnlaget.

(13) Innklagede har oppgitt ”tidligere erfaring” som hovedgrunn for tildeling. Dette er diskriminerende.

(14) Klager er et enmannsfirma, som arbeider i et nettverk med medlemmer som har erfaring fra forskjellige områder. Dersom klager hadde blitt kalt inn til forhandlinger

ville det vært fullt mulig å engasjere personer i nettverket som har erfaring fra formidling av arbeidssøkere og som kunne vise til meget gode resultater.

(15) Det er et nært historisk forhold mellom innklagede og de tre bedriftene som er tildelt kontrakt. Dette kan stride mot regelen i § 3-1 om virkelig konkurranse.

(16) Klagenemnda bes uttale seg om det er grunnlag for erstatning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(17) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

(18) *Ikke tilstrekkelig klart skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier*
Vurderinger knyttet til kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriene for denne type tjenester kan ofte være basert på samme type informasjon. Det vil i intellektuelle tjenester være en nær sammenheng mellom oppfyllelse av enkelte kvalifikasjonskrav og tilbudets kvalitet.

(19) *Konkurranse med forhandling*
Kjøp av formidlingsrettede tjenester er en uprioritert tjeneste i henhold til forskriftens § 2-5 kategori 22, eventuelt 24 (pga tjenestens innhold kan grensen til undervisning være glidende), slik at anskaffelsen skal følge forskriftens del III uansett verdi. Innklagede hadde således hjemmel til å velge konkurranse med forhandlinger.

(20) Det ble ved en feiltagelse henvist til forskriftens del II i konkurransegrunnlaget. Feilen har imidlertid ikke hatt noen betydning for muligheten til å velge konkurranseform, eller for gjennomføringen av anskaffelsen for øvrig.

(21) *Alle leverandører skulle vært innkalt til forhandling*
Konkurransen er gjennomført som en ettrinnsprosess. De leverandørene som best oppfylte de kravene som fulgte av konkurransegrunnlagets punkt 4.3 og kunngjøringens III.2, og som hadde en reell mulighet til å få tildelt kontrakten, ble valgt ut til forhandlinger. I vurderingen av "reell mulighet" er tilbudenes innhold, knyttet til oppfyllelse av alle konkurransegrunnlagets forutsetninger vurdert. Leverandørenes tidligere erfaringer med denne type tjenester, basert på dokumentasjon i tilbudet, samt hvor gjennomarbeidet tilbudene har vært, var det avgjørende for utvelgelsen til forhandlinger.

(22) Leverandører som ikke kan dokumentere kompetanse på linje med andre aktuelle leverandører, vil sannsynligvis ikke ha en "reell mulighet" til å få tildelt kontrakt. Forhandlinger vil vanskelig kunne føre til en kompetanseheving av leverandøren på dette området.

(23) Klager ble ikke innkalt til forhandlinger. En fullstendig evaluering av klagers tilbud opp i mot de andre tilbudene finnes derfor ikke. Vedrørende utvelgelsen til forhandlinger finnes dokumentet "Utvelgelse til forhandlinger og valg av tilbyder". Her fremgår en vurdering og rangering av de leverandører som ble valgt ut til forhandlinger. At klager ikke er blant de utvalgte og begrunnelsen for dette, følger indirekte av dette dokumentet.

- (24) Klager hadde ikke den samme erfaringen som de leverandørene som ble valgt ut til forhandlinger. Tilbudet var mindre gjennomarbeidet og mindre i tråd med den kravsspesifikasjonen som skulle besvares sammenliknet med de andre tilbudene. Klager ble av denne grunn ikke ansett som så godt kvalifisert som de utvalgte leverandørene. I tillegg ble tilbudet ikke ansett å ha noen reell mulighet til å få tildelt kontrakt. Klager ble dermed ikke valgt ut til forhandlinger. Innklagede ser at en slik særlig begrunnelse for hvorfor klager ikke ble tatt med i forhandlingene, ville vært klargjørende.
- (25) *Manglende samsvar mellom tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget og de som er oppgitt i begrunnelsen*
Kvaliteten på de tilbudte tjenestene er oppgitt som det viktigste tildelingskriteriet, og var det avgjørende kriteriet for valg av leverandør. De øvrige tildelingskriteriene har vært vurdert og vektlagt, men har vist seg ikke å være avgjørende i dette tilfellet. Dette burde imidlertid kommet klarere frem overfor leverandørene.
- (26) Kriteriet "kvalitet" er særlig presisert, men ikke begrenset til, å omfatte "tilbyders dokumenterte kompetanse og oppfyllelse av konkurransegrunnlagets forutsetninger for øvrig". De oppgitte begrunnelser ligger innenfor disse begrepene.
- (27) Begrunnelsen for utvelgelsen (godt faglig og strukturert gjennomarbeidet tilbud) sikter til tilbudenes faglige innhold, dvs elementer i kvalitetsvurderingen.
- (28) *Vektlegging av "tidligere erfaring"*
Dokumentert kompetanse, som omfatter "tidligere erfaring", er helt avgjørende for kvaliteten på tjenesten. Prosjektets formål og at prisene i stor grad var fastsatt på forhånd, tilsier at det må legges vesentlig vekt på kvaliteten ved helhetsvurderingen ved tildeling av kontrakt. Det er leverandørenes egne erfaringer med denne type tjenester som har vært det sentrale, ikke Aetats erfaringer.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i anbudskonkurransen, og har saklig klageinteresse i spørsmålet om utvelgelse til forhandling, jf. forskrift om klagenemnd om offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Selv om det kanskje kan være litt usikker hvilken tjenestekategori anskaffelsen hører inn under, omfattes den ikke av forskriftens oppregning av prioriterte tjenester i § 2-4. Det er derfor tale om en uprioritert tjeneste, slik at det er forskriftens del III som i utgangspunktet regulerer anskaffelsen, jf. anskaffelsesforskriften § 2-5 kategoriene 22 om "Utvelgelse og rekruttering av personell" og 27 "Andre tjenester".

- (30) Forskriftens § 11-1 (1) lyder:

"Anskaffelsen skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller ved konkurranse med forhandlinger."

Innklagede hadde således hjemmel til å benytte konkurranse med forhandling.

- (31) Av konkurransegrunnlaget følger imidlertid at reglene i forskriftens del II er gjort anvendelige på konkurransen. Innklagede har ved dette uten å være forpliktet allikevel

bundet seg til å følge reglene i del II, dog slik at det er tatt uttrykkelig forbehold om bruk av konkurranse med forhandling. Selv om dette kan virke forvirrende, er klagenemnda kommet til at innklagedes bruk av kjøp etter forhandlinger ikke er i strid med anskaffelsesreglene eller konkurransegrunnlaget.

(32) Det følger av forskriftens § 10-2 at:

”Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis enten i konkurransegrunnlaget eller i kunngjøringen. Kriteriene skal om mulig angis i prioritert rekkefølge. Det kan benyttes slike kriterier som pris, kvalitet, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, service og teknisk bistand, oppfyllelsestid mv.”

(33) Bestemmelsen er ikke uttømmende. Etter regelverket skal tildelingskriteriene knytte seg til leveransens egenskaper og ikke leverandørens. Ved tjenesteanskaffelser av en viss kompleksitet, kan leverandørens dokumenterte erfaring imidlertid gi en indikasjon på hvilken kvalitet oppdragsgiver kan forvente med hensyn til leveransen. Klagenemnda kan ikke se at innklagede har brutt regelverket ut fra klagers generelle anførsel om manglende skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

(34) Det fremgår av konkurransegrunnlaget at innklagede ville benytte konkurranse med forhandling, og at dette skulle skje uten forutgående prekvalifisering. Konkurransegrunnlagets uttrykkelige bestemmelse om dette går foran den generelle henvisning i konkurransegrunnlaget til forskriftens del II, og innklagede har ikke handlet i strid med anskaffelsesforskriften eller konkurransegrunnlaget ved å ikke foreta en prekvalifisering av leverandørene.

(35) Konkurransegrunnlagets henvisning til forskriftens del II må forstås slik at det er forskriftens § 9-3 (3) og ikke § 16-3 som regulerer hvem som må inviteres til forhandlinger. Forskriftens § 9-3 (3) bestemmer at det skal forhandles med alle som har ”reell mulighet” for å få kontrakten. Vurderingen må være forsvarlig og ta høyde for at et tilbud kan gjennomgå relativt store endringer i løpet av forhandlingsprosessen. Innklagede må imidlertid i vurderingen av ”reell mulighet” kunne legge til grunn at selve kjernen av tilbudet forblir uendret, samt foreta en vurdering av hvor sannsynlig det er at konkrete negative forhold vil kunne endres under forhandlingene.

(36) Klagenemnda oppfatter sakens faktum slik at det er den tilbudte kvalitet som har dannet grunnlag for beslutningen om at klager ikke hadde reell mulighet til å få kontrakten, herunder at klager hadde tilbudt personell med mindre relevant erfaring fra formidling av arbeidssøkere enn de tilbydere som ble invitert til forhandlinger. I dette tilfellet må innklagede kunne forutsette at klager hadde gitt tilbud på sitt best kvalifiserte kjernepersonell. Dette gjelder i hvert fall når tilbudet ikke ga noen indikasjon på at man kunne tilby annet personale. Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagedes vurdering av om klager hadde en reell mulighet til å få kontrakten, var forsvarlig.

Konklusjon:

Aetat Halden har ikke brutt forskrift om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda, Oslo 23. august 2004

Andreas Wahl