



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Oxford Research AS
Østre Strandgate 1
4610 KRISTIANSAND S
Norge
Rune Stiberg-Jamt

Deres ref.:

Vår ref.: 2018/0138-8

Saksbehandler: Henriette Steien

Dato: 14.08.2019

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage av 12. april 2018 på offentlig anskaffelse av forskningskonsulenttjeneste for evaluering av pedagogiske tiltak ved «Jobbskolen» i Kristiansand. Vi 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 frem.

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

Bakgrunn:

- (1) Vest-Agder fylkeskommune (heretter *innklagede*) inviterte 29. januar 2018 tre forskningsmiljøer (Agderforskning AS, Arbeidsforskningsinstituttet ved OsloMet og Oxford Research AS) til å levere tilbud i konkurranse for kjøp av forskningskonsulenttjeneste for evaluering av pedagogiske tiltak ved «Jobbskolen» i Kristiansand. Anskaffelsens verdi ble estimert til kroner 300 000 ekskl. mva. Tilbudsfrist var 13. februar 2018.

- (2) Av tilbyderinstruksen punkt 1.2 «Bakgrunn og problemstilling» fremgikk det følgende informasjon om anskaffelsen:

«Vest-Agder Fylkeskommune har fått prosjektmidler for å styrke den pedagogiske innsatsen på Jobbskolen ved NAV Kristiansand. Et av kravene for å søke midler, er at det planlegges en evaluering av effekten av tiltaket som får midler. Vest-Agder fylkeskommune ber om tilbud på forskningsdesign og evaluering av Jobbskolen med utgangspunkt i dagens situasjon. Evalueringen skal behandle situasjonen før og etter de planlagte tiltakene.»

- (3) Videre fremgikk det følgende av tilbyderinstruksen punkt 1.6 «Tilbudsfrist/fremdriftsplan»:

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

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

«Det legges opp til følgende tentative fremdrift:

- Oppstart oppdrag 4.4.2018
- Intervjurunde før tiltak april/mai 2018
- Foreløpig rapport medio september 2018
- Intervjuer etter tiltak/effektsamtale april/mai 2019
- Endelig rapport november 2019»

- (4) Tildelingskriteriene for konkurransen fremgikk av tilbyderinstruksen punkt 4.2:

«4.2.1 Løsningsforslag/forskningsdesign

Tilbudet vil bli evaluert på bakgrunn av hvordan tilbyder beskriver at de vil løse oppdraget som er spesifisert.

4.2.2 Tilbudt kompetanse

Tilbudet vil bli evaluert på bakgrunn av hvilken kompetanse som skal benyttes inn i prosjektet, basert på innlevert dokumentasjon, publikasjonslister og dokumentert erfaring fra relevante og sammenlignbare prosjekter.

4.2.3 Antall timer avsatt til prosjektet

Tilbyder vil bli evaluert på et budsjett som viser andel ressurser som brukes for gjennomføring av oppdraget. Budsjettet skal være spesifisert på hvert av punktene, kompetanse og timepris.»

- (5) Agderforskning AS henvendte seg ved brev 31. januar 2018 til innklagede, og stilte spørsmål ved behovet for å konkurranseutsette forskningstjenesten ved anbud. Agderforskning AS fremhevet at deres forskningsmiljø var nevnt i søknaden om prosjektmidler til Kulturdepartementet, og at Agderforskning hadde deltatt som forskningspartner knyttet til prosjektet «Jobbskolen» siden 2013. Agderforskning mente også at det var grunnlag for å unnta anskaffelsen som helhet fra anskaffelsesreglene etter bestemmelsen i forskriften § 2-5. Videre ble det blant annet fremholdt følgende:

«Vi finner med bakgrunn i dette at valgt fremgangsmåte er problematisk. I tillegg til de rent faglige momentene kommer det forhold at hvis nå Agderforskning søker utlyst prosjekt og får dette, så kan andre søkere vurdere at dette ikke er en reell konkurranse siden Agderforskning i utgangspunktet er skrevet inn som forskningspartner i søknad til KD. Dette kan potensielt eksponere Vest-Agder fylkeskommune for kritikk. Agderforskning kan også frykte at man ved ellers like vurderinger ikke tildeler prosjektet til Agderforskning nettopp for å unngå slik kritikk fra tredjepart.

Agderforskning oppfordrer derfor Vest-Agder fylkeskommune til å trekke utlysningen og å ta initiativ til møte mellom relevante fagmiljø i Vest-Agder fylkeskommune, NAV Kristiansand og Agderforskning og bruke denne arenaen til å utforske innhold og mulighet til å finne relevante problemstillinger som knytter sammen forsknings og utviklingsproblematikk i det videre arbeidet med å utvikle jobbskolen.»

- (6) Til dette svarte innklagede 7. februar 2018 følgende:

«Vest-Agder fylkeskommune har vurdert dette oppdraget til å være et ordinært tjenestekjøp, og har derfor invitert tre firma/organisasjoner til å levere tilbud på levering av konsulenttjenester. VAF ønsker konkurranse om levering av tjenester på dette oppdraget uavhengig av hvordan oppdraget eventuelt kan eller skal karakteriseres.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 2-5 gir VAF muligheter og begrensninger i forhold til oppdrag av denne typen. Det er vår vurdering at dette oppdraget omfattes av §2-5, 2. ledd bokstav a og b, og derfor ikke hjemler et unntak fra lov og forskrift slik bestemmelsens 1. ledd i visse tilfeller kan gjøre.»

- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Agderforskning AS og Oxford Research AS (heretter *klager*). Det ble gjennomført forhandlingsmøter med klager 21. februar 2018 og med valgte leverandør 22. februar 2018. Begge tilbydere leverte revidert tilbud innen fristen 9. mars 2018.

- (8) Kontrakten ble tildelt Agderforskning AS (heretter *valgte leverandør*) ved brev av 15. mars 2018. Av tildelingsbrevet fremgikk følgende begrunnelse:

«VAF har gjennomført forhandlinger med begge disse og det er mottatt revidert tilbud innenfor oppsatt frist. Begge tilbudene er gode, og vil begge gi en god gjennomføring av oppdraget.

Det er likevel VAFs mening at tilbudet fra Agderforskning AS er det beste tilbudet.

Begge tilbydere viser god forståelse for oppdraget. Agderforskning viser en bedre innsikt i Jobbskolens virksomhet, og har samtidig en annen og mer egnet tilnærming til målgruppen. De vil også utføre et større antall intervjuer, og med en større målgruppe, enn Oxford.

Kostnadmessig er tilbudene relativt like, men Agderforskning har tilbudt en lavere totalkostnad.»

- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 12. april 2018.

Sekretariatets vurdering:

- (10) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder kjøp av forskningskonsulenttjeneste for evaluering av pedagogiske tiltak ved «Jobbskolen» i Kristiansand. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 300 000 ekskl. mva. 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, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (11) Klager har i sine anførsler vist til flere bestemmelser i forskriften del III i klagen. Disse bestemmelsene gjelder ikke for vår sak, som dreier seg om et kjøp etter reglene i forskriften del I, jf. § 5-1. Reglene som følger av forskriften del III, kan som den klare hovedregel ikke innfortolkes i forskriften del I og II, og tilsvarende kan ikke reglene som følger av forskriften del II innfortolkes i forskriften del I. Se i denne forbindelse EUDomstolens avgjørelse i sak C-95/10 premiss 37, og NOU 2014:4 side 61.

- (12) Med dette som bakgrunn går sekretariatet over til å vurdere klagers anførsler.
- (13) Klager har for det første anført at innklagede har handlet i strid med forskriften ved å kommunisere med valgte leverandør via telefon og e-post, i tillegg til å kommunisere via den elektroniske plattformen som var angitt i tilbyderinstruksen. Forskriften del I inneholder imidlertid ingen regulering av slik kommunikasjon. I sakens dokumenter er det tidvis referert til at det har skjedd kommunikasjon mellom valgte leverandør og innklagede via telefon. Samtidig fremgår det at kommunikasjonen som har foregått via telefon, har blitt henvist til skriftlig plattform. Slik saken er opplyst, gir ikke disse forholdene grunnlag for å konstatere brudd på regelverket. Etter sekretariatets vurdering kan anførselen derfor klart ikke føre frem.
- (14) Klager har også anført at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av at valgte leverandør ikke hadde levert dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Innklagede har forklart at denne dokumentasjonen har blitt innhentet fra valgte leverandør. Slik supplerer er tillatt ved anskaffelser som foretas etter reglene i forskriften del I. Etter sekretariatets vurdering kan anførselen derfor klart ikke føre frem.
- (15) Klager anfører videre at valgte leverandør hadde urimelig konkurransefordel, både på grunnlag av dialogen mellom innklagede og valgte leverandør i forkant av tilbudsfristen, og på grunnlag av valgte leverandørs tilknytning til prosjektet «Jobbskolen». Klager mener derfor at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise leverandøren.
- (16) Spørsmålet om urimelig konkurransefordel og eventuell utjevning av slike, er ikke regulert i forskriften del I. Det rettslige utgangspunktet må derfor tas i anskaffelsesloven § 4. Av bestemmelsen fremgår det at oppdragsgiver skal sikre at tilbyderne behandles likt i anskaffelsesprosessen. Prinsippet om likebehandling innebærer blant annet at oppdragsgiver plikter å sikre at samtlige tilbydere får den samme informasjonen om anskaffelsen, og dermed settes i stand til å inngi tilbud på de samme premissene.
- (17) Klager har for det første vist til at valgte leverandør ved å sende brev til innklagede før utløpet av tilbudsfristen må ha hatt til hensikt å utøve press mot innklagede og påvirke innklagedes beslutning i konkurransen. At valgte leverandør sendte et brev til innklagede gir imidlertid ikke grunnlag for å konstatere at innklagede har brutt regelverket. Det vises i denne forbindelse også til innklagedes svar, hvor valgte leverandørs anmodning ble avslått.
- (18) Videre holder klager frem at valgte leverandør hadde en urimelig konkurransefordel fordi selskapet, ifølge klager, har deltatt i forberedelsen av konkurransen og vært involvert i prosjektet «Jobbskolen» tidligere.
- (19) I praksis etter det tidligere regelverket ble det lagt til grunn at oppdragsgiver kan ha en aktivitetsplikt for å utjevne en konkurransefordel som en tilbyder har i egenskap av for eksempel å være en eksisterende leverandør for oppdragsgiver, se eksempelvis sak 2010/160 premiss (80) med videre henvisninger. I disse sakene ble det lagt til grunn at oppdragsgiver ikke plikter å utjevne enhver forskjell. Om og i hvilken grad oppdragsgiver har plikt til å utjevne et konkurransefortrinn, beror på en avveining av de berørte interesser. En plikt til å utjevne en forskjell gjelder bare dersom utjevningen i teknisk henseende er enkel å foreta, er økonomisk rimelig, samt at den ikke innebærer en tilsidesettelse av eksisterende leverandørs rettigheter. Sekretariatet antar at dette også vil være førende for konkurranser som følger forskriften del I.

- (20) Innklagede har forklart at valgte leverandør har vært involvert i prosjektet «*Jobbskolen*» tidligere, og at valgte leverandør var nevnt i søknaden til Kunnskapsdepartementet knyttet til søknad om finansiering av dette prosjektet. Innklagede har imidlertid fastholdt at valgte leverandør ikke har deltatt i forberedelsene av konkurransen, og heller ikke i utformingen av konkurransegrunnlaget. Valgte leverandør har ikke vært involvert i utviklingen av de konkrete pedagogiske tiltakene som anskaffelsen gjelder. Det er heller ikke tale om at valgte leverandør har hatt en rådgiverrolle i anskaffelsesprosessen.
- (21) Opplysningene om valgte leverandørs tilknytning til «*Jobbskolen*», og klagers anførsler knyttet til denne, gir ikke grunnlag for å konstatere en plikt til utjevning av eventuell konkurransefordel. Videre gir ikke sakens faktum eller partenenes anførsler foranledning til å ta stilling til om oppdragsgiver kunne ha avhjulpet en eventuell konkurransefordel. På denne bakgrunn gir klagers anførsler ikke grunnlag for å konstatere et brudd på likebehandlingsprinsippet jf. anskaffelsesloven § 4. Etter sekretariatets vurdering kan anførselen om urimelig konkurransefordel derfor klart ikke føre frem.
- (22) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Jonn Sannes Ramsvik
Nestleder

Henriette Steien
førstekonsulent

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Oxford Research AS

Postadresse

Østre Strandgate 1

*Poststed*4610
KRISTIANSAND S
Norge*Kontakt/e-post*Rune Stiberg-Jamt
rune@oxford.no*Kopi til:*

Vest-Agder fylkeskommune

Serviceboks 517

4605
KRISTIANSAND S
NorgeKnut Otto Pedersen
KnutOtto.Pedersen@vaf.
no