



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder konkurranse med forhandling vedrørende rammeavtale for kjøp av støttetjenester i forbindelse med nedbemanning i Forsvaret. I motsetning til hva innklagede hadde lagt til grunn, kom klagenemnda til at anskaffelsen etter sin art hørte inn under de prioriterte tjenestene som følger reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II. Kravet til forutberegnelighet var brutt ved at innklagede i konkurransegrunnlaget hadde vist til bestemmelser både fra forskriftens del II og del III. Klagenemnda kom videre til at innklagede hadde brutt regelverket ved å benytte hasteprosedyre. Det ble heller ikke ansett godtgjort at vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling var oppfylt, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2.

Klagenemndas avgjørelse 7. mars 2005 i sak 2004/309

Klager: Tennebø & Partner AS

Innklagede: Forsvarets Logistikkorganisasjon

Klagenemndas medlemmer: Inger Marie Dons Jensen, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: prioriterte tjenester, forutberegnelighet, hasteprosedyre, forhandling

Sakens bakgrunn:

- (1) Forsvarets Logistikkorganisasjon (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. januar 2004 en konkurranse med forhandling vedrørende rammeavtale for kjøp av støttetjenester i forbindelse med nedbemanning i Forsvaret. I kunngjøringen ble det oppgitt at anskaffelsen ble klassifisert i kategori 27 – andre tjenester. Det ble konkurrert om å levere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriterier betegnet som ”bør-krav” som skulle ”regnes som konkurransefortrinn”. Følgende tildelingskriterier ble angitt i prioritert rekkefølge:

”1. Størst mulig kapasitet/fleksibilitet

Forsvaret regner med at omfanget vil kunne bli inntil 1700 kandidater i 2004, 2000 kandidater i 2005 og 1300 kandidater i perioden 2006-2008. Det er i denne forbindelse ønskelig at leverandørene har evne til å etablere, drifte og nedlegge karrieresentre av ulik størrelse på flere steder i Norge samtidig, samt i tillegg kunne gjennomføre enkeltstående aktiviteter for overtallig personell der dette måtte kreves i landet. Oversikt skal vedlegges tilbudet (antall egne ansatte som tilbyder kan benytte for gjennomføringen av en eventuell rammeavtale med Forsvaret, andre personellressurser

som tilbyder faktisk disponerer til gjennomføring av kontrakten, selskapsstruktur)

2. Erfaring med gjennomføring av karriereskiftprogram for personell som i praksis er uoppsigelige

3. Desentralisert tilstedeværelse i størst mulig grad, lokasjon(er) skal opplyses.

4. God kjennskap til forswarets virksomhet og kultur

5. Erfaring med og kunne vise til gode resultater fra lignende prosjekter/oppdrag hva gjelder art og omfang. Referanser/kontaktinformasjon, samt dokumentasjon må vedlegges.

6. Besitte egnet IT-system til bruk som saksbehandlingsverktøy for håndtering av overtallig personell samt oversikt over kostnadsforbruket. Beskrivelse skal vedlegges. Systemet må være i henhold til de krav som Lov om Personopplysninger stiller opp.

7. Kvalitetssikring internt som sikrer kvalitet i tjenesteleveransene. Eventuell sertifisering (for eksempel ISO) dokumenteres.

8. Etablerte nettverk mot alternative virksomheter som antas å kunne rekruttere Forsvarets overskuddskompetanse.

9. Erfaring med utvikling og drift av WEB-baserte informasjonstjenester.

10. Pris (Det tas også hensyn til utenomfaglige kostnader)''

- (2) Samarbeidet mellom innklagede og ekstern leverandør ble i konkurransegrunnlaget beskrevet på denne måten:

''Grensesnittet mellom bestiller (Forsvaret) og leverandør kan beskrives på ulike måter. Så lenge :

- omfanget av kandidater er så stort*
- de aller fleste medarbeidere selv frivillig må tre ut*
- kostnadene med ikke å lykkes er betydelige*

må arbeidet med overtallige organiseres slik at begge parter har en kommunikasjon som fungerer og et rapporteringssystem som gir forutsigbarhet for ekstern leverandør og trygghet for effektivitet og kvalitet for Forsvaret.

Dersom Forsvaret knytter seg til en ekstern leverandør skal RO [Forsvarets ressursorganisasjon] etablere en samarbeidsenhet som sikrer at dette skjer, og det skal brukes teknologiske og rapporteringsmessige løsninger i form av 'åpen bok' som sikrer interessentene. Tilbyder skal inkludere dette forhold i sitt tilbud.''

- (3) Konkurransen ble gjennomført ved bruk av hasteprosedyre, og i kunngjøringen begrunnes anvendelsen av hasteprosedyre slik:

''Personellavviklingen i Forsvaret tiltar sterkt i april 2004, og avviklingen vil vedvare til utgangen av 2008. Det er nødvendig å etablere tilstrekkelig kompetansekapasitet for

å ivareta Forsvarets behov for effektiv og god nedbemanning. Det er på denne bakgrunn nødvendig å ha en leverandør på plass innen utgangen april 2004. Med den tidsplan som nå foreligger, vil tilbydere ha 19 kalenderdager på utarbeidelse av tilbud.”

- (4) Åtte leverandører innga tilbud i konkurransen, herunder Right Management Consultants AS som senere ble tildelt kontrakt, og Tennebø & Partners AS (heretter kalt klager). Etter en innledende evaluering vurderte innklagede det slik at tilbudet fra klager og Right Management Consultants AS var de eneste med reell mulighet til å bli tildelt kontrakt. Disse leverandørene ble deretter invitert til forhandlinger.
- (5) I forhandlingene ble det fra innklagedes side lagt stor vekt på mulighetene for å redusere omfanget av IT- og WEB-tjenestene som ble omfattet av kontrakten, samt på mulighetene for å forenkle samhandlingsapparatet og utforme moduler som kunne avropes på en enkel måte under en rammeavtale.
- (6) Innklagede vurderte de reviderte tilbudene på grunnlag av en utarbeidet matrise hvor prioriteringen oppgitt i konkurransegrunnlaget lå til grunn for tildelingskriterienes relative vekt. Tilbudene fra forhandlingspartene ble ansett som likeverdige på tildelingskriteriene 1-9. Som en konsekvens av dette ble en e-post med følgende innhold sendt klager og Right Managements Consultants AS, 24. juni 2004:

”...Med bakgrunn i de endringer som er forhandlet frem, er det på dette tidspunkt mulig å utforme et utkast til kontrakt.

Som avtalt sendes utkastet til begge tilbydere som har deltatt i de detaljerte kontraktsforhandlinger.

...

*Ettersom det på dette tidspunkt kun gjenstår pris som divergens mellom tilbudene, er det i **vedlegg C Pris og betalingsbetingelser** at man vil finne de tomme felter som fordrer Deres spesielle oppmerksomhet.*

De anmodes dog i tillegg om å studere alle deler av kontraktsutkastet nøye, ettersom det vil bli videreført som kontrakt med den utforming det i dag har (med tillegg av priser og eventuelle rettelser av feil).

...

FLO/M/I ønsker å gjøre uttrykkelig oppmerksom på at dette vil være siste anledning til å justere på tilbudet, og at det endelige valget av leverandør vil bli gjort på bakgrunn av tilbud mottatt 30. juni.

...”

- (7) Utkast til kontrakt var vedlagt e-posten, som ble besvart av begge leverandørene.
- (8) Innklagede meddelte klager i brev av 16. november 2004, at tilbudet fra Right Management Consultants AS ble vurdert som det økonomisk mest fordelaktige. Valg av tilbud var begrunnet slik:

"... Evalueringen som har ledet frem til dette valget, er gjennomført i tråd med pkt 11 i konkurransegrunnlaget, som inneholder evalueringskriteriene listet i prioritert rekkefølge.

Etter den innledende evalueringen ble det klart at Right Management Consultants AS og Tennebø & Partners var i en særstilling i forhold til pkt 11, bullets 1, 2, 4, 5, 7, 8. I tillegg var begge tilbydere tilfredsstillende i forhold til øvrige evalueringskriterier. På denne bakgrunn ble forhandlinger gjennomført med disse to tilbyderne. Siste og endelig tilbud ble innlevert onsdag 30. juni, når pris alene gjensto som evalueringskriterium.

Right Management Consultants AS var rimeligst i sitt "best and final" tilbud.

Vurdert ut fra over nevnte kriterier hadde Right Management Consultants AS det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, alle forhold tatt i betraktning, og ble på denne bakgrunn valgt som foretrukket leverandør. ..."

- (9) Innklagede har ikke inngått kontrakt og avventer klagenemndas avgjørelse.

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (11) I konkurransegrunnlaget er det henvist til en rekke forskriftsbestemmelser under terskelverdi, mens det andre steder er vist til bestemmelser over terskelverdi. Det er dermed skapt en usikkerhet i strid med kravet til forutberegnelighet.
- (12) Konkurransen er kunngjort som en konkurranse med forhandling over terskelverdi. Den er kunngjort som en anskaffelse i kategori 27. Kategori 11 er riktig kategori, og anskaffelsen faller dermed inn under reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II. Det er da ikke hjemmel for å benytte konkurranse med forhandling siden ingen av forskriftens unntaksbestemmelser er anvendelige.
- (13) Konkurranse med forhandling er gjennomført som en ettrinnsprosess i strid med forskrift om offentlige anskaffelser § 9-3 (1).
- (14) Flere av de anvendte tildelingskriteriene er ulovlige etter regelverket.
- (15) Tildelingskriteriene er videre benevnt som "bør-krav". Denne språkbruken har skapt forvirring i strid med kravet til forutberegnelighet.
- (16) Innklagede var forpliktet til å fremlegge evalueringsmodellen før tilbudsfristens utløp.
- (17) Tildeling av kontrakt har skjedd i strid med regelverket. Trass i at priskriteriet var gitt dårligst prioritet, ble kriteriet avgjørende for tildeling av kontrakt siden siste forhandlingsrunde var en ren priskonkurranse.

- (18) Når innklagede er kommet til at tilbudene skal gis lik uttelling på størsteparten av tildelingskriteriene, må dette være et resultat av vilkårlig skjønnsutøvelse. Det skulle vært adgang til å forhandle om alle tildelingskriteriene.
- (19) Klagers tilbud var totalt sett det økonomisk mest fordelaktige.
- (20) Innklagede hadde ikke anledning til å benytte hasteprosedyre, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 7-4. Den lange saksbehandlingstiden støtter opp om at bestemmelsens vilkår ikke var oppfylt. Dårlig planlegging fra innklagedes side berettiger ikke bruk av hasteprosedyre.
- (21) Begrunnelsen for valg av tilbud tilfredsstiller ikke kravene i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-3 eller 17-3.
- (22) Plikten til å føre anskaffelsesprotokoll etter forskriftens § 8-1, er ikke overholdt.
- (23) Klagenemnda bes vurdere om klager har krav på erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (24) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (25) Konkurransen reguleres av del III i forskrift om offentlige anskaffelser, jf § 2-5. Anskaffelsen faller inn under forskriftens kategori 22, 24 og 27. Innklagede beklager at det i konkurransegrunnlaget er enkelte henvisninger til bestemmelser i del II, men kravet til forutberegnelighet må anses tilstrekkelig ivaretatt. Innklagede erkjenner likevel å ha bundet seg til de bestemmelsene i del II som det uttrykkelig er henvist til i konkurransegrunnlaget.
- (26) Forskrift om offentlige anskaffelser § 11-1 åpner for å anvende konkurranse med forhandling i dette tilfellet, og det var anledning til å gjennomføre konkurransen som en ettrinnsprosess, jf § 16-3 (1).
- (27) Konkurransegrunnlaget skiller tydelig mellom ”kvalifikasjonskriterier” og ”evalueringskriterier”. Regelverket oppstiller ikke noe krav om at begrepet ”tildelingskriterier” skal anvendes. Begrepsbruken i konkurransegrunnlaget gir leverandørene tilstrekkelig informasjon.
- (28) Tildelingskriteriene som er benyttet, oppfyller regelverkets krav.
- (29) Valg av tilbud er foretatt på bakgrunn av en evaluering av samtlige tildelingskriterier etter forhandlinger. Med unntak av pris hadde tilbudet fra Right Management Consultants marginalt høyere score på tildelingskriteriene IT-system og kvalitetssikring, men for alle praktiske formål konkluderte evalueringen med at tilbudene var likestilte på tildelingskriteriene 1-9. Den eneste signifikante forskjellen mellom tilbudene forelå på pris, et kriterium som ennå ikke hadde vært gjenstand for forhandlinger. Prisavviket var betydelig, og innklagede besluttet derfor å forhandle

også om dette kriteriet. Selv om priskriteriet hadde lavest prioritet, ble det utslagsgivende siden tilbudene ble vurdert som likeverdige på de øvrige kriteriene. Dette ble da også kommunisert klart til partene før siste forhandlingsrunde.

- (30) Begrunnelsen for valg av leverandør må leses i sammenheng med tidligere korrespondansen med klager. Før siste forhandlingsrunde fikk klager vite at tilbudene ble vurdert som likestilte på alle andre kriterier enn pris, og det var gitt en begrunnelse for dette. I ettertid har klager fått tilgang til evalueringsmodell og annen relevant dokumentasjon for valg av tilbud.
- (31) Evalueringsmodellen forelå ikke ved tilbudsfristens utløp, og kunne derfor ikke meddeles leverandørene. Modellen bygger på konkurransegrunnlagets vektning av tildelingskriteriene.
- (32) Anskaffelsesprotokoll er ført i henhold til forskriftens krav og fremlagt for klagenemnda.
- (33) På kunngjøringstidspunktet berettiget situasjonen bruk av hasteprosedyre. For å gjennomføre nedbemanning innenfor de tidsrammer som ble satt, var det umulig å benytte de alminnelige frister for gjennomføringen av konkurransen. I ettertid er det klarlagt at tidsrammene ikke var så stramme som forutsatt, men dette lå utenfor innklagedes kontroll. Bruk av hasteprosedyre har uansett ikke hatt noen negativ virkning for klager eller noen av de øvrige leverandørene.
- (34) Innklagede bestrider at vilkårene for å tilkjenne erstatning er til stede.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Regelverk for konkurransen

- (36) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 (3) at kontrakter som gjelder uprioriterte tjenester, følger reglene i del III uavhengig av anskaffelsens verdi. Innklagede har kunngjort konkurransen som en anskaffelse i kategori 27, andre tjenester, som etter sin art faller inn under de uprioriterte tjenestene. Slik klagenemnda ser det, må imidlertid anskaffelsen klassifiseres under kategori 11, Rådgivning i ledelse og administrasjon. Kategori 11 hører inn under de prioriterte tjenestene, og anskaffelsen reguleres følgelig av forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Kravet til forutberegnelighet

- (37) Innklagede har i konkurransegrunnlaget vist til bestemmelser vekselvis hentet fra forskriftens del II og III. Klagenemnda finner at den uklarheten som herved er skapt omkring hvilket regelverk anskaffelsen følger, bryter med kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5.

Bruk av hasteprosedyre

- (38) Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 7-4 (1) at oppdragsgiver, dersom det er umulig å anvende fristene fastsatt i §§ 7-2 og 7-3, kan fastsette kortere frister. Den foreliggende sak gjelder et nedbemanningsprosjekt som skal gå over flere år, og berører flere tusen ansatte. Klagenemnda finner at innklagede ikke har sannsynliggjort at det ikke var mulig å følge de fastsatte fristene i §§ 7-2 og 7-3. Innklagede har følgelig brutt regelverket ved å gjennomføre konkurransen som en hasteprosedyre.
- (39) Klagenemnda vil tilføye at opplysningene i saken ikke tyder på at dette regelbruddet har fått betydning for klagers rettslige stilling.

Konkurranse med forhandling

- (40) Siden klagenemnda er kommet til at forskriftens del II får anvendelse på konkurransen, er det § 4-2 som eventuelt må hjemle anvendelse av konkurranseformen konkurranse med forhandlinger. Innklagede har ikke godtgjort at vilkårene for å anvende bestemmelsen er oppfylt.
- (41) Klagenemnda finner etter dette ikke grunnlag for å gå nærmere inn på klagers øvrige anførsler knyttet til gjennomføringen av konkurransen.

Spørsmålet om erstatning

- (42) Klagenemnda antar at vilkårene for å få dekket negativ kontraktsinteresse kan være oppfylt for så vidt gjelder utgifter klager ellers ikke ville hatt, og som skyldes at innklagede feilaktig har benyttet konkurranse med forhandling.

Konklusjon:

Forsvarets logistikkorganisasjon har i strid med vilkårene i forskrift om offentlige anskaffelser § 7-4 gjennomført en anskaffelse som en hasteprosedyre.

Forsvarets logistikkorganisasjon har brutt kravet til forutberegnelighet, jf lov om offentlige anskaffelser § 5, ved å i konkurransegrunnlaget vise til bestemmelser både fra forskriftens del II og del III.

Forsvarets logistikkorganisasjon har brutt regelverket ved å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten å ha godtgjort at vilkårene i forskrift om offentlige anskaffelser § 4-2 er oppfylt.

For klagenemnda,

Inger Marie Dons Jensen

7. mars 2005