



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede inviterte fire leverandører til å delta i en anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av bistand i forbindelse med utarbeidelse av en veileder om medarbeiderskap i staten. Konkurransen ble avlyst. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket for offentlige anskaffelser da det forelå en saklig grunn til å avlyse konkurransen. Klagers øvrige anførsler ble avvist fra behandling.

Klagenemndas avgjørelse 16. desember 2009 i sak 2009/214

Klager: Teamwork OU AS

Innklaget: Direktoratet for forvaltning og IKT

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn.

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) Direktoratet for forvaltning og IKT (heretter kalt innklagede) inviterte, ved e-post 21. august 2009, fire leverandører til å delta i en anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av bistand i forbindelse med utarbeidelse av en veileder om medarbeiderskap i staten.
- (2) Anskaffelsen var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlagets punkt 1.3 hvor det fremkommer følgende:

1.3 Anskaffelsen gjelder

Medarbeiderskap er en forståelse og et konsept som nå vokser fram i norsk arbeidsliv, og gode satsninger og tiltak for å styrke et aktivt medarbeiderskap skjer lokalt i flere statlige virksomheter. Begrepet er sentralt i Stortingsmelding nr. 19 (2008-2009) "Ei forvaltning for demokrati og fellesskap".

Difi/LOM har iverksatt et prosjekt med målsetning om å spre kunnskap i forvaltningen om hva medarbeiderskap kan være og hvordan den enkelte virksomhet selv kan jobbe med å utvikle aktivt medarbeiderskap i sin egen virksomhet. En veileder eller temahefte om medarbeiderskap skal utarbeides og spres til alle statlige virksomheter. I den forbindelse ønsker vi å anskaffe bistand til utarbeidelse av veilederen."

- (3) Anskaffelsens anslåtte verdi var under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, og anskaffelsen ble gjennomført som en anbudskonkurranse. Det var ikke anledning til å forhandle. De inviterte deltagerne ble bedt om å inngi sine beste tilbud, jf. konkurransegrunnlagets punkt 4.1.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

- (4) I konkurransegrunnlagets punkt 3.1 fremkommer hvilke krav som stilles til ytelsen. Det hitsettes herfra:

”3 Krav til ytelsen og tildelingskriterier

3.1 Kravsspesifikasjon/leveransebeskrivelse

3.1.1 Generelt om leveransen

[...]

Vi ønsker en person til å bistå i vårt prosjekt om medarbeiderskap. Personen må ha kompetanse på og forståelse for begrepet medarbeiderskap. Personen må også ha kjennskap til statens særpreg og rammebetingelser, og forstå hvordan medarbeiderskap kan forstås, utvikles og iverksettes innenfor statlige rammer. Det vil derfor være viktig at personen har erfaring fra oppdrag/prosjekter som kan vise til ulike virkemidler og opplegg for utvikling av medarbeiderskap i statlige virksomheter.

Personen skal ha gode skriftlige og pedagogiske evner, og være vant til å uttrykke seg klart for et større publikum av lesere. Personen vil jobbe tett med en prosjektgruppe på 4 personer, som vil ha et faglig og redaksjonelt ansvar for innholdet i veilederen. Møter og diskusjoner med denne gruppen må påberegnes som en del av leveransen.

Vi ønsker også at personen vi søker har prosesskompetanse, og er vant til å legge til rette for diskusjoner/work-shops. Medarbeiderskapssatsningen er sentral for hele Difi/LOM, og i prosessen med å utarbeide veilederen, er det viktig at avdelingen på ca 20 medarbeidere blir involvert. Dette er viktig både for å få til en god intern forankring og for å sikre faglige innspill fra hele fagmiljøet i avdelingen.”

- (5) Av konkurransegrunnlagets punkt 3.2 fremkommer at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på følgende tildelingskriterier:

”

<i>TILDELINGSKRITERIUM</i>	<i>VEKT</i>
<i>Referanser</i>	<i>30</i>
<i>Kompetanse, kvalitet og leveringssikkerhet</i>	<i>60</i>
<i>Pris</i>	<i>10</i>

”

- (6) Tildelingskriteriene var nærmere beskrevet i konkurransegrunnlagets punkt 3.3, hvor det fremkommer følgende:

”3.3.1 Referanseprosjekt

<i>Krav</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>Det kreves at leverandøren har erfaring fra oppdrag i statlig sektor hvor utvikling av medarbeiderskap har vært sentralt</i>	<i>Leverandørens leveranser med kort beskrivelse av oppdraget, angitt beløpsramme, oppdragsgiver (referanse) og tidsramme for oppdraget.</i>

- (7) Det kom inn tre tilbud innen fristen den 4. september 2009.

- (8) Ved innklagedes tildelingsmeddelelse 16. september 2009 ble klager informert om at kontrakt skulle tildeles Capito Walde.
- (9) Teamwork OU AS (heretter kalt klager) påklaget tildelingsbeslutningen ved e-post til innklagede samme dag. Klager anførte her at innklagde hadde vektlagt kriterier som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget og som derfor var irrelevant å vektlegge. I tillegg ble det fremhevet at evalueringen av priskriteriet måtte bygge på uriktige forutsetninger. Klager ba også om en *"nærmere redegjørelse for fremgangsmåte og hvilke rettigheter jeg har med hensyn til innsyn i det konkurrerende tilbudet og Difis vurderinger"*.
- (10) Innklagede tok ikke klagen til følge og meddelte klager ved brev 17. september 2009 at tildelingsbeslutningen ble opprettholdt.
- (11) Klager ba i e-post 25. september 2009 om innsyn i konkurrerende tilbud, og i e-post av 27. september 2009 ba klager om at klagefristen ble forlenget.
- (12) Ved e-post av 28. september opprettholdt innklagede den opprinnelige klagefristen fastsatt til 30. september 2009. Den 30. september 2009 oversendte innklagede en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud til klager.
- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 30. september 2009.
- (14) Innklagede orienterte klagenemnda i brev av 26. oktober 2009 om at konkurransen var avlyst. Det hitsettes fra brevet:

"Klagen har gitt foranledning til gjennomgang av dokumentasjonen i anskaffelsessaken, herunder det konkurransegrunnlag som ligger til grunn for mottatte tilbud, evalueringen og tildelingsbeslutningen.

Gjennomgangen har avdekket at tildelingskriteriene angitt i konkurransegrunnlaget pkt 3.2 og 3.3 (og som må leses i lys av kravspesifikasjonen i pkt 3.1), er ufirenelig med nyere praksis i Kofa, jf nemndas avgjørelser 12. oktober i sak 2009/49 (Oslo kommune v/Undervisningsbygg) premiss 52 flg, og sak 2009/181 Grenlandkommunenes innkjøpsenhet) premiss 57 flg, og den praksis det redegjøres for, bl.a. EF-domstolens avgjørelse i sak C_532/06 (Lianakis).

Ettersom tildelingskriteriene ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, dreier det seg her om feil som ikke kan rettes opp på annen måte enn ved å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen.

På denne bakgrunn finner Difi å måtte konkludere med at beslutningen om tildelingen av kontrakt må omgjøres og den pågående konkurranse avlyses. Vi vil benytte anledningen til å vurdere på nytt hvordan behovet for bistand ifm utarbeidelsen av en veileder for medarbeiderskap, best kan ivaretas, herunder vurdere ny kunngjøring av konkurranse på grunnlag av revidert konkurransegrunnlag."

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (15) Klager anfører at det ikke foreligger saklig grunn til avlysning, jf. lovens § 5, da det kun foreligger bagatellmessige feil ved anbudskonkurransen.

- (16) Klager anfører videre at innklagede har handlet i strid med forvaltningsloven og offentlighetsloven når klager ikke får innsyn i konkurrerende tilbud før klagefristens siste dag.
- (17) Klager anfører i tillegg at innklagedes evaluering av tildelingskriteriet ”*kompetanse og kapasitet*” bygger på feil faktisk grunnlag, er grovt urimelig og strider mot kravet til forutberegnelighet og likebehandling lovens § 5. Det vises til at klager har en vesentlig høyere kompetanse på de områdene som er etterspurt i konkurransegrunnlaget enn valgte leverandør. Klager anfører at kravet om objektivitet og likebehandling tilsier at oppdraget går til klager.
- (18) Klager bemerker at det er uheldig om saken avvises fra behandling i klagenemnda, ettersom innklagede har en spesiell stilling, ved at de driver utstrakt kursvirksomhet overfor andre enheter i staten om hvordan offentlige anskaffelser bør foregå.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede anfører at klager mangler rettslig interesse, slik at klagen må avvises fra behandling i klagenemnda. Da innklagede ble klar over at det var anvendt ulovlige tildelingskriterier i konkurransen, ble konkurransen avlyst.
- (20) Subsidiært anføres at saken må avvises idet klagen i hovedsak retter seg mot innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, som ikke kan overprøves.
- (21) Innklagede anfører i tillegg at ettersom det er anvendt rettsstridige tildelingskriterier, er avlysningen saklig. Da tildelingskriteriene ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp, dreier det seg om feil som ikke kan rettes opp på annen måte enn ved å avlyse konkurransen.
- (22) Innklagede anfører videre at det ikke foreligger noe brudd på offentlighetsloven og forvaltningsloven da klager har fått innsyn i konkurrerende tilbud. Det vises til at klager ble gitt innsyn i en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud den 30. september 2009.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin oppgitte verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser del I, jf. forskriftens § 2-1.

Hvorvidt innklagede hadde rett til å avlyse konkurransen

- (24) Klager har anført at det ikke foreligger saklig grunn til avlysning ettersom det bare hefter en bagatellmessig feil ved konkurransen, jf. lovens § 5.
- (25) Anskaffelsen i saken følger forskriftens del I. Avlysning av anbudskonkurranser er ikke nærmere regulert i denne delen av forskriften utover at de generelle anbudsrettslige prinsippene kommer til anvendelse, jf. forskriftens § 3-1 og lovens § 5. Oppdragsgiver står således friere til å avlyse en anskaffelse etter del I enn anskaffelser som følger forskriftens del II og III. I sistnevnte tilfeller følger det av §§ 13-1 og 22-1 at det er et krav om at det må foreligge en ”*saklig grunn*” for å avlyse konkurransen.
- (26) Spørsmålet er om innklagede, ved å avlyse konkurransen fordi innklagede vurderte tildelingskriteriene som ulovlige, handlet i samsvar med lovens krav til forutberegnelighet i § 5.

- (27) Av kravet til forutberegnelighet følger det blant annet at innklagede må forholde seg til opplysninger gitt i konkurransegrunnlaget ved gjennomføring av konkurransen. Utgangspunktet er derfor at innklagede må evaluere tilbudene i samsvar med tildelingskriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget. Innklagede har imidlertid, etter at tildelingsevalueringen var foretatt, vurdert tildelingskriteriene "*Referanser*" og "*Kompetanse, kvalitet og leveringssikkerhet*" som er anvendt i konkurransen, som ulovlige. Innklagede har vist til nyere klagenemndspraksis og til at de anvendte tildelingskriteriene erfaring og kompetanse egentlig er kvalifikasjonskrav. Klagenemnda bemerker at bruk av ulovlige tildelingskriterier er en feil som ikke kan repareres på dette stadiet i prosessen, og den eneste muligheten innklagede har for å rette feilen er å avlyse konkurransen. Da innklagede har vurdert at det er anvendt ulovlige tildelingskriterier i anskaffelsen, og klagenemnda finner at denne vurderingen er forsvarlig, er nemnda kommet til at det ikke er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 å avlyse konkurransen.
- (28) Da klagenemnda har kommet til at innklagedes avlysning av konkurransen er i samsvar med regelverket, har klager ikke saklig interesse i å få avklart de øvrige anførselene, jf. klagenemndsforskriften § 6 annet ledd.

Konklusjon:

Direktoratet for forvaltning og IKT har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved avlysning av konkurransen.

Klagers øvrige anførsler er avvist fra behandling.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser,

16. desember 2009

Tone Kleven