



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling i flere trinn for anskaffelse av transporttjenester med bil, betegnet "Biltransport Hovedpostgang", på en rekke ulike strekninger mellom Oslo, Stavanger, Bergen, Førde, Ålesund, Åndalsnes, Molde, Trondheim og Fauske. Klagenemnda fant at innklagedes annullering av den opprinnelige tildelingsbeslutningen, gjenåpning av forhandlingene og mottak av nye reviderte tilbud ikke utgjorde et brudd på regelverket. Klagers anførsler førte derfor ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 3. september 2012 i sak 2010/274

Klager: Harlem Transport AS

Innklaget: Posten Norge AS

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Adgangen til å annullere en tildelingsbeslutning, gjenåpne forhandlingene og motta nye reviderte tilbud i en konkurranse med forhandling etter at meddelelse om kontraktstildeling er gitt leverandørene.

Bakgrunn:

- (1) Posten Norge AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 5. mars 2010 en konkurranse med forhandling i flere trinn for anskaffelse av transporttjenester med bil, betegnet "Biltransport Hovedpostgang", på en rekke ulike strekninger mellom Oslo, Stavanger, Bergen, Førde, Ålesund, Åndalsnes, Molde, Trondheim og Fauske. I konkurransegrunnlaget punkt 2.3. var det angitt at anskaffelsen er regulert av Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og de regler som gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene i forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester). Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 6.2 angitt til å være 11. mai 2010 kl. 12.00.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.5 fremgikk det at kontrakt ville tildeles den eller de leverandører som hadde gitt det totaløkonomisk mest fordelaktige tilbud basert på tildelingskriteriene i punkt 8.1. I grunnlagets punkt 3.2 fremgikk det at det var anledning til å gi tilbud på hele eller deler av oppdraget, som totalt omfattet 32 ulike ruter på samme/tilsvarende strekning eller forskjellige strekninger. Hvilke ulike ruter dette konkret gjaldt, var angitt i grunnlagets del 2.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 7 hadde innklagede skissert "Oppdragsgivers prosess for tilbudsbehandling og forhandling i følgende faser": Mottak av tilbud, avklaringsfase,

potensiell avvisning, forhandlinger fase 1, potensiell avvisning, forhandlinger fase 2, innstilling.

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 8.1 fremgikk følgende tildelingskriterier for konkurransen:

"8.1 Tildelingskriterier

Oppdragsgiver vil velge det totaløkonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på en samlet vurdering av følgende tildelingskriterier og vektning:

1) Økonomiske forhold (60 — 70 %), så som

a) Pris og kostnader, herunder eksterne og interne priser og kostnader.

b) Forbehold, forutsetninger, endringer og /eller tillegg til kontrakten og konkurransegrunnlaget.

2) Løsning/tjeneste (10 — 20 %), så som

a) Funksjonalitet, herunder funksjonalitet på materiell

b) Samordning av turer på samme/tilsvarende ruter, strekninger og ukedager

c) Teknisk verdi inkludert fleksibilitet, kapasitet og skalerbarhet på tilbudte tjenester.

d) Leverandørens tilbudte kompetanse til å videreutvikle tjenestene for Oppdragsgiver på en kostnadseffektiv og fremtidsrettet måte (proaktiv).

e) Miljøkrav

f) Administrative rutiner

3) Leveringssikkerhet (10 —20 %), så som

a) Avvikshåndtering, backup-løsninger og rapportering

b) Oppfølging og servicenivå

c) Leverandørens sammenliknbare resultater/prestasjoner fra andre kundeforhold.

Kunden vil basere sin vurdering på informasjon angitt av Leverandøren i prisskjema og svar på behovsbeskrivelse samt innhentede referanser."

- (5) Innen tilbudsfristens utløp 11. mai 2010 mottok innklagede tilbud fra Harlem Transport AS (heretter kalt klager), Posten Norge AS, Bring Nettlast AS, Orkdal Transport AS, Suldal Transport AS, Bring Cargo AS, Svipp AS og Bring Logistics AS.
- (6) I separate brev av 20. mai 2010 ble tilbyderne gitt en tilbakemelding på sine opprinnelige tilbud, og gitt anledning til å inngi revidert tilbud innen 27. mai 2010. En gjennomgang av tilbakemeldingene, viser at innklagede her foruten enkelte kommentarer til tilbydernes utfyllelse av ulike punkter i behovsbeskrivelsen, utelukkende ga tilbyderne tilbakemelding på hvordan disse lå an på tildelingskriteriet

knyttet til pris, d.v.s. at det av den fremlagte dokumentasjon ikke fremgår at tilbyderne er gitt noen form for tilbakemelding på hvordan disse lå an på de øvrige tildelingskriteriene. Tilbakemeldingen vedrørende pris ble gitt i et diagram hvor den beste prisen var angitt med en basisindeks på 100, mens den aktuelle leverandørens priser var angitt med for eksempel 104, 115 osv. Samme metode ble benyttet ved de senere tilbakemeldingene på pris etter hver forhandlingsrunde.

- (7) Innklagede mottok reviderte tilbud innen fristen den 27. mai 2010. Etter dette ble det avholdt nye forhandlinger med tilbyderne i perioden 1. til 4. juni 2010. I referat fra disse møtene fremgår det at samtlige tilbydere har fått tilbakemelding på pris. Når det gjelder tilbakemelding om de kvalitative sidene av tilbudene, inneholdt denne følgende kommentar: *"Svarene til behovsbeskrivelsen er besvart tilfredsstillende, fokus er nå på pris"*, eller korte kommentarer om forbedringspunkter tilbyderne kunne gjøre i sine tilbud, men ingen er ut fra det dokumenterte gitt tilbakemelding vedrørende forhold av betydning for tildelingskriterium 2b.
- (8) Etter dette innga tilbyderne nye reviderte tilbud innen 9. juni 2010. I dokument for evaluering av disse tilbudene, som første gang ble utsendt til tilbyderne 14. juni 2010, fremgår det at tilbyderne i denne omgang utelukkende ble gitt en tilbakemelding på hvordan disse lå an med hensyn til pris. Dette ble gjort ved at det i hver tilbakemelding var stilt opp en sammenligning mellom den aktuelle tilbyders priser og den beste prisen på den enkelte strekning/rute.
- (9) Etter dette innga tilbyderne nye reviderte tilbud innen 16. juni 2010.
- (10) I brev av 28. juni 2010 ble tilbyderne meddelt innklagedes tildelingsbeslutning. Her fremkom det at følgende leverandører var tildelt følgende antall ruter: klager (6), Bring Nettlast AS (21), Orkdal Transport AS (2), Posten Norge AS (2) og Bring Logistics AS (1). Det ble videre gitt en redegjørelse for hvordan innklagede generelt hadde vurdert de tre tildelingskriteriene og hvordan tilbyderne var bedømt på hvert av disse, herunder både hva som ble ansett positivt og hva som ble ansett negativt sammenlignet med andre leverandørers tilbud. I tilbakemeldingen til Suldal Transport AS fremkom det blant annet følgende: *"Selv om Suldal Transport ikke er trukket noe i evalueringen i forhold til leverandørens evne til å samordne strekninger, ble Bring Nettlast gitt høy poengsum for å ha gitt tilbud på tilnærmet alle ruter i konkurransegrunnlaget."*
- (11) I brev av 16. juli 2010 fremsatte Suldal Transport AS klage på tildelingsbeslutningen til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda). Saken har saksnummer 2010/227. I klagen ble det anført at innklagedes poengtildeling for tilbud på flere strekninger som ikke var i samme eller tilsvarende rute, utgjorde ett brudd på regelverket. Videre opplyste leverandøren at denne ikke ble gitt noen veiledning eller informasjon om forhold som burde forbedres på tildelingskriteriene *"Løsning/tjeneste"* og *"Leveringssikkerhet"*.
- (12) I brev av 29. juli 2010 meddelte innklagede at kontraktstildelingen ble annullert, og at forhandlingene ville bli gjenåpnet. Det ble gitt følgende begrunnelse for dette:

"Annulleringen er begrunnet i følgende to forhold:

1. Tildelingskriteriets formulering

Av kapittel 8.1 i vår tilbudsinnbydelse av 20. april og tildelingskriterium 2.b) fremgår av "Samordning av turer på samme/tilsvarende ruter, strekninger og ukedager" skal vektlegges i evalueringen. Tolkningen av dette kriteriet har vist seg å være tvetydig. Formålet med kriteriet var ment å gi leverandører som innga tilbud på store deler av de konkurranseutsatte strekningene en fordel. Dette fordi det er mer hensiktsmessig for Posten å forholde seg til samme leverandør på samme strekning. Tildelingskriteriet var ikke ment som grunnlag for å vektlegge tilbud utover de samme strekninger.

2. Utøvelsen av tildelingskriteriet

På bakgrunn av ovennevnte tvetydighet, hefter det også feil ved utøvelsen av vurderingen av kriteriet, ved at enkelte leverandører har fått en fordel i form av ekstra poeng som de ikke skulle ha hatt. Dette har fått avgjørende betydning for ovennevnte tildeling, i forhold til enkelte leverandører.

En annullering av tildelingsbeslutningen innebærer at forhandlingene gjenåpnes. Alle leverandører som har deltatt i konkurransen vil gis anledning til å inngi nytt revidert tilbud. Gjenåpningen av forhandlingene innebærer ingen endringer av tildelingskriteriene, utover at vi ønsker å presisere at ovennevnte tildelingskriterium er ment som grunnlag for å vektlegge at samme leverandør inngir tilbud på flere ruter på samme strekning.

Vi tar sikte på å gi mer skriftlig informasjon om den videre gjennomføringen av konkurransen i løpet av kort tid."

- (13) I brev av 3. august 2010 ble tilbyderne i separate brev gitt en tilbakemelding på sitt tilbud av 16. juni 2010. I brevet ble det presisert at tildelingskriterium 2b kun skulle premiere tilbud fra samme leverandør på flere ruter på samme strekning, og det var opplyst hvilke ruter som ville evalueres som samme strekning og hvilke ruter som ville evalueres for seg selv. Videre var det ved hjelp av søylediagrammer angitt hvor godt den konkrete tilbyderen lå an på "Pris", "Total kval" og "Totalt" på de ulike rutene i forhold til beste tilbyder på de enkelte rutene. Videre var det for hvert av de tre tildelingskriteriene angitt hva leverandøren var trukket for og hva som kunne forbedres. I oversendelsen av disse dokumentene til klagenemnda, er de konkrete forhold leverandøren var trukket for/kunne forbedres sladdet, da innklagede har påberopt at disse opplysningene utgjør opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt som forretningshemmeligheter. Den øvrige teksten fremgår imidlertid. For Orkdal Transport AS, ser dette for eksempel slik ut:

"Viktigste forbedringer – Kriterium 1 – Økonomiske forhold

*Se grafiske fremstillinger over for en oversikt over prisbildet.
[...] konkurransegrunnlaget som medførte trekk i poeng.*

Viktigste forbedringer – Kriterium 2 – Løsning/Tjeneste

*Orkdal Transport ble trukket noe ned på grunn av til dels mangelfulle besvarelser på [...]
Det er potensiale for forbedring ved å utdype/kommentere ytterligere [...]*

Viktigste forbedringer – Kriterium 3 – Leveringssikkerhet

Her ble ikke Orkdal Transport trukket noe, men det er potensiale for forbedring for eksempel å fremlegge [...]"

- (14) I brevet til klager om forbedringspunkter, fremgikk følgende:

"Viktigste forbedringer - Kriterium 1 — Økonomiske Forhold

Se grafiske fremstillinger over for en oversikt over prisbildet. Dere hadde ingen forbehold eller avvik til konkurransegrunnlaget som medførte trekk i poeng.

Viktigste forbedringer - Kriterium 2 — Løsning/Tjeneste

Harlem Transports [...] er vurdert som positiv men lite konkret, det er derfor et potensiale for forbedring på dette området. Det er potensiale for forbedring ved å utdype/kommentere ytterligere de ulike svarene til [...].

Viktigste forbedringer - Kriterium 3 - Leveringssikkerhet

Tilbudet fra Harlem Transport er vurdert blant de beste for dette kriteriet."

- (15) Tilbyderne innga nye reviderte tilbud innen 16. august 2010.
- (16) I telefonsamtale med klagenemndas sekretariat 23. august 2010 ble klagen fra Suldal Transport AS trukket, og sekretariatet bekreftet i e-post av samme dag at saken med dette var avsluttet uten realitetsbehandling.
- (17) I brev av 30. august 2010 ble tilbyderne meddelt innklagedes nye tildelingsbeslutning. Her var klager ikke tildelt noen av rutene, og det fremgikk følgende om antall ruter til følgende leverandører: Bring Nettlast AS (25), Suldal Transport AS (6), Bring Logistics AS (1). Disse leverandørene vil i det følgende bli benevnt som de valgte leverandører.
- (18) I brev av 14. september 2010 påklagde klager tildelingsbeslutningen.
- (19) Innklagede besvarte klagen i brev av 22. september 2010, hvor klagen ikke ble tatt til følge.
- (20) I brev av 1. oktober 2010 brakte klager saken inn for klagenemnda, med de samme anførsler om brudd på regelverket som ble fremsatt i klagen til innklagede.
- (21) I brev av 11. oktober 2010 meddelte innklagede at kontrakt var inngått med følgende leverandører på følgende datoer: Bring Nettlast AS og Bring Logistics AS (23. september 2010) og Suldal Transport AS (29. september 2010).
- (22) I e-post av 13. mars 2012 ba klagenemndas sekretariat innklagede om følgende redegjørelser og tilleggsk dokumentasjon:

"I innklagedes prosesskrift til klagenemnda opplyses det at både innklagedes egne ansatte og noen av tilbyderne var usikker på innholdet i tildelingskriterium 2b, at innklagede ga tilbyderne uriktige signaler under forhandlingene om hvorledes dette kriteriet ville bli evaluert og at dette har medført at tilbudene som ble avgitt før den første tildelingsbeslutningen var avgitt på uriktige forutsetninger. Det bes om at innklagede konkretiserer og redegjør nærmere for dette, samt fremlegger all skriftlig dokumentasjon som foreligger hva gjelder presentasjoner fra forhandlingsmøtene, referat fra disse og lignende. Videre bes det om mulig, fremlagt egenerklæringer fra de av tilbyderne som mener at innklagede har gitt signaler på at det ville bli vektlagt positivt dess flere ruter det ble gitt tilbud på, uavhengig av om disse tilhørte samme/tilsvarende strekning, og erklæringer fra de hos innklagede som skal ha gitt disse signalene.

Videre opplyser innklagede i prosesskriftene at det forut for den første tildelingsbeslutningen ikke ble gitt en tilfredsstillende tilbakemelding til tilbyderne på de avgjørende forbedringspunktene i tilbudene hva gjelder andre forhold enn pris, og at innklagede med dette ikke overholdt kravet til reelle forhandlinger. Det bes om at det redegjøres nærmere for dette, samt fremlegges ethvert skriftlig dokument som belyser hvilke tilbakemeldinger tilbyderne faktisk ble gitt hva gjelder forbedringspunkter forut for den første tildelingsbeslutningen. Videre bes det redegjort nærmere for hvilken tilbakemelding tilbyderne ble gitt mellom den første og den andre tildelingsbeslutningen for de forbedringspunkter innklagede mener forelå på de øvrige forholdene enn pris, samt fremlagt ethvert skriftlig dokument som er relevant vedrørende dette."

- (23) Innklagede besvarte henvendelsen i brev av 25. mars 2012. I brevet uttaler innklagede at det forut for den første tildelingen ble gitt lite informasjon til tilbyderne om hva som lå i tildelingskriterium 2b, at tilbyderne i liten grad ble gitt tilbakemelding på de kvalitative sidene av tilbudene og at flere av tilbyderne fikk beskjed om at det ikke var noe å trekke på andre kriterier enn pris. Dette i motsetning til hva innklagede mener var tilfellet forut for den andre tildelingen. Innklagede uttaler så at informasjonen gitt forut for den første tildelingen ikke tilfredsstiller kravet til reelle forhandlinger. Videre var det sitert fra klagen til klagenemnda fra Suldal Transport AS, hvor det på side 2 i klagen ble uttalt at leverandøren ikke fikk:

"noen annen informasjon eller veiledning om andre forhold som bør forbedres eller som må avklares. [...] Vi fikk altså ingen veiledning eller informasjon om at vi burde forbedre noe verken på løsninger eller leveringssikkerhet.

[...]

Altså ingen informasjon/veiledning om at det er andre forhold enn pris, som vi bør forbedre i forhold til inngitt tilbud."

- (24) Vedlagt brevet var blant annet de tilbakemeldingene innklagede hadde gitt tilbyderne forut for hver av fristene for å inngi revidert tilbud, den tilbakemelding som var gitt etter at forhandlingene ble gjenåpnet, innklagedes innstillinger forut for hver av tildelingsbeslutningene og egenerklæringer fra innklagedes innkjøpsansvarlig og noen av tilbyderne i konkurransen. Samtlige dokumenter var sladdet for opplysninger som innklagede mente var opplysninger om drift- og forretningsforhold som det ville være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Som hjemmel for sladdingen var det vist til forsyningsforskriften § 3-2.

- (25) I den vedlagte innstillingen fra innklagede av juni 2010 side 11 og 13 fremgikk følgende:

"Frist for innlevering av endelige tilbud var 9/6. Samtlige av konkurransens deltakende tilbydere fikk sammen med en forsvarlig veiledning om forbedring av sine tilbud anledning til å levere endelige reviderte tilbud."

"Et annet delkriterium var mulighetene til samordning av ruter. Her fikk Nettlast god uttelling siden de la inn tilbud på alt unntatt en rute. Toten Transport ble trukket ned da de la inn tilbud på få ruter(bla en retur, uten å tilby den andre veien.)"

- (26) I den vedlagte innstillingen fra august 2010 side 3 og 13 fremgikk det følgende:

"Suldal Transport klaget resultatet inn til KOFA og stilte seg kritiske til Postens anvendelse av ett av tildelingskriteriene samt at det de mente var manglende tilbakemelding på den kvalitative evalueringen. Etter en gjennomgang med Postens Konsernadvokater ble det besluttet at vi gjenåpnet konkurransen, herunder inviterte til å inngi nytt endelig tilbud, etter ny tilbakemelding til leverandørene i forhold til alle tildelingskriterier. Som grunnlag for dette ble det tydeliggjort hvordan tildelingskriteriet var ment å skulle forstås."

"Kriteriet for Samordning av ruter, som var bakgrunnen for klagen fra Suldal, ble re-evaluert og poengsatt strekningsvis i henhold til opprinnelig intensjon. Dermed ble ikke dette kriteriet utslagsgivende i særlig grad."

- (27) I tillegg var brevet vedlagt egenerklæringer fra Bring Cargo AS, Bring Logistics AS, Orkdal Transport AS og Svipp AS. De to førstnevnte hadde krysset av for alternativet "Husker ikke" i følgende skjema som innklagede selv hadde utarbeidet:

"Vi ber om en vurdering av hvordan dere som tilbyder i konkurransen tolket tildelingskriterium 2b ved mottak av Tilbudsinnbydelsen og frem til den første tildelingsbeslutningen i juni 2010. Vennligst kryss av foran det svaret som passer deres tolkning best:

- *Tolket slik at man vil oppnå høyere poengscore ved å legge inn tilbud på så mange ruter som mulig i Ruteplanen som ble sendt sammen med Tilbudsinnbydelsen, selv om det er forskjellige strekninger, for eksempel Oslo-Stavanger og Trondheim-Fauske.*
- *Tolket slik at man vil oppnå høyere poengscore ved å legge inn tilbud på samsvarende tur/retur per strekning og tilstøtende geografisk område (for eksempel mange dager på strekningen Oslo-Stavanger)*
- *Annet, vennligst oppgi*
- *Husker ikke"*

- (28) Orkdal Transport AS hadde krysset av for det andre alternativet, og uttalte i tillegg følgende:

"Opplevde også at det var positivt der vi skaffet eget gods på evt retur. Vi ble også i første runde tildelt ruter, men i ettertid trekt tilbake??"

- (29) Svipp AS hadde krysset av for begge de to siste alternativene, og opplyste i tillegg følgende:

"Tilla ikke dette så mye "vekt" siden det var posten sine containere som skulle brukes, men det er jo 1,5 år siden og er litt usikker."

- (30) I e-post av 11. mai 2012 innsendte innklagede følgende undertegnede egenerklæring fra den innkjøpsansvarlige for foreliggende anskaffelse hos innklagede, Tor-Inge Larsen Bauer:

"Undertegnede ledet innkjøpsprosessen som representant fra Konsernstab Innkjøp i Posten Norge AS. Ved evaluering av mottatte tilbud ble ovennevnte kriterium forut for

tildelingen i juni anvendt på en måte som feilaktig gav pluss- eller minuspoeng basert på hvor mange (eller få) ruter leverandøren la inn tilbud på. Samtidig ble ikke leverandørene informert tilstrekkelig om dette ved forespørsel om endelig tilbud; de fikk kun tilbakemelding på prisene og hadde derfor ingen reell anledning til å forbedre den kvalitative delen av sine tilbud.

Etter annulleringen av denne tildelingen ble alle leverandørenes poeng regnet på nytt ved at overnevnte kriterium ble evaluert som beskrevet i konkurransegrunnlaget. Ved forespørsel om nytt endelig tilbud ble også alle leverandørene gitt tilbakemelding på kvalitative kriterier, samt priser, slik at alle fikk anledning til å forbedre sine totale tilbud under like forhold."

- (31) I e-post av 13. juni 2012 ba klagenemndas sekretariat innklagede om ytterligere redegjørelser og dokumentasjon:

"Vi har nå gjennomgått den innsendte dokumentasjon, og ser at vi har behov for ytterligere innsendelser.

For å vurdere hvorvidt det var adgang til å gjenåpne forhandlingene og motta nye reviderte tilbud under henvisning til at det i forkant av dette ikke var ført reelle forhandlinger, er vi avhengige av å motta usladdete versjoner av de tilbakemeldingene på forbedringspunkter som innklagede ga tilbyderne forut for at disse fikk inngi det siste reviderte tilbudet etter gjenåpningen av forhandlingene (brevene av 3. august 2010), samt at innklagede redegjør nærmere for hva som konkret er forskjellen i den tilbakemelding som ble gitt hver enkelt tilbyder før den første tildelingen og etter gjenåpningen. Vi ser at innklagede med hjemmel i forsyningsforskriften § 3-2 har påberopt at opplysningene som til nå er sladdet i brevene av 3. august 2010 gjelder opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde.

I dette henseende minner vi om følgende:

I klagenemndeforskriften § 11 fremgår det at for partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis gjelder bestemmelsene i tvisteloven §§ 21-3 (2) 2 pkt, 21-5 og 26-5, jf. kapittel 22, og 26-6 tilsvarende så langt de passer. I tvisteloven § 21-3 (2) 2 pkt fremgår at KOFA kan sørge for bevisføring med mindre partene motsetter seg dette.

Innklagede anmodes med dette om å fremlegge usladdete versjoner av brevene av 3. august 2010, med unntak for opplysninger som i utgangspunktet skal unntas som følge av at de gjelder tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Dersom innklagede fremdeles fastholder den sladding som er gjort til nå, ber vi om at det innsendes en mer utfyllende redegjørelse for hvorfor de opplysningene som til nå er sladdet kan anses som næringsopplysninger som det på det nåværende tidspunkt er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde. Det bes gitt en konkret vurdering vedrørende dette for hver enkelt opplysning som er sladdet.

Spørsmålet om noen opplysninger er å anse som forretningshemmeligheter må vurderes konkret opp mot hver enkelt opplysning i et dokument. Når det gjelder vilkårene for at

en opplysning skal regnes som en forretningshemmelighet må opplysningen etter sin art dreie seg om næringsopplysninger, og være av "konkurransemessig betydning" å hemmeligholde. Det kan vises til følgende for hva som utgjør en opplysning om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde i Justis- og politidepartementets rettleder til offentleglova på s. 84 flg.:

"Føreseгна stiller med andre ord krav både til arten av opplysningar – det skal dreie seg om næringsopplysningar – og til den eventuelle verknaden for konkurransen av at opplysningane blir gitte ut. [...] Den sentrale avgrensinga av teieplikta ligg i vilkåret om at det må vere av "konkurransemessig betydning" for verksemda at opplysningane blir haldne hemmelege. For at opplysningane skal vere underlagde teieplikt, må det med andre ord kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for verksemda dersom dei blir kjende, anten indirekte eller ved at konkurrentar kan utnytte dei. Det avgjerande er om opplysningane etter sin art kan ha slike skadeverknader, og ikkje om den konkrete mottakaren av opplysningane sjølv kan ha nytte av dei. Teieplikta er med andre ord til hinder for at næringsopplysningar som kan ha verknader for konkurransen blir gitt ut til andre, uavhengig av om mottakaren vil eller kan bruke dei i eiga verksemd, gje dei vidare til andre eller gjere noko anna som faktisk medfører fare for tap. Det vil ikkje ha verknader for konkurransen å halde hemmeleg opplysningar som er allment kjende eller tilgjengelege andre stader. Dersom opplysningane til dømes har vore omtala i media eller tekne inn i offentleg tilgjengelege rapportar som verksemda har utarbeidd, eller dei er kjende elles i bransjen, vil opplysningane ikkje vere underlagde teieplikt, og den vanlege innsynsretten etter offentleglova vil gjelde."

I tillegg minner vi om at det er bedt fremlagt egenerklæring fra innklagede og tilbyderne på at disse har fått signal fra innklagede om at det ville telle positivt dess flere turer som ble tilbudt, uavhengig av om disse tilhørte samme/tilsvarende ruter, strekninger og ukedager, jf. konkurransegrunnlagets tildelingskriterium 2b. Sekretariatet har vanskelig for å se at de egenerklæringene som til nå er fremlagt direkte besvarer hvorvidt dette er tilfellet. Vi ber om at tilbyderne og innklagede (ved for eksempel innkjøpsansvarlig) i sine egenerklæringer direkte bekrefter at slike uriktige signaler ble gitt tilbyderne, og redegjør nærmere for hvordan dette konkret skjedde."

- (32) Innklagede besvarte henvendelsen i e-post av 19. juni 2012, hvor blant annet tilbakemeldingene til tilbyderne av 3. august 2010 var vedlagt i mindre sladdet form enn ved forrige oversendelse (utdrag fra disse er gjengitt ovenfor i premiss 13 og 14). I tillegg ble det også fremlagt en ny egenerklæring fra innklagedes innkjøpsansvarlige, hvor det ble uttalt følgende:

"Hovedspørsmålet for KOFA er om Posten hadde gyldig grunn til å annullere den første tildelingen av 28/6-2010, for deretter å gjenåpne konkurransen og tildele på nytt 30/8-2010. Denne egenerklæringen kommer som et supplement til egenerklæring av 26/3-2012 og tilhørende dokumenter, og er samtidig ment som en oppsummering av hendelsesforløp og begrunnelse for gjenåpning av konkurransen."

Tildelingskriteriet som er kjernen i problemstillingen er:

2b Samordning av turer på samme/tilsvarende ruter, strekninger og ukedager.

Etter gjennomføring av konkurranse og opprinnelig tildeling 28/6-2010, mottok vi en KOFA-klage initiert av Suldal Transport. Deres klage omhandlet det ovenstående kriterium med grunnlag i at utøvelsen av det ikke var i henhold til ordlyden i Konkurranses grunnlaget, samt at de ikke fikk tilstrekkelig tilbakemelding om samme kriterium ved forespørsel om endelig tilbud. Følgelig mente de at de ikke fikk anledning til å forbedre sitt tilbud innenfor de korrekte rammene for nevnte kriterium.

Ved intern gjennomgang av evalueringsprosessen, kom vi til at Suldals begrunnelser for klagen medførte riktighet.

Intensjonen med kriterium 2b slik det står oppført i Konkurranses grunnlaget var at de som f.eks. leverte tilbud på både tur og retur på en strekning skulle få en høyere poengsum enn de som bare leverte tilbud en vei. Ved evaluering ble derimot kriteriet anvendt i en utvidet form ved at leverandører som leverte tilbud på mange turer, uavhengig av om det var på samme strekninger eller ikke, fikk ekstra poeng.

Jeg viser til dokumenter oversendt 26/3-2012. I Tilbakemeldinger 1 og 2 gis det tilbakemelding delvis på pris og delvis på kvalitative områder. Ved Tilbakemelding 3 ba vi skriftlig om endelig tilbud, men her ble det kun gitt tilbakemelding på pris.

Undertegnede bekrefter at jeg i perioden mellom Tilbakemelding 3 og mottak av endelig tilbud hadde telefonsamtaler med enkelte leverandører, hvor jeg sa at de kunne oppnå ekstra poeng ved å legge inn tilbud på mange ruter. Derimot ikke til Suldal, som de også påpeker i sin klage. Dette bidro til at leverandørene ikke fikk et tilstrekkelig og enhetlig grunnlag for å forbedre sine tilbud.

I tildeling av 28/6-2010 brukte Posten dermed en feilaktig evaluert oppfyllelse av kriterium 2b som en begrunnelse for å skille leverandører fra hverandre.

Posten innså at dette ble feil; både at kriteriet var tolket av Posten på en måte som ikke var forutberegnelig, og at leverandørene ikke fikk tilstrekkelig og enhetlig tilbakemelding i tilbudsprosessen til å forbedre sine tilbud på dette området.

En ny tildeling basert på en omregning av poengsummene, da med tolkning av kriteriet i henhold til ordlyden i Konkurranses grunnlaget, ble diskutert som en mulighet. Dette ville ikke rettet opp feilen med mangelfull tilbakemelding. Det ble derfor vurdert som et utilstrekkelig tiltak.

Posten vurderte videre at den eneste måten å rette opp feilene på var å gjenåpne konkurransen og gi alle anledning til å levere et nytt endelig tilbud, da med en ny tilbakemelding på alle kriterier og en redegjørelse for tolkningen av overnevnte kriterium. Med dette oppnådde Posten det vi mente var det eneste rette; å gi alle tilstrekkelig, korrekt og lik tilbakemelding, med påfølgende lik anledning til å gi nytt tilbud på samme beslutningsgrunnlag."

- (33) I telefonsamtale av 20. august 2012 ba klagenemndas sekretariat om å få oversendt innklagedes tildelingsmeddelelser av 28. juni 2012 i mindre sladdet form enn tidligere innsendt. Dette ble etterkommet av innklagede ved e-post oversendelse av 24. august 2012. Selv om det i disse versjonene av tildelingsbrevene fremdeles er sladdet hvilke eksakte forhold den enkelte tilbyder ble trukket for, fremgår det at innklagede har gitt

hver av tilbyderne en tilbakemelding på hva som ble ansett positivt og negativt ved deres tilbud, til dels også sammenlignet med andre leverandørers tilbud.

Anførsler

Klagers anførsler:

- (34) Klager anfører at innklagede har brutt prinsippet om at en gjennomført anskaffelsesprosedyre ikke skal oppheves i større utstrekning enn det som er nødvendig for å rette feil, og med regelen i konkurransegrunnlagets punkt 7 om at når konkurransen er gått over i innstillingsfasen, så er forhandlingsfasen avsluttet. Det er også brutt med regelverkets krav til forutberegnelighet og likebehandling ved at forhandlingene ble gjenåpnet, nye reviderte tilbud godtatt og kontrakt tildelt basert på disse etter at den opprinnelige tildelingsbeslutningen ble annullert. Innklagede skulle ha annullert den opprinnelige tildelingsbeslutningen og deretter vurdert tilbudene slik disse forelå uten å gi ekstrapoeng for å ha gitt tilbud på flere ruter som ikke tilhørte samme eller tilsvarende strekning. Det er kun tilbud på flere ruter på samme strekning, som skal kunne begrunne ekstrapoeng.
- (35) Det var ikke nødvendig å gjenåpne forhandlingene for å foreta en riktig poengtildeling. Av innklagedes innstilling av juni 2010 side 11 fremgår det følgende: *"Samtlige av konkurransens deltagende tilbydere fikk sammen med en forsvarlig veiledning om forbedring av sine tilbud anledning til å levere endelige reviderte tilbud."* Det eneste innklagede måtte gjøre var å fjerne de ekstrapoengene som var tildelt basert på at det var gitt tilbud på flere ruter som ikke tilhørte samme eller tilsvarende strekning. Det var heller ikke nødvendig å gjenåpne forhandlingene under henvisning til at tildelingskriterium 2b var uklart, det er det ikke, og innklagede har ikke dokumentert at dette var uklart for *"noen av tilbyderne"* eller at *"flere av de innkomne tilbudene var dermed basert på en uriktig forutsetning"*. Dette er en uetterrettelig og tendensiøs faktumbeskrivelse. Det var heller ikke nødvendig å gjenåpne forhandlingene under henvisning til at innklagede ikke hadde overholdt sin veiledningsplikt under forhandlingene. Det er kun dersom innklagede skulle fastholde den tolkningen og anvendelsen av tildelingskriteriet som ble lagt til grunn ved den første tildelingen at innklagede ikke har gitt god nok veiledning. Når innklagede legger til grunn den riktige tolkningen og anvendelsen, følger det direkte av tildelingskriteriet hva som vil bli premiært, og det er da ikke nødvendig å veilede ytterligere vedrørende dette. Det er uansett ikke godtgjort at ytterligere veiledning fra innklagede i forhandlingene, var nødvendig. Det er heller ikke riktig at tilbyderne ikke ble gitt tilbakemelding på hvordan tilbudene lå an kvalitativt sett. For øvrig var det stort sett prisen som skilte de beste tilbudene.
- (36) Basert på dette har innklagede ikke godtgjort at det var grunnlag for å gjenåpne forhandlingene. Det er heller ikke godtgjort at noen av tilbyderne mente at dette var nødvendig. For å begrunne gjenåpning, må det kreves at grunnene for dette er reelle, kontrollerbare og har tilstrekkelig relevans og vekt til at gjenåpning er riktig. For øvrig gjennomsyres prosessen av at innklagede har favorisert eget datterselskap i konkurransen. Dersom forhandlingene ikke hadde blitt gjenåpnet ville innklagedes datterselskap mistet de rutene som opprinnelig ble tildelt selskapet ved den uriktige poengtildelingen. Dette er den reelle grunnen til at forhandlingene ble gjenåpnet. At innkjøpsansvarlig skal ha uttalt at vedkommende opplyste til noen av tilbyderne at det ville bli gitt ekstrapoeng ved å legge inn *"tilbud på mange ruter"* uten noen nærmere presisering, jf. vedkommendes siste egenerklæring av 19. juni 2012, fremstår ikke som

sannsynlig. Dette ville i så fall vært en viktig endring av konkurransegrunnlaget, som ville blitt bekreftet skriftlig til alle leverandørene. Det er ingen av tilbudene som tyder på at det er gitt slik opplysning, og det er påfallende at innklagede ikke kan få noen av deltakerne i konkurransen til å bekrefte at slik opplysning ble gitt. Klagenemnda må legge til grunn det som er mest sannsynlig. Selv om innkjøpsansvarlig mot formodning skulle uttalt seg slik vedkommende hevder ovenfor noen av leverandørene, gir ikke dette grunnlag for gjenåpning av forhandlingene.

- (37) Klagenemnda bes om å uttale seg om vilkårene for erstatning for klager er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

- (38) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å gjenåpne forhandlingene, godta nye tilbud og tildele kontrakt basert på de nye tilbudene. Etter innklagedes mening var det nødvendig å gjenåpne forhandlingene, og la tilbyderne inngi nye tilbud for å rette opp de feil som var begått i forkant av den første tildelingsbeslutningen. Partene er enige i at det ikke kunne gis ekstrapoeng for tilbud på flere ruter som ikke var på samme eller tilsvarende strekning.
- (39) Tildelingskriterium 2b ble misforstått av innklagedes egne ansatte. Denne misforståelsen medførte i tillegg til at kriteriet ble tolket feil i evalueringen, også til at noen av tilbyderne ble gitt uriktige signaler om hva som ville bli lagt til grunn i evalueringen. Uklarheten i kriteriet ble ikke avklart under forhandlingene, og de opprinnelige tilbudene var gitt på feil forutsetning idet noen involverte i konkurransen, både på oppdragsgiversiden og tilbydersiden, forsto kriteriet slik at det ville være en fordel å inngi tilbud på flere strekninger. Videre overholdt ikke innklagede den veiledningsplikt som foreligger når konkurranseformen er konkurranse med forhandling. Tilbyderne ble ikke gitt en tilbakemelding på de kvalitative sidene av tilbudene som gjorde det mulig for disse å vurdere på hvilke punkter tilbudene måtte forbedres for å hevde seg i konkurransen, hvilket er i strid med kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet. Realiteten var at det var forbedringspotensial på de kvalitative sidene av tilbudene hos tilnærmet samtlige av tilbyderne. Da holder det ikke at tilbyderne kun hadde fått tilbakemelding på hvordan tilbudene lå an prismessig. Til sammenligning ga innklagede tilbyderne tilbakemelding på tilbudenes relative stilling, både mht pris, kvalitet og totalt, i brev av 3. august 2010. Det foreligger derfor vesensforskjell på den tilbakemelding på forbedringspunkter som ble gitt før og etter gjenåpningen. Den manglende tilbakemeldingen på de kvalitative sidene av tilbudene kunne hatt avgjørende betydning for konkurransen. Det var ikke mulig å rette opp de feil som var begått ved utelukkende å foreta en ny evaluering basert på de tilbud som forelå. Det var nødvendig å gi tilbyderne mulighet til å inngi nytt tilbud. For øvrig bestrides at innklagede har favorisert eget datterselskap i prosessen. Når det gjelder den siste egenerklæringen fra innklagedes innkjøpsansvarlige, er det naturlig nok vanskelig å gjengi ordrett innholdet i telefonsamtaler to år tilbake i tid, men beskrivelsen gjengir meningsinnholdet i samtaler med basis i hvordan kriteriet ble tolket på det tidspunktet. Siden ikke alle tilbyderne ringte for veiledning for inngivelse av siste reviderte tilbud før den første tildelingen, ble ikke denne samtalen ført med alle. Så langt innklagede er kjent med, er all tilgjengelig dokumentasjon oversendt klagenemnda.

Klagenemndas vurdering

- (40) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen er

regulert av Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og del I og II i forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester).

Gjenåpning av forhandlingene og ny kontraktstildeling etter mottak av nye reviderte tilbud

- (41) Partene er enige om at innklagede hadde hjemmel til å annullere den første tildelingsbeslutningen, jf. forsyningsforskriften § 11-4 (2), fordi evalueringen etter tildelingskriterium 2b ble uriktig ved at det var gitt ekstrapoeng for flere ruter uavhengig av om disse var på samme eller forskjellig strekning/rute. Dette er også klagenemnda enig i. Klager har imidlertid anført at innklagede har brutt prinsippet om at en gjennomført anskaffelsesprosedyre ikke skal oppheves i større utstrekning enn det som er nødvendig for å rette feil og regelen i konkurransegrunnlagets punkt 7 om at når konkurransen er gått over i innstillingsfasen, så er forhandlingsfasen avsluttet. Videre er det anført brudd med regelverkets krav til forutberegnelighet og likebehandling som nevnt i premiss (34).
- (42) Verken lovteksten eller forskriftsteksten løser direkte det spørsmål denne saken gjelder, altså hvorvidt det var adgang til å gjenåpne forhandlingene og tildele kontrakt på basis av nye reviderte tilbud. Dette må vurderes på basis av regelverkets grunnleggende krav til god forretningsskikk, forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5. Basert på disse prinsippene fastslo klagenemnda i sak 2008/9 premiss (40 og 41) at med mindre oppdragsgiver ved første kontraktstildeling har utgitt informasjon om for eksempel valgte leverandørs priser eller andre viktige forhold som gjør at tilbyderne på en uheldig måte kan tilpasse seg i en ny forhandlingsrunde, så har oppdragsgiver anledning til å gjenåpne forhandlingene etter at en tildelingsbeslutning er annullert dersom det er nødvendig for å rette opp feil som er begått i den anskaffelsesprosessen som allerede er gjennomført. Selv om denne saken gjaldt en anskaffelse som var regulert av forskriften for klassisk sektor, og forsyningsforskriften ikke inneholder en tilsvarende bestemmelse som forskrift om offentlige anskaffelser § 20-11 (5), må det legges til grunn at det ut fra loven § 5 og forsyningsforskriften § 3-1 (4) og (6) på dette punkt må gjelde tilsvarende regler i forsyningssektoren som i klassisk sektor.
- (43) Innklagede har i hovedsak påberopt seg tre grunner for at det var nødvendig å gjenåpne forhandlingene og godta nye tilbud: 1) Tildelingskriterium 2b var uklart og det var derfor nødvendig å presisere innholdet i dette for tilbyderne før nytt revidert tilbud ble inngitt, 2) innklagede hadde gitt uriktige signaler om innholdet i dette kriteriet ved at noen av tilbyderne var meddelt at det ville bedømmes positivt jo flere ruter som ble tilbudt, uavhengig av om disse var på samme eller forskjellig strekning/rute, og 3) forhandlingene forut for den første tildelingen var ikke reelle i og med at innklagede overhodet ikke hadde gitt noen tilbakemeldinger på hvilke punkter leverandørene kunne forbedre på tildelingskriteriene "*Løsning/tjeneste*" og "*Leveringssikkerhet*".
- (44) Etter å ha gjennomgått den innsendte dokumentasjon, må det anses godtgjort at innklagedes forhandlinger forut for den første tildelingen ikke kan anses reelle. Innklagede har ikke påpekt hvilke punkter tilbyderne kunne forbedre ved de to siste tildelingskriteriene. Dette i motsetning til de tilbakemeldingene innklagede ga tilbyderne på disse punkter i den opprinnelige tildelingsmeddelelsen av 28. juni 2010 og etter gjenåpningen av forhandlingene, jf. brevene til tilbyderne av 3. august 2010. I innklagedes prosesskrift til klagenemnda, er det i tillegg uttalt at tilbakemeldingene på disse tildelingskriteriene kunne hatt avgjørende betydning for konkurransen. I kravet til

reelle forhandlinger ligger det at oppdragsgiver har plikt til å påpeke de forhold som vil ha avgjørende betydning for den enkelte tilbyders stilling i konkurransen. Gjenåpning av forhandlingene, må etter dette anses for å ha vært nødvendig for å rette opp innklagedes brudd på kravet til reelle forhandlinger.

- (45) For å kunne godta gjenåpning av forhandlingene, må det da vurderes om innklagede ved den første kontraktstildelingen utga informasjon om for eksempel de valgte leverandørers priser eller andre viktige forhold som gjorde at tilbyderne på en uheldig måte kunne tilpasse seg i en ny forhandlingsrunde. I så tilfelle vil det være i strid med kravene til god forretningsskikk, forutberegnelighet og likebehandling å gjenåpne forhandlingene, jf. klagenemndas sak 2008/9 premiss (41).
- (46) Etter å ha gjennomgått den innsendte dokumentasjon, kan klagenemnda ikke se at innklagede i tildelingsmeddelelsen utga noen annen informasjon om valgte leverandørers tilbud enn en upresis angivelse av disse leverandørenes priser samt påpekte hvilke forhold som var ansett positive og negative i den enkelte leverandørs tilbud på en slik måte som det ville vært naturlig at innklagede også hadde gjort i forhandlingene. Når det gjelder tilbakemeldingen på pris, ble dette gjort på den måten at innklagede underrettet den enkelte leverandør om dennes priser var høyere eller lavere enn valgte leverandørers priser. Innklagedes tilbakemelding om priskriteriet i tildelingsmeddelelsen var således mindre presis enn de tilbakemeldingene innklagede ga på dette kriteriet underveis i forhandlingene. Under forhandlingene ga innklagede tilbyderne tilbakemelding på pris i et søylediagram hvor innklagede hadde satt lavest pris til 100 (basisindeks) og deretter anga prisen til den leverandøren tilbakemeldingen gjaldt ved for eksempel å oppgi 104, 115, og lignende. Basert på dette kan klagenemnda ikke se at innklagede ved den første kontraktstildelingen utga informasjon om de valgte leverandørers priser eller andre viktige forhold som gjorde at tilbyderne på en uheldig måte kunne tilpasse seg i en ny forhandlingsrunde. De tilbakemeldingene som ble gitt ved tildelingsbeslutningen, må anses for å ligge innenfor den type tilbakemelding innklagede kan gi tilbyderne under forhandlingene i en forhandlet konkurranse for å sikre at forhandlingene blir reelle.
- (47) Dette innebærer at innklagede ikke kan anses for å ha brutt regelverket ved å gjenåpne forhandlingene og tildele kontrakt på basis av nye reviderte tilbud.

Konklusjon:

Posten Norge AS har ikke brutt regelverket på de anførte punkter.

Bergen, 3. september 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Jakob Wahl