



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for rammeavtaler på konsulenttjenester, og satte "forbehold" som et tildelingskriterium. Klagenemnda kom til at kriteriet var ulovlig, og at innklagede hadde brutt forskriftens § 22-2 (2). Klagenemnda kunne ikke se at innklagede måtte avlyse konkurransen som følge av dette.

Klagenemndas avgjørelse 23. februar i sak 2009/03

Klager: Zalaris HR Services AS

Innklaget: Senter for statlig økonomistyring

Klagenemndas medlemmer: Per Cristiansen, Tone Kleven, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Forbehold som tildelingskriterium, avlysning av konkurransen.

Bakgrunn:

- (1) Senter for statlig økonomistyring (heretter kalt innklagede) kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for rammeavtaler på konsulenttjenester i DOFFIN den 26. september 2008 og TED den 30. september 2008. Konkurransen om kjøp av konsulenttjenester ble inndelt i fem bistasdområder hvor hvert område skulle vurderes uavhengig av hverandre.
- (2) Innklagede oppgav i konkurransegrunnlaget pkt. 6 at tilbudene skulle evalueres på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene var pris, kvalitet og "forbehold". Tildelingskriteriet "forbehold" skulle gis en vekt på 10 %. I konkurransegrunnlaget pkt. 6.3 fremgikk det følgende om forbehold til konkurransegrunnlaget:

"SSØ ønsker å inngå uniforme Rammeavtaler med alle leverandørene.

Dersom Leverandøren likevel velger å ta forbehold til Rammeavtalen (Vedlegg 2) og /eller Delavtalen (avropskjemaet) (Vedlegg 3), skal dette uttrykkelig synliggjøres og begrunnes.

Forbehold til konkurransegrunnlaget (herunder Rammeavtalen vil telle negativt ved evalueringen av tilbyderne."

- (3) Zalaris HR Services AS (heretter kalt klager) innga tilbud på område 1, 3 og 5. I brev av 10. november 2008 fremgikk det at klager ikke nådde opp på noen av de tilbudte områdene:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

"Dere la inn tilbud på områdene 1, 3 og 5. For alle områdene er dere spesielt trukket i pris. Kvalitetsmessig er dere vurdert til å inneha like god kompetanse som valgte leverandør, men vekting av kriteriene og summen av dem gjør at dere ikke blir foretrukket som leverandør."

- (4) Klager klaget på tildelingen i brev av 3. desember 2008, og innklagede gav nærmere begrunnelse i brev av 11. desember 2008. Av brevet fremgår følgende:

"[...]"

III- Forbehold til konkurransegrunnlaget eller kontrakten (10%)

Dersom tilbyder velger å ta forbehold til Konkurransegrunnlaget, Rammeavtalen eller Delavtalen skal disse uttrykkelig synliggjøres og begrunnes. Forbehold teller negativt ved evalueringen av tilbudene.

[...] Forbehold

SSØ har i konkurransegrunnlaget påpekt forbehold til Konkurransegrunnlaget, Rammeavtalen eller Delavtalen vil telle negativt ved evalueringen. De fleste tilbyderne har valgt å ikke ta noen forbehold, men de som har gjort det er blitt trukket i poengsum. Zalaris har i likhet med de leverandørene vi har valgt å inngå avtale med ingen forbehold og samtlige fikk en poengsum på 5. "

- (5) Det fremgikk videre av begrunnelsen at klager hadde høyest score på tildelingskriteriet "kvalitet", men nest lavest poengsum på tildelingskriteriet "pris" innenfor område 1 og 2. På område 3 hadde klager like høy poengsum som to andre tilbyderne på kriteriet "kvalitet", men nest lavest poengsum på tildelingskriteriet "pris".
- (6) Saken ble brakt inn for klagenemnda i brev av 7. januar 2009. Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Det er ikke tillatt å benytte forbehold som tildelingskriterium da kriteriet ikke har tilstrekkelig tilknytning til sakens gjenstand. Slik tildelingskriteriet er formulert, blant annet med en vekting på 10 %, er dette i strid med regelverket som har klare regler om hvordan forbehold skal håndteres i en konkurranse. Er det mulig å prise forbeholdet, skal prisen tillegges tilbudssummen. Vekten av forbeholdet vil i et slikt tilfelle bestemmes av hvilket tillegg i prisen som må gjøres som følge av forbeholdet. Det er således ikke mulig å angi vekten av forbeholdet før forbeholdets betydning for anskaffelsen er vurdert. Å angi at et forbehold skal ha en vekt på 10 % er således i strid med regelverket og det er ikke egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Dersom forbeholdet ikke kan prises og det medfører at tilbudene ikke kan sammenlignes, eller forbeholdet er vesentlig, innebærer dette at tilbudet skal avvises.
- (8) Det må også vektlegges at det i konkurransegrunnlaget ikke er sagt noe om hvilke forbehold som vil bli evaluert ved tildelingen. Formuleringen er generell, noe som innebærer at selv ubetydelige forbehold vil bli vektet negativt med 10 % ved tildelingen.
- (9) Klagenemndas sak 2005/171 som innklagede hevder støtter hans synspunkt kan ikke anvendes her da forbeholdet i den saken var presisert som forbehold som har økonomisk

eller risikomessig konsekvens for innklagede. Sak 2006/3 er etter klagers oppfatning ikke i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser. Det vises for øvrig til klagenemndas sak 2003/59 hvor nemnda på generelt grunnlag uttaler at forbehold som tildelingskriterium ikke har den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden.

- (10) Konkurransen skulle vært avlyst som følge av at innklagede har benyttet et ulovlig tildelingskriterium, jf. EF-domstolens sak i C-448/01 hvor det er lagt til grunn at dersom det er benyttet et ulovlig tildelingskriterium, kan anskaffelsesprosessen ikke lovlig fortsette.

Innklagedes anførsler:

- (11) Det bestrides at forbehold slik det er beskrevet i konkurransegrunnlaget er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser, og at konkurransen må avlyses.
- (12) Bakgrunnen for at innklagede har valgt å ha forbehold som tildelingskriterium er at innklagede ønsker å inngå standardiserte avtaler for å sikre at kontraktsvilkårene er like for alle leverandørene på rammeavtalen. Det fremkommer i konkurransegrunnlaget at forbehold vil telle negativt ved evaluering av tilbudene og vi har således gjort leverandørene oppmerksom på at det kan få konsekvenser ved evalueringen å ta forbehold. Med den presiseringen som er gitt i konkurransegrunnlaget i tilknytning til forbehold som tildelingskriterium har kriteriet den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden, jf forskriftens § 22-2 (2).
- (13) Innklagedes tildeling er basert på en totalvurdering av de tre tildelingskriteriene. Klager har, i likhet med de tre andre leverandørene som innklagede har valgt å tildele kontrakt, ikke tatt noen forbehold, og samtlige leverandører fikk toppscore på dette kriteriet. Bruken av tildelingskriteriet "*forbehold*" har således ikke hatt betydning for sammenlignbarheten av tilbudene, og det har derfor ikke vært nødvendig å foreta noen prissetting av forbeholdene i tilbudene. Det er riktig at et forbehold som medfører at tilbudene ikke kan sammenlignes, eller som er vesentlige, vil medføre en avvisning av tilbudet. Øvrige forbehold må det imidlertid være anledning til å evaluere og poengsette, på linje med andre kriterier. Siden forbehold knytter seg mot kontraktsvilkårene, og dermed kan medføre en omlegging av kontraktens innhold i forhold til forutsetningene i konkurransegrunnlaget, vil det ha tilknytning til kontraktens gjenstand.
- (14) Kofa-sakene 2005/171 og 2006/3 gir støtte for at forbeholdet også i denne konkurransen er lovlig.
- (15) I dette tilfellet har ingen av de valgte leverandørene eller klager tatt forbehold. Bruk av kriteriet "*forbehold*" har således ikke påvirket utfallet av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (16) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, 2. ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og del III.
- (17) Klager har anført at tildelingskriteriet "*forbehold*" slik det fremkommer i konkurransegrunnlaget er et ulovlig tildelingskriterium, og må føre til konkurransen skal avlyses.

- (18) Det følger av forskriftens § 22-2 (2) at dersom tildelingen av kontrakten skal skje på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden. For at et kriterium lovlig skal kunne benyttes ved valg av tilbud, må kriteriet altså oppfylle visse krav, jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-513/99. Kriteriet må være relevant for tilbudets verdi, det må være knyttet til kontraktens gjenstand, det må ikke være utformet så vagt at det i realiteten gir oppdragsgiver et ubetinget fritt skjønn og det må ikke stride mot de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, herunder kravet til likebehandling, se klagenemndas sak 2003/3.
- (19) I foreliggende sak har innklagede oppgitt "forbehold" som tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget pkt. 6, og i 6.3 fremgår det at forbehold vil telle negativt ved evalueringen av tilbyderne. Klager har selv ikke tatt forbehold, og er dermed ikke blitt trukket i poeng i motsetning til andre tilbydere som har tatt forbehold.
- (20) Klagenemnda har tidligere tatt stilling til om bruken av forbehold som tildelingskriterium er lovlig. I sak 2003/59 hadde innklagede satt forbehold som tildelingskriterium, og klagenemnda kom til at forbehold ikke hadde den nødvendige tilknytningen til kontraktsgjenstanden. I sak 2005/171 uttalte klagenemnda følgende:
- "Det fremgår klart av beskrivelsen under overskriften "Forbehold til kontrakt" at det innklagede i realiteten hadde tenkt å vurdere her var tilbydernes forbehold som hadde en "økonomisk og/ eller risikomessig konsekvens for Kontraktsforvalter." Innsendt dokumentasjon viser også at det er dette innklagede faktisk har vurdert. Overskriften "forbehold", som et tildelingskriterium fremstår etter klagenemndas oppfatning som terminologisk uheldig. Det kan imidlertid ikke være tvil om at oppdragsgiver i dette tilfellet har rett til å evaluere de forhold som faktisk er listet opp under overskriften, som del av tilbudets kvalitative egenskaper"*
- (21) I klagenemndas sak 2006/3 gjaldt en tilsvarende situasjon som den foreliggende hvor klagenemnda uttalte at *"saken handler derfor egentlig ikke om forbehold mot konkurransegrunnlaget, men om en anvendelse av kriteriet økonomisk mest fordelaktige etter forskriftens § 10-2 (1)"*
- (22) Klagenemndas praksis som redegjort for ovenfor må kunne sammenfattes på følgende måte: Forbehold som tildelingskriterium i seg selv er ikke et lovlig tildelingskriterium, med mindre det foreligger presiseringer eller andre forhold i konkurransegrunnlaget, som gir grunnlag for å si at kriteriet er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Videre kan anvendelsen av kriteriet i den konkrete sak føre til at det i realiteten er snakk om en vurdering av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, se sak 2006/3 premiss 38.
- (23) I denne saken er mulige forbehold relatert til både konkurransegrunnlag og kontrakt, og innklagede har uttalt i saksforberedelsen at siden forbeholdet knytter seg til kontraktsvilkårene, og dermed kan medføre en omlegging av kontraktens innhold i forhold til forutsetningene i konkurransegrunnlaget, så vil kriteriet ha tilknytning til sakens gjenstand. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at det foreligger forhold i konkurransegrunnlaget som medfører at kriteriet kan være egnet til å identifisere det

økonomisk mest fordelaktige tilbud. Riktignok fremgikk det også her som i sak 2006/3 at kriteriet forbehold var utdypet ved opplysning om at slike ville trekke ned i vurderingen, men det foreligger ingen andre omstendigheter som tyder på at kriteriet vil kunne være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

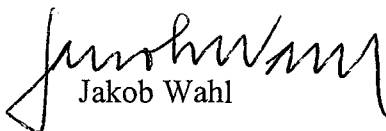
- (24) Den eneste presiseringen som fremgår av konkurransegrunnlaget i denne saken er at forbehold vil trekke ned i evalueringen, og det fremgår ikke som i sak 2005/171 at det kun var forbeholdene som hadde en økonomisk og/eller risikomessig konsekvens som skulle trekke ned. Klagenemnda tolker tildelingskriteriet, slik kriteriet er formulert og presisert, at oppdragsgiver i denne konkurransen kunne trekke for ethvert forbehold som tilbyder måtte ha. Et slikt kriterium kan ikke anses for å ha tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand, og kan dermed ikke være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (25) Klager hevder at konkurransen må avlyses som følge av dette, og henviser til EF-domstolens sak C- 448/01. Klagenemnda kan ikke se at avlysning av konkurransen er en nødvendig følge av at tildelingskriteriet "*forbehold*" er ulovlig. Det er lite sannsynlig at kriteriet fraholdt eventuelle tilbydere fra å inngi tilbud i konkurransen, og klagenemnda kan ikke se at kravet til likebehandling ikke overholdes dersom innklagede trekker ut kriteriet ved en ny evaluering av tilbudene.

Konklusjon:

Senter for statlig økonomistyring har brutt forskriftens § 22-2 (2) ved å anvende et tildelingskriterium som ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Klagers øvrige anførsel førte ikke frem.

For klagenemnda,
23. februar 2009


Jakob Wahl