



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Tilbudsevaluering. Ulovlig tildelingskriterium. Feil/uklart konkurransegrunnlag. Begrunnelse. Avvisning av tilbud.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av arbeidsmarkedstiltak for oppfølging av personer med behov for omfattende oppfølgingsbistand etter anskaffelsesforskriftens del IV. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildelingen. Klagers øvrige anførsler, om blant annet at innklagede ikke i tilstrekkelig grad hadde fastsatt rammene for gjennomføringen av anskaffelsen og at en av de valgte leverandørenes tilbud skulle vært avvist som unormalt lavt, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 15. mai 2024 i sak 2023/1192

Klager: Fretex Pluss AS

Innklaget: NAV Tiltak Rogaland

Klagenemndas medlemmer: Hallgrim Fagervold, Kjersti Holum Karlstrøm og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) NAV Tiltak Rogaland (heretter *innklagede*) kunngjorde 22. juni 2023 en konkurranse etter anskaffelsesforskriften del IV for anskaffelse av arbeidsmarkedstiltak for oppfølging av personer som har behov for en mer omfattende oppfølgingsbistand enn den Arbeids- og velferdsetaten kan tilby.
- (2) Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringens punkt 2.1.3 «Value» estimert til 415 800 000. Tilbudsfrist ble i kunngjøringens punkt 5.1.12 «Terms of procurement» angitt til 24. august 2023.
- (3) Anskaffelsen var delt inn i 5 delkontrakter som omfattet følgende tjenesteområder:
 - Tjenesteområde 1: Suldal, Sauda, Vindafjord, Etne og Haugesund
 - Tjenesteområde 2: Karmøy, Tysvær og Bokn
 - Tjenesteområde 3: Stavanger, Sola og Randaberg
 - Tjenesteområde 4: Hjelmeland, Strand, Sandnes og Gjesdal
 - Tjenesteområde 5: Klepp, Hå, Time, Eigersund, Sokndal og Bjerkreim
- (4) Det fulgte av konkurransegrunnlagets pkt. 4.1 «Tildelingskriterier» at tildeling av kontrakt skulle skje på bakgrunn av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

pris og kvalitet basert på tildelingskriteriene «Kvalitet» (vektet 80 prosent) og «Pris» (vektet 20 prosent).

(5) Tildelingskriteriet «Kvalitet» skulle vurderes på bakgrunn av følgende underkriterier:

- *Oppdragsforståelse; herunder tjenestens innhold, arbeidsmetoder, individuelle tilpasning og organisering av tjenesten (vektet 55 prosent)*
- *Strategi for markedsarbeid; herunder hvordan markedsarbeidet skal benyttes for å bistå den enkelte deltaker ut i ordinært arbeid (vektet 30 prosent)*
- *Personvern og kvalitetssikring av tjenesten (vektet 15 prosent)*

(6) Det var videre presisert at vurderingen av tilbudene ville foregå på følgende måte:

«Tilbudene gis en karakter for hvert tildelingskriterium på en poengskala fra 0 til 10 der 10 er best. Hver av disse karakterene blir multiplisert med gjeldende vekttall.»

(7) Det fremkom av konkurransegrunnlagets pkt. 1.2 «Regler og prosedyre for konkurransen» at:

«Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å foreta avklaringer og forhandle med leverandørene i den grad Oppdragsgiver finner det hensiktsmessig.

Dersom det gjennomføres forhandlinger om de sider av tilbudene som er av betydning for hvordan tilbudet scorer mot tildelingskriteriene, vil utvelgelsen av leverandørene bli gjort etter en evaluering på grunnlag av tildelingskriteriene.»

(8) Det var i konkurransegrunnlaget pkt. 1.4 «Tjenesteområder, omfang og verdi» opplyst følgende:

«Én leverandør kan tildeles kontrakt i maksimalt to tjenesteområder. Dette gjelder selv om leverandøren har levert tilbud i flere tjenesteområder og vurderes å ha tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet i flere av tjenesteområdene.

Dersom en leverandør har det beste forholdet mellom pris og kvalitet i flere enn to tjenesteområder, vil han tildeles kontrakt i de tjenesteområdene som evalueres først.

Oppdragsgiver vil evaluere tilbudene i rekkefølgen som fremkommer under.

1. Tjenesteområde 3

2. Tjenesteområde 4

3. Tjenesteområde 5

4. Tjenesteområde 1

5. Tjenesteområde 2»

(9) I konkurransegrunnlagets pkt. 1.7 «Planlagt fremdrift» var det lagt opp til følgende tidsplan for gjennomføring av konkurransen frem til inngåelse av kontrakt:

<i>Planlagte milepæler</i>	<i>Frister</i>
<i>Tilbudsfrist</i>	<i>Fremgår av Merccell-portalen</i>
<i>Oppdragsgiver gir skriftlig melding om tildeling av kontrakt</i>	<i>Uke 46/47</i>
<i>Utløp av karensperiode</i>	<i>Uke 48/49</i>
<i>Kontrakt inngås</i>	<i>Uke 50/51</i>

(10) Innklagede mottok tilbud fra totalt 16 tilbydere i konkurransen:

I tjenesteområde 1 var det mottatt 11 tilbud

I tjenesteområde 2 var det mottatt 13 tilbud

I tjenesteområde 3 var det mottatt 12 tilbud

I tjenesteområde 4 var det mottatt 12 tilbud

I tjenesteområde 5 var det mottatt 11 tilbud

(11) Fretex AS (heretter *klager*) leverte tilbud på samtlige delkontrakter.

(12) Etter en utvelgelse gjennomførte innklagede forhandlinger med de tre best rangerte tilbyderne innenfor hver av delkontraktene. For delkontrakt 5, ble leverandørene med de fire best rangerte tilbudene invitert til forhandlinger.

(13) Klager ble innkalt til forhandlinger for delkontraktene 4 og 5. Det ble ikke sendt ut meddelelse til leverandører som ikke ble invitert videre til forhandlinger.

(14) Tildelingen ble meddelt 28. november 2023. Den opprinnelige karensfristen utløp 8. desember 2023.

(15) Følgende leverandører fikk tildelt kontrakt:

Tjenesteområde 1 og 2: Falck Norge AS

Tjenesteområde 3 og 4: Bedriftsakademiet AS

Tjenesteområde 5: A2G Kompetanse AS

(16) Klager fikk 9 poeng på tildelingskriteriet «*Kvalitet*», som var høyeste tildelte score på dette kriteriet, men scoret lavere enn de valgte leverandørene på tildelingskriteriet «*Pris*».

(17) Klager påklaget tildelingen 7. desember 2023. Klagen gjaldt gjennomføringen av forhandlingene og evalueringen. Den 8. desember 2023 forlenget innklagede karensfristen til 15. desember 2023.

(18) Innklagede avviste klagen i brev 14. desember 2023. Kontrakt ble inngått for samtlige delområder i perioden 18.-19. desember.

(19) Klage ble bragt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser 18. desember 2023.

(20) Nemndsmøte i saken ble avholdt 13. mai 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (21) Innklagede har ikke oppfylt kravene til fastsettelse av hvordan konkurransen skal gjennomføres, jf. forskriftens § 30-1 (1) og prinsippet om forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4. Det er i konkurransegrunnlaget ikke angitt nærmere vilkår for når innklagede beslutter å gjennomføre forhandlinger, hvor mange runder med forhandlinger oppdragsgiver planlegger, eller hvor mange som vil inviteres til forhandlinger.
- (22) Innklagedes gjennomføring av forhandlingene er ikke i tråd med anskaffelsesregelverket. Når innklagede forbeholder seg retten til å gjennomføre forhandlinger, men ikke har plikt til å forhandle, må det også være saklig begrunnet hvorfor innklagede velger å gjennomføre forhandlinger. Innklagede har her ikke gitt en saklig begrunnelse for valget om å gjennomføre forhandlinger.
- (23) Det er ikke sikret reell konkurranse ved gjennomføringen av forhandlingene, og utvelgelsen fremstår som vilkårlig og uforholdsmessig. Det var ikke tilstrekkelig å invitere tre leverandører til forhandlinger, med så marginale forskjeller mellom tilbudene. Innklagede har ikke behandlet leverandørene likt, i strid med forskriften § 30-1 (2).
- (24) Innklagede ga ikke tilbakemelding om at klager ikke var valgt ut til å delta i forhandlinger. En informasjonsmelding om når oppdragsgiver ser for seg å gjennomføre forhandlinger, gir ikke tilstrekkelig tilbakemelding om at tilbudet er forkastet dersom leverandøren ikke mottar invitasjon til forhandlinger. For at leverandøren skal kunne ivareta sine interesser og rettigheter, og etterprøve om oppdragsgiver gjennomfører konkurransen i tråd med forskriften og konkurransegrunnlaget, må innklagede gi tilbakemelding om at tilbudet er forkastet og en begrunnelse for hvorfor.
- (25) I de gjennomførte forhandlingene, der klager deltok i forhandlinger for delkontrakt 4 og 5, ba innklagede om revidert tilbud. Innklagede gjorde en endelig evaluering og tildelte kontrakter på bakgrunn av revidert tilbud, uten at innklagede hadde informert leverandørene som deltok i forhandlingene om at tilbudet som skulle inngis var endelig tilbud, og uten at det var gitt en endelig felles frist.
- (26) Innklagedes evaluering har ikke vært i tråd med anskaffelsesregelverket. For de delkontraktene hvor klager ikke ble invitert til forhandlinger ble det mottatt en begrunnelse hvor klager sitt opprinnelige tilbud ble vurdert opp mot valgte leverandørs reviderte tilbud. Å til slutt sammenligne forkastede tilbud, mot senere reviderte tilbud, fremstår som uhensiktsmessig.
- (27) Tildelingsbrevet viser at innklagede har vurdert det slik at tilbudene fremstår med tilnærmet lik kvalitet. Dette fremstår som usannsynlig. Klagers oppdragsforståelse var på ca. 120 sider. Lagt til grunn at leverandørene har levert oppdragsforståelser av noenlunde samme lengde, fremstår det usannsynlig at innklagede ikke kan skille tilbudene bedre fra hverandre. Oppdragsgivers evaluering har derfor vært vilkårlig og i strid med anskaffelsesregelverket.
- (28) For det tilfelle at klagenemnda kommer til at evalueringen er i samsvar med regelverket, anføres det at tildelingskriteriet som er benyttet i konkurransen er ulovlig og i strid med anskaffelsesforskriften § 30-1 (2). I øvrige deler av forskriften stilles det krav til at oppdragsgiver velger tilbud på grunnlag av objektive tildelingskriterier og at

tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen jf. § 8-11 (1) og (2) og ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet jf. § 18-1 (4) og (5). Selv om de samme kravene ikke gjelder for del IV har de sine utspring i de grunnleggende prinsippene, som også gjelder for del IV. Når oppdragsgiver har stilt kvalitative tildelingskriterier der alle tilbudene er vurdert som tilnærmet like, slik at oppdragsgiver ikke klarer å skille leverandørene, er ikke tildelingskriteriene egnet til å gi leverandørene mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiver vil vektlegge ved valgt av tilbud. Innklagede har da i realiteten evaluert tilbudene på pris, som i konkurransegrunnlaget er vektet til 20 prosent.

- (29) Innklagedes begrunnelse for valg av leverandør, tilfredsstiller ikke forskriftens krav til begrunnelse. Innklagede har i tildelingsbrevet gitt en begrunnelse for valgte leverandørs egenskaper, men ikke for valgte leverandørs relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene. Begrunnelsen gjør ikke klager i stand til å forstå hvorfor valgte leverandør ble vurdert som best, utover at valgte leverandør har lavere pris.
- (30) Valgte leverandør har for delkontrakt 3 og 4 tilbudt en pris som er så lav at det ikke er mulig å levere den etterspurte tjenesten til den kvaliteten valgte leverandør er evaluert til, og samtidig overholde krav til lønns- og arbeidsvilkår. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist. Innklagede har heller ikke overholdt sin plikt om å følge opp dette. Bakgrunnen for at klager selv kan tilby en svært gunstig pris for delkontrakt 4, er at klager allerede har lokaler i området. Klager har lagt frem egen kalkyle for delkontrakt 4. Denne viser klagers utregning av hvor lav pris som er mulig å tilby for denne delkontrakten samtidig som man overholder kontraktkravene og lønns- og arbeidsvilkår.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (31) Det foreligger ikke brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i forbindelse med denne anskaffelsen.
- (32) Innklagede mener det er gitt tilstrekkelig informasjon om hvordan anskaffelsen skulle gjennomføres, og at de grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling er ivaretatt. Innklagede har i anskaffelsesdokumentene forbeholdt seg retten til å foreta avklaringer og forhandle med leverandør *«i den grad Oppdragsgiver finner det hensiktsmessig»*, og informert om at dersom det gjennomføres forhandlinger vil utvelgelsen bli gjort på grunnlag av tildelingskriteriene. Fremgangsmåten er lovlig etter forskriften del III og må derfor også tillates etter del IV.
- (33) Valget om å forhandle med tre leverandører per delkontrakt er lovlig, innenfor oppdragsgivers skjønn og ikke uforsvarlig eller i strid med de grunnleggende prinsippene. Når et slikt antall er tilstrekkelig etter forskriften del III, må det samme gjelde etter del IV. For delkontrakt fem hadde tilbudene som ble rangert som nr. 3 og 4 fått samme poengsum, og fire leverandører ble derfor invitert til forhandlinger. Det ville ikke vært ressursmessig forsvarlig å forhandle om alle 16 innkomne tilbud i konkurransen. At det tilfeldigvis er meget jevnt mellom alle leverandørene, kan ikke medføre at oppdragsgiver pålegges å forhandle med alle leverandørene.
- (34) Det er ikke grunnlag for å innfortolke den positivrettslige del III-regelen i forskriftens § 23-11 (5) om at en må gi en skriftlig meddelelse om at tilbud er forkastet. Alle leverandører ble informert via Merccell om at innklagede så for seg å gjennomføre forhandlinger i uke 44, og at de av leverandørene som var aktuelle for forhandlinger ville få melding om dette. Det vises for øvrig til at ting kan skje i en anskaffelse, og at det kan

bli ønskelig å kalle inn en leverandør til forhandlinger, selv om tilbudet opprinnelig var satt på vent. For klagers vedkommende, ble de uansett innkalt til forhandlinger i to delkontrakter, og kunne dermed selv se at de ikke ble innkalt i øvrige områder.

- (35) Bestemmelsen i forskriftens § 23-7 (4) og kravet om at forhandlingene skal avsluttes ved å sette en felles frist for endelige tilbud, gjelder kun prosedyren konkurranse med forhandling etter del III. Det er ikke grunnlag for å innfortolke tilsvarende krav i forskriftens del IV.
- (36) At det foreligger tilbud som ikke er forhandlet om, og tilbud som er reviderte, er det samme som skjer i konkurranse med forhandling etter del III, der man enten ikke forhandler med alle, eller hvor man faser ut tilbud ved flere forhandlingsrunder. Det at det foreligger denne typen ulike tilbud kan derfor heller ikke være feil ved en anskaffelse etter forskriftens del IV.
- (37) Det er ikke stilt ulovlige tildelingskriterier i konkurransen. Kriteriene er godt egnet til å finne det beste tilbudet for den aktuelle typen tjeneste. At de fleste tilbud i en anskaffelse scorer godt på tildelingskriteriene innebærer ikke at kriteriene er ulovlige. Det innebærer heller ikke at evalueringen er feil eller vilkårlig.
- (38) Begrunnelsen som er gitt, oppfyller kravene til begrunnelse i forskriften § 30-8 (2). Det er oppgitt poeng på pris og kvalitet, og godt beskrevet i prosatekst hvordan vinnerne er vurdert mot hvert av underkriteriene. En ser av begrunnelsen at det er vinnernes lavere pris som utgjør den relative fordel.
- (39) Valgte leverandør har ikke gitt et unormalt lavt pristilbud, og det var ikke grunnlag for at disse skulle avvises. Både i delkontrakt 3 og 4 er det flere tilbud som er marginalt dyrere enn den valgte leverandøren for disse kontraktene. At klager har kalkyler som tilsier at de ikke kan gi lavere priser vil ikke si at andre leverandører ikke kan gi bedre pristilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (40) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av arbeidsmarkedstiltak for oppfølging av personer som har behov for omfattende oppfølgingsbistand, som er en sosialtjeneste. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt 2.1.3 estimert til kroner 415 800 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og IV, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Beskrivelsen av konkurransegjennomføringen/forhandlingene

- (41) Klagenemnda vil først ta stilling til om innklagede i tilstrekkelig grad har fastsatt rammene for anskaffelsen, og særlig gjennomføringen av forhandlingene, i konkurransegrunnlaget.
- (42) Det følger av forskriftens § 30-1 første ledd at «*Oppdragsgiveren skal fastsette hvordan konkurransen skal gjennomføres i anskaffelsesdokumentene*». Videre følger det av bestemmelsens annet ledd at konkurransen skal gjennomføres «*på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt og gis mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av leverandører til å delta i konkurransen og ved valg av tilbud*».

- (43) Forskriftens del IV gir altså begrensede føringer for hvordan konkurransen skal gjennomføres. I slike tilfeller har klagenemnda tidligere lagt til grunn at det også er begrensede muligheter til å utlede detaljerte prosedyrekrav av de grunnleggende prinsippene, se klagenemndas avgjørelse i sak 2018/161 avsnitt 28. Oppdragsgiveren er gitt en stor grad av fleksibilitet, for å sikre at de særlige behovene for blant annet kvalitet blir ivaretatt, da på bekostning av hensynet til leverandørenes forutberegnelighet, se NOU 2014:4 kapittel 27, Prop. 51 L (2015-2016) kapittel 8.1 og Innst. 258 L (2015-2016) kapittel 2.2.5. Dersom oppdragsgiveren imidlertid fastsetter mer detaljerte krav og retningslinjer for gjennomføringen av konkurransen, vil oppdragsgiveren etter omstendighetene være forpliktet til å følge disse, jf. kravet til forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4.
- (44) Konkurranser etter forskriftens del IV må likevel gjennomføres i samsvar med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 4, hvilket blant annet innebærer at konkurransen skal gjennomføres i tråd med forholdsmessighetsprinsippet. Dette innebærer at prosessen og forutberegneligheten i denne må tilpasses verdien og kompleksiteten i det som skal anskaffes. At det i det foreliggende er snakk om en omfangsrik anskaffelse med en total estimert verdi på over 600 millioner kroner tilsier i utgangspunktet at det stilles noe strengere krav til forutberegneligheten og hvilke opplysninger leverandørene gis om konkurransegjennomføringen.
- (45) I det foreliggende har innklagede i konkurransegrunnlagets pkt. 1.2 «Regler og prosedyre for konkurransen» forbeholdt seg retten til «å foreta avklaringer og forhandle med leverandørene i den grad Oppdragsgiver finner det hensiktsmessig». Det er videre angitt at dersom det gjennomføres forhandlinger «vil utvelgelsen av leverandører bli gjort etter en vurdering på grunnlag av tildelingskriteriene».
- (46) Klager har anført at innklagede ikke kan forbeholde seg ubegrenset stor frihet i konkurransegrunnlaget. Det er blant annet anført at innklagede burde ha opplyst om nærmere vilkår for når de beslutter å gjennomføre forhandlinger, hvor mange runder med forhandlinger oppdragsgiver planlegger, og hvor mange leverandører som vil inviteres til forhandlinger.
- (47) Klagenemnda er ikke enig i dette. Innklagede har i det foreliggende gitt en del opplysninger om hvordan prosessen vil gjennomføres: om at det kan bli gjennomført forhandlinger, og nærmere vilkår for eventuell utvelgelse av leverandører til disse forhandlingene. Det er også opplyst når innklagede har planlagt å tildele kontrakt. Oppdragsgiver er gitt en stor grad av fleksibilitet i gjennomføringen av anskaffelser etter del IV ved at det ikke er oppstilt spesielle prosedyrekrav. Selv om anskaffelsens verdi er høy, har innklagede etter nemndas vurdering ved beskrivelsen som er gitt av den planlagte konkurransegjennomføringen, i tilstrekkelig grad sikret leverandørenes behov for forutberegnelighet.
- (48) Klagers anførsel om at innklagede i konkurransegrunnlaget ikke har gitt tilstrekkelig informasjon om gjennomføringen av forhandlingene, fører dermed ikke frem.

Gjennomføringen av forhandlingene

- (49) Det neste spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er om innklagede har gjennomført forhandlingene i tråd med anskaffelsesregelverket.
- (50) Det er først anført at innklagede ikke har gitt en saklig begrunnelse for hvorfor de har valgt å gjennomføre forhandlinger.
- (51) Forskriftens del IV inneholder ikke regler om at oppdragsgiver må begrunne et eventuelt valg av forhandlinger i konkurransegjennomføringen. At oppdragsgiver har mulighet til å gjennomføre forhandlinger, er allerede begrunnet i anskaffelsens art som helse- og sosialtjeneste, med de særlige hensyn som ligger bak denne typen tjeneste. Innklagede har for øvrig i dette tilfellet begrunnet valget om å gjennomføre forhandlinger med at det var rom for forbedring i tilbudene vedrørende kvalitet og pris. Klagers anførsel på dette punktet fører derfor ikke frem.
- (52) Klager anfører videre at utvelgelsen fremstår som vilkårlig og uforsvarlig. Det påpekes at det ikke var tilstrekkelig å invitere tre leverandører til forhandlinger, med så marginale forskjeller mellom tilbudene.
- (53) Det følger av forskriften § 30-1 (2) at konkurransen skal gjennomføres på en måte som *«innebærer at alle leverandørene behandles likt»*. Som påpekt i drøftelsen over, er det begrensede muligheter til å utlede detaljerte prosedyrekrav fra de generelle reglene i forskriftens del IV. Likebehandlingsprinsippet gir i seg selv ingen føringer for hvor mange leverandører som skal velges ut til forhandlinger. Avgjørende for dette spørsmålet blir dermed hva som kan utledes av konkurransegrunnlaget.
- (54) Slik konkurransegrunnlaget var utformet, har det ikke gitt leverandørene noen forventninger om at det skulle gjennomføres forhandlinger. Alle leverandørene hadde dermed en oppfordring om å levere sitt beste tilbud ved tilbudsfrist. Innklagede har heller ikke i konkurransegrunnlaget gitt noen føringer for hvor mange leverandører som ville bli utvalgt til eventuelle forhandlinger. Hvor mange leverandører som skulle inviteres til forhandlinger, må da være opp til innklagede selv å vurdere. Dette utgangspunktet endres ikke av at det var marginale forskjeller mellom tilbudene. Klagers anførsler kan heller ikke på dette punktet føre frem.
- (55) Klager har også anført at det var et brudd på regelverket at det ikke ble gitt tilbakemelding om at tilbud var forkastet. Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget informert om når de så for seg å gjennomføre forhandlinger, samt informert alle leverandører via konkurransegjennomføringsverktøyet i uke 42 at de så for seg at forhandlinger ville bli gjennomført i uke 44, og at de av leverandørene som var aktuelle ville få melding om dette. Leverandørene som ikke ble kalt inn til forhandlinger fikk imidlertid ikke melding om at deres tilbud var forkastet.
- (56) Forskriftens del III har bestemmelser om at oppdragsgiver snarest mulig skal gi leverandørene som har fått sine løsninger forkastet, en meddelelse om dette. Bestemmelsen har sitt utspring i de grunnleggende prinsippene om etterprøvnbarhet og forutberegnelighet, og skal sette leverandørene i stand til å vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig i henhold til de angitte tildelingskriteriene, se fotnote Karnov 2023, Berge og Ekre. Etter forskriftens del II gjelder en tilsvarende regel for utvelgelse av leverandører til begrensede tilbudskonkurranser, men ikke ved utvelgelse til forhandlinger i åpne tilbudskonkurranser.

- (57) Forskriftens del IV inneholder ingen tilsvarende bestemmelse om meddelelse av at tilbud er forkastet. For denne delen av forskriften gjelder kun et krav om at oppdragsgiveren skal sende en meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse for valget når dette er gjort, jf. forskriften § 30-8 (1). Valg av leverandør har i dette tilfellet skjedd først etter forhandlingene er gjennomført og det er gitt en meddelelse om tildeling på dette tidspunktet. Som tidligere påpekt, er det begrensede muligheter til å innfortolke prosedyrekrav i forskriftens del IV, og nemnda legger til grunn at lovgiver har overlatt et handlingsrom til oppdragsgiverne knyttet til hvilken informasjon som gis underveis i konkurransen. Klagers anførsel på dette punkt fører derfor heller ikke frem.
- (58) Klager har videre anført at innklagede har brutt anskaffelsesregelverket ved ikke å oppstille en endelig felles frist for reviderte tilbud. Det er opplyst at leverandørene som var invitert til forhandlinger ble bedt om å levere revidert tilbud, uten at innklagede hadde informert om at dette ville være endelig tilbud, og uten at det var gitt en endelig felles frist.
- (59) I anskaffelsesforskriften § 23-7 (4), som gjelder del III-anskaffelser, er det gitt en bestemmelse om at «*Oppdragsgiveren skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene*». Videre er det «*ikke tillatt å forhandle om de endelige tilbudene*». Reguleringen er knyttet til oppdragsgivers plikt til å fastsette en felles frist for mottak av endelige tilbud og et påfølgende forhandlingsforbud som ble innført med direktiv 2014/24/EU artikkel 29 nr. 7. Hensynet bak reguleringen er likebehandling av leverandørene i konkurransen.
- (60) Det finnes ikke tilsvarende bestemmelse i hverken del IV eller del II. Likevel vil det etter klagenemndas vurdering være svært vanskelig å overholde kravet til likebehandling av leverandørene i konkurransen, jf. også forskriften § 30-1 (2), uten at det settes en felles frist for de reviderte tilbudene.
- (61) Slik saken er opplyst har ikke nemnda grunnlag for å konstatere at det ikke ble gitt en felles frist for tilbudsinngivelse i siste runde. Nemnda kan videre ikke se at det skal ha hatt noen betydning for konkurransens utfall at det ikke ble kommunisert til leverandørene at tildeling ville bli foretatt på bakgrunn av tilbudet i den aktuelle forhandlingsrunden. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Om poenggivningen er gjort i henhold til regelverket

- (62) Det neste spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til, er om poenggivningen er gjort i henhold til regelverket.
- (63) Klagenemnda skal ikke foreta en ny evaluering av tilbudene. Det som kan prøves, er om innklagede har forholdt seg til tildelingskriteriene slik de er angitt i konkurransegrunnlaget, om tilbudenes innhold er korrekt fastlagt, og om evalueringen er vilkårlig, sterkt urimelig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 42-44.
- (64) I det foreliggende er det små forskjeller mellom tilbudene. De fleste leverandørene er gitt score mellom 8 og 9 på de kvalitative underkriteriene på samtlige delkontrakter, mens et par leverandører er nede på 6 og 7 poeng på enkelte av delkontraktene. Klager har i

hovedsak begrunnet sin anførsel med at deres egen oppdragsforståelse var på 120 sider, og at det da fremstår usannsynlig at innklagede ikke kunne skille tilbudene bedre, gitt at de andre deltakerne i konkurransen leverte besvarelser av noenlunde samme lengde. Påstanden om at poenggivningen var vilkårlig er ikke tilstrekkelig underbygget til at klagenemnda kan vurdere den. Klager har ikke påpekt noen holdepunkter for at det fantes kvalitative forskjeller mellom tilbudene som det ikke er gitt uttelling for. Anførselen kan derfor ikke føre frem.

Om tildelingskriteriet som er benyttet i konkurransen er i tråd med regelverket

- (65) Klager har subsidiært anført at tildelingskriteriet som er benyttet i konkurransen er ulovlig og i strid med anskaffelsesforskriften § 30-1 (2).
- (66) I forskriftens del IV er det ikke stilt krav til utformingen av tildelingskriteriene, annet enn at leverandørene etter § 30-1 (2) skal gis «*mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren vil vektlegge (...) ved valg av tilbud*». I øvrige deler av forskriften stilles det krav til at oppdragsgiver velger tilbud på grunnlag av «*objektive tildelingskriterier*» og at tildelingskriteriene «*skal ha tilknytning til leveransen*» jf. § 8-11 (1) og (2) og «*ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet*» jf. § 18-1 (4) og (5). Klager har argumentert for at de samme kravene også må gjelde anskaffelser etter del IV, da de har utspring i de grunnleggende prinsippene.
- (67) Forskriftens del IV oppstiller altså et noe annet utgangspunkt for vurderingen enn forskriftens del III. Det må etter klagenemndas vurdering likevel kunne stilles krav til at tildelingskriteriene er objektive for at leverandørene i tilstrekkelig grad skal kunne ha mulighet til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren vil vektlegge ved valg av tilbud. Dette kan utledes av prinsippet om forutberegnelighet.
- (68) I konkurransegrunnlagets punkt 4.1 var det presisert at valg av tilbud ville skje på grunnlag av hvilket tilbud som hadde det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på underkriteriene oppdragsforståelse, strategi for markedsarbeid, og personvern og kvalitetssikring av tjenesten.
- (69) Tildelingskriteriene er objektive, og klagenemnda kan ikke se at det gir ubegrenset valgfrihet til tilbyderne, slik at de ikke settes i stand til å bli kjent med de forholdene oppdragsgiveren skal vektlegge, jf. forskriften § 30-1 (2). Klagers anførsel fører ikke frem.

Om valgte leverandørs tilbud for delkontrakt 3 og 4 skulle vært avvist på bakgrunn av unormalt lavt pristilbud

- (70) Klagenemnda går så videre til å vurdere om valgte leverandør for delkontrakt 3 og 4 har tilbudt en pris som er så lav at det ikke er mulig å levere den etterspurte tjenesten til den kvaliteten valgte leverandør er evaluert til, og samtidig overholde krav til lønns- og arbeidsvilkår, og om innklagede har oppfylt sin plikt til å følge opp dette.
- (71) Det følger av anskaffelsesforskriften (del III) § 24-9 første ledd at dersom et tilbud «*virker unormalt lavt i forhold til ytelsen*», skal oppdragsgiveren skriftlig kreve at leverandøren

redegjør for tilbudets sammensetning. Bestemmelsen henger sammen med at tilbud som er unormalt lave, i visse tilfeller skal avvises, jf. forskriften § 24-8 første ledd bokstav c.

- (72) Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse i forskriftens del IV. For anskaffelser etter forskriftens del II, følger det av § 9-6 (2) at oppdragsgiveren «kan» avvise et tilbud av grunner som nevnt i § 24-8 annet ledd. Oppdragsgiver har imidlertid ikke en undersøkelsesplikt tilsvarende den som følger av § 24-9 i anskaffelser som følger del II. Av NOU 2014:4 s. 234 fremgår det uttrykkelig at «[o]ppdragsgiver har [...] ikke en undersøkelsesplikt, der et tilbud virker unormalt lavt. Det kan ikke utelukkes at generelle prinsipper i noen tilfeller kan tale for at det likevel oppstår en plikt til å undersøke tilbudet nærmere og eventuelt avvise et unormalt lavt tilbud».
- (73) Etter klagenemndas syn hadde innklagede i foreliggende sak uansett ikke grunn til å undersøke tilbudet fra valgte leverandør for delkontraktene 3 og 4 nærmere. Innklagede har vist til andre tilbud på delkontraktene som kun er marginalt dyrere enn valgte leverandørs tilbud. Det er videre opplyst at valgte leverandør for de to delkontraktene har hatt tilsvarende kontrakter for innklagede i foregående kontraktperiode på 4 år, med lavere priser enn tilbudt i nåværende konkurranse, uten at dette har gitt problemer med kontraktsgjennomføringen.
- (74) Klagenemnda mener på denne bakgrunn at valgte leverandørs tilbud ikke fremstod som unormalt lavt, og at innklagede ikke hadde grunnlag for å kreve en nærmere redegjørelse for tilbudets sammensetning.

Om det er gitt begrunnelse i henhold til regelverket

- (75) Klagenemnda går så videre til å vurdere spørsmålet om innklagede har gitt tilstrekkelig begrunnelse for evalueringen.
- (76) Det følger av anskaffelsesforskriften § 30-8 (1) og (2) at oppdragsgiver skal gi en begrunnelse for valget av leverandør, og at denne skal inneholde en «*redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene*». Klagenemnda har i en rekke avgjørelser tolket kravet slik at begrunnelsen må angi de forhold som oppdragsgiver har lagt til grunn for sine beslutninger, og gjøre leverandørene i stand til å forstå hvilke forhold som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best basert på de fastsatte tildelingskriteriene, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sakene 2023/236 avsnitt 110 og 2023/194 avsnitt 53.
- (77) Kravene til begrunnelse avhenger av forholdene i den enkelte sak, og som utgangspunkt stilles det også strengere krav til begrunnelsen jo mer skjønnsmessig et tildelingskriterium er utformet. I tilfeller hvor det er små forskjeller mellom tilbudene, vil leverandørene ha et større behov for utfyllende begrunnelse, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2018/125 avsnitt 67 og lagmannsrettens avgjørelse LE-2005-183161.
- (78) I det foreliggende var det forholdsvis små forskjeller i poengscore mellom leverandørene, særlig for de kvalitative kriteriene. Når de kvalitative kriteriene også var vektet 80 prosent, må det etter klagenemndas vurdering stilles forholdsvis strenge krav til begrunnelsen.

- (79) Klagenemnda vurderer tildelingsevalueringen slik den fremkommer av tildelingsbrevet datert 27. november 2023, ettersom det var denne meddelelsen klager måtte forholde seg til ved vurderingen av om de skulle forfølge tildelingsbeslutningen. Dette innebærer at begrunnelse som ble gitt i den senere klageprosessen, ikke er relevant for vurderingen av om innklagede har overholdt begrunnelsesplikten. Eksempelvis har innklagede i ettertid oversendt en matrise som viser poenggivningen av de opprinnelige tilbudene før forhandlinger.
- (80) Det fremkommer av tildelingsbrevet at klager for samtlige delområder er vurdert å ha samme kvalitet som de valgte leverandørene, 9 poeng. Det er videre gitt en redegjørelse for forhold som er vurdert som positive ved valgte leverandørs tilbud. Det er imidlertid ikke gitt noen konkret tilbakemelding på hvordan klagers tilbud er vurdert av innklagede, utover at det er opplyst hvilke poeng de har oppnådd. Innklagede har heller ikke gitt noen opplysninger om hvorfor ingen av leverandørene er gitt 10 poeng, altså hvorfor det er gitt et trekk på 1 poeng. Etter klagenemndas vurdering gir ikke begrunnelsen klager tilstrekkelig informasjon til å vurdere hvorfor klagers og de valgte leverandørenes tilbud er vurdert likt på de kvalitative kriteriene, og dermed hvorfor de valgte leverandørenes tilbud er vurdert som best basert på de fastsatte tildelingskriteriene.
- (81) For delkontraktene 1, 2 og 3, hvor klager ikke var valgt ut til forhandlinger, fremkommer det dessuten av poengscorene som er oppgitt i tildelingsbrevet og innklagedes evaluering før forhandlingene, at klagers opprinnelige tilbud er vurdert opp mot valgte leverandørs reviderte tilbud.
- (82) For at begrunnelsen skal sette klager i stand til å vurdere om evalueringen er gjennomført i samsvar med tildelingskriteriene, må den gi uttrykk for de vurderingene som faktisk er gjort. Slik nemnda forstår det, har innklagede foretatt en utvelgelse av leverandører til forhandlinger basert på en evaluering av tilbudene opp mot tildelingskriteriene, uten å gi noen begrunnelse for denne utvelgelsen. Når begrunnelsen i stedet gir en vurdering av klagers opprinnelige tilbud opp mot valgte leverandørs reviderte tilbud, etter at forhandlinger er gjennomført, setter det ikke klager i stand til å vurdere om evalueringen er gjort i henhold til tildelingskriteriene. Klagers tilbud var allerede forkastet og skulle ikke har blitt vurdert opp mot tilbud som hadde vært gjenstand for forhandlinger. I stedet skulle innklagede, etter at konkurransen var gjennomført, ha gitt en begrunnelse for den utvelgelsen som var gjort, samt en begrunnelse for det endelige valget av tilbud.
- (83) Innklagede har dermed brutt begrunnelsesplikten etter forskriften § 30-8 (2).
- (84) Det kan ikke utelukkes at bruddet kan ha påvirket konkurransen. Klagenemnda finner derfor grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Nav Tiltak Rogaland har brutt forskriften § 30-8 (2) ved å gi en mangelfull begrunnelse for tildelingen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hallgrim Fagervold

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur