



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bistand i forbindelse med inngåelse av rammeavtaler. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt loven § 5 ved å benytte et uklart tildelingskriterium. Klagenemnda fant også at innklagede hadde brutt forskriften § 3-5, jf. offentleglova § 23, ved å ikke gi klager innsyn i konkurrerende tilbud. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 12. juli 2011 i sak 2010/210

Klager: Gleipne Consulting AS

Innklaget: Bioforsk

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Uklart tildelingskriterium, innsyn.

Bakgrunn:

- (1) Bioforsk (heretter kalt innklagede) kunngjorde 23. mars 2010 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bistand i forbindelse med inngåelse av rammeavtaler.
- (2) Innklagede hadde utarbeidet følgende konkurransegrunnlag for anskaffelsen:

"Bistand i forbindelse med inngåelse av rammeavtaler

Bioforsk er et forskningsinstitutt med spisskompetanse på et høyt internasjonalt nivå innen landbruk, matproduksjon, plantehelse, miljø og ressursforvaltning. Bioforsk har også fokus på forskningsbasert innovasjon og verdiskapning. Bærekraftig ressursbruk er et grunnleggende premiss.

Bioforsk skal levere faglig kunnskap som næring, forvaltning og samfunnet ellers etterspør og med relevans til store utfordringer, regionalt, nasjonalt og globalt, slik som klimaendringer, biomangfold, fattigdom og global handel.

Bioforsk er organisert under Landbruks- og matdepartementet som et forvaltningsorgan med særskilte fullmakter. Bioforsk har sju forskningssentre med om lag 450 ansatte og avdelinger over hele landet fra Agder i sør til Finnmark i nord. Dette gir nærhet til det norske markedet og regionale utfordringer. Det enkelte senter har hovedansvar for sitt fagområde. Bioforsks samlede årlige omsetning er på vel 420 mill kr.

Bioforsk har et betydelig innkjøp av:

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

- *Kjemikalier*
- *Laboratorieutstyr / -rekvisita*
- *Analyser*
- *Driftsmidler i landbruket*
- *Renhold*

For å oppnå best mulig priser, samt sikre at gjeldende anskaffelsesregelverk følges, tar Bioforsk sikte på å inngå rammeavtaler for hvert av de områdene som nevnt i kulepunktene over.

Det tas sikte på å inngå avtale med leverandører som kan levere til samtlige enheter, fritt levert den enkelte enhet. Det vil være en forutsetning at det nyttes samme priser til samtlige enheter.

For å fremforhandle en slik avtale søker Bioforsk bistand. Bioforsk ønsker at bistanden gjennomføres etter prinsippet "no cure – no pay"; Dvs at gjennomføringen av kundeanalyse, leverandørmarkedsanalyse, utarbeidelse av resultater og anbefalinger samt implementering og etterkontroll skjer kostnadsfritt og uten risiko for Bioforsk og at arbeidet ikke i vesentlig grad legger beslag på Bioforsks ledelses tid eller andre ressurser.

Honorar vil være basert på oppnådde resultater i forhold til dagens kostnadsnivå.

Bioforsk ber om tilbud på en gjennomgang som beskrevet foran. Tilbudet må inneholde en beskrivelse av hvorledes en besparelse skal fordeles mellom tilbyder og Bioforsk."

- (3) Ved gjennomføringen av konkurransen brukte innklagede konkurransegjennomførings-verktøyet Mercell, som er en nettportal for gjennomføring av anskaffelser. 6. april 2010 publiserte innklagede ut følgende tilleggsinformasjon i Mercells nettportal:

"Det er opprettet en ny versjon som klargjør at tildelingskriterier vil være pris – 60 % og gjennomføringsevne - 40 %.

I tillegg åpnes det for at det, i tillegg til å gi tilbud på bistand i forbindelse med å inngå samtlige rammeavtaler, også kan gis tilbud på bistand enkeltvis.

For å gi en oversikt over omfanget av anskaffelser innenfor de ulike områdene oppgis omsetning i 2009:

- *kjemikalier, vel 1 million kroner*
- *laboratorieutstyr/ -rekvisita, knapt 3 millioner kroner*
- *analyser, vel 5 millioner kroner*
- *driftsmidler i landbruket, knapt 2 millioner kroner*
- *renhold, vel 2 millioner (i tillegg er det mange steder fast ansatt renholdspersonell som ikke skal vurderes konkurranseutsatt nå)*

Bioforsk har behov for å inngå rammeavtaler om følgende tjenester:

- kjemikalier
- laboratorieutstyr/ -rekvisita
- analyser
- driftsmidler i landbruket
- renhold

For ytterligere opplysninger vises det til vedlegg til denne utlysningen.

- (4) Den 12. april 2010 sendte klager via Mercells nettportal en rekke spørsmål til innklagede vedrørende konkurransegrunnlaget. Da disse fortsatt ikke var besvart en måned senere, sendte klager 11. mai 2011 spørsmålene på e-post til innklagede. Innklagede besvarte e-posten 14. mai 2010:

"Hei!

Det er ganske mange spørsmål du ber om svar på.

En del av dem svarer jeg på ved å skrive svarene i "din" mail, men med blå tekst.

[...]

Spørsmål til konkurransegrunnlaget

1. Mht kvalifisering

- *Hva kreves som dokumentasjon på øk. og finansiell kapasitet for nye firma som ikke har årsberetning for de to siste år?*

At man opplyser når firma ble etablert og legger ved de dokumentene man har.

2. Mht evaluering

- *Hvordan er evalueringsmodellen utformet?*

Evalueringen vil bli gjennomført av en intern arbeidsgruppe. Evalueringen vil bli gjennomført i henhold til de kriteriene som fremgår av anbudsgrunnlaget.

- *Hvordan blir innleverte priser sammenlignbar jf. forespørselen?*

Prisene vil bli vurdert ut fra en kombinasjon av inntekt/kostnad for Bioforsk.

- *Hva menes med gjennomføringsevne? Dette må jo være ut over hva som kreves for å bli kvalifisert, så hva er det? Hvilken dokumentasjon ønskes?*

Det foregår ingen prekvalifisering. Derimot vil CV på tilbudt personell bli vurdert og tillagt vekt.

3. Generelt

- Hvilke krav stilles til et ev. alternativt tilbud?

Alternativt tilbud er relativt uinteressant.

- Estimert årlig verdi, ligger anskaffelsen under FOA del II?

Estimert årlig omsetning er oppgitt i konkurransegrunnlaget. I henhold til regelverket er det den samlede verdien av omsetningen for hele kontraksperioden som skal legges til grunn for anskaffelsesformen, og ikke den årlige omsetningen.

- Er anskaffelsen en inngåelse av rammeavtale? Er det snakk om parallelle rammeavtaler? Hva er kontraktens lengde?

Bioforsk har utlyst en konkurranse om bistand til å utlyse og utarbeide et antall rammeavtaler som fortrinnsvis inngås for en periode på to år med opsjon på ytterligere ett pluss ett år. Bistandsavtalen er ingen rammeavtale.

- I konkurransegrunnlaget som er svært knapt, finnes ikke noen kontraktsmal. Hvilke dokumenter vil en eventuell kontrakt bestå av?

De endelige kontraktene vil bli utformet etter statlige standarder. Men først skal konkurransene gjennomføres, og det er de konkurransene vi har utlyst en konkurranse for å bistå oss.

- Med de opplysningene som er gitt i konkurransegrunnlaget vil det være tilnærmet umulig å estimere eller kalkulere honorar for oppdraget da dette forutsetter at en på forhånd må vite hvilke priser det er mulig å oppnå på de aktuelle artiklene. Med et prinsipp om "no-cure-no pay" vil leverandør derfor risikere å jobbe vederlagsfritt. Dette prinsippet kan derfor neppe betegnes å være forutsigbart eller i henhold til god forretningsskikk. Har oppdragsgiver vurdert dette prinsippet juridisk i hht hva som er tillatt etter anskaffelsesregelverket, bl.a. jf. LOA § 5?

Dette er vurdert tillatt. Ellers er det helt korrekt at tilbyder ikke tjener penger dersom anbudet innenfor de enkelte områdene ikke medfører besparelser. Dette er tilbyderne klar over, og normalt kan de sine bransjer så godt at de kjenner besparelspotensialet.

- Hvis det skal være mulig å gi tilbud må vi ha mye mer opplysninger vedr. "dagens kostnadsnivå", bl.a. trengs administrative kostnader oppdragsgiver tidligere har hatt for å anskaffe dette, hvilke artikler skal anskaffes (for å estimere om det er mulig å oppnå prisreduksjon pr. artikkel, og for å kartlegge prisnivå/leverandørmarked).

Det vil ikke bli gitt ytterligere opplysninger.

- Hva er leveringsadresse på tilbudet

Den samme databasen som forespørselen er lagt ut på. www.mercell.no

- Hvordan skal tilbudet merkes?

Det angis i systemet ved innleggelse av tilbudet.

- *Hvordan ønsker oppdragsgiver at tilbudet skal organiseres?*

Det angis i systemet ved innleggelse av tilbudet. I tillegg er det selvsagt opp til den enkelte tilbyder å sende med den dokumentasjonen som anses riktig."

- (5) Frist for å levere tilbud i konkurransen var 21. mai 2010 klokken 14.00. Blant leverandørene som leverte tilbud innen fristen var Gleipne Consulting AS (heretter kalt klager) og Firstventura AS (heretter kalt valgte leverandør). Innklagede informerte tilbyderne om valg av leverandør gjennom Mercells nettportal 14. juni 2010. Her fremgikk følgende informasjon om valg av leverandør:

"Det ble levert 4 tilbud. Etter evaluering på grunnlag av de kriteriene som var fastsatt i konkurransen, tildeles oppdraget til Firstventura AS. Begrunnelsen tildelingen er at dette tilbudet er det økonomisk mest fordelaktige-jf. FOA. dvs. at både pris og gjennomføringsevne har vært utslagsgivende for tildelingen. Evt klage på tildelingen må fremsettes innen onsdag 23. juni 2010 kl. 12:00."

- (6) Klager kontaktet innklagede via Mercells nettportal neste dag, den 15. juni 2010:

"Vi viser til orientering om tildeling.

Vi ønsker en mer utførlig begrunnelse for valg av tilbyder. Det som er sendt ut oppfyller ikke plikten som ligger i § 11-14 1. ledd: Begrunnelsen for kontraktstildeling skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier. Vi ber derfor om en mer utførlig redegjørelse for hvordan vi scoret på de enkelte tildelingskriteriene, hvordan våre konkurrenter scoret på disse og konkrete elementer som gjorde at valgte tilbyder oppnådde en bedre poengsum enn oss. Ønsker også en redegjørelse for hvordan evalueringsmodellen er utformet mht poenggivning for de enkelte tildelingskriteriene. I forbindelse med klagen ønsker vi også å benytte oss av retten til innsyn i anskaffelsesprotokollen og de konkurrerende tilbudene. Vi har ikke mottatt andre tilleggsopplysninger eller spørsmål/svar foruten de vi selv sendte inn i anbudsfasen. Vi anser det derfor sannsynlig at også andre tilbydere har kommet med spørsmål under konkurransen og ber om all korrespondanse, både skriftlig og muntlig, som har vært mellom oppdragsgiver og tilbyderne frem til tilbudsfristen.

I og med at vi ikke har mottatt noen begrunnelse for valg av tilbyder som tilfredsstillende kravet i forskriften, vil vi vurdere å fremme klagen for KOFA.

Vi imøteser en snarlig skriftlig tilbakemelding på denne klagen."

- (7) Innklagede besvarte henvendelsen ved brev 21. juni 201. Herfra hitsettes:

"Valg av tilbyder er gjort i samsvar med de kriteriene som ble opplyst ved kunngjøring av konkurransen. Pris er vektet med 60 % og gjennomføringsevne er vektet med 40 % også dette i samsvar med kunngjøringen.

Når hvert innkomne tilbud vurderes i henhold til kriteriene viser resultatet av vi fikk tre relativt gode tilbud og ett dårlig – jf. vedlagte oversikt. Det tilbudet som fikk høyest score ble valgt og dette er kunngjort.

Det kan opplyses at kontakt med de tre øvrige tilbydere utelukkende har skjedd gjennom Mercell sin portal – jf. vedlagt anskaffelsesrapport.

At dere anser det som sannsynlig at også andre tilbydere har kommet med spørsmål utenom denne portalen får stå for deres regning. I ettertid hadde vi gjerne sett at vi ikke hadde besvart den forespørselen som dere sendte oss – jf. e-post datert 12.04.10. Spørsmålene går så vidt langt, at de er på grensen av FOA § 1 når det gjelder vårt ansvar med å ivareta likebehandling ved gjennomføring av konkurransen. Vi beklager at vi svarte på henvendelsen via e-post, da dere skulle blitt henvist til konkurransegrunnlaget, som de øvrige leverandørene har forholdt seg til.

Ytterligere innsyn vil ikke bli gitt ettersom pris er å anse som en forretningshemmelighet. Konkurrenters pris må innhentes på annen måte enn ved innsyn i tilbudsdokumenter.

I det vi håper dere i fremtiden vil legge vekten i deres arbeide på å utarbeide tilbud på grunnlag av anbudsforespørsler som er lagt ut og håndtert i samsvar med regelverket for offentlige anskaffelser, meddeler vi at klagen ikke tas til følge.”

- (8) Vedlagt innklagedes brev var en oversikt over hvilken score de innkomne tilbudene hadde fått totalt og på hvert av tildelingskriteriene:

<i>”Tilbyder</i>	<i>Pris (60 %)</i>	<i>Gjennomføringsevne (40 %)</i>	<i>Sum</i>
<i>Cost Control Management</i>	4,8	3,2	8,0
<i>Gleipne Consulting AS</i>	3,0	2,4	5,4
<i>Odin Prosjekt AS</i>	4,8	2,4	7,2
<i>Firstventura AS</i>	4,8	3,6	8,4”

- (9) Innklagede hadde også lagt ved anskaffelsesprotokoll for anskaffelsen.
- (10) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 5. juli 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke gi tilstrekkelig informasjon i konkurransegrunnlaget til at tilbydere kunne utarbeide et forsvarlig tilbud. Innklagede hadde opprinnelig ikke engang opplyst om tildelingskriteriene for konkurransen. Etter påtrykk fra leverandører opplyste innklagede etter hvert at tildelingskriteriene var ”pris”, som var vektet med 60 %, og ”gjennomføringsevne”, som var vektet med 40 %.
- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å bruke tildelingskriteriet ”Gjennomføringsevne”, da dette tildelingskriteriet ikke oppfyller kravet om tilknytning til kontraktsgjenstanden i forskriften § 13-2.

- (13) Klager anfører at prismodellen innklagede har benyttet i konkurransegrunnlaget er i strid med regelverket. Klager kan ikke se hvordan innklagede kan avgjøre hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, ettersom innklagede ikke på forhånd vet hva besparelsen blir. Etter klagers mening kan det ikke være riktig å kun sammenligne prosentsatser, da dette ikke sier noe om hvilken besparelse den enkelte tilbyder kan oppnå.
- (14) "No cure – no pay"-prinsippet som konkurransen bygger på er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Det vises til at innklagede ikke vil oppgi dagens kostnadsnivå for de forskjellige rammeavtalene som skal inngås. Dette bidrar også til eventuell forskjellsbehandling av tilbydere, da det gir en konkurransefordel til tilbydere som kjenner til innklagedes kostnadsnivå. Det er vanskelig å oppgi en antatt prosentvis fortjeneste for leverandører som ikke har innsyn i dagens kostnader for de produkter og tjenester innklagede skal inngå rammeavtaler om.
- (15) Innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å ikke gjøre svarene på klagers spørsmål til konkurransegrunnlaget kjent for alle leverandørene.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke avvise valgte leverandør fra konkurransen. Det fremgår av anskaffelsesprotokollen at valgte leverandør ikke har levert dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene er oppfylt.
- (17) Innklagede har brutt regelverket ved at begrunnelsen for valg av leverandør ikke oppfyller kravene i forskriften § 11-14 (1).
- (18) Innklagede har brutt regelverket ved å ikke gi klager innsyn i det valgte tilbudet og en anskaffelsesprotokoll som tilfredsstiller forskriftens krav innen utløpet av klagefristen. Etter offentliglova har oppdragsgiver plikt til å gi innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll etter at leverandør er valgt.
- (19) Innklagede opplyste i tilsvaret at kontrakt ville bli inngått i august 2010. Klager påpeker i denne sammenheng at vedståelsesfristen for tilbudene løp ut 30. juli 2010. Dersom innklagede ikke utvidet vedståelsesfristen var kontraktinngåelse i august å anse som en ulovlig direkte anskaffelse. Det vises også til at oppdragsgiver etter regelverket har plikt til å be alle tilbyderne om å utvide vedståelsesfristen, og at klager i dette tilfellet ikke har mottatt en slik forespørsel fra innklagede.
- (20) Klager ber om at klagenemnda uttaler seg om hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (21) Innklagede anfører at klagen må avvises fra behandling i klagenemnda. I meddelelsesbrevet var klagefristen satt til 23. juni 2010. Innklagede hadde ikke mottatt noen klager innen dette tidspunktet. Det vises til at innklagedes e-post 15. juni 2010 med overskriften "*Klage på orientering om tildeling*", innholdsmessig ble vurdert å være en forespørsel om nærmere begrunnelse.
- (22) Innklagede har i brev til klager datert 21. juni 2010 gjort rede for den vektingen av tildelingskriteriene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det burde i tillegg vært opplyst at innklagede ved evalueringen av tilbudene benyttet en poengskala fra 1 til 9,

men denne type vekting skal være kjent for leverandører i Mercell, og ingen av de øvrige leverandørene har opplyst å være i tvil om forståelsen av vektingen.

- (23) Etter innklagedes mening er *"gjennomføringsevne"* et lovlig tildelingskriterium.
- (24) Innklagede kan heller ikke se at prismodellen som er benyttet i konkurransegrunnlaget er i strid med regelverket. Prosent kan legges til grunn ved beregning av besparelse, noe som er vanlig estimat og baseres på erfaring fra konkurranser av tilsvarende karakter.
- (25) Det var ikke i strid med regelverket å basere konkurransen på prinsippet *"no cure – no pay"*. Innklagede har med hell benyttet prinsippet i tidligere konkurranser. Andre leverandører som levert tilbud i konkurransen, eller andre konkurranser innklagede har avholdt, har ikke hatt innvendinger mot prinsippet.
- (26) Innklagede hadde ikke plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Valgte leverandør leverte dokumentasjon for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravene sammen med sitt tilbud. Ved en feil der det blitt notert i Mercell at denne dokumentasjonen ville bli levert senere.
- (27) Innklagedes svar på klagers spørsmål til konkurransegrunnlaget er kun meddelt klager. Innklagede beklager at svaret ikke ble generert i Mercell og meddelt alle leverandørene, men kan ikke se at dette har hatt betydning for valg av leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Anskaffelsen gjelder bistand til inngåelse av rammeavtaler, og innklagede har benyttet CPV-kodene 72221000 (Konsulentvirksomhet i forbindelse med forretningsanalyser) og 7941800 (Rådgivning vedrørende innkjøp) som er prioriterte tjenester i vedlegg 5, kategori 7 og 11. Anskaffelsens verdi er ikke angitt, men på anmodning fra sekretariatet har innklagede opplyst at man ut fra tidligere erfaringer med eksisterende tjenester antok at oppdraget ikke ville overstige EØS terskelverdier. Nemnda legger derfor til grunn at anskaffelsen etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april nr. 402 om offentlige anskaffelser omfattes av forskriften del I og del II.

Avvisning av klagen

- (29) Innklagede har anført at klagen må avvises fra behandling i klagenemnda. Det er vist til at klagefristen i meddelelsen om kontraktsinngåelse var oppgitt å være 23. juni 2010, og at innklage ikke hadde mottatt noen klager fra tilbyderne innen dette tidspunktet.
- (30) Det følger av klagenemndsforskriften § 6 annet ledd at klage til nemnda *"må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver"*. Denne fristen løper uavhengig av den klagefrist oppdragsgiver selv har angitt ved meddelelse om, tildeling etter forskriften § 13-3 (1). Klagen til nemnda er i dette tilfellet fremsatt i brev 5. juli 2010. Klagen er datert 21 dager etter innklagedes meddelelse om kontraktstildeling. Klagen er etter dette rettidig.

Utformingen av konkurransegrunnlaget

- (31) Klager har anført at innklagede ikke har gitt tilstrekkelig informasjon i konkurransegrunnlaget til at tilbyderne kunne utarbeide forsvarlige tilbud. Det er vist til

at innklagede opprinnelig ikke hadde opplyst hvilke tildelingskriterier som ville bli lagt til grunn i konkurransen. Dette ble først oppgitt senere, etter press fra leverandørene.

- (32) Det følger av forskriften § 8-1 (1) bokstav b at konkurransegrunnlaget skal inneholde en tilstrekkelig og fullstendig beskrivelse av *“hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt, og hvordan konkurransen skal gjennomføres, herunder kriterier for tildeling av kontrakt”*.
- (33) Videre følger det av de generelle prinsippene i loven § 5 at det gjelder et klarhetskrav ved utformingen av tildelingskriteriene. I EU domstolens sak C-19/00, uttales det at tildelingskriteriene *“skal angives i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende, at fortolke dem på samme måde”*. Denne dommen er fulgt opp i en rekke av klagenemndas avgjørelser, for eksempel sakene 2006/65 og 2008/98.
- (34) Innklagede hadde opprinnelig ikke opplyst i konkurransegrunnlaget hvilke tildelingskriterier som ville bli benyttet ved valg av leverandør. Dette ble først opplyst ved en endring av informasjonen i Merzell 6. april 2010, hvor det fremgikk av tildelingskriteriene var *“pris”*, som var vektet med 60 % og *“gjennomføringsevne”*, som var vektet med 40 %.
- (35) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at konkurransen bygget på et prinsipp om *“no cure – no pay”* og at *“[h]onorar vil være basert på oppnådde resultater i forhold til dagens kostnadsnivå”*. Videre fremgikk det at *“[t]ilbudet må inneholde en beskrivelse av hvorledes en besparelse skal fordeles mellom tilbyder og Bioforsk”*. Dette må anses tilstrekkelig til at leverandørene kunne forstå hvordan de skulle prise sine tilbud, og hva som ville bli vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriet *“pris”*.
- (36) En naturlig forståelse av tildelingskriteriet *“gjennomføringsevne”*, tilsier at innklagede under dette kriteriet ville vurdere hvor godt tilbyderne ville være i stand til å gjennomføre kontrakten. Det var imidlertid ikke gitt noen nærmere informasjon i konkurransegrunnlaget om hvilke forhold innklagede ville legge vekt på ved evalueringen. Konkurransegrunnlaget var videre svært knapt. Det var ikke bedt om noen form for dokumentasjon for, eller opplysninger om, de tilbudte tjenestene, og innklagede hadde ikke lagt ved kontraktsbestemmelsene som skulle gjelde for oppdraget. Tilbyderne fikk dermed heller ikke på denne måten fikk informasjon om hva som ville bli evaluert under kriteriet. Det var således ikke mulig for leverandørene, ut fra opplysningene i konkurransegrunnlaget, å forstå hva som ville bli vektlagt ved evalueringen av tildelingskriteriet *“gjennomføringsevne”*, og klagenemnda finner derfor at innklagede har brutt kravet til klarhet som følger av loven § 5, jfr forskriften § 13-2 (2) ved angivelsen av tildelingskriteriene.
- (37) Mangelfull beskrivelse av tildelingskriteriene er en feil som ikke kan rettes under tildelingsprosessen. Oppdragsgiver har dermed i hvert fall som en klar hovedregel plikt til å avlyse konkurransen for å reparere feilen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom).
- (38) På bakgrunn av den konklusjon klagenemnda har kommet til, behandles ikke klagers øvrige anførsler vedrørende gjennomføringen av konkurransen.

- (39) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å ikke gi klager innsyn i anskaffelsesprotokollen og de konkurrerende tilbud innen utløpet av klagefristen.
- (40) Det følger av forskriften § 3-5 at “[f]or allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova”.
- (41) Av lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) 19. mai 2006 § 3 er hovedregelen at saksdokumenter er offentlige. Av loven § 23 3. ledd fremgår likevel at “*det kan gjerast unntak frå innsyn for tilbod og protokoll etter regelverk som er gitt i medhald av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlege innkjøp, til valget av leverandør er gjort*”. Oppdragsgiver er således forpliktet til å gi innsyn i tilbud og protokoll fra det tidspunkt leverandør er valgt, med unntak av forretningshemmeligheter, jf. forskriften § 3-6.
- (42) Klager ba om innsyn i anskaffelsesprotokollen og de konkurrerende tilbudene ved e-post 15. juni 2010. Innklagede besvarte henvendelsen ved brev 21. juni 2010.
- (43) Innklagede hadde lagt en oversikt over evalueringen og anskaffelsesprotokollen ved sitt svarbrev. Klager fikk dermed innsyn i anskaffelsesprotokollen før fristen for å påklage tildelingsbeslutningen gikk ut den 23. juni 2010, jf. meddelelsesbeslutningen 14. juni 2010.
- (44) I brev 21. juni 2010 fremkom det videre at “[y]tterligere innsyn vil ikke bli gitt”. Klager ble imidlertid gitt innsyn i valgte leverandørs tilbud da innklagede la dette ved sitt tilsvarende til klagenemnda 20. august 2010. Innklagede har opplyst til klagenemnda at kontrakt ble inngått i begynnelsen av august 2010. Klager fikk dermed ikke innsyn i valgte leverandørs tilbud før etter at kontrakt var inngått. I klagenemndas sak 2010/148 behandlet klagenemnda spørsmål om innsyn og klagefrist. Her ble innsyn gitt tre dager før klagefristen den 24. mars 2010 og nemnda konkluderte med at innklagede hadde brutt loven § 5 ved ikke å gi innsyn i tilbudene før det kun var tre dager igjen av klagefristen. Klagenemnda viste til uttalelser i forarbeidene til offentleglova § 23 (Ot.prp.nr. 102 (2004-2005) (s. 145) og anmerket at klager ved dette ikke var sikret en “*reell klagemulighet*”. Nemnda har vurdert forholdet mellom innsynsreglene og klagefrist før kontraktsinngåelse. Forskriften § 13-3 (1) (for anskaffelser under del II) og den tilsvarende § 22-3 (1) (under del III) fastslår at pålagt klagefrist før kontraktsinngåelse først løper fra den dag det er meddelt en tildelingsbeslutning med en begrunnelse som tilfredsstiller henholdsvis § 11-14 (1) (del II) og § 20-16 (1) (del III). Hvis slik begrunnelse ikke er gitt og klager begjærer innsyn etter offentleglova § 23, kan innsyn i f.eks. protokollen etter omstendighetene bli å anse som likeverdig med formell begrunnelse. Men er tildeling derimot gitt med en begrunnelse som isolert sett er fyllestgjørende, løper klagefristen etter forskriften uavhengig av om det senere blir begjært innsyn av en klager. Klager kan med andre ord ikke oppnå at klagefristen etter forskriften §§ 13-3 (1) / §§ 22-3 (1) utskytes ved begjæring om innsyn som fremsettes under klagefristens løp. Oppdragsgiver har derfor etter forskriften adgang til å inngå avtale med valgte leverandør selv om klager ikke har kunnet gjøre seg kjent med valgte tilbyders tilbud, øvrige tilbud eller den protokoll som utdyper oppdragsgivers saksbehandling. Innsyn etter offentleglova kan derimot sikre klager ved forberedelse av erstatningssøksmål mot oppdragsgiver. Nemnda viser til sak 2010/217 der samme problemstilling er tatt opp. I vår sak er klager nektet innsyn i konkurrerende tilbud. Dette utgjør et brudd på forskriften § 3-5, jf. offentleglova § 23. Klager fikk derimot

innsyn i valgte leverandørs tilbud, men uten at det utgjør regelbrudd når slikt innsyn først ble gitt etter kontraktsinngåelse.

Konklusjon:

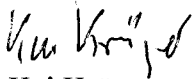
Bioforsk har brutt loven § 5 ved å benytte et uklart tildelingskriterium.

Bioforsk har brutt forskriften § 3-5, jf. offentleglova § 23, ved å nekte klager innsyn i konkurrerende tilbud.

Klagers øvrige anførsler har ikke før frem eller er ikke behandlet.

Bergen, 12. juli 2011

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,



Kai Krüger