



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede arrangerte en konkurranse med forhandling om anskaffelse av arbeidsmarkedstiltak, herunder opplæring til førerkort for tyngre kjøretøyer. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 8-2 (2) ved ikke å gjøre klagers spørsmål til konkurransegrunnlaget, og innklagedes svar på dem, kjent for alle tilbyderne. Klagers anførsel om at innklagede før tilbudsfristen pliktet å opplyse om vekten av tildelingskriterienes underkriterier, førte ikke frem. Klagers anførsel om brudd på innsynsreglene ble avvist.

Klagenemndas avgjørelse 23. juni 2014 i sak 2012/187.

Klager: LEARN AS

Innklaget: NAV Buskerud

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Likebehandling, vekting av tildelingskriterier, innsyn

Bakgrunn:

- (1) NAV Buskerud (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. januar 2012 en konkurranse med forhandling (ett trinn) om inngåelse av rammeavtale om anskaffelse av arbeidsmarkedstiltak, slik som opplæring til førerkort for tyngre kjøretøyer. Kurset skulle gi deltakerne førerkort klasse CE, DE, mulighet for førerkort til minibuss og kompetanse til å behandle farlig gods og lastebilkraft.
- (2) Tilbudsfristen var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 28. februar 2012.
- (3) Ifølge konkurransegrunnlaget punkt 1.2 ble anskaffelsen regulert av forskriften del I og II. Punkt 1.7 hadde overskriften "*Tilleggsopplysninger*" og lød:

"Dersom leverandøren finner at Konkurransgrunnlaget ikke gir tilstrekkelig veiledning, kan han skriftlig be om tilleggsopplysninger hos oppdragsgiver ved:

[...]

Hvis forespørsel om tilleggsinformasjon er fremsatt i tilstrekkelig tid før utløp av fristen for forespørsel om deltakelse, skal oppdragsgiver sende svaret anonymisert via DOFFIN til samtlige som har lastet ned Konkurransgrunnlaget senest 6 dager før tilbudsfristens utløp.

*Skriftlig henvendelse om tilleggsopplysninger merkes "*Tilleggsopplysninger – førerkort tyngre kjøretøy*".*

- (4) Tildelingskriteriene fremgikk av punkt 5.1:

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no

Nettside: www.kofa.no

"Tildeling skjer på grunnlag av hvilket tilbud som etter forhandlingene er det økonomisk mest fordelaktige, basert følgende kriterier:

1. Totalpris

2. Kvalitet:

- *Tilbudte instruktørers faglige og pedagogiske kvalifikasjoner dokumentert gjennom vedlagt CV, samt eventuell presentasjon i forhandlinger.*
- *Tilbudets faglige innhold.*
- *Organisering og pedagogisk opplegg.*

Kriteriene er ikke oppstilt i prioritert rekkefølge.

Tildelingskriteriene vektes slik:

- *Totalpris: 40 %*
- *Kvalitet: 60 %*

Det vil bli benyttet en lineær modell for beregning av pristilbud til poeng og som benytter laveste totalpris som utgangspunkt for beregningen. Laveste totalpris gis høyeste score, som er poengsummen 6, mens en totalpris som er minst dobbelt så høy som laveste gis 0 poeng, som er laveste score.

Det vil bli benyttet en modell med poenggivning i evalueringen av tilbudenes kvalitet, som har en poengskala fra 1-6 poeng, der 6 poeng er høyeste score og 1 poeng er laveste score. Følgende poengskala vil bli benyttet:

6 poeng = særdeles god kvalitet

5 poeng = svært god kvalitet

4 poeng = god kvalitet

3 poeng = middels god kvalitet

2 poeng = dårlig kvalitet

1 poeng = særdeles dårlig kvalitet"

(5) Kravspesifikasjonen var bilag 1 til konkurransegrunnlaget. I punkt 2 stod det:

"Målsettinger

Kurset skal kvalifisere til førerkort kl. CE med ADR og gi kompetanse til å behandle farlig gods og lastebilkran. Kurset skal videre kvalifisere til førerkort kl. DE, samt gi mulighet for minibuss.

[...]

Kursperiode/varighet

Forkurs på 4 uker, hvorav 1 uke jobbsøkingaktiviteter.

Fører kort kl. CE, ADR-bevis, kranførerbevis, yrkessjåførkurs.

Fører kort kl. D, yrkessjåførkurs.

[...]

Faglig innhold/fagplan

[...]

Hovedkurs

Følgende sertifikat/fører kort skal være tilgjengelige i dette kurset:

Fører kort kl. C og CE (stor lastebil og henger)

Fører kort kl. D (buss, minibuss)

ADR. Stykkgoods (farlig last)

ADR. Tankkurs"

- (6) Bilag 3 til konkurransegrunnlaget var et kort prisskjema. Fra bilaget hitsettes:

"Pris ekskl. mva: NOK _____

Leverandør kan kreve sluttoppgjør, samt dekning av eventuelle oppstartskostnader i forbindelse med kurset.

Det gis kun mulighet for utbetaling av forskudd for planlagte, nødvendige og dokumenterte utgifter som Leverandøren har i forbindelse med oppstart av opplæringen. Som dokumentasjon regnes ordrebeskrivelser/fakturaer for aktuelle kostnader. Resterende utbetales etterskuddsvis."

- (7) I en e-post til innklagede 8. februar 2012 stilte LEARN AS (heretter klager) noen spørsmål:

"Under kravspesifikasjon for tjenesten i konkurransegrunnlagets del 2 står det under målsettinger at:

Kurset skal kvalifisere til fører kort kl. CE med ADR og gi kompetanse til å behandle farlig gods og lastebilkran. Kurset skal videre kvalifisere til fører kort kl. DE, samt gi mulighet for minibuss.

- 1. Menes det med dette at vi skal tilby et kurs som inneholder alt, eller skal vi skille mellom gods- og persontransport?*
- 2. Er det riktig at vi skal tilby fører kort klasse DE?*

Under kravspesifikasjon for tjenesten i konkurransegrunnlagets del 2 står det under kursperiode/varighet:

Forkurs på 4 uker, hvorav 1 uke jobbsøkningsaktiviteter.

Fører kort kl. CE, ADR-bevis, kranførerbevis, yrkessjåførkurs.

Fører kort kl. D, yrkessjåførkurs.

3. Menes det at vi skal tilby tre forskjellige typer kurs?

a. Forkurs

b. Godskurs (fører kort kl. CE og 140 timers yrkessjåførkurs) som også inkluderer ADR stykkgoods, tank, lastebilkranførerbevis

c. Personkurs (fører kort kl. D og 140 timers yrkessjåførkurs)

Under kravspesifikasjon for tjenesten i konkurransegrunnlagets del 2 står det under faglig innhold/plan:

Følgende sertifikat/fører kort skal være tilgjengelige i dette kurset:

Fører kort kl. C og CE (stor lastebil og henger)

Fører kort kl. D (buss, minibuss)

ADR. Stykkgoods (farlig last)

ADR. Tankkurs

4. Er det riktig at vi også skal levere 140 timers yrkessjåførkurs?

5. Er det opp til oss å kalkulere antall kjøretimer pr kandidat?

6. Er det tenkt noen alderskrav utenom krav til fører kort klasse B?

Prising av enkelt plass:

7. Skal vi da prise fører kort kl. C, CE, D1 og D, ADR stykkgoods og tank, kranførerbevis og 140 timers yrkessjåførkurs?

a. Og skille disse fra hverandre, så pris pr del kommer tydelig frem?

Rammeavtale pkt. 10 priser

Det er etter vår oppfatning ikke tatt høyde for årlig prisregulering i rammeavtalen.

8. Er det slik å forstå at det ikke er anledning til å foreta prisjustering i løpet av anbudsperioden, og hva med eventuelle justeringer av offentlige satser?"

(8) Fra innklagedes e-post til klager 8. februar 2012 hitsettes:

"Svaret på dine spørsmål er stort sett ja, utenom spm. 6 og 8.

6. Vi har ikke tenkt at det skal være noen form for alderskrav.

8. Vi tar [i] utgangspunktet ikke høyde for prisjusteringer i avtaleperioden. Unntaket er ved økte offentlige satser."

- (9) Klager fremsatte noen nye spørsmål i e-post av 21. februar 2012:

Det står i konkurransegrunnlaget del 1 under pkt. 5.1 Tildelingskriterier følgende:

Det vil bli benyttet en lineær modell for beregning av pristilbud til poeng som benytter laveste totalpris som utgangspunkt for beregningen. Laveste totalpris gis høyeste score, som er poengsummen 6, mens en totalpris som er minst dobbelt så høy som laveste pris gis 0 poeng, som er laveste score.

Spørsmål 1

Hvordan beregnes totalprisen?

Spørsmål 2

Blir de 3 punktene som er nevnt under "2. kvalitet" tildelt like stor vekt eller er noen vektet høyere enn andre?"

- (10) Innklagede besvarte e-posten samme dag:

"1. Totalpris er totalpris. Her vil vi benytte oss [av] totalpris på de ulike delene, dvs. prisen på kursene og førerkortene.

2. Dette er en intern evaluering og vi kan/vil ikke oppgi hvordan vi veker/evaluerer."

- (11) Ifølge anskaffelsesprotokollen mottok innklagede tilbud fra klager, Wright Trafikkskole AS (heretter valgte leverandør) og Folkeuniversitetet Sør-Øst. Innklagede forhandlet så med alle tilbyderne ultimo mai 2012. I anskaffelsesprotokollen punkt 13.4, under overskriften "Helhetlig vurdering – det økonomisk mest fordelaktige tilbud", var det inntatt en matrise hvor det fremgikk at underkriteriene til "Kvalitet" var vektet med 30 % på "Tjenesteutførende personell", 30 % på "Tilbudets faglige innhold" og 40 % på "Organisering og pedagogisk opplegg". Disse underkriteriene var igjen inndelt i to til fem underpunkter som igjen var vektet fra 10 til 50 % hver. Samlet sett fikk valgte leverandør 5,98 poeng og klager 5,48. I innklagedes meddelelsesbrev av 20. juni fremgikk det at innklagede ville inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (12) I e-post av 25. juni 2012 ba klager om innsyn i tilbyderens tilbud og "*i alle protokoller og all kommunikasjon*" mellom innklagede og tilbyderne. Innklagede oversendte noen dokumenter. I e-post av 28. juni 2012 ba klager om innsyn i en del spesifisert dokument, blant annet fra tilbudet til Folkeuniversitetet Sør-Øst, som ikke var oversendt tidligere. Etter anmodning utsatte innklagede klagefristen. Klager mottok deretter de spesifiserte dokumentene, men flere av disse var i stor grad sladdet. I e-post av 4. juli 2012 ba klager innklagede om å redegjøre for det juridiske grunnlaget for sladdingen og vurderingen av hva som var forretningshemmeligheter. Innklagede skrev i e-post av 9. juli 2012 til klager at innklagede ikke hadde ytterligere bemerkninger til sladdingen.
- (13) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 10. juli 2012. Innklagede signerte kontrakt med valgte leverandør 11. juli 2012. Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. juni 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Håndtering av spørsmål fra tilbyder

- (14) Innklagede har brutt loven § 5 og forskriften § 8-2 (2) ved ikke å legge ut ny saksinformasjon på Doffin etter at klager sendte spørsmål til innklagede. Spørsmålene ble imidlertid besvart overfor klager. Men klager mottok ikke supplerende informasjon, verken via Doffin eller på annen måte, hva gjelder andre tilbyderes spørsmål.

Vekting av underkriterier

- (15) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å opplyse om vektingen av underkriteriene til tildelingskriteriet "*Kvalitet*". Klager spurte på forhånd om vektingen av de forskjellige underkriteriene, men fikk kun til svar at det berodde på en intern evaluering. Ut fra anskaffelsesprotokollen og evalueringsmatrisen har innklagede åpenbart hatt en bestemt måte å vekte underkriteriene på. Unnlatelsen av å opplyse om denne måten er i strid med forskriften § 13-2 (2).

Innsyn

- (16) Innklagede har videre brutt regelverket ved ikke å gi klager tilstrekkelig og rettidig innsyn. Klager ba om innsyn i anskaffelsesprosessen 25. og 28. juni 2012. Klager fikk da begrenset innsyn i noen dokumenter. I klagers e-post av 4. juli 2012 bla klager om en juridisk gjennomgang av tilbudet til valgte leverandør i forhold til innsynsreglene. Innklagede avsto klagers anmodning 9. juli 2012, med en begrunnelse som er en selvmotsigelse til innklagedes tidligere innsynsinnrømmelse i e-post av 2. juli 2012. Dette er et brudd på offentleglova § 11 om merinnsyn. Til tross for at klager ba om innsyn i kommunikasjon mellom innklagede og alle leverandører, er klager kun gitt innsyn i noe av korrespondansen med Folkeuniversitetet Sør-Øst. Klager har ikke fått innsyn i kommunikasjonen med valgte leverandør. Siden det gikk mer enn fem virkedager uten at klager har fått innsyn, må dette anses som et avslag. Dette er i strid med innsynsreglene.

Innklagedes anførsler:

Håndtering av spørsmål fra tilbyder

- (17) Innklagede bestrider at loven § 5 eller forskriften § 8-2 (2) er brutt, selv om innklagedes svar av 8. februar 2012 på klagers spørsmål ikke ble gitt til de andre tilbyderne som hadde mottatt konkurransegrunnlaget via Doffin. Svaret til klager omhandlet kun forhold som allerede kom klart frem av konkurransegrunnlaget. Det inneholdt ikke nye opplysninger. Det kan derfor foreligge verken plikt eller behov for at opplysningene skulle gjentas overfor alle tilbyderne. Det vises til effektivitetsprinsippet i loven § 1 og Steinicke & Groesmeyer s. 1026.

Vekting av underkriterier

- (18) Innklagede bestrider å ha brutt forskriften § 13- 3 (2) ved å ikke opplyse om underkriterienes vekt på forhånd. Innklagede hadde ikke bestemt seg for underkriterienes vekt eller prioritering på forhånd. Dette følger av konkurransegrunnlaget punkt 5.1. At vekten til underkriteriene ble oppgitt i evalueringsmatrisen, betyr ikke at vekten var

fastsatt allerede på kunngjøringstidspunktet eller før tilbudsfristens utløp. Vekten var ikke fastsatt da klager stilte spørsmål om dette 21. februar 2012.

Innsyn

- (19) Innklagede bestrider også at innsynsreglene er brutt. Offentleglova § 11 om merinnsyn gjelder kun for opplysninger som forvaltningen kan unnta fra innsyn. For opplysninger underlagt taushetsplikt, har forvaltningen plikt til å nekte innsyn. Opplysningene i valgte leverandørs tilbud som klager ikke har fått innsyn i, er underlagt slik taushetsplikt. Reglene om merinnsyn er derfor ikke relevante. Flesteparten av opplysningene gjaldt forretningsforhold som det var av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. forvaltningsloven § 13. CV-er måtte også sladdes, fordi tilbyderne ga uttrykk for frykt for at deres personell skulle bli "headhuntet" av konkurrenter. De konkurrerende tilbyderne sladdet sine tilbud i betydelig grad, men innklagede har vurdert innsynskravet konkret og selvstendig, jf. offentliglova § 29. Tilbyderne fikk også uttale seg om innsyn før innklagede avgjorde spørsmålet. Anskaffelsesprotokollen gir utførlige faktiske opplysninger, som burde gi klager tilstrekkelig grunnlag til å vurdere om valget av leverandør var rettmessig.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder opplærings tjenester, som er en uprioritert tjeneste etter Vedlegg 6 (24) (CPV-kode 80000000). I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin (opplyste) art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-1 (5).

Håndtering av spørsmål fra tilbyder

- (21) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gjøre klagers spørsmål, og innklagedes svar på dem, kjent for alle tilbyderne.
- (22) Det følger av forskriften § 8-2 (2) at "*Rettelser, suppleringer eller endringer skal umiddelbart sendes samtlige som har mottatt konkurransegrunnlaget. Opplysninger som oppdragsgiver gir på forespørsel fra en av leverandørene, skal meddeles alle*".
- (23) Det er på det rene at klager i en e-poster av 8. og 21. februar stilte tolv spørsmål til innklagede. Innklagede besvarte spørsmålene samme dag, men verken spørsmål eller svar ble gjort kjent for øvrige tilbydere. Innklagede har innvendt at det ikke var grunn til å gjøre spørsmålene og svarene kjent for de øvrige tilbyderne, ettersom klager kun spurte om forhold som allerede fremgikk av konkurransegrunnlaget. Innklagede har vist til effektivitetsprinsippet i loven § 1. Videre har klager anført at klager ikke ble meddelt eventuelle spørsmål fra andre tilbydere, men slik saken er opplyst, kan ikke klagenemnda se at andre tilbydere stilte innklagede spørsmål.
- (24) Av § 8-2 (2) følger imidlertid et klart påbud, jf. "*skal*", som i seg selv ikke åpner for en sonndring om hvorvidt opplysningene allerede følger av konkurransegrunnlaget eller andre dokumenter. Slik spørsmålene og spesielt innklagedes svar var utformet, kan ikke klagenemnda se at det skulle medføre noe nevneverdig merarbeid å gjøre dem kjent for andre tilbydere, eksempelvis gjennom Doffin. Selv om flesteparten av klagers spørsmål kunne besvares meget kort, kan det ikke utelukkes at de hadde en avklarende eller

presiserende funksjon som også ville vært til nytte for andre tilbydere. Uansett innebar et par av svarene også nye opplysninger som ikke synes å fremgå av konkurransegrunnlaget, blant annet at det ikke gjaldt alderskrav og at det ikke var adgang til justere vederlaget i løpet av avtaleperioden. At disse opplysningene ikke ble meddelt øvrige potensielle tilbydere, utgjør et brudd på forskriften § 8-2 (2).

- (25) Klager har videre anført at innklagede brøt forskriften § 13-2 (2) ved ikke å opplyse klager og andre tilbydere om vekten av underkriteriene, selv om innklagede etter klagers vurdering hadde bestemt vekten på forhånd.
- (26) I § 13-2 (2) står det i de to siste setningene at alle "*kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Der oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for prioriteringen eller vekten av kriteriene skal dette angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget*". Hovedkriteriene med vektingstall ble kunngjort. Underkriteriene ved «Kvalitet» ble også kunngjort, men uten vektingstall. Det følger av forskriften at innklagede ikke plikter å kunngjøre vektingstall for underkriteriene, jf. blant annet sak 2008/191. Det følger også av EU-domstolens avgjørelse i sak C-226/09 premiss (41-48) at reglene for anskaffelser som ikke er underlagt direktivets detaljerte prosedyrebestemmelser, altså anskaffelser som reguleres av forskriften del II, er noe mer fleksible på dette punkt.
- (27) I foreliggende sak var tildelingskriteriet "*Kvalitet*" vektet 60 %, hvilket klart fremgikk av konkurransegrunnlaget. De tre underkriteriene til dette tildelingskriteriet ble ved ševalueringen vektet med 30 % på "*Tjenesteutførende personell*", 30 % på "*Tilbudets faglige innhold*" og 40 % på "*Organisering og pedagogisk opplegg*". Men som vist ovenfor, hadde innklagede ingen rettslig plikt til å opplyse om underkriterienes vekt før tilbudsfristen. Klager har heller ikke påvist at kjennskap til vektingen ville hatt betydelig innflytelse på tilbudsutformingen, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-226/09. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (28) Klager har anført at innklagede brøt innsynsreglene i offentleglova ved ikke å gi innsyn i alle de forespurte dokumentene, og sladdet betydelige deler av de dokumentene som det ble gitt innsyn i.
- (29) Av forskriften § 3-5 følger det at "*for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova*". I henhold til lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) § 3 er hovedregelen at saksdokumenter er offentlige. Etter offentleglova § 23 (3) kan det likevel "*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. Hvilke opplysninger i tilbudene og protokollen som det konkret skal gis innsyn i, og innsyn i andre dokumenter enn disse, begrenses imidlertid av oppdragsgivers taushetsplikt vedrørende forretningshemmeligheter, jf. forskriften § 3-6, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13.
- (30) Både etter offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) er systemet at en avgjørelse om nektet innsyn kan påklages til det organet som er nærmest overordnet organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda verken skal, eller er ment å være, et ytterligere overordnet klageorgan når det gjelder innsynsbegjæringer, jf. også sak 2012/103. Fordi en vurdering av klagers anførsel om at innsynsreglene er brutt ved at

klager ikke fikk innsyn i all korrespondanse med valgte leverandør og øvrige dokumenter var i betydelig grad sladdet, vil kreve en overprøving av hvorvidt de opplysningene innklagede har unntatt fra innsyn er opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt, avvises anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Konklusjon:

NAV Buskerud har brutt forskriften § 8-2 (2) ved ikke å opplyse alle potensielle leverandører om klagers spørsmål og innklagedes svar på dem.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram eller har ikke blitt behandlet.

Bergen, 23. juni 2014
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger