



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av brøytetjenester. Konkurransen ble avlyst etter at innklagede erkjente å ha begått feil som medførte avlysningsplikt. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til avlysning. Nemnda fant imidlertid at innklagede hadde brutt plikten til å hindre spredning av taushetsbelagte opplysninger i forskriften § 3-6.

Klagenemndas avgjørelse 29. april 2013 i sak 2011/326

Klager: Snøservice AS

Innklaget: Larvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Gro Amdal, Tone Kleven, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse, innsyn

Bakgrunn:

(1) Larvik kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 28. september 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av brøytetjenester. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst. Tilbudsfrist var angitt til 14. oktober 2011.

(2) I kunngjøringen punkt II.1.5 var det gitt en kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang:

"Larvik kommune innbyr til åpen anbudskonkurranse i forbindelse med Snøbrøyting/snørydding og strøing rundt aktuelle bygninger i Larvik kommune."

(3) I kunngjøringen punkt II.1.8 var det opplyst at kontrakten ikke ville "bestå av delarbeid og/eller delleveranser".

(4) Tildelingskriteriene var oppstilt i kunngjøringen punkt IV.2. Her var det oppgitt at pris ville vektes med 80 %, og gjennomføringsevne med 20 %. I tilbudsmappen vedlagt konkurransegrunnlaget, punkt 4, var tildelingskriteriene utdypet:

"Oppdragsgiver vil velge den tilbyder med det økonomisk mest fordelaktige tilbud ved kontraktstildeling."

Følgende kriterier legges til grunn:

	<i>Tildelingskriterier</i>	<i>Karakter:</i>	<i>Totalvekt:</i>	<i>Sum:</i>
<i>1</i>	<i>Priser</i>		<i>80</i>	

2	<i>Gjennomføringsevne – akseptanse av kravspesifikasjonen – se konkurransegrunnlagets pkt. 7</i>		20	
	<i>SUM</i>		100	

De ovenstående komponentene vil bli tillagt vekt og vil samlet telle mot en totalvurdering av de enkelte tilbudene. Hver komponent vil bli gitt en karakter (0-10) som siden vektas og summeres i en total karakter for hver enkelt tilbyder."

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 7 "Krav- / ytelsesspesifikasjon" var følgende angitt:

"7.0 Krav- / ytelsesspesifikasjon

7.1 Standard tjenesteytelse og generelle krav

- Tjenesteyter skal rykke ut og rydde snø ved en akkumulert snømengde på 5 cm.*
- Brøyting skal primært være slutført til kl. 08.00 på virkedagene*
- Tjenesteyter skal rykke ut og strø etter snøfall eller når regnvann eller smeltet snø er frosset til is etter en mildværsperiode.*
- Tjenesteyter skal ha feiet opp strømidler før 1. mai.*
- Snørydding og strøing skal foretas der det framkommer i vedlagte skisser.*
- Evt. bortkjøring av snø skal varsles av oppdragsgiver i forkant – og skal være priset som tilleggsarbeid.*

7.2 Generelle krav

- Tjenesteyter skal sikre fagmessig og god utførelse, ivareta oppdragsgivers interesser og fortløpende varsle både oppdragsgiver og bruker om skader påført eiendommen og rekvirere utbedring av skade den dag den er forårsaket. Skjer ikke det rekvirerer oppdragsgiver arbeidene for å utbedre skaden for tjenesteyters regning.*
- Når oppdraget er ferdig skal området være ryddet og i en stand som sikrer en trygg ferdsel for alle brukere."*

- (6) Konkurransegrunnlaget punkt 5.6 og 5.7 gjaldt taushetsplikt og offentlighet:

"5.6 Taushetsplikt

Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, fr. forvaltningslovens § 13.

5.7 Offentlighet

Leverandørene bes levere en utgave av tilbudet hvor det som leverandøren mener er forretningshemmeligheter er sladdet. Ved begjæring om innsyn, skal oppdragsgiver uavhengig av dette vurdere hvorvidt opplysningene er av en slik art at oppdragsgiver plikter å unnta dem fra offentlighet."

- (7) I punkt 7.3 fremgikk det at spesifisert pristilbud skulle leveres i henhold til vedlagte "eiendomsliste/prisskjema for snøbrøyting og strøing".
- (8) Vedlagt konkurransegrunnlaget var en tilbudsmappe som tilbyderne skulle fylle ut. Fra punkt 6 "Bedriftshemmeligheter" gjengis:

"I forbindelse med ny Lov om offentlighet (Offentleglova) av 19. mai 2006 nr 16, kan ikke oppdragsgiver unnta tilbudene fra evalueringen er ferdig. I denne forbindelse må tilbyder, i tabellen under, oppgi hvilken informasjon i tilbudet som er å anse som bedriftshemmeligheter, og som derfor ikke skal utleveres i forbindelse med en eller flere anmodninger om innsyn. Oppdragsgiver gjør oppmerksom på at det skal grunngis godt hvorfor noe er å anse som bedriftshemmeligheter, og at oppdragsgiver har rett til å overprøve tilbyders opplisting av unntak. Dersom ikke alle 4 punktene er fylt ut for hvert punkt tilbyder ønsker å unnta offentligheten, kan ikke oppdragsgiver godta kravet om unntak fra offentligheten.

Dersom punktet ikke er utfyllt regnes hele punktet som offentlig og kan derfor i sin helhet utleveres til enhver som spør om det.

Angivelsene av eventuelle bedriftshemmeligheter skal være presise og entydige.

Opplisting av bedriftshemmeligheter
<i>Referanse til punkt:</i>
<i>Beskrivelse av hva som må unntas:</i>
<i>Beskrivelse av hvorfor punktet må unntas:</i>
<i>Henvisning til lovhjemmel for unntaket:"</i>

- (9) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra 8 tilbydere, heriblant Snøservice AS (heretter kalt klager).
- (10) I klagers tilbud var ikke ovennevnte punkt 6 "Bedriftshemmeligheter" utfyllt.
- (11) Tildelingsbeslutningen ble meddelt tilbyderne ved brev av 24. oktober 2011. Her fremgikk det at oppdragsgiver ville tildele kontrakter for 67 plasser til klager, og 4 plasser til Stein Martinsen. Fra brevet hitsettes:

"Det var ingen av tilbyderne som hadde forbehold til konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon, dermed ble det de oppgitte prisene som var avgjørende på hvem som ble innstilt som vinnere av konkurransen. Nedenfor har vi tatt med

- *Den innstilte vinneres totalpris*

- *Den aktuelle tilbyders totalpris*
- *Med totalpris menes de roder hvor vinner og den aktuelle tilbyder hadde inngitt tilbud*

Snøservice

Traktortransport

1 538 900

3 117 015 [korrekt pris skal være 2 973 125]

Dersom dere har spørsmål eller kommentarer til vår innstilling, hører vi fra dere senest 28.10 kl 14.00. Etter dette inngår vi avtale med innstilte vinner."

- (12) Traktor Transport AS, som var en av tilbyderne, ba om innsyn i tilbudene til de innstilte leverandørene. Innsyn i tilbudene ble gitt, men innklagede gjorde unntak for prisene for de enkelte områdene. Ved brev av 28. oktober ble avslaget på innsyn påklaget, og det ble bedt om en utvidet begrunnelse. I tillegg ble det stilt spørsmålstegn ved lovligheten av tildelingskriteriet gjennomføringsevne. Innklagede besvarte klagen 31. oktober 2011, der det ble gitt innsyn i evalueringsmatrisen som viste klagers, og Stein Martinsens priser for hver av de 72 områdene. Klager sendte deretter en ny klage 1. november 2011, og anførte at innklagede hadde plikt til å avlyse konkurransen, som følge av at tildelingskriteriet "Gjennomføringsevne" var ulovlig.
- (13) Innklagede besluttet på bakgrunn av klagen å avlyse konkurransen. Fra e-post til tilbyderne den 2. november 2011 hitsettes:

"Vi viser til meddelelse om hvem som var innstilt som vinnere av konkurransen. Etter denne meddelelsen ble sendt ut har vi fått klager på vår konkurranse og evaluering av denne fra representant (Anbudsadvokaten) for flere av tilbyderne. Med bakgrunn i dette velger vi å gå ut med en ny konkurranse. Denne konkurransen går ut fra Larvik kommune i løpet av et par dager og vi vil også sende konkurransegrunnlaget direkte til de som har sendt inn tilbud i den forrige konkurransen. Vi ser for oss flg. tidsplan:

03-04.11 Ny konkurranse sendes ut

10.11 Spørsmål

18.11 Tilbudsfrist

25.11 Avgjørelse

Vi meddeler dette til våre resultatenheter, samtidig som vi ber innehavere av tidligere brøytekontrakter (til og med forrige vinter) foreta brøyting på timebasis, dersom dette blir aktuelt - inn til denne konkurransen er avgjort."

- (14) Klager fremmet samme dag en klage over avlysningen. Innklagede opprettholdt sin beslutning i e-post av 3. november 2011, der også klagen fra Traktor Transport AS ble vedlagt. På bakgrunn av dette fremmet klager nye innsigelser samme dag:

"Jeg ber om å få oversikten de andre har fått over hver enkelt plass med priser.

Hvis dere nå går ut med samme anbud som sist betyr jo det at de andre anbyderne nå vet mine priser? Dette må jo bli helt feil i neste anbudsrunde."

- (15) Innklagede gjennomførte den nye konkurransen, og inngikk kontrakt med seks valgte leverandører i denne 5. desember 2011.
- (16) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 21. november 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved å avlyse den første konkurransen, ettersom gjennomføringsevne ikke var et ulovlig tildelingskriterium. Subsidiært, gitt at kriteriet var beheftet med feil, hadde det ikke betydning for tilbudsevalueringen. Innklagede hadde derfor ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen.
- (18) Innklagede har brutt regelverket ved å gi innsyn i klagers priser. Pristilbudene må anses som forretningshemmeligheter. Beslutningen om å gi innsyn er ikke begrunnet. Klager ble ikke kontaktet vedrørende sitt syn på saken. Pristilbudene var heller ikke et tema for klagen, og det var derfor ingen grunn til å gi innsyn i disse.

Innklagedes anførsler:

- (19) Innklagede erkjente at det var stilt et ulovlig tildelingskriterium i den første konkurransen. Det forelå på denne bakgrunn saklig grunn til å avlyse konkurransen, jf. § 13-1. Avlysningsgrunnen, ulovlige tildelingskriterier, kan ikke avhjelpes på annen måte enn ved avlysning. Innklagede hadde også gjort en avlysningspliktig feil ved at kunngjøringen oppga at det ikke var anledning til å gi deltilbud.
- (20) Når det gjelder taushetsbelagte opplysninger er dette i første omgang en vurdering som tilbyderne ble bedt om å foreta, jf. konkurransegrunnlaget punkt 5.7. Klagers unnlatelse av å sladde opplysningene må anses som et samtykke til offentliggjøring, dersom opplysningene må anses taushetsbelagte. Innklagede har plikter etter offentlighetsloven. Det kan ikke være et brudd på anskaffelsesregelverket å følge andre lover.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder snøbrøyting som er en prioritert tjenesteanskaffelse i kategori 16, med CPV-kode 90620000. Anskaffelsen var kunngjort ved bruk av kunngjøringsskjemaet for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Klagenemnda legger til grunn at i tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (22) Klager anfører at innklagede ikke hadde plikt eller rett til å avlyse den første konkurransen.
- (23) Av forskriften § 13-1 (1) følger det at oppdragsgiver kan *"avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn"*. Avlysning kan skje inntil kontrakt er inngått.
- (24) Hvorvidt kravet til saklig grunn er oppfylt beror på en helhetsvurdering, hvor det blant annet skal legges vekt på tidspunktet for når avlysningen skjer, hvilke omstendigheter som utløste avlysningen og hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den. Videre vil også

situasjoner hvor det har oppstått en feil som følge av innklagedes eget forhold, og feilen ikke kan repareres ved andre tiltak enn avlysning av konkurransen, måtte anses som saklig grunn, jf. klagenemndas sak 2012/156 premiss (41) med videre henvisninger.

- (25) Innklagede har begrunnet avlysningen med at tildelingskriteriet "*Gjennomføringsevne*" var ulovlig, og at det i kunngjøringen var feilaktig oppgitt at det ikke var anledning til å levere deltilbud.
- (26) Ut fra de deler av konkurransegrunnlaget som er fremlagt for klagenemnda er det ikke angitt noe sted at det var anledning til å inngi deltilbud. Innklagede har imidlertid lagt til grunn at dette var mulig, og flere tilbydere hadde inngitt tilbud basert på en slik forutsetning. Klagenemnda legger derfor til grunn at konkurransegrunnlaget måtte forstås på den måten at dette var mulig. Innklagede gjorde derfor en feil ved å angi i kunngjøringen at kontrakten ikke ville bestå av delarbeid og delleranser. Det klare utgangspunktet er at feilaktig angivelse av adgangen til å innlevere deltilbud vil kunne innebære at potensielle leverandører avstår fra å delta, jf. klagenemndas saker 2012/149 premiss (76). Inngåelse av delkontrakter ville derfor kunne ha representert vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene, jf. klagenemndas saker 2012/149 premiss (61) og (76), og 2010/7 premiss (62) flg. På bakgrunn av denne feilen er det klart at innklagede hadde rett til å avlyse den første konkurransen. Det er dermed ikke nødvendig å ta stilling til om tildelingskriteriet "*Gjennomføringsevne*" var ulovlig.
- (27) Klager har også anført at innklagede har brutt regelverket ved å gi innsyn i klagers priser før konkurransen var avgjort. Det er ikke helt klart hvilke priser i klagers tilbud som er oversendt. Innklagede oversendte imidlertid evalueringsmatrisen til Traktortransport, hvor prisene for de enkelte områdene fremgikk. Klagenemnda legger til grunn at klagers anførsel gjelder oversendelsen av denne evalueringsmatrisen.
- (28) Det følger av forskriften § 3-5 at "*[f]or allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova*". I lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offl.) 19. mai 2006 § 3 er hovedregelen at saksdokumenter er offentlige, og etter § 23 tredje ledd, at oppdragsgiver i utgangspunktet er forpliktet til å gi innsyn i de innkomne tilbud etter at leverandør er valgt. Av offl. § 13 første ledd følger det at opplysninger som er "*underlagde teieplikt i lov eller i medhald av lov, er unnatekne frå innsyn*".
- (29) En slik lovbestemt taushetsplikt er inntatt i lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13. Regelen fremgår også i forskriften § 3-6: "*Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. [forvaltningsloven] § 13*".
- (30) Selv om utgangspunktet er at oppdragsgiver skal gi innsyn i tilbudene etter at leverandør er valgt, har oppdragsgiver etter forskriften § 3-6 altså likevel plikt til å unnta forretningshemmeligheter når innsyn gis. Denne plikten påhviler oppdragsgiver, og er i utgangspunktet uavhengig av den som ønsker hemmelighold. Det er likevel anledning til å innhente samtykke til å gi innsyn i opplysninger som ellers ville vært underlagt lovbestemt taushetsplikt.

- (31) Innklagede har i denne forbindelse fremholdt at klagers manglende sladding av opplysninger i eget tilbud, må anses som et slikt samtykke. Plikten til å vurdere innsyn og eventuell taushetsplikt påhviler imidlertid oppdragsgiver, jf. også innklagedes egen opplysning i konkurransegrunnlaget punkt 5.7. Det at klager ikke har fylt ut skjemaet i konkurransegrunnlaget punkt 6 kan ikke alene forstås som et samtykke til offentliggjøring, i en situasjon der det på tidspunktet for innsynsbegjæringen er aktuelt å vurdere avlysning av konkurransen, se også premiss 35 nedenfor.
- (32) Spørsmålet er dermed om klagers områdepriser måtte anses som forretningshemmeligheter som var underlagt lovbestemt taushetsplikt. I vilkåret om at opplysningen vil *"være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysninga angår"*, jf. forskriften § 3-6 og forvaltningsloven § 13, ligger at det må være en reell fare for økonomisk tap eller redusert gevinst for den aktuelle virksomheten, dersom opplysningene blir kjent. Tapet eller skaden må være knyttet til at andre aktører i markedet kan utnytte opplysningen kommersielt.
- (33) Hva som utgjør en forretningshemmelighet må i utgangspunktet vurderes konkret i forhold til den enkelte anskaffelse, jf. klagenemndas sak 2010/294 og 2005/70. Klagenemnda har imidlertid lagt til grunn i praksis at de innkomne tilbudenes totalpriser som hovedregel ikke kan anses som en forretningshemmelighet, jf. klagenemndas saker 2008/87 og 2008/208. På den annen side vil enhetspriser lett bli ansett som forretningshemmeligheter, jf. klagenemndas saker 2011/154, 2010/294, 2008/87 og 2008/20.
- (34) Partene har i begrenset grad redegjort for hvorvidt opplysningene om klagers priser må anses som forretningshemmeligheter. En slik redegjørelse er sentral for klagenemndas mulighet til å ta stilling til om opplysningene er omfattet av taushetspliktsreglene, jf. i denne retning klagenemndas avgjørelser i sakene 2011/36 og 2010/294. Til tross for dette finner klagenemnda i foreliggende sak at det er tilstrekkelige opplysninger i saken til å ta stilling til spørsmålet.
- (35) Ved vurderingen av om prisinformasjon er forretningshemmeligheter, er den sammenheng opplysningene fremkommer i et sentralt moment. I foreliggende sak ble det stilt spørsmål ved lovligheten av tildelingskriteriene før innklagede ga innsyn i klagers priser. Innklagede hadde på denne bakgrunn en klar foranledning til å ta stilling til spørsmålet om avlysning før innsyn ble gitt. Når det var en mulighet for at konkurransen ble avlyst, og klagers delpriser ble gjort kjent, ville konkurrentene kunne utnytte kunnskapen om klagers priser ved den senere konkurransen. Denne muligheten ble som kjent aktualisert når konkurransen ble avlyst. På tidspunktet opplysningene ble gitt var derfor prisinformasjonen av *"konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysninga angår"*, jf. forskriften § 3-6. . Innklagede har derfor brutt forskriften § 3-6 ved å videresende opplysningene om klagers priser i den første konkurransen.

Konklusjon:

Larvik kommune har brutt forskriften § 3-6 ved å gi innsyn i klagers enkeltpriser.

Bergen, 29. april 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal