



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale for kjøp av heiskonsulenttjenester. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Innklagede hadde heller ikke adgang til å avvise klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Dissens.

Klagenemndas avgjørelse 7. juni 2018 i sak 2017/80

Klager: Move Consultancy AS

Innklaget: Omsorgsbygg Oslo KF

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Omsorgsbygg Oslo KF (heretter bare *innklagede*) kunngjorde 31. januar 2017 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en rammeavtale for kjøp av heiskonsulenttjenester. Rammeavtalen hadde en varighet på fire år, og anskaffelsens verdi var i kunngjøringen estimert til 5 millioner kroner. Tilbudsfrist var 8. mars 2017.
- (2) Kontrakten ville tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende tildelingskriterier:

<i>Kriterium</i>	<i>Vekt</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>• Pris</i>	<i>• 40 %</i>	<i>• Timepris</i> <i>Timeprisen er felles for leverandørens tre rådgivere, og timeprisen gjelder for alle typer arbeid iht. ytelsesbeskrivelsen.</i>
<i>• Kompetanse</i>	<i>• 30 %</i>	<i>• Det skal fremlegges CV-er for tre tilbudte rådgivere.</i> <i>• CV-ens innhold skal være relevant for oppdraget og bl.a. inneholde utdanning, kurs og erfaring.</i>

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

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

• Oppdragsforståelse	• 30 %	• Redegjørelse om gjennomføring av kontroll av våre servicekontrakter. Oppdragsforståelse skal ikke overstige 1 A4 sider med tekst, eksklusiv modeller, tegninger, figurer o.l.
-----------------------------	--------	--

- (3) I en «Ytelsesbeskrivelse» var rådgivningstjenestene beskrevet. Det fremgikk her at rammeavtalen skulle dekke ulike behov for rådgivningstjenester så som:

«Bistand ved avrop og minikonkurranser på rammeavtaler som dekker service på heis: Oppdragsgiver kan ha behov for bistand ved avrop og minikonkurranser så som rådgivning i forbindelse med reparasjons- eller vedlikeholdsarbeider, ved utarbeidelse av kostnadsoverslag og ved kontroll av fakturaer fra serviceleverandører.

Kontroll og ettersyn: Rådgiver skal kunne utføre kontroll og ettersyn av heiser som det er gjennomført service på fra heisserviceselskapene oppdragsgiver har rammeavtale med. Rådgiveren vil få en orientering om innholdet i rammeavtalene, men rådgiveren må kunne sette seg inn i serviceavtalene så som heisservicesleverandørenes serviceplan, rapporter og tekniske vurderinger, samt at rådgiver skal kunne kontrollere at heisserviceselskapene har fulgt sin egen kvalitetsplan.

Anskaffelse av rammeavtaler som dekker service på heis: Oppdragsgiver kan ha behov for bistand fra rådgiver ved anskaffelser av rammeavtale som dekker service på heis. Det kan for eksempel gjelde rådgivning om markedsforhold, utarbeidelse av teknisk spesifikasjoner og bistand til evaluering av innkomne tilbud.

Rehabilitering, modernisering og utskifting av heiser: Følgende bistand må påregnes i forbindelse med rehabilitering og utskifting av heis:

1. Risiko- og sårbarhetsanalyser
2. Utarbeidelse av teknisk kravspesifikasjon i konkurranser
3. Estimering av kostnadene i et heisprosjekt, (forhåndsvurdering)
4. Utarbeidelse av særegne kontraktsvilkår for heis
5. SHA plan
6. Vurdering av søknadspliktig arbeider iht. til lover og krav
7. Evaluering av tilbud og innstilling iht. teknisk kravspesifikasjon i konkurranser
8. Kontroll av faktura (logging, kontroll og forhåndsgodkjenning)
9. Nødvendig oppfølging av installasjonen/arbeidene inkl. møter
10. Håndtering av endringsmeldinger
11. Bistand ved sluttoppgjør

Listen ovenfor er ikke uttømmende.

Oppfølging av heiser i reklamasjonstiden: Ved anskaffelser av heis følger en reklamasjonstid på normalt fem år, og rådgiver skal kunne bistå i reklamasjonssaker.

Administrasjon: Rådgiver skal kunne stille med bistand til oppdragsgivers administrasjon av heisanleggene så som:

- Utarbeide en oversikt over heiser som det løper reklamasjonstid på, herunder dato for utløp av reklamasjonstiden
- Kartlegge teknisk tilstand på heisene i oppdragsgivers heisportefølje (både heiser i og utenfor reklamasjonstiden)
- Planlegging for framtidige vedlikeholdstiltak og moderniseringer
- Vurdere oppfølging og eventuelle tiltak etter heiskontrollrapporter
- Rådgiving om eventuell konkurranseutsetting av oppdrag
- Delta på statusmøter, som ikke er ordinære oppfølgingsmøter, ved oppdragsgivers behov
- Faste oppfølgingsmøter med OBY vedrørende denne kontrakten. (Disse oppfølgingsmøtene skal ikke faktureres)
- Det kan bli aktuelt å la heiskonsulenten være kontaktpunkt mot heisserviceselskap oppdragsgiver har kontrakt med, der arbeidet f.eks. kan omfatte administrasjon av alle bestillinger, fakturakontroll og oppfølging av servicen.»

- (4) I rammeavtalens punkt 11 var det tatt inn bestemmelser om avrop, hvor det fremgikk at bestillinger på rammeavtalen på vanlig måte ble initiert ved at innklagede foretok avrop på rammeavtalen.
- (5) Konkurranses grunnlaget punkt 2.9 opplyste følgende om avvik:

«Med avvik forstås også reservasjoner, forbehold og tillegg.

Det gjøres oppmerksom på at anskaffelsen gjennomføres iht. åpen anbudsprosedyre. Det er således ikke anledning til å gjennomføre forhandlinger.

Det er ikke anledning til å ta vesentlige avvik mot konkurransegrunnlaget. Tilbud som inneholder vesentlige forbehold vil bli avvist.

Dersom tilbud er ment å avvike fra konkurransegrunnlaget, skal det klart fremgå og spesifiseres i tilbudsbrevet med henvisning til hvor i tilbudet forbeholdet framkommer (sidetall og punktnummer). Avvikene skal være presise og entydige, kunne verdifastsettes og skal være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere avvikene uten kontakt med tilbyder. Tilbud som ikke tilfredsstiller dette kravet og som ikke lar seg avklare og således ikke lar seg sammenligne med øvrige tilbud, vil bli avvist.

Tilbyders henvisning til standardiserte leveringsvilkår eller lignende vil bli betraktet som avvik dersom de avviker fra konkurransegrunnlaget med kontraktbestemmelser.»

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede fire tilbud, herunder fra Move Consultancy AS (heretter *klager*).
- (7) Klagers tilbud ble avvist ved brev 28. mars 2017, begrunnet med at tilbudet avvok vesentlig fra konkurransedokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Det ble gitt følgende begrunnelse for avvisningen:

«Deres tilbud er basert på at OBY tar i bruk MOVEs selvutviklede dataverktøy MOVE Online, og at MOVE for en stor del overtar administrasjonen av heisporteføljen, evt. med noen tilpasninger av programvaren. OBY forstår tilbudet slik at dere tilbyr en løsning som innebærer en fast leveranse av heisrådgivningstjenester, dvs. at deler av heisdriften settes ut til dere, som OBY faktureres for.

OBY har kunngjort behov for rammeavtale om heiskonsulentrådgivning. OBY har ikke kunngjort behov for å sette ut hele eller deler av heisadministrasjonen, da heisadministrasjonen skal beholdes innomhus. Der OBY har behov for rådgivningsbistand, bestilles/avropes behovet. Avropsprosedyren er regulert i kontraktsformuler pkt. 11 Avropsprosedyren (bestilling). Rammeavtale som sådan innebærer ingen økonomisk forpliktelse for kunden. Økonomisk forpliktelse etableres ved avrop, jf. FOA § 4-1 i). Kontrakter som innebærer en fast leveranse med fakturering faller ikke under begrepet rammeavtale. Kontrakten dere har tilbudt faller derved utenfor vår kravspesifikasjon.

Tilbud med vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene kan ikke sammenlignes med øvrige tilbud i konkurransen. Likebehandlingsprinsippet innebærer at oppdragsgiver må ha sammenlignbare tilbud for å kunne evaluere og for å kunne behandle deltagerne i konkurransen og potensielle leverandører likt. Aksepteres tilbud med vesentlige avvik, vil denne tilbyder få en konkurransefordel, og oppdragsgiver kan få et produkt som ikke var etterspurt/kunngjort.»

- (8) Ved brev til de gjenværende tilbyderne av 7. april 2017, meddelte innklagede å ha til hensikt å inngå kontrakt med BMA Heisteknisk Rådgivning AS (heretter *valgte leverandør*). Klager ble tilsendt tildelingsbrevet 10. april 2017.
- (9) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 11. mai 2017.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. mai 2017.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. mai 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Avvisningen er begrunnet med at klager har tilbudt heisadministrasjonstjenester. Innklagede påstår at anskaffelsen ikke omfatter heisadministrasjonstjenester, og at klagers tilbud derfor ikke kan vurderes opp mot øvrige tilbud. Heisadministrasjon fremkommer imidlertid av ytelsesbeskrivelsen punkt 3.2.
- (13) Klagers tilbud innebærer ingen økonomisk forpliktelse før det er gjort avrop på rammeavtalen. Det fremkommer klart av tilbudet at all bruk av klagers dataprogram er inkludert i tilbudt timepris. Klagers redegjørelse for oppgaveforståelsen gir ikke en økonomisk forpliktelse for oppdragsgiver. Klager finner det merkelig at en leverandørs oppgaveforståelse skal legges til grunn for fremtidige kontraktsarbeider, spesielt da dette er en rammeavtale basert på avrop med en relativt lite spesifisert ytelsesbeskrivelse. Oppgaveforståelsen bør være grunnlag for oppdragsgivers vurdering av leverandørenes

faglige kompetanse, og ikke slik at dette er en økonomisk forpliktelse for den fremtidige kontrakten.

- (14) Det er flere likheter mellom klagers og valgte leverandørs tilbud når det gjelder tilbudt heisadministrasjon og bruk av egen programvare uten å opplyse særskilt om pris. Valgte leverandørs redegjørelse for oppgaveforståelsen inneholder også andre tjenester som helt klart faller utenfor de tjenester som er spesifisert som utenfor rammeavtalen, jf. ytelsesbeskrivelsen punkt 4.
- (15) Innklagede kan ikke først avvise et tilbud grunnet forhold ved tildelingskriteriene, for så i etterkant hevde at leverandøren ikke tilfredsstiller kvalifikasjonskravene. Innklagede måtte spesifisert tydeligere krav til både erfaring og utdanning for å kunne avvist klagers tilbud basert på kvalifikasjonskrav. Hadde kvalifikasjonskravet vært spesifisert klarere, hadde klager tilbudt en annen konsulent.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Innklagede har ikke brutt forskriften § 24-8 (1) bokstav b ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen. Rammeavtalen gjaldt heisrådgivning. Det vil si at rammeavtalen skal brukes ved behov for rådgivningstjenester, og at konsulenten får betalt etter medgått tid. Konkurransen omfattet ikke drift på hele eller deler av heisadministrasjonen (outsourcing). Klagers tilbud inneholdt uklartheter i beskrivelsen av oppdragsforståelsen som gjør at tilbudet avviker vesentlig fra konkurransedokumentene, og ikke lar seg sammenligne med øvrige tilbud. Slik klager har utformet besvarelsen av oppdragsforståelsen, fremstår det som uklart hva innklagede forplikter seg til økonomisk dersom innklagede inngår kontrakt med klager. Løsningen klager tilbyr forutsetter at systemet MOVE Online brukes. Innklagede forstår beskrivelsen av dette systemet som at det automatisk vil påløpe et uvisst omfang av løpende administrasjon og tjenester, som innklagede vil bli fakturert uavhengig av om avrop er foretatt. Innklagede viser til punktene i klagers tilbud om «*Vurdering av driftsstabilitet*», «*MOVE reduksjonsprogram*» og «*Kartlegging av dagens tilstand og planlegging av fremtidige tiltak*». Innklagede bemerker til at disse punktene ligger under overskriften «*Redegjørelse for gjennomføringen*», og er formulert som forutsetninger i deres kontraktsytelse, som ikke kan velges bort av innklagede. Slike løpende ytelser, uavhengig av foretatte avrop, er ikke i tråd med rammeavtalens system for bestilling av tjenester. Rammeavtalen er basert på et system der oppdragsgiver foretar enkeltbestillinger med et konkretisert og avgrenset omfang.
- (17) Innklagedes etterfølgende gjennomgang av klagers dokumentasjon for kvalifikasjonskravene viste at klager også skulle ha vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet til kapasitet, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a. Innklagede kontrollerte i første runde kvalifikasjonskravene gjennom klagers utfylte ESPD-skjema. Ettersom det ikke finnes et formalisert system for sertifisering av heiskonsulenter, vurderte innklagede at det heller ikke var hensiktsmessig å definere slike krav i en konkurranse. I tillegg kunne man da risikere å utelukke kvalifiserte rådgivere. Likevel må det på bakgrunn av kontraktens omfang og karakter kunne innfortolkes et visst minstenivå av kompetanse for at kvalifikasjonskravet kan anses oppfylt. Etter innklagedes skjønn tilfredsstiller ikke én av de tilbudte personene dette minstevilkåret. I denne vurderingen la innklagede blant annet vekt på at personen ikke har relevant utdanning for oppdraget og at hennes erfaring innen heisrådgivningsbransjen er for liten.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder heiskonsulenttjenester som er en tjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til 5 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (19) Klagenemnda ser først på om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Det følger av forskriften § 24-8 (1) bokstav b at oppdragsgiver skal avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.
- (20) I vurderingen av om det foreligger et avvik, har klagenemnda delt seg i et flertall og et mindretall.
- (21) *Klagenemndas flertall*, nemndsmedlemmene Trygstad og Arnesen, har kommet til at klagers tilbud ikke inneholdt et avvik.
- (22) Innklagede har avvist klagers tilbud med den begrunnelse at klager har tilbudt en fast leveranse av heisrådgivningstjenester som skal faktureres løpende, og at klagers tilbud derfor avviker fra den rammeavtalen som anskaffelsen gjelder. Klager har på sin side anført at klagers oppgaveforståelse la opp til at klager ga bistand som det ikke ble fakturert særskilt for, og at dette arbeidet var inkludert i den timeprisen innklagede ville betale ved avrop på avtalen.
- (23) Avgjørende for om klagers tilbud inneholdt et avvik, er etter dette om klagers beskrivelse i oppgaveforståelsen forutsatte at innklagede påtok seg en betalingsforpliktelse i strid med rammeavtalens bestemmelse om at innklagedes betalingsforpliktelser inntreffer ved avrop. Selv om oppgaveforståelsens primære formål var å gi et grunnlag for bedømmelsen av det korresponderende tildelingskriteriet, vil eventuelle vesentlige avvik i dette dokumentet kunne gi grunnlag for avvisningsplikt etter forskriften § 24-8 (1) bokstav b.
- (24) I klagers oppgaveforståelse ble det lagt opp til at tjenestene ville bli levert ved personlig oppfølging kombinert med bistand fra klagers selvutviklede forvaltningssystem, MOVE Online. I oppgaveforståelsen har klager beskrevet flere funksjoner som ville bli utført ved bruk av MOVE Online, og noen funksjoner som innklagede hadde anledning til å «outsourc» til klagers forvaltningssystem.
- (25) Etter hva klagenemndas flertall kan se, gir ikke klagers tilbud holdepunkter for at bruken av forvaltningssystemet ville generere noen betalingsforpliktelser for innklagede, ut over eventuelle avrop. I oppgaveforståelsen har klager opplyst at tilgang på MOVE Online ville inngå i tilbudt timepris. Det fremgår videre av tilbudet at klager innrettet seg etter konkurransegrunnlagets føring om kun å oppgi en felles timepris for bistand under rammeavtalen.
- (26) Klagenemndas flertall kan heller ikke se at klagers oppgaveforståelse forutsatte at innklagede kjøpte løpende tjenesteleveranser mot betaling, utenfor de ordinære avropene. Hvis en slik betalingsforpliktelse skulle ha oppstått, måtte det ha hatt forankring i klagers tilbud. Selv om klager har beskrevet arbeid som etter planen ville bli utført i rammeavtaleperioden uten at dette arbeidet er knyttet til avrop, er det ingen føringer om

at klager forutsatte å fakturere for dette arbeidet. Det fremgår videre av oppgaveforståelsen at flere av tjenestene som var beskrevet, var tjenester som klager *kunne* levere. De sistnevnte tjenestene fremstår det som mer nærliggende å se som klagers respons på ytelsesbeskrivelsens føring om at leverandørene skulle kunne stille med bistand til innklagedes administrasjon av heisanleggene.

- (27) Klagenemndas flertall kan etter dette ikke se at klagers tilbud inneholdt et avvik. Innklagede har etter dette brutt forskriften § 24-8 (1) bokstav b) ved å avvise klagers tilbud.
- (28) Ettersom innklagede ikke har påberopt at klagers tilbud inneholdt ikke-ubetydelige uklarheter som ga innklagede rett til å avvise klagers tilbud etter forskriften § 24-8 (2) bokstav (a), ligger det utenfor klagenemndas kompetanse å vurdere dette.
- (29) Innklagede har vist til at klager uansett skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a). Det aktuelle kvalifikasjonskravet stilte krav om at leverandørene måtte ha «kapasitet og god gjennomføringsevne til å levere i henhold til oppdraget». Dette ble leverandørene bedt om å dokumentere ved blant annet å fremlegge CV-er som viste at de hadde minst tre «heiskonsulenter».
- (30) Innklagede anfører at én av klagers tre tilbudte medarbeidere ikke hadde tilstrekkelig kompetanse til å kategoriseres som «heiskonsulent» i denne sammenhengen. Dette er først og fremst underbygget med at vedkommende ikke hadde relevant utdanning, og at hun hadde for kort erfaring innen heisrådgivningsbransjen.
- (31) Heiskonsulent er ikke noen beskyttet profesjonstittel. Det foreligger etter det opplyste verken en bransjenorm for hvem som kvalifiserer til å være «heiskonsulent», eller et formalisert system for sertifisering av heiskonsulenter. Konkurranses grunnlaget ga heller ikke ytterligere informasjon om hvordan betegnelsen skal forstås. Klager har vist til at den aktuelle medarbeideren er ansatt som heiskonsulent, og at hun arbeider som heiskonsulent for andre kunder, både i privat og offentlig sektor.
- (32) Etter klagenemndas flertalls syn ville en avvisning av klager som følge av manglende oppfyllelse av det aktuelle kvalifikasjonskravet, ha vært i strid med forskriften § 24-2 (1) bokstav a). Utformingen av kvalifikasjonskravet og det tilhørende dokumentasjonskravet åpnet ikke for å anse en person som var ansatt som og arbeidet som heiskonsulent, for ikke å tilfredsstille kravene til heiskonsulenter.
- (33) *Klagenemndas mindretall*, nemndsmedlem Kleven, har kommet til at innklagede ikke har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud.
- (34) Det som skal anskaffes under rammeavtalen er kjøp av heiskonsulenttjenester på timebasis. Tildelingskriteriet «*Oppdragsforståelse*» skulle vurderes basert på leverandørenes redegjørelse for gjennomføring av kontroll av oppdragsgivers servicekontrakter.
- (35) Klager skriver i sin redegjørelse for oppgaveforståelsen at «*Personlig oppfølging og vårt datasystem MOVE Online benyttes til å gjennomføre kontroll av servicekontrakter*». Klager har imidlertid ikke på noen måte beskrevet personlig oppfølging i sin redegjørelse

for oppgaveforståelsen. Redegjørelsen gjelder nærmest utelukkende funksjonaliteten til klagers datasystem.

- (36) I klagers redegjørelse for gjennomføringen av kontroll med innklagedes servicekontrakter, er det blant annet angitt at klager «[v]ed oppstart» registrerer samtlige enheter i datasystemet sitt, og legger inn alle relevante opplysninger, samtidig som det utføres kvalitetssikring. Videre følger det av redegjørelsen at «[v]i setter opp ytelseskravene i kontrakten og utfører en løpende oppfølging slik at de blir presentert på statusmøter/oppfølgingsmøter». Det er også angitt at det settes opp en kvalitetsplan mot serviceleverandørens kvalitetsplan i «oppstartsfasen eller ved nytt kalenderår».
- (37) Ut fra klagers redegjørelse må det i beste fall ha fremstått uklart for innklagede om det ville påløpe utgifter allerede ved oppstart av et eventuelt kontraktsforhold med klager. Det er leverandøren som har risikoen for uklarheter i tilbudet, jf. forskriften § 23-3 andre ledd. Klagers beskrivelse av oppgaveforståelsen er altså ikke i tråd med det innklagede faktisk skal anskaffe under rammeavtalen, nemlig heisrådgivning på timebasis.
- (38) Det neste spørsmålet er om avviket er vesentlig.
- (39) Ettersom klagers tilbud innebærer uklarheter om hvilke kostnader som påløper, har avviket en prismessig betydning. Innklagede har derfor sett det slik at tilbudet til klager ikke kunne sammenlignes med de andre tilbudene. Når det som her gjelder et avvik som ikke må anses ubetydelig, jf. forskriften § 24-8 (2) bokstav a, er innklagedes standpunkt om at dette avviket ikke kunne prissettes tilstrekkelig for å konstatere at avviket er vesentlig, jf. også klagenemndas avgjørelse i sak 2017/63 premiss (36).
- (40) Innklagede har etter dette ikke brutt forskriften § 24-8 (1) bokstav b ved å avvise klagers tilbud. På bakgrunn av det resultatet klagenemndas mindretall har kommet til, tas det ikke stilling til spørsmålet om avvisning av klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Konklusjon:

Omsorgsbygg Oslo KF har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud. Det var heller ikke adgang til å avvise klager som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk