



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om IKT-tjenester. Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om god gjennomføringsevne. Klagenemnda gav klager medhold.

Klagenemndas avgjørelse 18. desember 2023 i sak 2023/0716

Klager: Experis AS

Innklaget: Oslo kommune v/ Utdanningsetaten

Klagenemndas

medlemmer: Tarjei Bekkedal, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune v/ Utdanningsetaten (heretter *innklagede*) kunngjorde 7. oktober 2022 en åpen anbudskonkurranse i forbindelse med anskaffelse av IKT-ansvarlige tjenester for skolene i Oslo. Oslo kommune skulle inngå rammeavtale med én leverandør. Rammeavtalen skulle ha en varighet på to år, med mulighet for forlengelse i ytterligere ett pluss ett år. Anskaffelsens verdi ble estimert til 50 millioner kroner. Tilbudsfrist var 14. november 2022.
- (2) Bakgrunnen for konkurransen var at innklagede hadde inngått en avtale om skolenes IKT-løsninger med CGI, som blant annet omfattet sentral infrastruktur, skybaserte løsninger og en stor portefølje av ulike pedagogiske applikasjoner. Løsningen benyttes ved 186 skoler/undervisningssteder i tillegg til sentral administrasjon, og har mer enn 90.000 brukere. Oppgaver som ikke er inkludert i avtalen med CGI må ivaretas ved den enkelte skole, og blir utført av rollen IKT-ansvarlig som forutsetter lokal tilstedeværelse på skolen. Eksempler på oppgaver som utføres av den IKT-ansvarlige er distribusjon av brukernavn og passord, installasjon av utstyr, teknisk oppsett i forbindelse med eksamen, og å melde inn og følge opp feil mot driftsleverandøren CGI. Rammeavtalen skulle gi skolene mulighet for å kjøpe denne tjenesten, enten som et fast antall timer/dager per uke (tilsvarende en stillingsprosent), eller som mer sporadiske oppdrag i perioder med høy aktivitet eller ved ekstraordinære situasjoner.
- (3) Et av kvalifikasjonskravene i konkurransen var knyttet til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner:

«Det kreves god gjennomføringsevne».
- (4) Det tilhørende dokumentasjonskravet var:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

«Oversikt (organisasjonskart eller lignende) over personell som vil bli benyttet i denne kontrakten med kort beskrivelse av rolle. Opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner som fagbrev eller andre relevante kompetansebevis vedlegges.

Beskrivelse av leverandørens samlede kompetanse som er relevant for denne kontrakten på maks tre A4-sider. NB! Oppdragsgiver vil ikke vurdere CV-er.»

- (5) Tildelingskriteriene var «Pris» vektet 50 prosent, og «Kvalitet» vektet 50 prosent med følgende underkriterier:

• Kvalitet	50 %	Besvarelse av kravspesifikasjonen (Vedlegg 1. Kravspesifikasjon).
○ Driftsbistand for skolens lokale nettverk		
○ Rådgivning		
○ Endring av tjenesteomfang		
○ Leveransetid for krav 01.01		
○ Leveransetid for krav 01.02		
○ Språkkrav		

- (6) Under «Endring av tjenesteomfang», skulle det ifølge kravspesifikasjonen evalueres på hvor lang tid leverandøren trengte for å justere opp eller ned tjenesteomfanget i de tilfellene skolens behov endres. Krav 01.01 var tjenesten «fast/periodisk oppmøte 1-5 dager per uke.», og krav 01.02 var konsulenttimer. Leverandørene skulle for begge typer tjenester evalueres på «hvor lang tid leverandøren trenger for å starte oppdraget».
- (7) Innklagede mottok tilbud fra Sagene Data AS, InfoCare AS og Experis AS (heretter klager).
- (8) Rammeavtalen ble tildelt Sagene Data AS (heretter valgte leverandør) 5. desember 2022. Valgte leverandør fikk en samlet uttelling på 9,79 poeng ved evalueringen. Klager kom på andre plass med 9,04 poeng og InfoCare AS kom på tredje plass med 8,69 poeng.
- (9) Klager klaget på tildelingsbeslutningen 19. desember 2022, og anførte at valgte leverandør skulle avvises fra konkurransen på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om god gjennomføringsevne. Dette fordi det i tilbudets oversikt over «tilgjengelig personell» var tilbudt 23 personer, mens hjemmesiden viste at ikke alle disse var ansatte. Klager hadde også innvendinger mot evalueringen under tildelingskriteriet «Kvalitet».
- (10) Innklagede tok ikke klagen til følge, og svarte 13. januar 2023 at «Oppdragsgiver har i etterkant av klagen fått bekreftet at Sagene data AS er i ansettelsesprosesser, og at tilbudt personell vil være formelt ansatt innen kontraktsoppstart». Innklagede gjennomførte en ny evaluering som medførte at klager gikk fra 9,04 til 9,42 poeng.
- (11) Klager begjærte etter dette midlertidig forføyning til Oslo tingrett 18. januar 2023. Retten tok ikke begjæringen til følge i kjennelse av 17. mars 2023.
- (12) Rammeavtalen ble inngått med valgte leverandør 23. mars 2023. Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 28. august 2023.

(13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. desember 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a), ved ikke å avvise valgte leverandør grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om god gjennomføringsevne.
- (15) Kvalifikasjonskravet må tolkes slik at det skulle foretas en vurdering om leverandøren rådet over tilstrekkelig personell til å gjennomføre kontrakten, herunder om personellet hadde fagbrev eller annet kompetansebevis. Det klare utgangspunktet for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet er tilbudstidspunktet, og det vil være i strid med prinsippet om likebehandling å vektlegge ressurser som leverandøren ikke rådet over på dette tidspunktet. Dersom valgte leverandør var i en prosess med å ansette nye ressurser, måtte i det minste de aktuelle ressursene ha akseptert et ansettelsesforhold før tilbudsfristens utløp, men det stilles spørsmål ved om dette ville vært tilstrekkelig.
- (16) Ved fastsettelse av terskelen for når kravet er oppfylt, må det ses hen til at rammeavtalen omhandler levering av tjenester til 186 skoler, og konkurransegrunnlaget viser at kapasitet er viktig. Et av tildelingskriteriene er leveringstid. Estimert kontraktsverdi på 50 millioner kroner, tilsier grovt beregnet ca. 32 konsulenter. Selv om estimatet er uforpliktende for innklagede, er leverandøren forpliktet til å levere på dette ved behov. Klager var leverandør på forrige rammeavtale og hadde ca. 30 ansatte som arbeidet innenfor rammeavtalen. Historikken viser at det er sannsynlig at rammene for avtalen vil bli benyttet i løpet av avtaleperioden. Leverandørene må også ta høyde for at i starten av rammeavtalen vil mange oppdrag starte samtidig.
- (17) Innklagedes vurdering av kvalifikasjonskravet viser at innklagede har lagt til grunn at valgte leverandør har 24 ressurser tilgjengelig. I valgte leverandørs oversikt over tilbudte 23 ressurser (ett navn var nevnt to ganger), var imidlertid kun elleve ansatt på tilbudstidspunktet. Kun fire var aktuelle å tilby som IKT-ansvarlige, da det av øvrige ressurser var fire lærlinger, én daglig leder, én adjunkt og én systemadministrator. Konsulentene må forutsettes å ha en minstekompetanse, slik at lærlinger ikke kan bli akseptert som IKT-ansvarlig. Valgte leverandør oppfylte dermed ikke kvalifikasjonskravet.
- (18) I forbindelse med den midlertidige forføyningen kom det frem at innklagede hadde lagt vekt på en bredere vurdering av rekrutteringsprosesser hos leverandør og hvorvidt leverandørene var attraktive på arbeidsmarkedet. Dette er usaklig å vektlegge i kvalifikasjonsvurderingen. Etterfølgende forhold viser dessuten at hele ti av de navngitte ressursene på listen ikke ble ansatt av valgte leverandør.
- (19) Klagenemnda bes om å ta stilling til om vilkårene for erstatning er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har ikke brutt regelverket. Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om god gjennomføringsevne og skulle derfor ikke avvises.
- (21) Kvalifikasjonskravet stiller ikke krav om at et gitt antall konsulenter måtte være ansatt på tilbudstidspunktet. Det er heller ikke stilt eksplisitte krav til kompetanse hos oppgitte ressurser. Kvalifikasjonskravet legger derimot opp til en skjønnsmessig vurdering av om

leverandørens gjennomføringsevne for oppfyllelse av kontrakten er «god». I denne vurderingen må det sees hen til ytelsene som kontrakten omfatter. Konkurranses grunnlaget legger opp til at det blir stor variasjon i behovene, og omfanget tar utgangspunkt i estimerer som er uforpliktende. Det foreligger derfor ikke grunnlag for å komme til at leverandørene må ha et visst antall faste ressurser til å gjennomføre oppdrag til verdi av 50 millioner kroner i løpet av fire år.

- (22) Når det gjelder valgte leverandør har de levert et organisasjonskart med 23 personer, der 11 var ansatt i selskapet da tilbudet ble gitt. Valgte leverandør var i en ansettelsesprosess med resterende ressurser og tilbudt personell skulle være formelt ansatt innen kontraktoppstart. Årsaken til at åtte av personene på listen ikke ble ansatt hos valgte leverandør, skyldes muligens at forføyningssaken førte til at kontraktinngåelse med innklagede måtte utsettes.
- (23) For innklagede fremstår det som klart ut fra dette tilbudet at de vil ha krav på 23 dedikerte ressurser for gjennomføring av oppdrag under rammeavtalen. At ikke alle tilbudte ressurser er formelt ansatt av leverandør kan ikke få avgjørende betydning. Det påpekes dessuten at oppdragsgiver har rett til å stole på de opplysningene som gis i tilbudene, jf. blant annet LB-2016-65693 og sak 2012/62 fra klagenemnda, og at EFTA-domstolen i forbindelse med Fosen-Linjen-saken uttalte at det ikke kan kreves undersøkelse av enhver tvil, se E-16/16.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av en rammeavtale om IKT-tjenester. Dette er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 50 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (25) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om «god gjennomføringsevne».
- (26) Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav a) at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør som «ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (27) Kvalifikasjonskrav stilles for å sikre at leverandøren evner å levere i henhold til kontrakten, og de må oppfylles for å få lov til å delta i konkurransen, se LE-2022-19926. Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene må være oppfylt ved utløpet av tilbudsfristen, jf. LG-2016-13394. Unntak gjelder dersom utformingen av kvalifikasjonskravet eller konkurransegrunnlaget ellers, legger opp til en senere oppfyllelse. I denne saken er det ikke grunnlag for å lese kvalifikasjonskravet eller konkurransegrunnlaget slik at oppfyllestidspunktet er senere enn utløpet av tilbudsfristen. Klagenemnda oppfatter heller ikke dette som omtvistet.
- (28) Hvordan et kvalifikasjonskrav skal forstås, nærmere bestemt hvilke rettslige rammer konkurransegrunnlaget setter for innklagedes skjønnsutøvelse, kan klagenemnda prøve fullt ut. Det skal foretas en objektiv tolking av kvalifikasjonskravet, jf. LB-2016-104214. Utgangspunktet for tolkingen må tas i en naturlig forståelse av ordlyden i kvalifikasjonskravet, jf. HR-2022-1964-A avsnitt 51 og LB-2020-122884 med videre

henvisninger. Det følger også av LB-2020-122884 at formålet med kvalifikasjonskravet, systembetraktninger og andre reelle hensyn kan trekkes inn i tolkningen.

- (29) Det aktuelle kvalifikasjonskravet stiller krav til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. forskriften § 16-5, og er utformet som at «*Det kreves god gjennomføringsevne*». Dette er et rundt utformet kvalifikasjonskrav som må tolkes i lys av dokumentasjonskravet, jf. LB-2020-122884 og HR-2022-1964-A. Leverandørene skulle dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet gjennom å levere en:

«Oversikt (organisasjonskart eller lignende) over personell som vil bli benyttet i denne kontrakten med kort beskrivelse av rolle. Opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner som fagbrev eller andre relevante kompetansebevis vedlegges.

Beskrivelse av leverandørens samlede kompetanse som er relevant for denne kontrakten på maks tre A4-sider. NB! Oppdragsgiver vil ikke vurdere CV-er.»

- (30) «*God gjennomføringsevne*» tolket i lys av dokumentasjonskravet innebærer at leverandørene må besitte de nødvendige menneskelige ressursene til å gjennomføre kontrakten. Dette innebærer både et visst antall personer og en viss kompetanse. Rammeavtalen er omfattende. Det er potensielt 186 skoler som kan benytte seg av rammeavtalen og totalverdien er estimert til 50 millioner kroner over fire år. Det følger av HR-2022-1964-A at det vil være relevant å se hen til objektive momenter knyttet til kontrakten ved tolkingen av kvalifikasjonskravet. Kontraktens art og omfang tilsier at for å oppfylle kravet til god gjennomføringsevne, vil det kreves en organisasjon som har en viss størrelse og som er fleksibel og robust nok til å kunne håndtere flere samtidige avrop. Det blir særlig vist til at skolene skulle ha mulighet for å kjøpe tjenesten enten som fast antall timer/dager per uke eller som mer sporadiske oppdrag i perioder med høy aktivitet eller ved ekstraordinære situasjoner.
- (31) I vurderingen av om den enkelte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet, vil oppdragsgiver ofte kunne utøve et innkjøpsfaglig skjønn, så lenge kvalifikasjonskravet legger opp til skjønnsmessige vurderinger. Vurderingen må likevel skje innenfor rammene som kvalifikasjonskravet angir, og være i samsvar med de grunnleggende prinsippene som følger av loven § 4, se HR-2022-1964-A avsnitt 54.
- (32) Innklagede anfører at kvalifikasjonskravet ikke kan forstås slik at personellet som vil benyttes i kontrakten må være ansatt, eller at leverandøren må råde over de angitte ressursene for å være kvalifisert.
- (33) Det følger av forskriften § 16-10 (1) at en leverandør kan støtte seg på «*kapasiteten til andre virksomheter*» for å oppfylle kvalifikasjonskrav til tekniske og faglige kvalifikasjoner. Leverandøren skal da dokumentere at «*han råder over de nødvendige ressursene*», jf. § 16-10 (2).
- (34) Når en leverandør råder over kvalifisert personell i egen virksomhet, trenger ikke leverandøren å støtte seg på andre virksomheter. Dette forutsetter imidlertid at de personene som utgjør de «*nødvendige ressursene*» allerede har inngått en avtale om ansettelse, eller en annen form for forpliktelse som gjør at leverandøren råder over ressursene. Det vil ikke være tilstrekkelig at leverandøren planlegger å ansette det kvalifiserte personellet. Det vil i så fall undergrave reglene om kvalifikasjonskrav og adgangen til å støtte seg på andre virksomheter. Dette følger forutsetningsvis av

forskriften § 16-5, hvor det fremkommer at oppdragsgiver bare kan stille krav som er relevante for å sikre at leverandøren «*har*» de tekniske og faglige kvalifikasjonene. Forskriften § 16-6, som omhandler dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, gir i flere av alternativene også uttrykk for det samme prinsippet; det er ressurser leverandør faktisk «*råder over*» som kan oppfylle kvalifikasjonskravet.

- (35) Valgte leverandør har ikke dokumentert at 12 av de opplistede ressursene hadde takket ja til et ansettelsesforhold. Innklagede skulle dermed ha vurdert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet basert på personellet som var ansatt hos valgte leverandør på tilbudstidspunktet.
- (36) Dokumentasjonen fra valgte leverandør gjorde at det fremstod som at ressursene var ansatt, og innklagede anfører at de hadde rett til å stole på dette, jf. blant annet LB-2016-65693. Klagenemnda ser imidlertid ikke at det er en problemstilling i saken om innklagede kunne stole på tilbudet eller om det forelå en særlig foranledning for kontroll. Innklagede ble før kontraktsinngåelse kjent med de faktiske forhold etter å ha forhørt seg med valgte leverandør, og måtte etter dette forholde seg til rett faktum i vurderingen av oppfyllelse av kvalifikasjonskravet.
- (37) Klagenemnda vil etter dette ta stilling til om kvalifikasjonskravet var oppfylt med de ressursene valgte leverandør rådet over på tilbudstidspunktet.
- (38) I den konkrete vurderingen av om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om «*god gjennomføringsevne*», har innklagede lagt til grunn at de vil ha krav på 23 dedikerte ressurser for gjennomføring av oppdrag under rammeavtalen, og at dette er tilstrekkelig. Det er stor avstand mellom 23 personer og de 11 som var ansatt hos valgte leverandør på tilbudstidspunktet. Fire av de 11 som var ansatt hos valgte leverandør var lærlinger. Klagenemnda ser det ikke som riktig å legge til grunn at de fire lærlingene kan fungere fullt ut som selvstendige konsulenter, og det antas at heller ikke daglig leder i selskapet kan arbeide full tid i denne rammeavtalen.
- (39) For klagenemnda fremstår det ikke som sannsynliggjort at ressursene valgte leverandør rådet over på tilbudstidspunktet samlet sett hadde den nødvendige kompetanse, fleksibilitet og robusthet som kreves for å kunne gjennomføre avtalen. Nemnda konkluderer med at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravet om «*god gjennomføringsevne*». Innklagede skulle derfor ha avvist valgte leverandør fra konkurransen jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a).
- (40) Bruddet på forskriften kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og klagegebyret tilbakebetales, jf. klagenemndforskriften § 13.
- (41) Klagenemnda har ikke praksis for å ta stilling til spørsmål om erstatning.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forskriften § 24-2 (1) bokstav a), ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur