



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling for anskaffelse av arbeidsmarkedskurs innen regnskap og kontor. Klagenemnda kom til at innklagede innenfor rammen av det innkjøpsfaglige skjønn, kunne gi klager null poeng i evalueringen av instruktørressursene. Nemnda kom imidlertid til at innklagede hadde brutt kravene til begrunnelse i forskriften § 11-4.

Klagenemndas avgjørelse 23. september i sak 2011/356

Klager: AOF Sarpsborg, Halden og Indre Østfold

Innklaget: NAV Østfold

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Morten Goller

Saken gjelder: Tilbudsevaluering. Begrunnelse

Bakgrunn:

(1) NAV Østfold (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. juli 2011 en konkurranse med forhandling i ett trinn for anskaffelse av rammeavtaler for kjøp av arbeidsmarkedskurs innen regnskap og kontor. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 angitt til 12. august 2011.

(2) Av konkurransegrunnlagets punkt 5.1 fremkom det at tildelingen skulle skje på grunnlag av hvilke tilbud som etter forhandlingene er det "*økonomisk mest fordelaktige*", basert på følgende kriterier:

"1. Totalkostnad, herunder pris og forbehold til kontrakten som har økonomisk betydning for oppdragsgiver

2. Kvalitet, herunder:

Faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører, dokumentert gjennom vedlagte CVer

Tilbudets pedagogiske opplegg

Besvarelse/oppfyllelse av kravspesifikasjonen

Kriteriene er ikke oppgitt i prioritert rekkefølge"

(3) I konkurransegrunnlagets punkt 2 fremkom at "*det skal velges leverandør(er) for regionene Askim/Eidsberg, Fredrikstad/Moss og Sarpsborg/Halden. Tilbyder må ha kapasitet til å gjennomføre parallelle tiltaksgjennomføringer.*"

- (4) I rammeavtalen, som var vedlagt konkurransegrunnlaget, fremgikk det av punkt 4 at *"Leverandøren har anledning til å benytte seg av underleverandører"*, og videre at *"Ved bruk av underleverandører er Leverandøren ansvarlig for ytelser fra underleverandørene som om han skulle ha levert de selv"*. Fra rammeavtalens punkt 10.3, som gjelder *"Bemanning"*, hitsettes følgende:

"Leverandøren har ansvar for at Tjenesten utføres av de instruktørene som partene i det enkelte avropet har avtalt. Aktuelle instruktører skal fremgå av Bilag 2.

Dersom instruktører slutter i sin stilling hos Leverandøren, sykemeldes, tar omsorgspermisjon eller er fraværende av lignende årsaker, plikter Leverandøren å erstatte instruktørene med alternative instruktører med tilsvarende faglig kompetansebakgrunn. Eventuelle kostnader ved slikt bytte, f.eks. til opplæring, skal dekkes av Leverandøren.

Skifte av instruktører initiert av Leverandøren skal først skje etter skriftlig godkjenning fra Kunden. Kunden kan ikke nekte å godkjenne skifte av instruktør uten saklig grunn. Kunden har tilsvarende rett til å godkjenne eller forkaste nye instruktører som Leverandøren stiller til rådighet."

- (5) Innklagede mottok tilbud fra 5 tilbydere innen tilbudsfristen 12. august 2011. Blant leverandørene som leverte tilbud for regionene Askim/Eidsberg og Sarpsborg/Halden var AOF Sarpsborg, Halden og Indre Østfold (heretter kalt klager) og Bedriftsakademiet AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (6) I klagers tilbud var instruktørene beskrevet i løsningsbeskrivelsen. Her var det angitt én hovedinstruktør for regnskap og én for kontor, både for regionen Sarpsborg/Halden og for Askim/Eidsberg. Det var også angitt 4 øvrige instruktører – slik at antall instruktører til sammen var 8. I klagers spesifiserte tilbud fremgikk det at for Askim/Eidsberg skulle 6 instruktører delta, herunder de 2 hovedinstruktørene i 75 % stilling, og de 4 øvrige varierende fra 40 % stilling til 12 timer. Det samme gjaldt for Sarpsborg/Halden, her med de to hovedinstruktørene for dette området.
- (7) Innklagede gjennomførte forhandlinger med tilbyderne 18. august 2011. I anskaffelsesprotokollen fremgår det referat fra forhandlingene, der det under tema er angitt at klager manglet 4 instruktører for å kunne gjennomføre kurs i de to regionene det var inngitt tilbud for. Videre fremgår det at klager tilveiebragte 4 nye instruktører. Det er også opplyst at innklagede ved forhandlingene ba om bekreftelse på at instruktørene som var tilbudt ved det første tilbudet ville være ledige, og at de mottok slik bekreftelse.
- (8) Innklagede har opplyst at det parallelt med den aktuelle anskaffelsen ble gjennomført en anskaffelse av kurs innen truckføreropplæring. Innklagede oppdaget at enkelte av klagers tilbudte instruktører var tilbudt også i denne konkurransen, men fra en annen leverandør. Tildelingsbeslutning i konkurransen for truckføreropplæring ble tatt før beslutningen i foreliggende konkurranse, og her ble tilbudet med de nevnte instruktørene tildelt kontrakt.
- (9) Tildelingsbeslutningen for regionen Askim/Eidsberg ble meddelt tilbyderne 29. august 2011, med klagefrist til 9. september 2011. Herfra hitsettes:

"Begrunnelse:

Etter en samlet vurdering av kvalitet og totalkostnad mener NAV at Bedriftsakademiet AS har levert det beste tilbudet.

De faglige kvalifikasjonene til tilbudte instruktører i Bedriftsakademiet AS vurderes som meget gode. Bedriftsakademiet har et meget godt pedagogisk opplegg som er tilpasset målgruppen og. Bedriftsakademiet har svært god besvarelse/oppfyllelse av kravspesifikasjonen.

Kvalitet: Bedriftsakademiet AS fikk 82 poeng som er den høyeste poengsum.

Pris: Bedriftsakademiet AS hadde den laveste prisen."

- (10) I tildelingsmeddelelsen for Sarpsborg/Halden av samme dato, var den tilsvarende passusen likelydende, med det unntak at valgte leverandør i denne konkurransen hadde fått 88,5 poeng.
- (11) Klager ba innklagede om begrunnelse og innsyn i klagers egne kvalitetspoeng i e-post 8. september 2011. Klager purret gjentatte ganger på denne informasjonen.
- (12) Klager mottok evalueringsnotatet for sitt tilbud 19. oktober 2011. Under vurderingen av *"Faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører"*, som var det første underkriteriet under *"Kvalitet"*, er tilbudet vurdert på tre punkter – kunnskap i fagene regnskap og kontor, kunnskap på jobbsøk og arbeidsmarked og antall års erfaring med målgruppen. I evalueringsnotatet er klager først oppstilt med poeng på hvert punkt, for begge regionene konkurransen gjaldt. Dette er imidlertid oppfulgt med samme opplysning på hvert av de tre punktene:

"Siden en av instruktørene i både Sarpsborg/Halden og Askim/Eidsberg har blitt instruktører på andre kurs er det ikke mulig å gi tilbyder poeng på dette område

0 poeng"

- (13) I anskaffelsesprotokollen er følgende angitt vedrørende evalueringen av klager under nevnte underkriterium:

"Tilbyder bruker instruktører fra en underleverandør. Det viser seg etter at det reviderte tilbud er innlevert at flere av instruktørene de har tilbydd både i Sarpsborg/Halden og Askim/Eidsberg ligger ved som instruktører i et annet kurs med en annen leverandør. Denne tilbyderen blir valgt som leverandør og gjør flere av instruktørene på dette tilbudet uaktuelle.

Det blir vanskelig for NAV Østfold å kunne vekte instruktørressursene til tilbyder siden de er blitt opptatt med andre oppdrag. Derfor settes det til 0 poeng"

- (14) Klager klaget på tildelingen ved brev datert 10. november 2011.
- (15) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 14. september 2011.
- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. desember 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å velge klagers tilbud, selv om dette var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på tildelingskriteriene pris og kvalitet. Innklagede hadde ikke grunnlag for å hevde at de oppgitte instruktørene i klagers tilbud var opptatte. Klagers samarbeidspartner som skulle tilby instruktørene bekreftet å ha ledig kapasitet og mulighet til å levere instruktører til den aktuelle tjeneste. De tilbudte instruktører ble bekreftet ledige av klager ved spørsmål fra innklagede, og innklagede kan da ikke legge til grunn noe annet. Uansett ble det kun opplyst fra innklagede overfor klager at to av de åtte tilbudte instruktørene måtte anses som opptatt, og ikke fire slik innklagede i sitt tilsvarende hevder. Dersom innklagede vurderte det slik at tilbudet fra klager ikke kunne sammenlignes med de øvrige tilbudene på grunn av at de tilbudte instruktørene ble vurdert til å være opptatte skulle innklagede ha avvist tilbudet fra klager. Når dette ikke ble gjort kan ikke innklagede trekke klager i poeng på dette grunnlag.
- (18) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager en god nok begrunnelse for valg av leverandør. Klager mottok kun informasjon om valgte leverandørs kvalitetspoeng og pris, ikke om klagers egne poeng. Klager hadde dermed ikke tilstrekkelig informasjon til å kunne vurdere muligheten for å klage uten ytterligere begrunnelse fra innklagedes side.
- (19) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager en nærmere begrunnelse for valg av leverandør. Klager fremsatte en anmodning om nærmere begrunnelse til innklagede skriftlig 8.september, og muntlig over telefon 6.september 2011, men fikk ikke svar fra innklagede før 7.oktober 2011 på telefon, og skriftlig 19.oktober 2011. Det må uansett være uten betydning at innklagede mener at overholdt svarfrist ikke ville hatt noen betydning for klagers mulighet til å klage eller på saksutfallet.

Innklagedes anførsler:

- (20) Innklagede bestrider at klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Når innklagede skal vurdere tilbudets kvalitet på bakgrunn av de faglige kvalifikasjonene til de tilbudte instruktørene er det av avgjørende betydning at disse instruktørene er ledige for oppdraget. Før tildelingen av kontrakt ble innklagede oppmerksom på at klagers tilbudte instruktører i foreliggende konkurranse også var tilbudt i en annen konkurranse om truckføreropplæring. Klager ville ikke kunne gjennomføre kurset som tilbudt med de oppgitte instruktører, og innklagede la derfor til grunn at 4 av klagers 8 tilbudte instruktører ikke ville være tilgjengelige. Innklagede anså det ikke hensiktsmessig å innhente ytterligere informasjon om nye instruktører fra AOF da fasen med forhandlinger var avsluttet, og vurderingen og poengsettingen av kvaliteten på de enkelte tilbud var fastsatt.
- (21) Innklagede erkjenner at man ikke klarte å levere den informasjonen om begrunnelse for tildeling som ble etterspurt av klager. Innklagede tilbakeviser imidlertid at regelverket for offentlige anskaffelser er brutt som en følge av dette. Ettersom klager sendte en forespørsel om begrunnelse for tildeling kun én dag før klagefristen gikk ut ble klagen ikke fremsatt i rimelig tid. Innklagede fikk dermed ikke anledning til å etterkomme forespørselen før klagefristen gikk ut. Klager sendte forøvrig en anmodning om begrunnelse direkte til en medarbeiders e-postadresse. Denne medarbeideren var

fraværende fra kontoret i perioden 8. september 2011 til og med 13. september 2011. Dette var en annen e-postadresse enn den som var oppgitt i konkurransegrunnlaget for benyttelse i forbindelse med tilleggsopplysninger til anbudskonkurransen. Innklagedes medarbeider oppfattet heller ikke at klager hadde til hensikt å klage over beslutningen slik at man ikke anså det nødvendig å følge innarbeidet praksis om å prioritere å gi den nødvendige informasjon som man behøver for å klage. Innklagede kunne i så fall også utsatt kontraktsinngåelse med valgte leverandør. Innklagede hevder at det uansett ikke ville hatt betydning for klagers klagemulighet eller for utfallet av konkurransen om klagers anmodning hadde vært etterkommet innen angitt frist.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder arbeidsmarkedskurs, som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 24. 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.
- (23) Klager har anført at innklagede har gjennomført en ulovlig tildelingsevaluering ved å gi klagers tilbud null poeng ved evalueringen av instruktørressursene, fordi det urettmessig ble lagt til grunn at klagers tilbudte instruktører ikke ville kunne forestå kontraktsoppfyllelsen.
- (24) Ved tildelingsevalueringen utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers skjønnsutøvelse har vært usaklig eller vilkårlig, basert på feil faktum eller om skjønnets for øvrig er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (25) Klager hadde i foreliggende sak tilbudt i alt 12 instruktører for gjennomføringen av de to kursene, i ulike stillingsprosenter. Det var ikke inntatt forbehold om ledig kapasitet for instruktørene. Innklagede hadde likevel under forhandlingene bedt om bekreftelse på at klagers tilbudte instruktører var ledige, og mottatt slik bekreftelse. Det er forklart at innklagede rutinemessig spør om dette, basert på erfaringer med at instruktører er opptatte med andre oppdrag, eller tilbys i flere samtidige tilbud.
- (26) Like før tildeling oppdaget innklagede at enkelte av klagers tilbudte instruktører også var tilbudt fra en annen tilbyder i en parallelt gjennomført konkurranse vedrørende truckførerkurs. Denne leverandøren ble tildelt kontrakt. Under tildelingskriteriet "*Kvalitet*", og underkriteriet "*Faglige og pedagogiske kvalifikasjoner på tilbudte instruktører, dokumentert gjennom vedlagte CVer*", vurderte innklagede derfor klagers tilbud som at: "*Det blir vanskelig for NAV Østfold å kunne vekte instruktørressursene til tilbyder siden de er blitt opptatt med andre oppdrag. Derfor settes det til 0 poeng*".
- (27) Oppdragsgiver må som klar hovedregel bare vektlegge informasjon som fremkommer av det konkrete tilbudet i en anbudskonkurranse, jf. klagenemndas saker 2013/36 premiss (36), og 2010/218 premiss (43). Tilbyderen er bundet av sitt tilbud, og i den grad oppdragsgiver er usikker på om levering vil skje i henhold til tilbudet, vil dennes interesser i utgangspunktet være beskyttet av reglene om kontraktsbrudd. De øvrige tilbydernes interesser er på sin side beskyttet gjennom forbudet mot vesentlige endringer - som også vil kunne omfatte unnlatt oppfølging av kontrakten, jf. klagenemndas sak 2009/270.

- (28) Selv om et potensielt mislighold av kontrakten i utgangspunktet må håndteres etter kontraktsretten, har likevel oppdragsgiver behov for å kunne agere ved kunnskap om at konkrete tilbudsopplysninger er uriktige. En slik situasjon, der faste holdepunkter utenfor tilbudet reiser begrunnet tvil om leverandøren kan levere i henhold til tilbudet, kan i prinsippet tenkes håndtert på flere måter, jf. klagenemndas sak 2012/246 premiss (44) flg.
- (29) Rettens avgjørelse i sak T-589/08 gjaldt blant annet et spørsmål om det forelå en feil ved en tildelingsevaluering, som følge av at saksøkers tilbud på ett punkt ble vurdert å gi et urealistisk estimat. Domstolen gjennomgikk tre konkrete innsigelser mot at tilbudet ikke kunne vurderes som urealistisk på dette punktet (premiss 40 til 47), men ingen av dem førte frem. I foreliggende sak er klager og innklagede uenige om klagers tilbudte instruktører faktisk ville være opptatt eller ikke. Selv om klagenemnda har begrenset mulighet for å ta stilling til slik faktisk uenighet, må det likevel legges til grunn at det i hvert fall var uklart om de angjeldende instruktørene ville kunne utføre oppdraget som tilbudt.
- (30) I en anbudskonkurranse vil slike uklarheter gi avvisningsplikt dersom forholdet kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. forskriften §§ 11-11 (1) bokstav f og 20-13 (1) bokstav f. I en konkurranse med forhandling som den foreliggende er spørsmålet ofte om forholdet skulle vært avklart gjennom forhandlingene, se som eksempel klagenemndas sak 2012/47 i premiss (46). Dette er ikke anført i saken, men uklarheten er uansett søkt avklart gjennom forhandlingene. Innklagede har ikke vurdert tilbudet i forhold til avvisningsreglene, og spørsmålet er om det var adgang til å vektlegge uklarheten under tilbudsevalueringen.
- (31) Etter omstendighetene vil oppdragsgiver ved vurderingen av en uklarhet, i medhold og innenfor rammen av det innkjøpsfaglige skjønn, kunne legge til grunn det minst fordelaktige tolkningsalternativet uklarheten åpner for ved evalueringen. Med en slik forutsetning for evalueringsfasen unngås det at uklare tilbud oppnår et uberettiget konkurransefortrinn, og tilbudet kan sammenlignes med de øvrige tilbud. Tilbyderne bærer selv risikoen og ansvaret for at tilbudet er klart og fullstendig, jf. blant annet sak 2011/111 premiss (59). I så måte stiller saken seg tilsvarende som Rt. 2007 side 1783 som gjaldt uklarhet med hensyn til kvalitet og leveringssikkerhet. Høyesterett uttalte:

"Det må være ganske klart at oppdragsgiver fant det vanskelig å vurdere anbudet fra NIDA opp mot de angitte tildelingskriteriene kvalitet og leveringssikkerhet, og NIDA må selv ta ansvaret for den mangelfulle utfyllingen.

Når det gjelder den konkrete utmålingen av 0 poeng for de to kriteriene, anser jeg dette å tilligge kommunens skjønn, som ikke bør overprøves av domstolene. Skjønnets fremstår verken som vilkårlig eller sterkt urimelig, og støter heller ikke an mot kravene i anskaffelsesloven § 5 om forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet."

- (32) Klager har ikke fremmet innvendinger mot at innklagede ved evalueringen kun vektla instruktører tilbudt i mer enn 50 % stilling. I foreliggende sak gjaldt uklarheten begge hovedinstruktørene i hver av regionene, og knyttet seg dermed til samtlige som skulle vurderes ved underkriteriet. På bakgrunn av dette kan ikke innklagedes vurdering av å gi klager null poeng underkjennes som usaklig, vilkårlig, eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (33) Klager har også anført at innklagede har brutt regelverket ved å gi klager en mangelfull begrunnelse.
- (34) Det følger av forskriften § 11-14 (1), slik denne lød på kunngjøringstidspunktet (før endringene av 1. juli 2012), at begrunnelsen for valg av tilbud *"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"*.
- (35) Ved tildelingsmeddelelsen den 29. august 2011, var det kun gitt enkelte opplysninger om ulike positive kvaliteter ved valgte leverandørs tilbud, og opplyst hvor mange poeng valgte leverandør oppnådde ved tildelingskriteriet kvalitet. Klagers poengsum ble ikke opplyst, og heller ingen andre forhold ved klagers tilbud, eller evalueringen av det, var belyst.
- (36) Innklagedes nedjustering av klagers poengsum grunnet innklagedes vurdering av tilgjengeligheten av klagers tilbudte instruktører var heller ikke omtalt i begrunnelsen. Dette må anses som helt nødvendig kunnskap for klager i forbindelse med en eventuell klage, eller begjæring om midlertidig forføyning. Innklagede har på dette grunnlag brutt kravet til å gi begrunnelse i forskriften § 11-14 (1).
- (37) Klager anfører at innklagede også har brutt plikten til å gi en nærmere begrunnelse.
- (38) Etter forskriften § 20-16 (4), slik denne lød da innklagede gjennomførte konkurransen, skal oppdragsgiver, dersom en leverandør skriftlig anmoder om det, senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt, gi en nærmere begrunnelse for hvorfor leverandøren ikke er tildelt kontrakt. I den nærmere begrunnelsen skal oppdragsgiver opplyse om *"det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler"*.
- (39) Klager ba om nærmere begrunnelse ved e-post av 8. september 2011. En slik begrunnelse ble ikke mottatt innen 15 dager etter anmodningen. Evalueringsnotatet som ble sendt klager 19. oktober 2011 omfatter heller ikke opplysninger om *"det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler"*. Innklagede har dermed brutt kravet til å gi en nærmere begrunnelse, jf. forskriften § 11-14 (4).

Konklusjon:

NAV Østfold har brutt forskriften § 11-14 (1) og (4) ved å gi klager både en utilstrekkelig begrunnelse, og en manglende nærmere begrunnelse.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

Bergen, 23. september 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Morten Goller