



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager har deltatt i en åpen anbudskonkurranse om levering av forvaltningsrevisjonstjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 20-1 ved at det i konkurransegrunnlaget ikke fremgikk tilstrekkelig klart at det var et annet forhold som skulle vurderes under tildelingskriteriet "[k]ompetanse og erfaring", enn det som skulle vurderes under leverandørens kvalifikasjoner. Videre fant klagenemnda at forskriften § 22-2 andre ledd var brutt ved at innklagede hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium som omhandlet kompetanse og erfaring. Ettersom det ulovlige tildelingskriteriet medførte at konkurransen skulle vært avlyst, fant klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 15. februar 2010 i sak 2009/132

Klager: Sogn og Fjordane Revisjon IKS

Innklaget: Sogn og Fjordane fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger, Bjørg Ven

Saken gjelder: Ulovlig tildelingskriterium

Bakgrunn:

(1) Sogn og Fjordane fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 19. desember 2008 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av forvaltningsrevisjonstjenester. Kontraktens varighet inkludert opsjoner var i kunngjøringen punkt II.2.2 angitt å være fire år. Av konkurransegrunnlaget punkt 2.4 fremgikk det at anslått verdi av anskaffelsen var cirka fire millioner kroner.

(2) Følgende var opplyst om tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner i kunngjøringen punkt III.2.3):

"Sett opp krav til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner

Dokumentasjonskrav knyttet til tilbyders tekniske og faglige kvalifikasjoner:

(1) Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget (gjelder tjeneste-, og bygge- og anleggskontrakter)"

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 "Kvalifikasjonskrav til leverandør og dokumentasjon av kvalifikasjonskrava" var det angitt følgende:

"Teknisk kapasitet

Krav til dokumentasjon

- Tilbydars viktigaste leveransar dei siste åra, inkludert verdi, tidspunkt og mottakar*
- Erklæring av føretaket si totale omsetning, og føretaket si omsetning med relevans til kontrakten dei siste tre rekneskapsåra."*

- (4) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 4.2:

"Ut frå dei vekta kriteria som er lista opp nedanfor, vil det økonomisk mest fordelaktige bli valt:

- Pris og kostnader (40 %)*
- Løysing og forståing av oppdraget (15 %)*
- Leveringsevne (15 %)*
- Kompetanse og erfaring (20 %)*
- Kjennskap til offentlege rekneskap/lover/forskrifter (10 %)"*

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 5.3 "Leveringsvilkår" fremgikk følgende:

"Tenesteytar må ha ein ressursituasjon som gjer at oppdrag som vert bestilt kan setjast igang umiddelbart, utan unødig opphald. Leveringstid må avtalast særskilt i kvart tilfelle og må vera i samsvar med plan for oppdraget."

- (6) I konkurransegrunnlaget vedlegg 1 punkt 3 var kravspesifikasjonen angitt. Følgende var opplyst under punkt 3.2 "Kompetanse":

"Leverandørane skal i sitt tilbod legge fram ei referanseliste for liknande oppdrag der referanseperson er gjeve.

Leverandørane skal vidare legge fram ein oversikt over revisorane si erfaring innan områda som vert førespurt. Vi ber om CV for aktuelle revisorar med ei utgreiing av kva oppdrag som er gjennomført og resultat.

Det må opplysast om kva kjennskap leverandørane har til offentlig sektor."

- (7) En nærmere beskrivelse av tildelingskriteriene var gitt i konkurransegrunnlaget vedlegg 1 punkt 4:

"4.3 Leveringsevne (15 %)

Tenesteytar må ha ein ressursituasjon som gjer at oppdrag som vert bestilt kan setjast i gang umiddelbart, utan unødig opphald. Leveringstid må avtalast særskilt i kvart oppdrag og må vere i samsvar med plan for oppdraget. Sjå ovanfor i punkt 3 kva krav som vert stilt. Det vert også vist til Konkurransegrunnlaget punkt 5.3.

4.4 Kompetanse og erfaring (20 %)

Ved vurderinga vil det bli lagt vekt på at tilbydaren har det faglege, tekniske og økonomiske grunnlaget som er nødvendig for å kunna oppfylle pliktene i kontrakten, og må oppfylle kvalifikasjonskrava i gjeldande lover. Ved vurdering av om tilbydar er eigna, vil dei kvalifikasjonskrava som er gitt ovanfor i punkt 3 – Kravspesifikasjon bli lagt til grunn.

Dokumentasjon det er ønskje om, er omhandla i Vedlegg 1 – Kravspesifikasjon.

Tenesteytar må dokumentere erfaring innan området forvaltningsrevisjon."

- (8) Videre var det i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget gitt en del opplysninger om hvilken type avtale som skulle inngås. I kunngjøringens punkt II.1.3 var det krysset av for at kunngjøringen gjaldt inngåelse av rammeavtale. Deretter var det i punkt II.1.4 krysset av for alternativet "*[r]ammeavtale med flere leverandører*", og ikke for alternativet "*[r]ammeavtale med kun en leverandør*". Det ble opplyst at maksimalt fire leverandører ville bli "*forestilt til rammeavtalen*".
- (9) I kunngjøringens punkt II.1.5 var det opplyst at formålet med kunngjøringen var å inngå rammeavtale "*med én eller flere tilbydere*". Tilsvarende fremgikk også av konkurransegrunnlaget punkt 2.3, mens det i punkt 2.2 var opplyst at det kunne være aktuelt å inngå avtaler med "*fleire tilbydere*". I konkurransegrunnlaget punkt 4.8 var det opplyst at det ville bli inngått avtale med "*den/dei leverandør(ar) som får sitt/sine tilbod godtatt*". Videre fremgikk det av punkt 4.9 at oppdragsgiver tok forbehold om å "*kunna dela kontrakten mellom fleire leverandører*".
- (10) Innen tilbudsfristen 2. februar 2009 mottok innklagede fem tilbud, hvorav ett tilbud ble avvist. Blant de gjenværende tilbyderne var Sogn og Fjordane Revisjon IKS (heretter kalt klager) og Deloitte AS.
- (11) Klager ble meddelt at rammeavtale ville bli inngått med Deloitte AS (heretter kalt valgte leverandør) i brev 6. mars 2009.
- (12) Det er opplyst at klager deretter påklaget tildelingsbeslutningen til innklagede, men at klagen ikke førte frem.
- (13) Saken ble brakt inn til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 5. juni 2009. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 10. juni 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Parallelle rammeavtaler

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved at avgjørelsen av om rammeavtale skulle inngås med én eller flere leverandører, ikke ble tatt før ved tildelingsevalueringen. Etter klagers syn må det fremgå av kunngjøringen om rammeavtale skal inngås med én eller flere leverandører. Det vises til at usikkerhet vedrørende hvor mange tilbydere leveransen skal deles på, kan føre til dårlige priser og andre vilkår, og således være til hinder for effektiv ressursbruk.. I tillegg til å krysse av for at rammeavtale ville bli inngått med flere leverandører, opplyste innklagede imidlertid i kunngjøringen at dette valget ennå ikke var tatt. En slik endring av det som fremgår av avkrysningsalternativet, kan etter klagers syn ikke være tillatt.
- (15) For det tilfelle at klagenemnda kommer til at valget mellom én eller flere leverandører kan utsettes til tildelingsevalueringen, anføres subsidiært at det må kreves saklig grunn til slik utsettelse. En slik grunn foreligger ikke i herværende sak. Det må også senest i konkurransegrunnlaget beskrives hvordan vurderingen av om det skal inngås én eller flere rammeavtaler skal skje, noe som heller ikke er gjort. Under enhver omstendighet må det fremgå av anskaffelsesprotokollen og tildelingsbrevet hvordan dette spørsmålet er vurdert.

- (16) Det anføres videre at innklagedes vurdering av om rammeavtale skulle inngås med én eller flere leverandører, ikke ble foretatt på en gjennomiktig, objektiv og grundig måte.
- (17) Som konsekvens både av den prinsipale og subsidære anførselen, anføres det at konkurransen må utlyses på nytt, ettersom feilen er skjedd allerede ved kunngjøringen.

Tildelingskriterier

Tildelingskriteriet "kompetanse og erfaring"

- (18) Klager anfører at tildelingskriteriet "kompetanse og erfaring" er ulovlig. Det vises til at vurderingstemaet ikke er egnet til å gi tilbudet noen økonomisk merverdi.
- (19) Tildelingskriteriet er videre ulovlig ettersom konkurransegrunnlaget angir at samme forhold skal vurderes under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. En slik sammenfallende vurdering er også rent faktisk foretatt. Det vises til at det er usannsynlig at tilbyderne bare har oppgitt referanser som er relevante for det tilbudte personell. Dermed må det legges til grunn at det er referansene til leverandøren som sådan som er vurdert.

Tildelingskriteriet "leveringsevne"

- (20) Det anføres at også tildelingskriteriet "leveringsevne" er ulovlig.
- (21) For det første er tildelingskriteriet ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, ettersom vurderingstemaet er om tilbyderne som sådan har evne til å gjennomføre oppdraget. Kriteriet fremstår uansett som et minimumskrav.
- (22) Videre er tildelingskriteriet ulovlig ettersom konkurransegrunnlaget angir at samme forhold skal vurderes under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. En slik sammenfallende vurdering er også rent faktisk foretatt.
- (23) Innklagedes bruk av ulovlige tildelingskriterier må føre til at konkurransen avlyses og kunngjøres på nytt.

Erstatning

- (24) Klagenemnda bes uttale seg om klager har krav på erstatning for den negative kontraktsinteresse. Det vises til at innklagedes uriktige bruk av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, ikke var synliggjort på en slik måte at feilene var kjent for klager. For øvrig erkjennes det at klager ville deltatt i konkurransen uavhengig av antall rammeavtaler.

Innklagedes anførsler:

Parallele rammeavtaler

- (25) Det bestrides at innklagede før tildelingsevalueringen hadde plikt til å avgjøre hvor mange rammeavtaler som skulle inngås. En slik regel vil legge uforholdsmessige begrensninger på oppdragsgivers handlefrihet, og være i strid med lovens formål om effektiv ressursbruk. Avgjørelsen ligger til oppdragsgivers skjønn, og innklagede har ikke gått utenfor rammene av dette skjønn.

- (26) Innklagede har heller ikke skapt noen forventning om at det ville bli inngått flere rammeavtaler. Selv om innklagede krysset av for flere rammeavtaler på kunngjøringsskjemaet, fremgikk det klart av kunngjøringen at dette valget ennå ikke var tatt.
- (27) Det bestrides også at konkurransegrunnlaget må inneholde en beslutningsprosedyre for oppdragsgivers valg mellom én eller flere rammeavtaler. Innklagede kan heller ikke se at vurderingen av om det skal inngås én eller flere rammeavtaler, må fremgå av begrunnelsen for tildelingsbeslutningen.

Tildelingskriterier

Tildelingskriteriet "kompetanse og erfaring"

- (28) Det bestrides at tildelingskriteriet "*kompetanse og erfaring*" er ulovlig.
- (29) Etter innklagedes syn er revisjon et kompetansetungt tjenesteoppdrag, der kvaliteten på tjenesten uunngåelig vil bero på tjenesteyterens og medarbeidernes evne til å levere merkvatitet utover kontraktens krav, jf. klagenemndas sak 2008/120 premiss (46). Tildelingskriteriet er således egnet til å si noe om tilbudets kvalitet utover de krav kontrakten stiller.
- (30) Konkurransegrunnlaget skiller også klart mellom vurderingstema i kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Når det gjelder kvalifikasjonskravet, fremgår det av konkurransegrunnlaget at vurderingen beror på oppfyllelsen av visse dokumentasjonskrav. Under tildelingskriteriet fremgår det av vedlegg 1 punkt 4.4 at det blir vurdert i hvilken grad det faglige, tekniske og økonomiske grunnlaget for tilbudet innebærer en merverdi utover de minstekrav til kompetanse som vurderes i kvalifikasjonsvurderingen.
- (31) Innklagede bestrider videre at det har skjedd en faktisk sammenblanding av vurderingstema, slik klager har anført.

Tildelingskriteriet "leveringsevne"

- (32) Det bestrides at tildelingskriteriet "*leveringsevne*" er ulovlig, og at samme forhold har blitt vurdert både i kvalifikasjons- og tildelingsomgangen.
- (33) Dersom klagenemnda skulle komme til at leveringsevne er blitt angitt som både et kvalifikasjonskrav og et tildelingskriterium, anføres at det rent faktisk har vært foretatt to ulike vurderinger.

Erstatning

- (34) For det tilfelle at klagenemnda kommer til at innklagede har brutt regelverket, bestrides det at vilkårene for erstatning er oppfylt. I denne saken er det bare tale om mindre feil, og innklagede har ikke opptrådt uaktsomt. Dersom klagenemnda skulle komme til at det foreligger ansvarsbetingende feil, må det være klart at feilene har vært synlige for både klager og de øvrige tilbyderne på en slik måte at kravet til årsakssammenheng ikke er oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 andre ledd. Klagen er

rettidig. Anskaffelsen er en prioritert tjeneste etter forskrift 7. april 2006 nr. 402 Vedlegg 5 nr. (9), og følger etter sin verdi forskriften del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 andre ledd, jf. 2-2 første ledd.

Ulovlig tildelingskriterium

- (36) Klager har anført at tildelingskriteriet "*kompetanse og erfaring*" er ulovlig.
- (37) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var det opplyst at tildeling av kontrakt skulle skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må da ha tilknytning til kontraktens gjenstand, og være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 22-2. Av forskriften § 20-1 følger det forutsetningsvis at kriterier anvendt under kvalifiseringen av leverandører, ikke kan gjentas som tildelingskriterier. Dette er også lagt til grunn i klagenemndas praksis, jf. blant annet sak 2008/92 premiss (90).
- (38) EU-domstolen tok ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i sak C-532/06 ("*Lianakis*"). Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbydernes erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen for dette var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, og ikke tildelingskriterier, jf. premiss (25)-(32).
- (39) Etter at "*Lianakis*"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier. Klagenemnda har lagt til grunn at "*Lianakis*"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, når erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte kvalifikasjoner i vurderingen av tjenestens kvalitet, og dette kan ha betydning for hva som er økonomisk mest fordelaktig, jf. klagenemndas sak 2008/120 premiss (56)-(57). Klagenemnda har likevel samtidig lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, jf. sak 2008/120 premiss (41).
- (40) Det første spørsmålet for klagenemnda blir da om det fremgår tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tildelingskriteriet "*[k]ompetanse og erfaring*" ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.
- (41) I kunngjøringen punkt III.2.3 var det stilt opp følgende dokumentasjonskrav i tilknytning til tilbydernes tekniske og faglige kvalifikasjoner: "*Bemanning for dette oppdraget (organisasjonsplan) med navn og CV for nøkkelpersoner som skal utføre oppdraget [...]*". I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 var et av dokumentasjonskravene for kvalifikasjonskravet teknisk kapasitet formulert slik: "*Tilbydars viktigaste leveransar dei siste åra, inkludert verdi, tidspunkt og mottakar*".
- (42) I konkurransegrunnlaget punkt 4.2 var "*[k]ompetanse og erfaring*" angitt som ett av fem tildelingskriterier. Kriteriet var utdypet i vedlegg 1 punkt 4, hvor det fremgikk følgende:

"Ved vurderinga vil det bli lagt vekt på om at tilbydaren har det faglege, tekniske og økonomiske grunnlaget som er nødvendig for å kunna oppfylle pliktene i kontrakten, og må oppfylle kvalifikasjonskrava i gjeldande lover. Ved vurdering av om tilbydar er eigna, vil dei kvalifikasjonskrava som er gitt ovanfor i punkt 3 – Kravspesifikasjon bli lagt til grunn.

Dokumentasjon det er ønske om, er omhandla i Vedlegg 1 – Kravspesifikasjon.

Tenesteytar må dokumentere erfaring innan området forvaltningsrevisjon."

- (43) Når det gjelder dokumentasjonskravene knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, angir kunngjøringen og konkurransegrunnlaget etter klagenemndas syn to ulike vurderingstema. Kunngjøringens punkt III.2.3 tilsier at det er kompetansen og erfaringen til leverandørens tilbudte personell som er relevant, mens konkurransegrunnlaget punkt 4.1 tilsier at det er leverandørens kompetanse og erfaring som bedrift til å utføre det etterspurte oppdraget som er relevant. Slik klagenemnda forstår dette, inngår derfor både *bedriftens* kompetanse og erfaring, og *det tilbudte personells* kompetanse og erfaring, i kvalifikasjonsvurderingen.
- (44) Når det gjelder tildelingskriteriet "[k]ompetanse og erfaring", tilsier ordlyden i punkt 4.2 isolert sett at det er leverandørens evne til å utføre oppdraget som er vurderingstema. Klagenemnda forstår det videre slik at tildelingskriteriet skal vurderes i lys av kravspesifikasjonen, herunder dokumentasjonskravene som fremgår av denne. I kravspesifikasjonen punkt 3.2 er det angitt at leverandørene skal legge frem *"ei referanseliste for liknande oppdrag der referanseperson er gjeve"*. Videre skal leverandørene legge frem *"ein oversikt over revisorane si erfaring innan områda som vert førespurt. Vi ber om CV for aktuelle revisorar med ei utgreiing av kva oppdrag som er gjennomført og resultat"*.
- (45) Etter dette forstår klagenemnda det slik at vurderingen av tildelingskriteriet "[k]ompetanse og erfaring", både gjelder leverandørens kompetanse og erfaring som bedrift til å utføre det etterspurte oppdrag, og det tilbudte personells kompetanse og erfaring. Det førstnevnte vurderingstema må etter klagenemndas syn anses som det samme forhold som det som er angitt som kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget punkt 4.1, mens det sistnevnte vurderingstema er det samme forhold som er angitt som kvalifikasjonskrav i kunngjøringen punkt III.2.3. I konkurransegrunnlaget fremstår derfor vurderingen av tildelingskriteriet "[k]ompetanse og erfaring" som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Innklagede har således handlet i strid med forskriften § 20-1.
- (46) Klagenemnda er videre av den oppfatning at tildelingskriteriet "kompetanse og erfaring", slik det er beskrevet i konkurransegrunnlaget, omhandler leverandørens kompetanse og erfaring som bedrift til å utføre det etterspurte oppdrag. Tildelingskriteriet er således ikke egnet til å si noe om kvalitetsvariasjonene ved tilbudene, og således heller ikke egnet til å si noe om det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Kriteriet sier bare noe om de aktuelle tilbydernes evne til å oppfylle kontrakten slik den er kunngjort. Tildelingskriteriet er således også ulovlig etter forskriften § 22-2 andre ledd.

- (47) Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, jf. forutsetningen i forskriften § 17-2 første ledd, er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Innklagede hadde da plikt til å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 ("*Wienstrom*") premiss (95) og klagenemndas sak 2009/80 premiss (32) med videre henvisninger til klagenemndas praksis. På bakgrunn av dette finner klagenemnda ikke grunn til å ta opp klagers øvrige anførsler.

Erstatning

- (48) Klagenemnda antar at vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteresse kan være oppfylt, ettersom innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium.

Konklusjon:

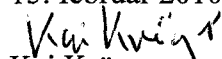
Sogn og Fjordane fylkeskommune har brutt forskriften § 20-1 ved at det i konkurransegrunnlaget ikke fremgår tilstrekkelig klart at det er et annet forhold som skal vurderes under tildelingskriteriet "[k]ompetanse og erfaring", enn det som skal vurderes under leverandørens kvalifikasjoner.

Sogn og Fjordane fylkeskommune har brutt forskriften § 22-2 andre ledd ved å benytte et ulovlig tildelingskriterium som omhandler kompetanse og erfaring.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For klagenemnda,

15. februar 2010


Kai Krüger