



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

COWI AS
Att: Regiondirektør Sverre Ottesen
Postboks 6051 Bedriftssenteret
5892 BERGEN

Deres referanse

Vår referanse
2010/290

Dato
27.01.2012

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 14. oktober 2010 vedrørende anskaffelse rådgivende ingeniørtjenester. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (1) Kvinnherad kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. mai 2010 en begrenset anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler for rådgivende ingeniørtjenester innenfor fagfeltet vann og avløp. Det skulle inngås tre rammeavtaler med en varighet på 2 år, med mulighet for forlengelse i 1+1 år. Frist for anmodning om deltakelse var satt til 14. juni 2010. Anskaffelsen er i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 2.1 opplyst å følge forskriften del I og del III. I kunngjøringen punkt II.1.5 "*Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang*" het det blant annet følgende:

"Rammeavtalene er tenkt å skulle dekke hoveddelen av oppdragsgivers kontinuerlige behov for rådgivende ingeniørtjenester innenfor det aktuelle fagfeltet.(...)"

- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 "*Generell ytelsesbeskrivelse*" fremgikk følgende:

"Ved prosjekteringsoppdrag for Kvinnherad kommune skal den prosjekterende ha ansvar for planlegging og nødvendig prosjektering, søknader og tillatelser mv blir utført og innhentet i samsvar med gjeldende regelverk, herunder drikkevannsforskriften, regelen om arbeidsmiljø og regelverk om offentlige anskaffelser.

Eksempler på oppgaver og funksjoner den prosjekterende vil være ansvarlig for er:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

- a) Ansvarlig søker
- b) Ansvarlig samordning
- c) Ansvarlig HMS
- d) Ansvarlig kontroll
- e) Anbudsprossesser, herunder utforming av kunngjøring og konkurransegrunnlag, kontraktsforhandlinger, evaluering, tildeling, kontrahering
- f) At det fremskaffes FDVU-dokumentasjon
- g) Byggeledelse
- h) Andre oppgaver etter avtale

Alt i samråd med byggherren."

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.7 "Tilleggsopplysninger" var det opplyst at "Dersom leverandøren finner at konkurransegrunnlaget ikke gir tilstrekkelig veiledning, kan han be om tilleggsopplysninger hos oppdragsgivers kontaktperson."
- (4) Tildeling skulle skje på basis av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og i konkurransegrunnlaget punkt 3.1 var det oppstilt følgende tildelingskriterier:

"

Kriterium	Vekt	Dokumentasjonskrav
Pris	40-60 %	• Ferdig utfylt prisskjema
Kvalitet	40-60%	• Oversikt over tilbudt personell • CV for tilbudt personell' • Attester for tilbudt personell • Vitnemål fra utdanningsinstitusjoner for tilbudt personell

"

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2 var det gitt nærmere opplysninger om innholdet i kvalitetskriteriet:

"I denne konkurransen vil kvalitet bli vurdert ut fra den konkrete kompetansen hos de inntil 10 medarbeiderne som utgjør tilbudt team, og som skal utføre arbeidet for leverandøren under rammeavtalen.

For å vurdere kvaliteten på den tilbudte ytelsen vil oppdragsgiver vurdere overnevnte persone(r) sin:

- Erfaring fra relevant arbeid
- Utdanning
- Attester/referanser fra relevante prosjekter (attester for den konkrete person, ikke foretaket sine).

Dokumentasjon

Leverandørene skal i tilbudet opplyse om hvem de inntil 10 medarbeiderne er, som skal utføre prosjekteringsarbeid innenfor rammeavtalen. Det understrekes at

leverandøren kan tilby mindre enn 10 medarbeidere, så lenge taller er tilstrekkelig til gjennomføring av oppdragene.

Det skal oppgis medarbeidere innenfor følgende 4 stillingskategorier:

- *Prosjektleder*
- *Sivilingeniør*
- *Ingeniør*
- *Tegner*

Hvordan de inntil 10 medarbeiderne i teamet fordeles på de ulike stillingskategoriene, er det opp til de enkelte tilbydere, men det må komme klart frem i oversikten over det tilbudte team hvilke stillingskategori de ulike medarbeiderne er knyttet til. Det bør inngå minst en person i hver kategori. Dersom en person skal fylle funksjonen for flere stillingskategorier bes det om nærmere redegjørelse for dette.

(...)

Leverandørene skal også for hver av de inntil 10 medarbeiderne opplyse om hvilken utdanning og erfaring fra relevant arbeid vedkommende har. Dette skal dokumenteres gjennom CV og vitnemål fra utdanningsinstitusjoner. Underkriteriet referanser/attester skal belyses gjennom levering av attester knyttet til de aktuelle medarbeiderne.

Ettersom de konkrete medarbeiderne er gjort til et konkurranseelement, har leverandøren i foreliggende rammeavtaler ikke anledning uten oppdragsgivers samtykke til å skifte ut eller fjerne personer fra prosjektet etter at tilbud er inngitt.

Hver tilbyder vil få en samlet karakter for kvalitetskriteriet. Karakteren fastsettes ut fra en helhetsvurdering av de tilbudte teams erfaring, utdanning og referanser. Dette vil ikke følge noen matematisk modell, og en tilbyder som tilbyr 10 medarbeidere, vil ikke nødvendigvis oppnå høyere score enn en tilbyder som tilbyr 8 like kompetente medarbeidere.

Oppdragsgiver fremhever at det vil medføre høy score på kvalitetskriteriet om man tilbyr erfarne, høyt kvalifiserte medarbeidere med gode referanser."

- (6) Innen tilbudsfristen 17. august 2010 mottok innklagede forespørsel om deltakelse fra fem tilbydere. Alle fem, blant annet COWI AS (heretter klager), ble invitert til å delta videre i konkurransen.
- (7) I tildelingsmeddelelse datert 31. august 2009 (skal være 2010) gir innklagede innledningsvis en redegjørelse for hvordan de ulike tilbyderne er vurdert i henhold til tildelingskriteriene. I brevet heter det følgende om hvordan klager ble bedømt på kvalitet:

"Cowi AS tilbød et team bestående av erfarne medarbeidere, med i snitt 15 års erfaring. Medarbeiderne har sivilingeniør eller ingeniørutdanning ved ulike høyskoler. I tilbudet mangler det vitnemål for nesten alle de tilbudte medarbeiderne. Har levert meget gode referanser for flertallet av medarbeiderne, men mangler også attester for flere. Ved evaluering er Cowi gitt god uttelling for erfaring, noe svakere for utdanning og attester. Basert på dette faktum har Cowi AS oppnådd 5,50 poeng (av 10 mulige) på kriteriet kvalitet."

- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 14. oktober 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Det anføres at konkurransegrunnlaget er uklart med hensyn til hva som skal vektlegges ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*".
- (10) Det vises til at ytelsen som skal anskaffes er mangelfullt beskrevet. Det står ingenting i konkurransegrunnlaget om hvilke typer VA- anlegg som skal prosjekteres. Det er heller ikke gitt opplysninger om hovedplaner, prioriteringslister, langtidsbudsjett osv. Disse oppgavene krever til dels helt ulike typer kompetanse, i form av fagutdanning og erfaring. Det er således uklart hvilken fagutdanning en vil vektlegge ved evalueringen.
- (11) Klager bemerker at det skjer en kontinuerlig endring innen utdannelsessektoren, og det samme med driftsmessige, miljømessige og teknologiske løsninger innen VA- sektoren. I en konkurranse om rammeavtaler der medarbeidernes kompetanse er et viktig tildelingskriterium, bør det forventes at kompetansebehovet defineres i konkurransegrunnlaget, og at dette står i et rimelig forhold til det aktuelle prosjektets omfang og kompleksitet.
- (12) Det anføres videre at tildelingskriteriet kvalitet er ulovlig. Kriteriet skal evalueres blant annet på bakgrunn av "*utdanning*", og som dokumentasjon er det bedt om vitnemål fra alle ansatte. Etter klagers oppfatning er det ikke anledning til å vektlegge oppnådde resultater ved evalueringen av tilbudt personells kompetanse, da de ansattes karakterer ikke har tilknytning til kontraktsgjenstanden.
- (13) Etter klagers oppfatning kan utdanning være et relevant kriterium, men da bør det være tilstrekkelig å dokumentere dette gjennom en CV. Når en leverandør først er kvalifisert, bør tilbyderer anses som såpass tillitvekkende at CV vurderes som tilstrekkelig dokumentasjon for utdanningsnivå. Ved ansettelse av personell er det flere ting som har betydning enn karakterer. Karakterer og utdanning får mindre og mindre betydning dess lenger en kommer fra eksamenstidspunktet. Etter klagers oppfatning er det derfor erfaring som bør vektlegges og ikke skolekarakterer.
- (14) Videre anføres det at innklagede ved evalueringen av klagers tilbud har anvendt et usaklig og sterkt urimelig skjønn ved å gi klager trekk for manglende inngitt vitnemål/manglende resultater for flere av personene som er tilbudt.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider at det ikke fremgår tilstrekkelig klart hvilken kvalitet som skal dokumenteres. Tjenestens innhold er tilstrekkelig beskrevet, og det er fra innklagedes side tatt høyde for variasjoner innen utdanning, ved at all erfaring innenfor VA-fagfeltet og all relevant utdanning har gitt uttelling. Innklagede legger også til at de konkrete oppdragene som skal utføres under rammeavtalen ikke er kjent på konkurransetidspunktet og at det derfor ikke er naturlig å foreta en ytterligere innsnevring av de oppdrag som skal inngå i avtalene.
- (16) Innklagede bestrider å ha anvendt et ulovlig tildelingskriterium. Ved kjøp av denne type konsulenttenester vil ferdighetene til den medarbeideren som skal utføre oppdraget ha

relevans for tjenestens kvalitet. Utdanning, og resultatet fra utdanning, er etter innklagedes oppfatning et høyst relevant moment ved vurderingen av faglig kompetanse. En vel gjennomført utdanning innenfor relevante fag må anses som en relevant og målbar faktor, som er egnet til å si noe om tjenestens kvalitet. Det er imidlertid ikke slik at høy utdanning og gode resultater er det eneste relevante momentet. Innklagede har også lagt vekt på erfaring og referanser. Med andre ord kan en medarbeider med kort eller ingen utdanning, men lang praktisk erfaring, få like god uttelling som en medarbeider med lang utdanning, men med kortere erfaring.

- (17) Innklagede bestrider at evalueringen av klagers tilbud er usaklig eller urimelig. Det er gitt en samlet karakter for kriteriet kvalitet. Ved evalueringen har oppdragsgiver vurdert de forhold som er angitt i konkurransegrunnlaget, og kun på bakgrunn av faktaopplysninger som fremgår skriftlig av tilbudene. Den samlede karakter er fastsatt ut fra oppdragsgivers beste skjønn. Ved evalueringen oppnådde klager 5,5 av 10 mulige poeng på dette kriteriet, mens den tilbyderer som oppnådde høyest score fikk 7,5 poeng.

Sekretariatets vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder rådgivende ingeniørtjenester som er en prioritert tjeneste, jf. forskriften vedlegg 5 kategori 12. Det er ikke inngitt opplysninger om anskaffelsens estimerte verdi, men det er i kvalifikasjonsgrunnlaget opplyst at anskaffelsen følger forskriften del I og del III. På bakgrunn av det opplyste legges det derfor til grunn at anskaffelsen følger lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt konkurransegrunnlaget er uklart

- (19) Klager har anført at ytelsen er mangelfullt beskrevet ved at det ikke er konkretisert hvilke typer VA-anlegg som skal prosjekteres, og at det derfor er uklart hvilken type fagutdanning som vil bli vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet".
- (20) I klagenemndas sak 2010/157 (premiss 41) fastslo klagenemnda følgende om plikten til å gi opplysninger om anskaffelsesbehovet ut fra lovens krav til forutberegnelighet: *"Det følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5 at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget må gi de opplysningene som er nødvendige for at leverandørene skal ha et forsvarlig grunnlag for å inngi tilbud."*, jf. også FADs veileder s. 115.
- (21) I klagenemndas sak 2010/120, som gjaldt inngåelse av parallelle rammeavtaler for taktekkings- og blikkenslagerarbeider, fastslo klagenemnda følgende om plikten til å oppgi relevante volumtall for det anskaffelsen gjelder, dersom mengdetall ikke foreligger før tilbudsfristens utløp:

"(25) Innklagede hadde i foreliggende sak ikke utarbeidet noe estimat over de mengder som ville bli etterspurt forut for kunngjøringen, og klager hadde derfor heller ikke fått oppgitt volumtall som ville bli lagt til grunn ved evalueringen av mottatte tilbud.

(26) Klagenemnda viser videre til at konkurransegrunnlaget anga en økonomisk ramme for leveransen på ca. 6 millioner per år. I tillegg var totalt antall bygg som var omfattet av anbudet angitt, og hvor mye den enkelte leverandør kunne regne med å få tildelt. Konkurransegrunnlaget oppga også totalareal på bygningsmassen.

(27) Det vises til at det dreier seg om rammeavtaler med flere leverandører, og at bruken av slike rammeavtaler uansett vil innebære usikkerhet om hvor stort volum den enkelte leverandør vil få på rammeavtalen, jf. sak 2009/130 premiss 86.

(28) Klagenemnda finner etter dette at konkurransegrunnlaget har gitt leverandørene tilstrekkelige opplysninger til å utforme tilbud."

- (22) I foreliggende tilfelle skal det inngås flere rammeavtaler med intensjon om å dekke opp innklagedes fremtidige behov innenfor VA-prosjektering. Det ligger i avtaleformens natur at innklagede på konkurransetidspunktet har mindre oversikt over konkrete VA-prosjekter som kommer til å bli kontrahert under disse avtalene i fremtiden. Dette innebærer at det heller ikke kan kreves at konkurransegrunnlaget gir full oversikt over hvilken fagspesifikk kompetanse som senere vil være påkrevet innenfor de ulike prosjektene.
- (23) I kunngjøringen er det fremhevet at de aktuelle rammeavtalene er tenkt å skulle dekke hoveddelen av innklagedes behov for rådgivende ingeniørtjenester innenfor VA-feltet. I konkurransegrunnlaget punkt 1.3 er det videre gitt en generell beskrivelse av hva prosjekteringsansvaret innebærer, herunder er det listet opp en rekke eksempler på oppgaver og funksjoner den prosjekterende skal ha ansvar for. Det er også opplyst at det skal oppgis medarbeidere innenfor fire stillingskategorier, dvs. prosjektleder, sivil ingeniør, ingeniør og tegner. Så vidt sekretariatet kan se fremstår dette som tilstrekkelig informasjon til at tilbyderne kan inngi tilbud på rammeavtalen. Sekretariatet bemerker også at ingen av de fem tilbyderne brukte oppfordringen i konkurransegrunnlaget punkt 1.7 til å be om tilleggsopplysninger for det tilfellet at *"leverandøren finner at konkurransegrunnlaget ikke gir tilstrekkelig veiledning"*. Sekretariatet bemerker videre at dersom det under et konkret avrop på rammeavtalen viser seg at prosjektet stiller krav til en annen fagkompetanse enn det som er tilbudt, åpner rammeavtalen for at medarbeidere kan skiftes ut med oppdragsgivers samtykke, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.3. Klagers anførsel om at konkurransegrunnlaget var uklart fordi det ikke var konkretisert hvilke arbeider som ville omfattes av rammeavtalen, kan således ikke føre frem.

Hvorvidt tildelingskriteriet "Kvalitet" er ulovlig

- (24) Det neste spørsmålet er om innklagede, ved å bruke *"utdanning"* som et vurderingstema under tildelingskriteriet *"Kvalitet"*, herunder ved å vektlegge skolerresultater, har brutt forskriften § 22-2 (2). Klager har vist til at skolerresultater ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand, og derfor ikke er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (25) Av forskriften § 22-2 (2) følger det at tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktens gjenstand for å være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Dette er også fastslått av klagenemnda i en rekke tidligere saker, jf. blant annet klagenemndas saker 2009/80 premiss (52) og 2009/285 premiss (24). Videre har klagenemnda presisert at det samme gjelder for underkriteriene til et tildelingskriterium, jf. sak 2011/203 premiss (114).
- (26) I sak C-532/06 (*"Lianakis"*) vurderte EU-domstolen ex officio sontringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kan benytte tilbyderens erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre

oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen er at dette er forhold som angår leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og må brukes som kvalifikasjonskriterier, og ikke tildelingskriterier, jf. premissene (25) til (32).

- (27) Klagenemnda har behandlet flere saker som omhandler lovligheten av denne typen tildelingskriterier i etterkant av "*Lianakis*"-dommen, se for eksempel sakene 2009/46 og 2009/182. Det er her lagt til grunn at "*Lianakis*"-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, såfremt erfaring og kompetanse inngår selvstendig og uavhengig av etterspurte generelle kvalifikasjoner i vurderingen av den tilbudte tjenestens kvalitet, og derved er egnet til å skille ut det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
- (28) Foreliggende sak gjelder kjøp av rådgivningstjenester, og det er ikke tvilsomt at den enkelte medarbeiders kompetanse i et slikt tilfelle kan si noe om tjenestens kvalitet ut over generelle kvalifikasjoner. Skoleresultater kan etter sekretariatets oppfatning gi et objektivt bilde av den enkelte medarbeiders dyktighet, og dermed også si noe om tjenestens verdi. Sekretariatet er ikke uenig med klager i at skolekarakterer vil ha mindre betydning som måleparameter for den enkelte persons kompetanse, dess flere år det er gått siden eksamenstidspunktet. I foreliggende sak skulle imidlertid også erfaring og attester/referanser vektlegges ved evalueringen av "*Kvalitet*". Innklagede har i denne forbindelse påpekt at en medarbeider med kort eller ingen utdanning, men lang praktisk erfaring, kan få like god uttelling som en medarbeider med lang utdanning, men med kortere erfaring. Sekretariatet finner det derfor ikke tvilsomt at skoleresultater må anses å ha nødvendig tilknytning til kontraktsgjenstanden, jf. forskriften § 22-2 (2). Klagers anførsel om at tildelingskriteriet "*Kvalitet*" er ulovlig fører således ikke frem.
- (29) I lys av det overstående kan det heller ikke være usaklig eller urimelig at innklagede ved tildelingsevalueringen har gitt klager trekk fordi klager, for flere av medarbeiderne, ikke hadde fremlagt vitnemål, slik som etterspurt under tildelingskriteriet "*Kvalitet*", jf. klagers anførsel om dette. Umiddelbart kan det fremstå som at klager er trukket uforholdsmessig mye ettersom høyeste poengsum var 10, og klager kun har fått 5,5 poeng. Den høyeste poengsummen som ble utdelt var imidlertid kun 2 poeng høyere enn klagers, dvs. 7,5 poeng, og manglende vitnemål var ikke eneste grunnen til at klager ble trukket. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (30) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Med hilsen

Jonn Sannes Ramsvik
gruppeleder (e.f.)

Elisabet Gjerde
førstekonsulent

