



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Ulovlige tildelingskriterier

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av konsulenttjenester. Klager anførte blant annet at innklagede hadde brutt regelverket ved å anvende ulovlige tildelingskriterier. Klagenemnda kom til at tildelingskriteriet "Kvalitet" var i strid med forskriften § 22-2, og at innklagede på dette grunnlag hadde plikt til å avlyse konkurransen. Klagenemnda tok derfor ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Klagenemndas avgjørelse 14. juni 2016 i sak 2016/17

Klager: WSP Norge AS

Innklaget: Finansdepartementet

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Finansdepartementet (heretter innklagede) kunngjorde 21. februar 2015 en åpen anbudskonkurranse for å inngå rammeavtale om konsulenttjenester for kvalitetssikring av store statlige investeringer. Avtale skulle inngås med inntil syv leverandører, med varighet på to år, og opsjon på to års forlengelse. Anskaffelsens anslåtte verdi var 100-300 millioner kroner. Tilbudsfristen var 13. april 2015.
- (2) Bakteppet for anskaffelsen er St. prp. nr. 1 (1999-2000) - Gul bok, som etablerte en ordning med obligatorisk ekstern kvalitetssikring av alle¹ statlige investeringsprosjekter med en antatt kostnad over 500 millioner kroner. Ordningen omfatter kvalitetssikring av konseptvalg (kalt KS1), og kvalitetssikring av kostnadsoverslag og styringsunderlag (kalt KS2). Det fremgår i konkurransegrunnlaget at hensikten med KS1 er "*å gi et faglig og uavhengig grunnlag for den politiske beslutningen om et konseptvalg*", og at hensikten med KS2 er "*en uavhengig analyse av prosjektet før det legges frem for Stortinget*".
- (3) Kvalifikasjonskravene var beskrevet i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget kapittel seks. Kravene var inndelt i ti underkapitler med følgende overskrifter:

"Overordnede krav

Krav i forbindelse med konseptvurdering

Krav i forbindelse med estimering og usikkerhetsanalyse

Krav i forbindelse med prosjektstyring

¹ Unntatt SDØE (statlig engasjement i petroleumssektoren)

Bredde i bransjekompetanse

Referanser. Grad av gjenkjøp

Uavhengighet

Soliditet

Skatteattest

Helse, miljø og sikkerhet (HMS)"

- (4) Det var stilt dokumentasjonskrav under hvert av underkapitlene. Herunder var det eksempelvis bedt om CV for de konsulenter som skal være ansvarlige for de enkelte oppdrag, og at tilbyderne redegjorde for sin erfaring med større prosjekter innenfor en rekke ulike ansvarsområder.
- (5) Rammeavtale ville tildeles de økonomisk mest fordelaktige tilbudene, basert på tildelingskriteriene "*Pris*" (vektet 25 %), "*Kvalitet*" (65 %) og "*Leveringsdyktighet*" (10 %). Ifølge konkurransegrunnlaget punkt 10.7 skulle det foretas en helhetsvurdering av kvalitetskomponenten, og som ledd i vurderingen ville følgende særlig vektlegges:
- "- Grad av erfaring med konseptvurderinger*
 - Grad av erfaring med samfunnsøkonomiske analyser*
 - Grad av erfaring med estimering*
 - Grad av erfaring med usikkerhetsanalyser*
 - Grad av erfaring med prosjektstyring*
 - Grad av erfaring med store prosjekter*
 - Kvaliteten på metodikk og verktøy*
 - Graden av avhengighet av underleverandører*
 - Kundetilfredshet"*
- (6) Det fremkom ikke i denne sammenheng nærmere hvordan tilbyderne skulle dokumentere oppfyllelsen av tildelingskriteriene.
- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 2.1 fremgikk det at tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen ville gjøres på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres ny konkurranse. Under punkt 2.2 "*Oppdragsvolum*" var det opplyst at oppdragsgiver ville tilstrebe en "*noenlunde jevn fordeling av antall oppdrag på de anbydere som tildeles rammeavtale*". Det ble imidlertid tatt forbehold om anbyders kapasitet, tilgangen på konsulenter med ønskede kvalifikasjoner relatert til det enkelte oppdrag, og nærmere krav til habilitet.

- (8) Innklagede mottok tilbud fra åtte ulike leverandørkonstellasjoner bestående av til sammen 24 selskaper, herunder ett tilbud fra Vista analyse AS og Faveo prosjektledelse AS (heretter klager). Faveo endret for øvrig navn til WSP Norge AS den 11. januar 2016.
- (9) Innklagede informerte tilbyderne 2. september 2015 om at rammeavtaler ville tildeles til seks leverandører. Vedlagt tildelingsbeslutningen var et utdrag fra et vedlegg til anbudsprotokollen, som inneholdt begrunnelsen for valget av tilbud. Vedrørende tilbudsevalueringen fremgikk blant annet følgende:

"Listen for å komme inn på Finansdepartementets rammeavtale er lagt høyt. Potensialet for avvik fra krav og forventninger i kvalitetskomponenten er følgelig større nedover enn oppover. For dette tildelingskriteriet opereres det med karakteren «godt», samt et antall minustegn, i utgangspunktet fra ett til fire. I denne kvalitetsmessig rimelig jevne konkurransen har imidlertid ingen blitt tildelt mer enn ett minustegn. For å markere forskjellen mellom et godt tilbud og et som er eksepsjonelt godt (går utover forventningene), tildeler vi i sistnevnte tilfeller ett plusstegn.

For priskomponenten opereres det med karakteren «godt» samt pluss- eller minustegn avhengig av størrelsen på avvikene. Her er det mulig å score både flere minuser og flere plusser, i prinsippet opp til 4 hver vei. Også for denne komponenten er imidlertid konkurransen forholdsvis jevn. Avvikene begrenser seg til ett minustegn for en tilbyder og to plusstegn for en annen.

Plusser og minuser er på ordinal skala og kan ikke summarisk legges sammen ved vurderingen av hvem som skal tildeles kontrakt."

- (10) Fra begrunnelsen av vurderingen under kvalitetskriteriet gjengis følgende:

"For flere av «grad av erfaring med»-momentene er det i konkurransegrunnlaget bedt om at antall prosjekter hvor tilbyder har hatt en vesentlig rolle, oppgis. Dette innebærer ikke at dobbelt så mange prosjekter gir dobbelt så høy score. Momentene inngår i kvalitetskomponenten og ikke en kvantitetskomponent. Det ville for øvrig vært umulig for nye aktører å komme inn på rammeavtalen om dette skulle vært annerledes. Men det må vises til et slikt antall prosjekter med en vesentlig meritterende rolle at det kan anses godtgjort at anbyder konsistent leverer god kvalitet over det spekteret av fagområder som konkurransegrunnlaget etterspør.

Når det gjelder verifikasjon av påberopt relevant erfaring, har Finansdepartementet omfattende førstehånds kunnskap om de firmaene som var med i den forrige rammeavtalen. For nye tilbydere har departementet i noen tilfeller kjennskap til rapporter som har vært utarbeidet, bl.a. som grunnlag for kvalitetssikring etter oppdrag fra vedkommende fagdepartement. Dette er i den utstrekning en har funnet det nødvendig, supplert med innhenting av ytterligere rapporter, samt innhenting av referanser/uttalelser vedrørende oppdragsutførelse for andre kunder. Annenhånds erfaring kan aldri erstatte førstehånds fullt ut. Dette har en vært seg bevisst, og søkt å kompensere ved bl.a. å utvide bredden på referanseinnhenting der en har vært i tvil.

Når det gjelder graden av uavhengighet av underleverandører, presiserer konkurransegrunnlaget at slik avhengighet "...vil være kurant for mindre, avgrensede problemstillinger, men vil være problematisk dersom det skal omfatte større deler av leveransene, da det vanskelig vil være forenlig med hensynet til å kunne utføre analyser

som er tilstrekkelig helhetlig integrert». Dette innebærer at underleverandører bare i begrenset grad kan godtas som substitutt for mangler i egen fagkompetanse. Underleverandører som derimot kommer som tillegg til et faglig godt dekkende bemanningsoppsett hos tilbyder vil eventuelt kunne vurderes som et pluss.

I det følgende kommenteres de enkelte tilbud."

- (11) Avtalen med de valgte leverandørene ble undertegnet 21. september 2015.
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 29. januar 2016.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. juni 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften § 22-2 ved å blande kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og ved at kriteriene var uklare. Konkurranses grunnlaget anga ikke et skille mellom kvalifikasjonskravene og tildelingskriteriet "*Kvalitet*", eller hvilke vurderinger som skulle gjøres under de nærmere angitte temaene. De samme forholdene skulle tilsynelatende vurderes under kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen. Uklarheten ble forsterket ved at det ikke er etterspurt dokumentasjon for oppfyllelse av tildelingskriteriene.
- (15) Innklagede har også brutt forskriften § 22-2 ved at underkriteriene til tildelingskriteriet "*Kvalitet*" ikke har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden. Det er eksempelvis uklart hvordan «*Graden av avhengighet av underleverandører*» og «*Kundetilfredshet*» kan knyttes til kontraktens gjenstand, herunder fordi forholdene også skulle vurderes i kvalifikasjonsvurderingen.
- (16) Tildelingskriteriet "*Kvalitet*" er også ulovlig fordi det er uklart hva som skal vektlegges under "*grad av erfaring*". Det fremstår som om det skal gjøres en kvantitativ vurdering, og innklagede har ikke presisert hvilken dokumentasjon leverandørene skal levere i denne forbindelse.
- (17) (På bakgrunn av det resultatet klagenemnda har kommet til, er ikke klagers øvrige anførsler gjengitt)

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Tildelingskriteriet "*Kvalitet*" var verken i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 eller forskriften § 22-2. Det er anledning til å vurdere egenskaper ved leverandørene, som erfaring og kompetanse, hvis dette kan identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriet "*Kvalitet*" var utdypet med en rekke underkriterier. Nær samtlige av disse knyttet seg til graden av den oppdragsspesifikke kompetansen og erfaringen hos leverandøren og dennes tilbudte nøkkelpersoner/konsulenter. Underkriteriene ble vurdert ut fra CV-er som etterspurt i konkurransegrunnlaget punkt 6.1 – og det var *graden av erfaring og kompetanse* som ble vurdert. Det er foretatt ulike vurderinger i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen, selv om erfaring og kompetanse er vurdert i begge faser. Dersom forholdet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier i praksis hadde fremstått som uklart, ville tilbudene måtte formodes å bære preg av dette. Noe slikt tegn til forvirring har ikke innklagede registrert hos noen av tilbyderne.

- (19) Tildelingskriteriet "*Kvalitet*", med tilhørende underkriterier, var tilstrekkelig klart. Kriteriene må for det første leses i lys av den relativt brede beskrivelsen som er gitt av de tjenestene som skal leveres under kontrakten. Det må også tas i betraktning at det dreier seg om en rammeavtale hvor det som skal leveres er kvalitetssikring av fremtidige prosjekter som i stor grad er ukjente for begge avtaleparter ved kontraktsinngåelsen

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale om kvalitetssikring av store statlige investeringer, som er en tjenesteanskaffelse. Det var i kunngjøringen opplyst at anskaffelsen sorterte under tjenestekategori 27, jf. forskriftens vedlegg 6, men også at anskaffelsen ville følge forskriften del III. Innklagede har ikke i ettertid pretendert at anskaffelsen gjaldt en uprioritert tjeneste, eller at det forskriften del II, ikke III, som kommer til anvendelse. Avtale skulle inngås med inntil syv leverandører, med varighet på to år, og opsjon på to års forlengelse. Anskaffelsens anslåtte verdi var 100-300 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (21) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved at det ikke var klart hvilke vurderinger som skulle gjøres i kvalifikasjonsfasen, og hvilke forhold som skulle vurderes ved evalueringen av tildelingskriteriet "*Kvalitet*". Det anføres også at underkriteriene til kvalitetskriteriet ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden.
- (22) Når en kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, "*skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden*", jf. forskriften § 22-2 (2). Klagenemnda har i en rekke saker lagt til grunn at det er et skille i regelverket mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, noe som følger av EU-domstolens avgjørelse i sak C-532/06 (Lianakis).
- (23) I konkurransegrunnlaget var det opplyst at innklagede ville foreta en helhetsvurdering av tilbudene under kvalitetskriteriet. Elementer som ville inngå i vurderingen var grad av erfaring med konseptvurderinger, med samfunnsøkonomiske analyser, med estimering, med usikkerhetsanalyser, med prosjektanalyser og med store prosjekter. De øvrige angitte elementene var kvaliteten på metodikk og verktøy, graden av avhengighet av underleverandører og kundetilfredshet. Kriteriene hadde ikke tilhørende dokumentasjonskrav.
- (24) I foreliggende sak korresponderte underkriteriene i stor grad med de enkelte underkapitlene i konkurransegrunnlagets kapittel 6 om kvalifikasjonskrav, sml. avsnitt (3) og (4) ovenfor. Det var derfor nærliggende at dokumentasjonen innlevert i den forbindelse, også ville være relevant ved tildelingsevalueringen. Eksempelvis skulle tilbyderne redegjøre for sine erfaringer med en rekke ulike forhold, antall prosjekter der tilbyder hadde bestemte ansvarsområder, avhengighet av underleverandører, og det skulle leveres CV for de konsulenter som skal være ansvarlige for de enkelte oppdrag.
- (25) Med denne bakgrunn må tildelingskriteriene forstås slik at de rettet seg mot leverandørenes "*Grad av erfaring med [ulike analyser]*", og ikke utelukkende mot de ressursene som skulle utføre oppdrag under rammeavtalen. Klagenemnda har tidligere

lagt til grunn at dersom erfaring skal benyttes som tildelingskriterium, er det en forutsetning at det er *tilbudt personells* erfaring som gjøres til et vurderingstema, og ikke *leverandørens* erfaring mer generelt, jf. blant annet klagenemndas sak 2015/78 premiss (15) flg.

- (26) I klagenemndas sak 2015/149 avsnitt (34) flg. uttalte nemnda imidlertid at det ikke gjelder noen ubetinget regel om at tildelingskriterier som retter seg mot leverandørens egenskaper ikke kan vurderes i tildelingsevalueringen. Nemnda uttalte også at i den grad egenskapene som etterspørres ved leverandøren gjør seg gjeldende i det aktuelle prosjektet, er det ikke grunn til å operere med et skarpt skille mellom tilbudt personell og leverandøren som sådan. Nemnda la til grunn at det avgjørende for om et kriterium har tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden, er om det som skal vurderes har en nær og påviselig betydning for kvaliteten på ytelsen som tilbys, slik at kriteriet først og fremst søker å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Denne tolkningen er for øvrig i tråd med den rettsoppfatningen Arrowsmith tar til orde for i tredje utgave av *"The law of public and utilities procurement"* (side 751):

"Lianakis does not preclude considering either the abilities of the tenderer or the qualities of the individuals or the team working on the contract, to the extent that these are actually relevant to the quality of the work that will be done under the contract i.e. in determining which offer is the most economically advantageous."

- (27) Anskaffelser av rammeavtaler for konsulenttenester med flere leverandører er gjerne særpreget av at de konkrete oppdragene under rammeavtalen ikke er kjent når rammeavtalen etableres. I dette lys vil leverandørens mer generelle kompetanse etter omstendighetene kunne være et relevant kriterium for å identifisere hvilke tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige ved etableringen av rammeavtalen. Dette vil kanskje særlig kunne være aktuelt når kontrakter innenfor rammeavtalen tildeles *"etter at det er iverksatt ny konkurranse mellom partene"*, jf. § 15-3 (3). Konkurransen om de enkelte oppdrag avgjøres i slike tilfeller på grunnlag av vilkårene som ble brukt for å tildele rammeavtalen, om nødvendig presisert av oppdragsgiver, eller på andre vilkår oppgitt i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.
- (28) I foreliggende sak fremgikk det at tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen ville foretas på grunnlag av vilkårene som fastsatt i rammeavtalen, uten at det gjennomføres ny konkurranse. Videre var det opplyst at oppdragsgiver ville tilstrebe en *"noenlunde jevn fordeling av antall oppdrag på de anbydere som tildeles rammeavtale"*.
- (29) I den grad en slik fordelingsmekanisme overhodet oppfyller kravet om at vilkårene for tildeling av kontrakt skal være fastsatt i rammeavtalen i henhold til forskriften § 15-3 (2), er konkurransen om rammeavtalen uansett ikke innrettet slik at leverandørens generelle kompetanse lovlig kunne benyttes som tildelingskriterium. Innklagede har i realiteten kun opprettet en rammeavtale med en rekke leverandører, basert på overordnede kriterier uten en klar tilknytning til arbeidet som skal utføres under kontrakten, og står nokså fritt til å tildele de enkelte kontrakter til den leverandøren man ønsker ved de kommende oppdragene.
- (30) Innklagede har brutt forskriften § 22-2 ved å anvende et ulovlig tildelingskriterium.
- (31) Klager har anført at innklagede på dette grunnlag hadde plikt til å avlyse konkurransen. Klagenemnda har lagt til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen

dersom det påvises at den kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. Tildelingskriteriene har regelmessig stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om deltakelse og ved tilbudsutformingen. I foreliggende sak var tildelingskriteriet "*Kvalitet*" endatil vektet 65 %. Konkurransen skulle derfor ha vært avlyst.

- (32) På denne bakgrunn finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til klagers øvrige anførsler. Nemnda finner heller ikke grunn til å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Konklusjon:

Finansdepartementet har brutt forskriften § 22-2 ved å anvende ulovlige tildelingskriterier.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk