



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for konsulenttjenester innen prosjektering og byggeledelse. På forespørsel ga innklagede en av tilbyderne innsyn i klagers gjennomsnittlig tilbudte timepris. På dette tidspunktet var det kommet inn flere klager på konkurransen, og innklagede avlyste senere konkurransen som følge av at det var begått feil som medførte avlysingsplikt. Nemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen, og at begrunnelsen for avlysningen var tilstrekkelig. Nemnda kom til at innklagede hadde brutt plikten til å hindre spredning av taushetsbelagte opplysninger i forskriften § 3-6. Dissens i spørsmålet om innklagede urettmessig hadde utlevert taushetsbelagte opplysninger.

Klagenemndas avgjørelse 18. mars 2014 i sak 2012/9

Klager: Sjøtil & Fornæss Kongsvinger AS

Innklaget: Kongsvinger kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven, Kai Krüger, Siri Teigum og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avlysning av konkurranse, innsyn, erstatning

Bakgrunn:

- (1) Kongsvinger kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. august 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale med flere leverandører om konsulenttjenester innen prosjektering og byggeledelse. Estimert årlig volum var anslått til over EØS-terskelverdi på 1,6 millioner kroner eksklusive merverdiavgift. Rammeavtalens varighet var i kunngjøringen punkt II.1.4 angitt til to år. CPV-kode var i kunngjøringen punkt II.1.6 angitt til 71310000, i tjenestekategori 12. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4. angitt til 10. oktober 2011.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.2 var det opplyst at *"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, jf. FOA § 3-6, jf. forvaltningsloven § 13."*
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.4. fremgikk kvalifikasjonskravet om leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Ett underkriterium var at *"Leverandøren skal ha erfaring fra minimum 3 tilsvarende oppdrag i løpet av de 3 siste årene"*. Dette skulle dokumenteres med *"Beskrivelse av leverandørens 3 mest relevante oppdrag i løpet av de siste 3 årene. Prosjektene skal minst inneholde prosjektering av brannteknisk oppdatering, universell utforming, ENØK og kontrahering av entreprenører iht. forskrift om offentlige anskaffelser (FOA). Beskrivelsen må inkludere angivelse av oppdragets verdi, tidspunkt og mottaker (navn, telefon og e-post). Referanser vil kunne bli kontaktet"*

ved behov for klargjøring av oppdragets relevans. Det er likevel slik at det er leverandørens ansvar å dokumentere relevans gjennom beskrivelsen".

- (4) Et annet underkriterium var at *"Leverandøren skal ha tilstrekkelig gjennomføringsevne og kapasitet"*. Dette skulle dokumenteres med *"Redegjørelse for leverandørens gjennomsnittlige arbeidsstyrke i løpet av siste 3 år og for de redskaper, maskiner, verktøy, materiell eller teknisk utstyr som leverandøren disponerer over til gjennomføring av kontrakten/oppdraget. CV-er for tilbudte konsulenter."*
- (5) Ifølge konkurransegrunnlaget punkt 4 skulle tildeling skje på grunnlag av hvilket tilbud som var det mest økonomisk fordelaktige, basert på kriteriene pris, vektet 50 %, og *"Kompetanse basert på referanser"*, vektet 50 %. Dokumentasjonskravet for pris var et ferdig utfylt prisskjema, og for *"Kompetanse basert på referanser"*, var dokumentasjonskravet en referanseliste.
- (6) Evalueringsmetoden var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 4.1. For tildelingskriteriet pris, fremgikk det at *"pris vil bli vurdert og gitt karakter etter forholdsmessig metode med utgangspunkt i gjennomsnittlig timerate for tilbudte konsulenter"*. For tildelingskriteriet *"Kompetanse basert på referanser"*, fremgikk at følgende ville bli vurdert på bakgrunn av intervju med oppgitte referanser:
 - *"Kvalitet/teknisk og faglig kompetanse for tilbudt tjenesteoppdrag inklusiv prosjektorganisering og gjennomføring/ressursbruk /kapasitet."*
 - *Faglig dyktighet og erfaring på arbeidslaget med prosjektleder og medarbeidere.*
 - *Ressurser til å gjennomføre oppdrag.*
 - *Referanseprosjekter.*
 - *Kvalitet på utarbeidet materiale."*
- (7) Et prisskjema var vedlagt konkurransegrunnlaget punkt 7.4. Det fremgikk at *"Pris vil ha betydning i evaluering av tilbudet. Det være seg timepris på ingeniører, teknisk tegner, kontorarbeid etc. Alle kostnader skal være inkludert i timeprisen. Timepriser basert på effektiv arbeidstid for aktuelt personell, skal angis i følgende tabeller, som er grunnlag for fakturering av oppdrag"*. I skjemaet var det inntatt ferdige tabeller som skulle fylles ut med tittel, fagområde, timepris og merknader.
- (8) Av anskaffelsesprotokollen av 10. oktober 2011, fremgikk det at tilbud var levert av HR-prosjekt AS, Byggeråd AS, Bjørnstad Prosjektering AS, AVANTI Gruppen AS og Sjøtål og Fornæss Kongsvinger AS (heretter kalt klager). Det fremgikk også at klager ble tildelt oppdraget.
- (9) I e-post 21. oktober 2011 fra innklagede til tilbyderne, ble det opplyst at klager hadde oppnådd høyeste score av de evaluerte tilbudene og ville bli tildelt kontrakt. Dette var fremstilt på følgende måte:

"Vi har kommet fram til følgende oppstilling rangert fra høyest til lavest score, på innkomne tilbud:

1) *Sjåtil & Fornæss Kongsvinger as* 9,2

2)	<i>ByggeRåd as</i>	8,8
3)	<i>AVANTI Gruppen as</i>	8,5
4)	<i>Bjørnstad Prosjektering as</i>	8,3
5)	<i>HR Prosjekt as</i>	7,9

Tildelingskriteriet var pris og kompetanse basert på referanser vektet 50 % på hver. Karakterer gis på en skala fra 1,0 – 10, og denne vektet til en score, som summeres for de to kriteriene."

- (10) Vedlagt e-posten var anskaffelsesprotokollen av 10. oktober 2011, uten at denne ga noen ytterligere informasjon om evalueringen.
- (11) I e-post av 21. oktober 2011 anmodet AVANTI Gruppen om en nærmere begrunnelse for tildeling av kontrakt. Anmodningen ble besvart av innklagede per e-post av 26. oktober 2011.
- (12) I e-post av 24. oktober 2011 påpekte ByggeRåd AS at det kun var redegjort for samlet score. Det ble bedt om å få oppgitt delscore for de enkelte tilbudene på henholdsvis pris og kompetanse. I tillegg ble det bedt om innsyn i klagers tilbud.
- (13) Etter mottak av innsynsbegjæringen, ble klager forespurt om hvilke opplysninger i tilbudet som måtte unntas offentlighet. Det eneste klager oppgav ikke kunne sendes ut, var de opplysningene som fremgikk av prisskjemaet.
- (14) I e-post av 28. oktober 2011, besvarte innklagede henvendelsen fra ByggeRåd AS av 24. oktober 2011. Det fremgikk av e-posten at et utvalg av dokumenter i klagers tilbud var vedlagt e-posten, samt et vedlegg benevnt "*sammendrag på samlet pris og kvalitet*". Nemnda legger til grunn at dette vedlegget er dokumentet med overskriften "*Prisvurdering rammeavtale prosjekteringsledelse og byggeledelse*". I dokumentet fremgikk et skjema hvor følgende syv fagområder var nevnt: "*Alle fag, Bygg- og anlegg. Elektro, VA, Automasjon, Arkitektur, Teknisk tegner, Ingeniør*". Timeprisene for de syv fagområdene var sladdet, men i skjemaet fremgikk en "*Snitt timepris*". Dette tallet utgjorde gjennomsnittet av prisene for de ulike fagområdene.
- (15) I e-post av 31. oktober 2011 fra ByggeRåd AS til innklagede, fremgikk det at selskapet vurderte å klage på tildelingen fordi det kun ble tildelt én kontrakt. Dette ble begrunnet med at det av kunngjøringen fremgikk, at det skulle inngås rammeavtale med flere leverandører, og at innklagede derfor også var forpliktet til å inngå kontrakt med ByggeRåd AS. Klage ble oversendt per e-post av 1. november 2011.
- (16) Også andre tilbydere fremmet innsigelser mot tildelingen. I e-post av 26. oktober 2011, ble innklagede kontaktet av Arkitektlaget AS, som hevdet at konkurransen var lyst ut med feil CPV-kode. Av den grunn hadde ikke Arkitektlaget AS søkt på konkurransen, og mente at konkurransen måtte lyses ut på nytt.
- (17) I e-post av 26. oktober 2011 fremmet også AVANTI Gruppen AS en klage på fremgangsmåten ved vurderingen av tildelingskriteriet "*kompetanse basert på referanser*". Det ble anført at det forelå et brudd på kravet til forutberegnelighet ved at

referanser ikke var kontaktet. Innklagede besvarte anførselen per e-post av samme dato og klagen ble ikke tatt til følge.

- (18) I e-post 10. november 2011 til klager opplyste innklagede at tildeling av kontrakt til klager ble annullert med henvisning til forskriften § 22-3 (2), og at konkurransen var avlyst, med henvisning til forskriften § 22-1 (1). Følgende begrunnelse ble gitt:

"1. Innen klagefristen kom det inn klage på at Kongsvinger kommune ikke i tilstrekkelig grad hadde sikret å komme i kontakt med tilbyders oppgitte referanser og at dette brøt mot kravet til likebehandling. Kongsvinger kommune mener at tvil om i hvilken grad Kongsvinger kommune har plikt til å purre forespurte referanser og/eller spørre andre referanser dersom allerede kontaktede referanser ikke svarer kan medføre tvil om kravet til likebehandling er oppfylt. Korrigering av dette krever annullering av tildelingen, jf. FOA § 3-1 (4) og LOA § 5.

2. Innen klagefristen kom det inn klage på at Kongsvinger kommune har tildelt avtale til kun én leverandør, mens det i kunngjøringen er sagt at tildeling av avtale skal skje til "Flere leverandører" "Maks. antall leverandører 10 stk". Dette vil etter Kongsvinger kommunes vurdering innebære et brudd på kravet til forutsigbarhet. Korrigering av dette krever annullering av tildelingen, jf. LOA § 5.

3. Kongsvinger kommune ser at det kan være svakheter ved den dokumentasjon som ligger til grunn for scoringen på tildelingskriterium Kvalitet. Det kan derfor reises tvil om kravet til etterprøvbarehet er oppfylt. Ingen klager har anført dette og korrigering av dette krever annullering av tildelingen, jf. FOA § 3-1- (7) og LOA § 5.

4. I forbindelse med klagebehandlingen og gjennomgang av konkurransegrunnlaget har Kongsvinger kommune sett at det vil kunne anføres tvil om det er gjort tilstrekkelig skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier jf. den såkalte "Lianakisdommen" i EF-domstolen og KOFA-sak 207/2010 premissene 29 og 30. Kongsvinger kommune vurderer det slik at en slik anførsel vil kunne vinne fram og at en videreføring av konkurransen vil innebære et brudd på regelverket. Dette forhold alene krever avlysning av konkurransen".

- (19) Det fremgikk også at ny konkurranse om rammeavtalen ville bli lyst ut om kort tid.
- (20) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter benevnt klagenemnda) ved brev av 12. januar 2012.
- (21) Det første nemndsmøtet i saken ble avholdt 28. oktober 2013. Etter dette møtet er det besluttet å behandle saken i stornemnd. Stornemndsbehandling fant sted 10. januar 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (22) Innklagedes beslutning om å avlyse konkurransen er i strid med forskriften § 22-1 og må dermed omgjøres. Innklagedes begrunnelse for avlysningen av konkurransen tilfredsstiller heller ikke forskriftens krav, jf. § 20-16 bokstav d.
- (23) Innklagede har brutt forskriften § 3-6 ved å gi ut taushetsbelagte opplysninger. Innklagede har på eget initiativ besluttet å avlyse konkurransen som følge av egne feil. I forkant, og

formodentlig i forbindelse med en pågående klageprosess, besluttet innklagede å gi konkurrenter innsyn i klagers tilbud. Innklagede har ved dette forringet klagers mulighet til å vinne fram i en ny konkurranse om samme anskaffelse. Allerede i sitt meddelelsesbrev har innklagede indirekte fremlagt opplysninger av konkurransefølsom karakter. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at prisen skal vurderes forholdsmessig. Med dette som utgangspunkt kan man regne seg fram til de respektive timeprisene i evalueringsmatrisen. Uansett, dersom det er en risiko for at oppdragsgiver i ettertid vil avlyse konkurransen og utlyse anskaffelsen på nytt, vil alle tilbudsopplysninger som knytter seg til tildelingskriteriene være taushetsbelagte.

- (24) Det bes om at klagenemnda tar stilling til krav om erstatning. For det første gjelder det erstatningskrav basert på tapte muligheter for å nå fram i en ny konkurranse, alternativt erstatningskrav som baserer seg på den økonomiske differansen mellom gammelt og nytt tilbud, sett at klager skulle vinne fram i en ny konkurranse. Atter subsidiært anføres det at avlysningen er selvforskyldt og at klager dermed har krav på å få dekket den negative kontraktsinteressen.

Innklagedes anførsler:

- (25) Klagers anførsler bestrides. Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å annullere tildelingsbeslutningen og ved å avlyse konkurransen. Det gjøres gjeldende at det foreligger to separate grunnlag for avlysning av konkurransen, blant annet ulovlig tildelingskriterium, jf. forholdet mellom punkt 4.1 og 3.4 i konkurransegrunnlaget. Innklagedes vurdering er at tildelingskriteriet "*Kompetanse basert på referanser*" med tilhørende underkriterier, helt eller delvis er sammenfallende med/gjentakelse av det som skal vurderes under pkt. 3.4. i konkurransegrunnlaget, knyttet til krav til erfaring, gjennomføringsevne og kapasitet. Begrunnelsen for avlysningsbeslutningen er tilstrekkelig.
- (26) Vilkår for et erstatningskrav er ikke oppfylt.
- (27) Det er ikke gitt innsyn i taushetsbelagt informasjon da leverandøren ikke er meddelt prisene for de enkelte fagområder, men kun er meddelt gjennomsnittet av tilbudt pris for de ulike fagområdene. Dette gir ikke innsyn i direkte tilbudt timepris for det enkelte fagområde. Innsyn i klagers tilbud er gitt én leverandør, og før innklagede selv var klar over de feil som senere har begrunnet avlysning.
- (28) Klagers tilbud ble sladdet før det ble oversendt leverandøren som ba om innsyn. Innsyn er en konsekvens av de regler som gjelder om innsyn på området, ikke en konsekvens av oppdragsgivers saksbehandling. Innklagede kunne derfor ikke ta særlige hensyn knyttet til dette, verken ved sin avlysningsvurdering eller ved gjennomføring av ny konkurranse.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder konsulenttenester innen prosjektering og byggeledelse som er en tjenesteanskaffelse i kategori 12, med CPV-kode 71310000. Anskaffelsens verdi er estimert til over EØS-terskelverdi på 1,6 millioner kroner ekskludert mva. 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 III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

- (30) Klagenemnda har besluttet å behandle denne saken i stornemnd i medhold av klagenemndforskriften § 12. Spørsmålet som foranlediger stornemndsbehandlingen er taushetspliktens rekkevidde.

Hvorvidt innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 22-1 ved å avlyse konkurransen, da det i dette tilfellet verken var plikt eller rett til å gjøre dette.
- (32) Av forskriften § 22-1 (1) følger det at oppdragsgiver kan *"avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn"*. Avlysning kan skje frem til kontrakt er inngått.
- (33) 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 tilfeller 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. eksempelvis klagenemndas saker 2012/156 premiss (41) og 2011/326 premiss (24).
- (34) Innklagede har blant annet begrunnet avlysningen med at det er tvilsomt om det er gjort tilstrekkelig skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Innklagede har opplyst at tildelingskriteriet i konkurransegrunnlaget punkt 4.1 *"Kompetanse basert på referanser"*, med tilhørende underkriterier, ble vurdert å være helt eller delvis sammenfallende med, eller gjentakelse av, det som skulle vurderes under kvalifikasjonskrav knyttet til erfaring, gjennomføringsevne og kapasitet, i konkurransegrunnlaget punkt 3.4.
- (35) Utgangspunktet når det foreligger et ulovlig tildelingskriterium, er at dette er en feil som ikke kan avhjelpes på annen måte enn ved å avlyse konkurransen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) og klagenemndas uttalelser i blant annet sakene 2011/171, 2011/82 og 2012/30. Dette er basert på at oppdragsgivere som hovedregel ikke har anledning til å endre eller se bort i fra de oppstilte tildelingskriteriene, men tvert imot har plikt til å vurdere samtlige av disse ut fra de opplysningene som er gitt om kriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (36) Klager har utførlig søkt å begrunne hvorfor tildelingskriteriene var lovlige og at det dermed ikke forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen. Imidlertid, vil også en rettslig uklarhet med hensyn til om det foreligger et ulovlig tildelingskriterium kunne utgjøre en saklig grunn til avlysning. I foreliggende sak er nemnda også enig i innklagedes vurdering om at det ikke var foretatt et tilstrekkelig skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Det var dermed saklig grunn til å avlyse konkurransen etter forskriften § 22-1 (1).

Begrunnelse for avlysningen

- (37) Klager har anført at innklagedes begrunnelse for avlysningen av konkurransen heller ikke tilfredsstiller forskriftens krav jf. § 20-16 bokstav d. Etter forskriften § 20-16 (2) bokstav d, skal oppdragsgiver gi skriftlig melding med en *"kort begrunnelse"* dersom konkurransen avlyses. Innklagede opplyste at avlysningsgrunnen var at det forelå tvil om

det var gjort tilstrekkelig skille mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Som hjemmelsgrunnlag var det vist til EU-domstolens sak "*Lianakisdommen*" og klagenemndas avgjørelse i sak 2010/207. Som faktiske forhold var det vist til konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Dette må anses tilstrekkelig. Klagers anførsel på dette punktet kan dermed ikke føre fram.

Hvorvidt innklagede har utlevert taushetsbelagte opplysninger i klagers tilbud

- (38) Klager har anført at innklagede har brutt forskriftens § 3-6 ved å gi ut taushetsbelagte opplysninger. Etter klagers oppfatning er alle tilbudsopplysninger som knytter seg til tildelingskriteriene taushetsbelagte, dersom det er en risiko for at oppdragsgiver i ettertid avlyser konkurransen.
- (39) Klagers tilbud som ble oversendt ByggeRåd AS 28. oktober 2011, er på forespørsel fremlagt for klagenemnda. Innklagede hadde før oversendelsen forespurt klager om hvilke opplysninger som kunne fremlegges, og klager ga kun tilbakemelding på at det var opplysningene i prisskjemaet som ikke kunne sendes ut. Klager har altså gitt et samtykke til å gi ut de øvrige delene av klagers tilbud, og klagenemnda har ikke holdepunkter for at innklagede i denne situasjonen hadde grunn til å vurdere nærmere hvorvidt klagers samtykke var tilstrekkelig informert. Klagers anførsel på dette punkt fører derfor ikke fram.
- (40) Innklagede har på forespørsel opplyst at skjemaet med tittelen "*Prisvurdering rammeavtale prosjekteringsledelse og byggeledelse*", hvor gjennomsnittlig timepris fremgikk, ikke ble sendt med e-posten av 21. oktober 2011 om tildeling av kontrakt, men ble sendt på anmodning til tilbydere som ba om innsyn. Klagenemnda legger dette til grunn.
- (41) Klager har fremhevet at når det fremgikk av konkurransegrunnlaget at prisene skulle vurderes forholdsmessig, ville det være relativt enkelt å regne seg fram til de respektive timepriser i evalueringsmatrisen. Klager har ikke ut over dette redegjort for hvordan dette kan gjøres, og nemnda har vanskelig for å se at dette faktisk ville være mulig. Det er altså ikke gitt innsyn i tilbudt timepris for de enkelte fagområder, men i gjennomsnittet av tilbudt pris for samtlige fagområder.
- (42) Problemstillingen er altså hvorvidt gjennomsnittlig tilbudt timepris i klagers tilbud var underlagt taushetsplikt når innklagede utgav denne. Gjennomsnittlig tilbudt timepris skulle brukes som sammenlikningsgrunnlag ved evalueringen av tilbudene.
- (43) Det nevnes innledningsvis at forskriftens bestemmelser om begrunnelse ble endret med virkning fra 1. juli 2012. I foreliggende sak ble anskaffelsen kunngjort før 1. juli 2012 slik at det er bestemmelsene slik de lød før endringen som gjelder. Endringen innebærer at det nå skal gis én begrunnelse, i motsetning til før endringene, hvor man først måtte gi én begrunnelse uoppfordret, og én til på oppfordring. Endringene er imidlertid ikke av avgjørende betydning for spørsmålene i denne saken.
- (44) I innklagedes begrunnelse for valg av tilbud, ble det kun opplyst om tilbudenenes rangering og totalscore. Dette tilfredsstiller ikke kravet til begrunnelse. Også tilbyderne påpekte manglene ved begrunnelsen, og ByggeRåd AS bad om å få oppgitt delscore for de enkelte tilbudene på henholdsvis pris og kompetanse. Det at innklagede ga ut gjennomsnittlig

tilbudt timepris etter tildelingsmeddelelsen, må derfor sees på som en måte å oppfylle begrunnelsesplikten.

- (45) Hvorvidt en mulighet for at konkurransen blir avlyst har betydning for om priser kan gis ut, er ikke adressert direkte i forskriften. Problemstillingen er behandlet av klagenemnda tidligere i sakene 2003/67 og 2009/167. Også Lovavdelingen har tatt stilling til spørsmålet i en tolkningsuttalelse av 20. januar 2011. Disse uttalelsene blir også kommentert nedenfor.
- (46) Det følger av forskriften § 3-5 at *"for 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 er oppdragsgiver i utgangspunktet 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"*.
- (47) 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"*. Oppdragsgiver har altså etter forskriften § 3-6 plikt til å unnta forretningshemmeligheter når innsyn gis.
- (48) I forvaltningslovens vilkår at opplysningen vil *"være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysninga angår"* ligger at det må være en reell fare for økonomisk tap eller redusert gevinst for den aktuelle virksomheten, dersom opplysningene blir kjent.
- (49) Hva som utgjør en forretningshemmelighet må i utgangspunktet vurderes konkret, jf. klagenemndas sak 2010/294 og 2005/70. Som hovedregel kan de innkomne tilbudenes totalpriser ikke anses som en forretningshemmelighet, jf. klagenemndas saker 2008/87 og 2008/208. Dette har sammenheng med at totalprisen i et tilbud normalt er en funksjon av karakteristika ved det enkelte oppdrag, og som sådan vil gi svært begrenset informasjon om hvilke tilbud den valgte leverandør kan og vil gi i tilknytning til andre, senere oppdrag. I sak 2008/68 la klagenemnda således til grunn at innklagede i den nærmere begrunnelsen *"som et minimum"* skulle ha opplyst hva som var valgte tilbuds totalpris. I sak 2008/208 la klagenemnda til grunn at oppdragsgiver hadde brutt kravet til nærmere begrunnelse for valg av leverandør, ved ikke å oppgi valgte tilbuds totalpris. Regelen er imidlertid ikke unntaksfri, jf. tolkningsuttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 20. januar 2011, hvor det blant annet heter:

"Dersom ein konkurranse skal lysast ut på nytt vil òg prisar, økonomiske prognosar og annan informasjon som berre er relevant for den aktuelle saka, kunne vere omfatta av teieplikt. Andre tilbydarar vil elles kunne tilpasse sine tilbod etter dei aktuelle opplysningane. Vi legg såleis til grunn at opplysningane vil vere omfatta av teieplikt inntil det er klart at konkurransen vil bli avgjort på grunnlag av dei innkomne tilboda. Dersom dette ikkje er klart før ved kontraktsinngåinga, vil opplysningane vere omfatta av teieplikt fram til dette tidspunktet."

- (50) Lovavdelingen legger altså til grunn at priser kan være taushetsbelagte frem til det er avklart om konkurransen blir avlyst, og skiller heller ikke mellom enhetspriser, totalpriser og øvrige priser. Lovavdelingens uttalelse ble avgitt i forbindelse Prop 12 L (2011–2012). På bakgrunn av det uheldige ved at leverandørene kjenner hverandres tilbud dersom konkurranser blir avlyst, ble det foreslått å endre tidspunktet hvor tilbud ble offentlige. På bakgrunn av lovavdelingens uttalelse, påpekte departementet *"at offentlighetsloven inneholder unntak som langt på vei kan benyttes for å løse de utfordringer som utvalget og høringsinstansene har beskrevet. På denne bakgrunn vil ikke departementet foreslå endringer i offentlighetsloven på nåværende tidspunkt."*
- (51) I klagenemndas sak 2011/326 var det stilt spørsmål ved lovligheten av tildelingskriteriene før innklagede ga innsyn i klagers priser. Nemnda fant at innklagede på denne bakgrunn hadde 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 aktualisert når konkurransen ble avlyst. På tidspunktet opplysningene ble gitt var derfor prisinformasjonen av *"konkurransemessig betydning å hemmeligholde"*, jf. forskriften § 3-6. Klagenemnda fant at innklagede derfor hadde brutt forskriften § 3-6 ved å videresende opplysningene om klagers priser i den første konkurransen.
- (52) I foreliggende sak hadde flere tilbydere anført at innklagede hadde begått feil, og at konkurransen måtte avlyses. Dette skjedde før innklagede ga innsyn i gjennomsnittet av tilbudt pris for samtlige fagområder i klagers tilbud. Det var blant annet klaget på fremgangsmåten ved vurderingen av tildelingskriteriet *"kompetanse basert på referanser"*. Omstendighetene i denne saken er dermed på mange måter tilsvarende som i sak 2011/326. Til forskjell fra samme sak, er det imidlertid ikke gitt innsyn i klagers delpriser, men i gjennomsnittet av timeprisene for de forskjellige fagområdene. Som nevnt utgjorde den gjennomsnittlige timeprisen sammenlikningsgrunnlaget ved evalueringen av tilbudene.
- (53) Situasjonen hvor en konkurranse blir avlyst og tilbudsprisene er gjort kjent ble behandlet i klagenemndas sak 2003/67. Klagenemnda kom til at konkurransen skulle vært avlyst og utlyst på nytt, og det ble lagt til grunn at *"At leverandørene i et slikt tilfelle kjenner hverandres priser er ingen hindring; dette forhold vil gjelde samtlige deltagere og kan ikke misbrukes ved en ny konkurranse. Likhetsprinsippet overholdes dermed."* Tilsvarende synspunkt ble også lagt til grunn i klagenemndas sak 2009/167, hvor det i premiss (49) ble vist til at tildelingsmeddelelse utløser innsynsrett i tilbud og protokoll etter offentleglova § 23 3. ledd, og at *"[r]egelveirket sikrer etter dette ikke konfidensialitet for opplysninger i åpningstilbud når tildelingsbeslutning først er truffet. Det er etter nemndas oppfatning ikke rom for å særbehandle det tilfelle at en tildelingsbeslutning annulleres etter forskriften § 13-3 (2) ved fortsettelsen av konkurranse om samme anskaffelse."*
- (54) Dette synspunktet kan imidlertid ikke gjelde ubetinget. Systemet i forskriften er riktignok at det før kontraktsignering, skal gis en begrunnelse for valg av leverandør, som er så presis og utfyllende at leverandørene gjøres i stand til å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Begrunnelsesplikten kan imidlertid oppfylles på flere måter, og kunne også i foreliggende sak vært oppfylt på en annen måte enn å oppgi klagers gjennomsnittlig tilbudte timepris.

- (55) I foreliggende sak, ble også opplysningene gitt ut når innklagede var gjort oppmerksom på konkrete forhold som kunne tilsi at konkurransen måtte avlyses og lyses ut på nytt. Når gjennomsnittlig timepris er et tildelingskriterium som oppdragsgiverne skal konkurrere om, og omstendighetene er at oppdragsgiver var gjort oppmerksom på konkrete forhold som tilsa at konkurransen kunne bli avlyst, vil gjennomsnittlig timepris være en opplysning som konkurrenter kan utnytte ved en senere konkurranse, jf. også lovavdelingens uttalelse av 20. januar 2011. Denne muligheten ble også aktualisert når konkurransen ble avlyst i foreliggende sak. På tidspunktet opplysningene ble gitt var derfor prisinformasjonen i dette konkrete tilfellet av *"konkurransemessig betydning å hemmeligholde"*. jf. forskriften § 3-6. Innklagede har derfor brutt forskriften § 3-6 ved å videresende opplysningene om klagers gjennomsnittlig tilbudte timepris.
- (56) *Nemndsmedlem Krüger* har et annet syn på spørsmålet om taushetsplikt.
- (57) Forskriften § 3-6 hindrer spredning av forretningshemmeligheter, men må leses på bakgrunn av offentliglova § 23 tredje ledd som siden lovens ikrafttredelse 2009 slår fast at både klager, øvrige tilbydere og andre har rett til innsyn i tilbud og protokoll når *"valet av leverandør er gjort"*. Bestemmelsen er utdypet i Ot.prp. nr 102 (2004-2005) – først generelt på s. 72

"Departementet legg avgjerande vekt på fordelane ved ein gjennomsiiktig innkjøpsprosess, slik at både leverandørar, politikarar og ålmenta kan kontrollere at det ikkje blir teke utanforliggjande omsyn, medrekna at korrupsjon eller korrupsjonsliknande forhold ikkje finn stad. Departementet viser også til at det heller ikkje gjeld særlege unntaksreglar for tilbodsdokument i Danmark og Sverige. På denne bakgrunnen er departementet komme til at også tilboda bør vere offentlege frå det tidspunktet da leverandøren er vald."

- senere i særmerknadene til § 23 tredje ledd på s 145:

"Tredje ledd regulerer unntakshøvet for tilbod og protokoll i saker om offentlege innkjøp. Føresegna gir høve til å gjere unntak frå innsyn for tilbod og protokoll etter regelverk gitt i medhald av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlege innkjøp. Til skilnad frå gjeldande rett er det ikkje presisert kva forskrifter innkjøpssakene må følgje. Forskriftsverket på dette området blir ofte endra, og nye forskrifter kjem til, og det er derfor ikkje formålstenleg å søkje å presisere i lova kva forskrifter som er omfatta. Slik føresegna er utforma no, vil ho omfatte tilbod og protokoll etter alle forskrifter gitt i medhald av lov om offentlege innkjøp slik dei lyder til ei kvar tid.

Unntaket gjeld for det første tilbod, med andre ord dei svara leverandørar gir på ein kunngjord konkurranse, uavhengig av kva konkurranseform som blir nytta. Vidare gjeld unntaket for protokollar. Innhaldet i protokollen er regulert i forskrift 15. juni 2001 nr. 616 om offentlege innkjøp §§ 8-1 og 15-1, for innkjøp over og under terskelverdiane. Føresegna gir ikkje høve til å gjere unntak frå innsyn for andre dokument enn tilbod og protokollar. For desse gjeld følgeleg dei andre reglane i lova.

Unntakshøvet er avgrensa i tid og gjeld berre fram til valet av leverandør er gjort. Dette er eit tidlegare tidspunkt enn undertekninga av kontrakten. For partane er det i medhald av dei aktuelle forskriftene etablert ei ordning der tilbydarane får melding om kven av leverandørane som vil få kontrakten, med ei frist for å klage eller komme med innvendingar, sjå til dømes forskrift om offentlege innkjøp §§ 10-3 og 17-3. Ved at

unntakshøvet berre gjeld fram til slik melding er sendt til leverandørane, vil jamvel borgarane dra nytte av det same tidsrommet og ha ein sjanse til å kontrollere prosessen og påverke utfallet før kontrakten er skriven. [uthevet her]

Protokollen, og særleg tilboda, vil ofte innehalde opplysningar som er underlagde teieplikt etter forvaltningslova §13 første ledd nr. 2. Desse opplysningane skal det ikkje givast innsyn i, jf. §13. Før det blir gitt innsyn i tilbod eller protokoll, må forvaltninga derfor skilje ut dei opplysningane som fell inn under teieplikta. Gode grunnar kan tale for at forvaltningsorganet gir tilbydarane høve til å uttale seg om kva opplysningar som bør unnatakast. Departementet vil samtidig presisere at forvaltningsorganet ikkje ukritisk kan halde seg til utsegna frå tilbydarane, men er nøydd til å gjere ei sjølvstendig vurdering av kva opplysningar som fell inn under teieplikta."

- (58) Innsyn i tilbud og protokoller er ved henvisningen i forskriften § 3-6 ikke en særrett for klager eller andre leverandører, men gjelder generelt. Men den har ved anskaffelsessaker sin særlige betydning ved at klager kan kreve dokumentasjon som viser hvorfor hans tilbud ikke nådde opp. Slik supplerer innsynsregelen forskriftens regler om begrunnelsesplikt § 11-14 og § 20-16.
- (59) Innsynsregelen innebærer at ingen av tilbyderne kan verne seg mot at tilbudene blir kjent for de øvrige deltagere. Regelverket åpner heller ikke for å særbehandle tilfelle der konkurransen avlyses, slik som i dette tilfellet, jf. motsetningsvis forskriften § 11-8 (3) om vern mot lekkasje av opplysninger under pågående forhandlinger før meddelt tildeling. Det normale vil være at en eller flere klagere etter å ha fått begrunnelse og innsyn i totalprisene etter tildeling påviser slike feil at domstolen eller klagenemnda i alvorlige tilfelle kan komme til at konkurransen må avbrytes. I slikt tilfelle kan oppdragsgiver starte på nytt, men da vil prisene fra den første konkurransen kunne være kjent fra tidspunktet fra den første meddelte tildeling. Dette skader ingen anskaffelsesrettslige hensyn – både den først valgte leverandør og de øvrige kan fritt forholde seg til kunnskap fra den avlyste konkurransen. Ved dette er både gjennomsiktighet og likhetsprinsippet ivaretatt. I så måte er offentliglova § 23 tredje ledd en spesialregel som går foran samme lov § 13 ved at tilbud etter § 23 tredje ledd ikke uten videre skal håndteres som en forretningshemmelighet. Hvis det skulle gjelde taushetsplikt for «priser» etter offentleglova § 23 helt til det er klart at konkurransen vil bli avgjort på grunnlag av de foreliggende tilbud, vil klagers mulighet for en effektiv kontroll av tildelingen – slik lovgiver har forutsatt - kunne bli illusorisk. En slik ordning synes uforenlig med den gjeldende § 23 tredje ledd og ville forutsette lovendring. Spørsmålet ble vurdert av FAD i Prop. 12 L (2011-2012) s 66-67 med bakgrunn i at lovutvalget hadde anbefalt at bestemmelsen om innsyn i tilbud før karenserperioden ble revurdert. Høringsinstansene var delt i synet på et slikt forslag (Prop s. 65-66). KOFA støttet forslaget, men uttalte at det for klagebehandlingen ville være tilstrekkelig med partsinnsyn i protokoller og totalpriser:

"I slike tilfeller vil totalprisene fra første konkurranse riktignok være kjent, men leverandørene har da ulike muligheter til å posisjonere seg når nye tilbud skal inngis"

- (60) Departementet hadde forståelse for utvalgets betraktninger, men gjentok (Prop. s. 66) de samme betraktninger som i lovforarbeidet fra Ot prp. nr 102 og fremsatte ikke forslag til lovendring:

"Formålet bak offentlighetsloven § 23 tredje ledd er å sikre gjennomsiktighet i forvaltningens saksbehandling. Slik vil leverandører, politikere og allmennheten kunne kontrollere at det ikke tas utenforliggende hensyn når det offentlige midler disponeres. En slik gjennomsiktighet vil bl.a sikre at reglene om offentlige anskaffelser anvendes i tråd med de intensjoner som reglene bygger på, og kan bidra til å forhindre alvorlige forhold som korrupsjon o.l. Bestemmelsen styrker også leverandørenes muligheter til å avdekke feil og dermed klage på anskaffelsesprosessen når det er grunnlag for det. Den letter også pressens rolle som vaktbikkje. Dette er viktige hensyn som departementet er opptatt av å ivareta."

- (61) Ved dette er det ikke grunnlag for å anse en tilbudt pris på tjenesten som en potensiell forretningshemmelighet bare av den grunn at konkurrentene i gitt tilfelle vil kunne ha oppnå innsyn i klagesak etterfulgt av avlysning og ny konkurranse. Synspunktet er korrekt lagt til grunn i sak 2003/67 som sitert ovenfor, jf. dernest 2008/208 om mangelfull begrunnelse ved at valgte leverandørs totalpris ikke var opplyst.
- (62) Det er ikke med dette sagt at et tilbud ikke kan inneholde forretningshemmeligheter som bør håndteres etter forskriften § 3-6, jfr offentleglova § 13. Tilbudet kan ut over tilbudsprisen inneholde sensitiv informasjon som tilbyder må kreve vern for, så som delpriser, oppgave over underleverandører for oppdraget, tilbudt teknologi, know how og lignende. Nemnda har håndtert dette i sin praksis ved å skille mellom totalpris (som ikke er en forretningshemmelighet) og priskomponenter som må sladdes som forretningshemmeligheter, jf. saker referert ovenfor under (45). Sak 2011/326 gjaldt kommunale brøytetjenester der område/delpriser for tjenesten ble ansett som en forretningshemmelighet med konklusjon at kommunen hadde brutt forskriften § 3-6 ved å gi innsyn i klagers delpriser selv om klager ikke selv hadde sladdet ut disse i sitt tilbud. Det ble også i den saken vist til de samme saker som nevnt ovenfor under (43).
- (63) Det kan heller ikke utelukkes at stk-priser i et gitt tilfelle kan bli å anse som sensitiv informasjon som bør håndteres etter forskriften § 3-6. Men slik ligger det ikke an her.
- (64) EU-domstolens sak C-450/06 (*Varec*) knesetter tilbydernes vern for forretningshemmeligheter på bekostning av regler om innsyn og begrunnelse (særlig premiss (51). Det er vist til denne avgjørelsen i Rettens kombinerte sak T-339/10 T-532/10 (*Cosepuri*) premiss (99) og (100), der premiss (99) gjentar at «tender bids» (dvs komplette tilbud) ikke kan åpnes for innsyn i en klagesak fordi det ikke kan utelukkes at tilbyder som har lagt frem «*information particular to the undertaking which enables it to exhibit expertise (---) bear witness to the specific skills of the tenderers and contribute to the individual nature and appeal of the tenderer's bid*» i fortsettelsen kan «*once again again be in competition with the other tenderers*» og derfor må skjermes mot innsyn fra «*potential competitors*».
- (65) Avgjørelsen drøfter en konkret anførsel om at valgte leverandørs priser med urette ble tilbakeholdt, men anførselen ble avvist av domstolen med henvisning til at man av tildelingsbeslutningen kunne utlede valgte leverandørs pris (premiss (34). Saken avgjør derfor ikke spørsmålet om innsyn i totalpris – og ikke i den særlige situasjon der konkurransen avlyses og gjenopptas med ny evaluering, tvert om: Klager hadde indirekte oppnådd innsyn i valgte leverandørs totalpris og fikk derfor ikke medhold i at innsyn med urette var blitt nektet. Avgjørelsen er derfor av begrenset betydning for vår sak.

- (66) Dir. 2004/14 artikkel 6 – som utgjør bakgrunn for forskriften § 3-6 - forutsetter at konfidensialitet følger nasjonal lovgivning. Regelen er opprettholdt i det nylig (februar 2014) vedtatte anbudsdirektiv (uthevet her)

"Article 21

Confidentiality

1. Unless otherwise provided in this Directive or in the national law to which the contracting authority is subject, in particular legislation concerning access to information, and without prejudice to the obligations relating to the advertising of awarded contracts and to the information to candidates and tenderers set out in Articles 50 and 55, the contracting authority shall not disclose information forwarded to it by economic operators which they have designated as confidential, including, but not limited to, technical or trade secrets and the confidential aspects of tenders.

2. Contracting authorities may impose on economic operators requirements aimed at protecting the confidential nature of information which the contracting authorities make available throughout the procurement procedure."

- (67) Hovedregelen er etter dette at totalpriser i tilbud er underlagt innsyn etter offentliglova § 23 tredje ledd og at forskriften § 3-6 ikke stenger for dette i en klagesak – uansett det videre forløp etter en foretatt midlertidig tildeling, jf. om det prinsipielle også *M Dragsten* Offentlige anskaffelser (2013) s 219 (med henvisning til KOFA-sakene 2005/300 og 2008/87).
- (68) I vår sak er det lovlige (50%) tildelingskriterium en snitt timepris generert ut fra 7 timepriser for de ulike fagområdene. Disse delprisene er korrekt sladdet, men summen «snitt timepris» er gjengitt under hver av de fem tilbyderne. Tildelingen skjedde på grunnlag av snittprisen. Siden det sidestilte 50% tildelingskriterium «Kompetanse» ble ansett som et ulovlig tildelingskriterium ble konkurransen avlyst. Saken er da etter dette nemndsmedlems oppfatning håndtert i overensstemmelse med forskriften § 3-6 og offentleglova § 23 tredje ledd.
- (69) Nemnda finner ikke grunn til å ta stilling til anførslene om erstatning.

Konklusjon:

Kongsvinger kommune har brutt forskriften § 3-6 ved å gi innsyn i gjennomsnittet av tilbudt timepris. Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram.

Bergen, 18. mars 2014

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl