



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De grunnleggende kravene i § 4. Evaluerings- eller prismodell. Tildelingsevaluering.

Innklagede kunngjorde en anskaffelse etter forskriftens del IV for inngåelse av rammeavtaler om arbeidsmarkedstiltaket Avklaring. Klagers anførsel om at evalueringsmetoden endret tildelingskriterienes vekt og derfor var i strid med kravet til forutberegnelighet, førte ikke frem. Klagers anførsel om at evalueringsmetoden ble fastsatt etter tilbudsåpning, samt klagers anførsel om brudd ved tildelingsevalueringen ble avvist for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klagenemndas avgjørelse 14. oktober 2021 i sak 2021/852

Klager: Helgeland Industrier AS

Innklaget: Arbeids- og velferdsetaten (NAV)

Klagenemndas medlemmer: Bjørn Berg, Marianne Dragsten og Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Arbeids- og velferdsetaten (NAV) (heretter *innklagede*) kunngjorde 11. mai 2020 en anskaffelse etter forskriftens del IV for inngåelse av rammeavtaler for arbeidsmarkedstiltaket Avklaring. Avtalene skulle ha en varighet på 24 måneder med opsjon på forlengelse i 1 + 1 år. Rammeavtalenes verdi ble i kunngjøringen punkt II.1.5 estimert til totalt 100 500 000 kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var 15. juni 2020.
- (2) I kunngjøringen punkt II.1.4 var det gitt en kort beskrivelse av anskaffelsen:
«NAV Nordland skal anskaffe rammeavtaler for arbeidsmarkedstiltaket Avklaring. Avklaring skal kartlegge og vurdere tiltaksdeltakerens arbeidsevne og eventuelle spesifikke behov for bistand for å skaffe seg eller beholde arbeid. Avklaringen skal bidra til at deltaker får økt innsikt i sine muligheter på arbeidsmarkedet og i egne ressurser og ferdigheter i jobbsammenheng.»
- (3) Konkurransen var inndelt i ni delkontrakter for ulike geografiske tjenesteområder. Denne klagen gjelder delkontrakt 2 Brønnøy, delkontrakt 3 Alstahaug og delkontrakt 4 Vefsn.
- (4) Leverandørene stod fritt til å inngi tilbud på alle delkontraktene. En leverandør kunne imidlertid tildeles kontrakt for maksimalt fire tjenesteområder, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.4. Dersom en leverandør hadde det beste forholdet mellom pris/kvalitet i flere enn fire tjenesteområder, ville leverandøren tildeles kontrakt i de tjenesteområdene som skulle evalueres først iht. angitt rekkefølge. Tjenesteområdet Brønnøy, Alstahaug og Vefsn var nummer 7, 8 og 9 i rekkefølgen.

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- (5) Innklagede forbeholdt seg en rett til å foreta avklaringer og forhandle med leverandørene. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at:

«Dersom det gjennomføres forhandlinger om de sider av tilbudene som er av betydning for hvordan tilbudet scorer mot tildelingskriteriene, vil utvelgelsen av leverandører bli gjort etter en vurdering på grunnlag av tildelingskriteriene.»

- (6) Tildelingskriteriene i konkurransen var angitt på følgende måte:

Tildelingskriterier	Vekting	Dokumentasjonskrav
Pris og eventuelle avvik fra konkurransedokumentene som har økonomisk betydning for Oppdragsgiver.	30 %	Utfylt Bilag 3 Priser og betalingsbetingelser, samt eventuelt utfylt Bilag 5 Avvik fra kontraktvilkårene
Kvalitet, herunder: <ul style="list-style-type: none"> • Oppdragsforståelse; herunder tjenestens innhold, arbeidsmetoder, individuell tilpasning og organisering • Strategi for samarbeid med arbeidsgivere i forbindelse med arbeidsutprøving • Kvalitetssikring av tjenesten 	70 %, herunder 50 % 35 % 15 %	Bilag 2 Leverandørens løsningsspesifikasjon

- (7) I punkt 4.1 («Tildelingskriter») var det angitt at vurderingen av leverandørene skulle skje på følgende måte:

«Leverandørene gis en karakter for hvert tildelingskriterium på en poengskala fra 0 til 10 der 10 er best. Hver av disse karakterene blir multiplisert med gjeldende vektall.»

- (8) Pris skulle ifølge Bilag 3 («Priser og betalingsbetingelser») oppgis med bakgrunn i pris per tiltaksplass per måned. Det var presisert at «[p]risen skal omfatte alle kostnader som leverandøren tar seg betalt for, alt fra lønns- reise-, administrasjons- og leiekostnader. Tilbyder skal fylle ut Vedlegg 1 til bilag 3 Budsjett

Priser skal oppgis per tjenesteområde. Dersom leverandøren tilbyr i flere tjenesteområder, kan han utvide tabellen nedenfor, slik at det blir en linje per tjenesteområde.

Pris per tiltaksplass per måned:	NOK»
----------------------------------	------

- (9) Innklagede mottok tilbud fra tre leverandører: AS3 Employment AS, Friskgården AS og Helgeland Industrier AS (heretter *klager*). Det ble gjennomført forhandlinger med samtlige leverandører.
- (10) I et internt dokument utarbeidet til gjennomføringen av forhandlingsmøter med leverandørene sto det blant annet:

«NAV tar utgangspunkt i det skriftlige tilbud fra tilbyder. Prosessen går ut på at leverandørs tilbud evalueres på et selvstendig grunnlag, så forhandlingsmøte og nytt revidert tilbud som så evalueres. Så sammenlignes dette opp mot eventuelle konkurrerende tilbud.»

- (11) I brev av 6. november 2020 meddelte innklagede at Friskgården AS (heretter *valgte leverandør*) ble tildelt delkontraktene for tjenesteområdene Brønnøy, Alstahaug og Vefsn. Det fremgikk av poengoversikten at valgte leverandør var vurdert som best på pris i alle områdene, med en score på 10 poeng (vektet 3). Klager var nest best på pris, og scoret 7,73 poeng (vektet 2,32). Poeng på pris var beregnet ut fra en forholdsmessig metode der *«[l]aveste pris er gitt 10 poeng. De andre tilbudene er vektet relativt i forhold til dette»*. På kvalitet scoret klager 7,43 (vektet 5,20) mot valgte leverandør sine 8,60 (vektet 6,02). AS3 Employment AS scoret best på kvalitet, med en score på 9,20 poeng (vektet 6,44).
- (12) Den 4. desember 2020 begjærte klager midlertidig forføyning for å avbryte kontraktsinngåelse. I kjennelse av 3. mars 2021 konkluderte Oslo byfogdembete at klager ikke hadde sannsynliggjort hovedkravet, og begjæringen ble ikke tatt til følge.
- (13) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 18. mars 2021.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. mai 2021.
- (15) Nemndsmøte i saken ble avholdt 11. oktober 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (16) Valg av evalueringsmetode har blitt gjort etter åpning av tilbudene i strid med regelverket, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-6/15 *Dimarso*. Det er først ved tildeling at innklagede har opplyst at priskriteriet er evaluert relativt slik at laveste pris fikk full score, og at kvalitetskriteriet er vurdert ut fra et «tenkt» idealtilbud. Forhandlingsnotatet utarbeidet av innklagede indikerer blant annet at evalueringen av tilbudene skulle skje ut fra en relativ bedømmelsesmetode.
- (17) Innklagede har brutt kravet til etterprøvningsbarhet i loven § 4 og forskriften § 7-1 ved ikke å dokumentere når valg av evalueringsmetode ble gjort.
- (18) Ved å benytte en relativ metode for priskriteriet og et «tenkt» idealtilbud for kvalitetskriteriet har vektene blitt forskjøvet slik at pris er gitt en høyere vekt enn det som var opplyst i konkurransegrunnlaget. Tilsvarende er kvalitet, herunder også underkriteriene, gitt en lavere vekt. Denne forskyvningen av tildelingskriteriene er i strid med kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 4. Forskyvningen kan ha påvirket resultatet av konkurransen.
- (19) Innklagede har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 ved evalueringen av klagers tilbud. Evalueringsskjemaet som klager har fått innsyn i viser at innklagede har vektlagt egne erfaringer ved bedømmelsen av klagers tilbud. Tildelingskriteriet tok ikke høyde for at slik erfaring kunne vektlegges. Innklagede har i den forbindelse lagt til grunn feil faktum og skjønnsutøvelsen er for øvrig vilkårlig.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Valg av evalueringsmetode ble gjort før tilbudsåpning. Det vises til tingrettens vurdering av dette. Uansett har det ikke vært en risiko for at noen leverandører skulle bli favorisert som følge av valget av metode. Samme metode er benyttet i 18 delkonkurranser, og det ville ikke være praktisk mulig å velge en metode som faktisk favoriserer én eller flere utvalgte leverandører. Forhandlingsnotatet kan ikke leses slik at oppdragsgiver har valgt en annen evalueringsmetode enn den som ble brukt ved den endelige evalueringen av tilbudene.
- (21) Det er ikke et krav i regelverket at oppdragsgiver skal kunne dokumentere tidspunktet for fastleggelsen av evalueringsmetoden.
- (22) Det bestrides at kriteriene er gitt en annen vekt enn den vekten som er angitt i konkurransegrunnlaget. Metoden som er benyttet har gitt egnede utslag og gjenspeiler relevante forskjeller mellom tilbudene. Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å bruke samme evalueringsmetode for alle tildelingskriteriene.
- (23) Innklagede har ikke gått utenfor de rettslige rammene for å vektlegge egne erfaringer i evalueringen av klagers tilbud. De stedene man har trukket inn egne erfaringer, er det for å kontrollere troverdigheten av de opplysningene som er gitt i tilbudet. Det vises til vitneforklaringer i forføyningssaken.

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 arbeidsavklaringstiltak som er en helse- og sosialtjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til totalt 100 500 000 kroner 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 og IV, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (25) Som det fremgår, har saken tidligere vært gjenstand for behandling i tingretten, i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning (20-176435TVI-OBYF/2). Klager har bedt klagenemnda om å ta standpunkt til i hovedsak samme spørsmål som tingretten tok stilling til i forføyningssaken.
- (26) At det foreligger en kjennelse fra tingretten er i utgangspunktet ikke til hinder for at klagenemnda behandler saken. Det kan imidlertid, i seg selv eller i kombinasjon med andre forhold, innebære at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 9, jf. nemndas avgjørelse i sak 2019/491, avsnitt 39 med videre henvisninger. Klagenemnda er ment å være et lavterskel tvisteløsningsorgan for leverandører og andre som – av ulike grunner – ikke ser seg tjent med å ta saken til domstolen. Nemnda er ikke ment å være et organ for overprøving av rettens vurdering i en forutgående forføyningssak. Hvorvidt saken er uhensiktsmessig for behandling i nemnda, vil kunne stille seg ulikt for de enkelte anførsler i saken.

Evalueringsmetode

- (27) Anførselene knyttet til evalueringsmetode i foreliggende sak er de samme som i sak 2021/856. Den saken gjelder en annen klager og en annen konkurranse, men konkurransegrunnlaget er lagt opp likt i begge saker. Faktum er dermed tilnærmet likt.

Klagernes innvendinger er de samme i de to sakene, og innklagedes forklaring er også den samme. På bakgrunn av dette, har klagenemnda kommet til det samme resultat på dette punktet som i sak 2021/856.

- (28) Klagenemnda tar først stilling til klagers anførsel om at innklagede fastsatte valg av evalueringsmetode etter tilbudsåpning.
- (29) Det tilligger oppdragsgivers skjønn å fastsette metode for evaluering av tilbudene. Som EU-domstolen påpekte i C-6/15 *Dimarso*, er ikke oppdragsgiver forpliktet til å angi evalueringsmetoden i konkurransegrunnlaget, men selve metoden må fastsettes før tilbudene er åpnet, med mindre oppdragsgiver godtgjør at dette ikke er praktisk mulig. Se også klagenemndas avgjørelse i sak 2017/81, avsnitt 26. Formålet er «*at undgå enhver risiko for favorisering*», se den nevnte avgjørelsen fra EU-domstolen i avsnitt 31.
- (30) Det rettslige utgangspunktet er ikke bestridt av partene. Det springende punkt knytter seg til *når* innklagede fastsatte valget av evalueringsmetode. Dette er et rent bevissspørsmål, hvor det vil kunne være behov for umiddelbar bevisføring i form av vitneforklaringer og annet. Den skriftlige saksbehandlingen for nemnda er i liten grad egnet for å avgjøre slike spørsmål. For nemnda har klager lagt frem et notat som innklagede utarbeidet i forkant av forhandlingene med tilbyderne. Det er noe uklart om notatet var kjent for tingretten. Klagenemnda kan uansett ikke se at forhandlingsnotatet stiller saken i et nytt lys. Riktignok stod det i notatet at prosessen ville gå ut på å evaluere reviderte tilbud og så «*sammenlign[e] dette opp mot eventuelle konkurrerende tilbud*». Formuleringen må imidlertid leses ut fra at det er et internt hjelpedokument som ble utarbeidet til gjennomføringen av forhandlingene, og at en relativ metode ble brukt for beregning av prispoeng.
- (31) For øvrig under dette punktet finner klagenemnda det tilstrekkelig å vise til tingrettens vurderinger. Behandlingen av spørsmålet krevde muntlig bevisføring, hvor tingretten – basert på vitneforklaring – la til grunn at valget av evalueringsmetode skjedde før tilbudsåpning.
- (32) På denne bakgrunn avvises anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (33) Klager har videre anført at innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i loven § 4 og forskriften § 7-1, ved ikke å dokumentere når valg av evalueringsmetode ble gjort. Slik klagenemnda forstår det, var ikke denne anførselen fremmet for tingretten.
- (34) Både forskriften § 7-1 første ledd, hvor det fremgår at oppdragsgiver skal oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen og kravet til etterprøvbarehet i loven § 4, tilsier at oppdragsgiver bør dokumentere valg av evalueringsmetode. Klagenemnda mener det er uheldig at det ikke ble skriftlig nedtegnet når eller hvilken evalueringsmetode som ble valgt, men tar ikke stilling til om dette er å anse som et regelbrudd. Med det faktum som er lagt til grunn ovenfor, om at valget av evalueringsmetode ble fastlagt før tilbudsåpning, har en eventuell feil uansett ikke hatt betydning for gjennomføringen av konkurransen.
- (35) Det neste spørsmålet klagenemnda inviteres til å ta stilling til, er om innklagede har brutt regelverket ved å benytte en evalueringsmetode som forskyver tildelingskriterienes vekt.

- (36) I konkurransegrunnlaget var tildelingskriteriet «Pris» vektet 30 prosent, mens tildelingskriteriet «Kvalitet» var vektet 70 prosent. Kvalitet var igjen inndelt i tre underkriterier.
- (37) Ved tildelingen fikk tilbudet med lavest pris maksimal uttelling (10 poeng) og de andre tilbudene ble vektet relativt i forhold til dette. På kvalitet ble tilbudene evaluert for hvert underkriterium opp mot en tenkt standard (idealtilbud), hvor det beste tilbudet ikke fikk maksimal uttelling. Klager mener at ved å benytte så vidt forskjellige metoder for å beregne poeng på pris og kvalitet, har pris fått en større betydning enn 30 prosent
- (38) Når det gjelder bruk av ulike evalueringsmetoder for ulike tildelingskriterier og forholdet til vekting, er klagenemnda enig med tingretten i at det er rettslig adgang til å benytte ulik metodikk for beregning av poeng for pris og kvalitet. Ulik metodikk innebærer ikke i seg selv at vektingen blir endret – det må foretas en konkret vurdering av om metodene som anvendes er egnet til å premiere relevante forskjeller mellom tilbudene. Tilsvarende utgangspunkt tok klagenemnda i stornemndssak 2021/1000, hvor nemnda uttalte at den rettslige kontrollen knytter seg til hvilke utslag evalueringsmetodene har ført til i den aktuelle konkurransen. Det sentrale spørsmålet er om de valgte evalueringsmetodene har vært egnet til å utpeke riktig vinner av konkurransen, basert på kriteriene angitt i konkurransegrunnlaget, jf. avsnitt 37 i nevnte sak.
- (39) For klagenemnda er det fremlagt en tabell med prosentberegninger som ifølge klager viser en vektforskyvning av priskriteriet. Slik nemnda ser det, er det som klager her har illustrert, lovlige utslag av å benytte ulik metodikk. Innklagede har forklart at poengberegningene har gitt egnede utslag, og at poengene gjenspeiler relevante forskjeller mellom tilbudene. Klagenemnda kan ikke se at klager har vist til noe som tilsier noe annet. De effekter av utregningsmetoden som klager har vist til, har ikke forskjøvet priskriteriet i forhold til kvalitetskriteriet; de relative forskjellene i og mellom kriteriene er avgjørende. Metoden er ikke upåregnelig og har heller ikke gitt slike utslag at den ikke er egnet til å utpeke riktig vinner ut fra konkurransegrunnlaget. Nemnda har således ingen rettslige innvendinger mot innklagedes fremgangsmåte.
- (40) Klagers anførsel har dermed ikke ført frem.

Tildelingsevaluering – «Kvalitet»

- (41) Klagenemnda har også blitt bedt om å ta stilling til om innklagede har brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 ved evalueringen av klagers tilbud. Klagers innvendinger går ut på at innklagede rettsstridig har vektlagt egne erfaringer i bedømmelsen av klagers tilbud.
- (42) Under henvisning til at dette spørsmålet var gjenstand for behandling i Oslo byfogdembete, med muntlig bevisføring, har klagenemnda kommet til at spørsmålet er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Vurderingen forutsetter i stor grad en bevisvurdering som klagenemnda – med sin skriftlige saksbehandling – ikke har grunnlag for å foreta. Klager har heller ikke fremført nye anførsler eller fremlagt nye faktiske opplysninger overfor nemnda, og har ellers ikke påpekt konkrete feil ved tingrettens kjennelse. Leverandørens behov for tvisteløsning er følgelig ivaretatt gjennom domstolens behandling, slik at en behandling i nemnda vil bære rettslig preg av omkamp.
- (43) Anførselen avvises for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Konklusjon:

Arbeids- og velferdsetaten (NAV) har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Anførselene om at evalueringsmetoden ble fastsatt etter tilbudsåpning, og at tildelingsevalueringen er gjennomført i strid med regelverket avvises for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk