



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling for anskaffelse av tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengige. Klagen omfattet for det første en rekke anførsler om brudd på regelverket i tildelingsevalueringen. Ingen av disse førte frem. Videre var det påstått at regelverket var brutt fordi innklagede ikke hadde avholdt reelle forhandlinger med klager. Denne anførselen ble avvist som uhensiktsmessig for skriftlig behandling i klagenemnda. Tilslutt hadde klager anført at begrunnelsesplikten i forskriften nye § 11-14 (1) var brutt. Her gjennomgikk nemnda de relevante rettskildene for å komme frem til hvilket innhold som må legges i den nye begrunnelsespliktbestemmelsen, og konkluderte deretter med at den begrunnelsen som var gitt i foreliggende tilfelle var i samsvar med regelverket.

Klagenemndas avgjørelse 22. april 2013 i sak 2013/21

Klager: Fossen Rusbehandling AS

Innklaget: Helse Nord RHF

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Magni Elsheim, Siri Teigum

Saken gjelder: Tilbudsevaluering. Reelle forhandlinger. Begrunnelse.

Bakgrunn:

- (1) Helse Nord RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. september 2012 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengige. Anskaffelsen er i kunngjøringen punkt II.2.1 angitt til å ha en økonomisk ramme på 70–80 millioner kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 16. oktober 2012.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 "*Anskaffelsens formål og omfang*" fremgikk følgende:

"Anskaffelsen har en anslått økonomisk ramme på MNOK 70-80 fordelt på følgende tjenester:

1. *Behandling av alkoholavhengighet*
2. *Behandling av avhengighetsproblematikk, med omfattende rehabilitering inntil 6 mnd.*
3. *Behandling av avhengighetsproblematikk, med omfattende rehabilitering over 6 mnd. og inntil 12 mnd.*
4. *Sammensatt alvorlig avrusning*
5. *Omfattende rehabilitering/habilitering primært for pasientgruppen 16-23 år*
6. *Spesialfunksjoner:*
 - a. *Behandling til gravide rusmiddelavhengige og nybakte mødre i institusjon*

b. Behandling hjemlet i Helse- og omsorgstjenesteloven, jf. § 10-2, 10-3, 10-4

Tjenestene inkluderer gjennomføring av straff i institusjon, jf. straffegjennomføringsloven § 12.

Krav til tjenestene som skal anskaffes er beskrevet i vedlagte kravspesifikasjon (vedlegg 1) samt i vedlagte kontrakt (vedlegg 4)."

- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 6.2 "Tildelingskriterier" fremgikk det at tildeling av kontrakt ville skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud innenfor de enkelte behovsområdene beskrevet i kravspesifikasjonen punkt 2.1 nr. 1-6 basert på tildelingskriteriene kvalitet og pris. Tildelingskriteriet kvalitet ville bli vektlagt "noe høyere" enn pris. Videre fremgikk det at oppdragsgiver forbeholdt seg retten til å akseptere deler av volumet leverandørene tilbød.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 6.3 "Utdyping av tildelingskriteriene" stod følgende:
- a) *Kvalitet: En totalvurdering av tilbudet basert på tilbyders besvarelse av kravspesifikasjonen punkt 3 og 4; behandlingstjenestens faglige innhold og bredde samt det utførende personells fagspesifikke kvalifikasjoner, sammensetning og grad av tilstedeværelse, pr. behovsområde*
- b) *Pris: Beste pris pr. døgn per behovsområde, jf. vedlagte prisskjema".*
- (5) Fra kravspesifikasjonen punkt 2.1 "Behovsspesifikasjon" hitsettes følgende:

"Det ønskes tilbud på følgende tjenester, og det er anledning å gi tilbud på en eller flere av disse:

1. *[..]*
2. *Anslagsvis inntil 25 plasser i inntil 6 mnd. for pasienter med behov for omfattende rehabilitering for rusavhengighet uansett type, herunder for pasienter med omfattende psykiske lidelser kombinert med avhengighet. Tilbudet skal inkludere gjennomføring av straff i institusjon. straffegjennomføringsloven § 12.*
3. *Anslagsvis inntil 10 plasser i inntil 12 mnd. for pasienter med behov for omfattende rehabilitering for rusavhengighet uansett type, herunder for pasienter med omfattende psykiske lidelser kombinert med avhengighet. Tilbudet skal inkludere gjennomføring av straff i institusjon. Jf. straffegjennomføringsloven § 12.*

[..]"

- (6) Innklagede mottok fem tilbud på tjeneste 2, heriblant fra Fossen Rusbehandling AS (heretter kalt klager), Sigma Nord AS og Fossumkollektivet.
- (7) På tjeneste 3 mottok innklagede syv tilbud innen tilbudsfristen heriblant fra klager, Kirkens Bymisjon, Sigma Nord AS, Manifestsenteret og Fossumkollektivet.

- (8) Klager leverte tilbud på rammeavtale på inntil 25 plasser på tjeneste 2, og inntil 10 plasser på tjeneste 3.
- (9) Innklagede gjennomførte et forhandlingsmøte med klager 11. januar 2013. I referatet fra dette møtet fremgikk det at innklagede ba klager foreta enkelte avklaringer i et revidert tilbud om blant annet samlet faglig innhold og bredde og om det utførende personellet fagspesifikke kvalifikasjoner, sammensetning og grad av tilstedeværelse. Videre fremkom følgende fra referatet:

"Oppdragsgivers vurdering av Fossen Rusbehandling sitt tilbud:

Dette er en foreløpig vurdering og tilbakemelding, der leverandørene gis signal om hvilke forbedringer de kan gjøre i sine tilbud.

Det oppfattes som at det benyttes anerkjente behandlingsmetoder, og tilbudet viser hvordan disse benyttes i behandlingen. Tilbudet vurderes som individuelt tilrettelagt, med en fleksibel tilnærming til behandlingen. Det vurderes at det gjøres et omfattende kartleggings- og utredningsarbeid. På noen områder vurderes rutiner og struktur som noe utydelig, f.eks. forebygging overdosedødsfall, barn som pårørende, erfaringslæring ved behandlingsavbrudd. Bemanningen vurderes i øvre sjikt på lege /psykolog/sykepleiere/vernepleiere, og i nedre sjikt på øvrige helse- og sosialfaglig høyskoleutdannede. Det er usikkerhet knyttet til legedekning og til omstilling og bemanningsøkning som ligger til grunn i tilbudet. Pris vurderes å være i midtre/øvre sjikt."

- (10) Klager leverte et revidert tilbud til innklagede 21. januar 2013. Klager foretok i dette tilbudet en avklaring av de spørsmål innklagede tok opp på forhandlingsmøtet. Vedlagt tilbudet fulgte også en liste med antall ansatte innen ulike yrkeskategorier. Fra det reviderte tilbudet punkt 2.1 bokstav f hitsettes følgende:

"Fossen Rusbehandling AS har som målsetting å rekruttere inn leger på ordinær måte. Hvis dette ikke lykkes innen oppstart av kontrakt har Fossen Rusbehandling AS en avtale med firmaet Din Bedriftshelsetjeneste i Trondheim. Disse vil i henhold til avtale stille nødvendig legebemanning inntil virksomheten selv har rekruttert dette. Dette betyr altså at Fossen Rusbehandling AS kan garantere en legebemanning bestående av en lege med spesialisering og en ordinær lege fra oppstart av ny kontrakt.

Fossen Rusbehandling AS har i sitt reviderte tilbud ikke tilbudt psykiater. I det reviderte tilbudet vil bemanningen ellers bestå av 1 årsverk psykologspesialist og 1 årsverk psykolog. Dette er en reduksjon på 1 årsverk sammenlignet med det opprinnelige tilbudet. Psykologspesialist er i dag ansatt ved institusjonen. Hvis en ikke lykkes med å rekruttere psykolog på ordinært vis innen oppstart av kontrakt vil en leie inn slik kompetanse fra Din Bedriftshelsetjeneste i Trondheim inntil en har rekruttert på ordinært vis. Dette betyr at en også kan garantere denne kompetansen fra oppstart av kontrakt."

- (11) I brev datert 12. februar 2013 ble klager informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Sigma Nord AS (leverandør nr. 1) og Fossumkollektivet (Leverandør nr. 5) på tjeneste 2, og med Kirkens Bymisjon (leverandør nr. 9), Sigma Nord AS, Manifestsenteret (leverandør nr. 4) og Fossumkollektivet på tjeneste 3.
- (12) Vedlagt tildelingsbrevet fulgte evalueringsrapporten. I evalueringsrapporten fremkom det at "[s]core på pris er gitt etter metoden Lineær 100. Billigste er gitt 10 poeng, som

vektet tilsvarer 40 poeng. Deretter er poengene redusert forholdsmessig. Dobbel pris eller høyere gir 1 poeng." Videre var det inntatt en tabell som viste hvor mange poeng de ulike tilbudene hadde fått på de ulike tjenestene.

- (13) I evalueringsrapporten fremkom det følgende om tilbudet fra klager knyttet til tildelingskriteriet kvalitet:

"Behandlingstilbudet framstår som individuelt tilrettelagt, med en fleksibel behandlingstilnærming. Derimot framstår det sosialfaglige elementet ved behandlingen noe utydelig, og oppdragsgiver vurderer derfor at tverrfagligheten reduseres til fordel for det helsefaglige. Dette er en vesentlig årsak til trekk på kvalitet ift leverandør 1, 4, 5 og 9.

Faglig anerkjente behandlingsmetoder brukes og det er godt redegjort for hvordan disse benyttes i behandlingen. Det er godt redegjort for hvordan en bruker relevante og anerkjente kartleggings- og utredningsverktøy. Arbeidet rundt IP og behandlingsplan vurderes å være godt, og gode rutiner og prosedyrer for å forebygge brudd i behandlingen foreligger. Ved rusepisoder lages det "kriseplan" for tettere oppfølging av pasienten, og det er gode rutiner for forebygging og oppfølging av rusmiddelbruk under oppholdet. Relevante rutiner for medikamenthåndtering og behandling av LAR-pasienter foreligger også.

Struktur og tiltak for å forebygge overdosedødsfall ved utskrivning vurderes noe mangelfull. Leverandøren har lav drop out siste 3 år, men oppdragsgiver savner likevel et tydeligere inntrykk av hvordan erfaring knyttet til behandlingsavbrudd brukes til videre læring. Pasientens erfaring fra behandlingen evalueres jevnlig, og ved utskriving gjennomføres pasienttilfredshetsundersøkelser.

Det medisinskfaglige og det overordnede faglige ansvaret er tydeliggjort, og planer for bemanningsøkning og omstilling i tilknytning til tilbudet er presentert.

Flere av forbedringsplanene for tilbudet forutsetter en omfattende omstilling, herunder endring i bemanning og endring og styrking av legetjenesten. Samlet bemanningsfaktor er i midtre sjikt, forutsatt rekruttering lykkes. Oppdragsgiver vurderer omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment, og dette har fått utslag på poengsettingen på kvalitet."

- (14) Om tilbudet fra Sigma Nord AS skrev innklagede følgende knyttet til tildelingskriteriet kvalitet:

"Behandlingstilbudet framstår som helhetlig med integrert psykiatrisk behandling. Tilbudet er individuelt tilpasset, med et bredt spekter av behandlings- og aktivitetstilbud, både på individ og gruppenivå. Det benyttes relevante og anerkjente kartleggings- og utredningsverktøy, og det er grundig redegjort for hvordan faglig anerkjent behandlingsmetodikk benyttes.

Pasientene ivaretas gjennom gode rutiner og prosedyrer ved inn og utskrivinger, og gjennomgående bruk og samkjøring av IP og behandlingsplan er integrert i behandlingsprosessen. Tilbudet omfatter gode rutiner og prosedyrer for å forebygge brudd i behandlingen, og kan vise til lave drop out tall siste 3 år.

Pasienttilfredshetsundersøkelser gjennomføres regelmessig, og det er fokus på å bruke resultatene til erfaringslæring. I tillegg foreligger gode rutiner for forebygging og oppfølging av rusmiddelbruk ved institusjonen, samt for forebygging av overdosedødsfall ved utskriving.

Egen barneansvarlig ivaretar barns interesser som pårørende.

Samlet bemanningsfaktor vurderes lavt, dette gjelder spesielt høyskoleutdannet helsepersonell. Dette er den vesentligste årsaken til at det er gitt lavere poeng på kvalitet ift. leverandør 5 på tjeneste 2 og leverandør 4, 5 og 9 på tjeneste 3.

På tjeneste 1 vurderes leverandør 1 å klart være best. Tilbudets særskilte innretning for denne pasientgruppen, veier klart opp en noe lavere bemanning enn tilbudet til leverandør 3. På tjeneste 4 er leverandør 1 eneste tilbyder, og det er gitt et tilfredsstillende og godt tilbud på denne tjenesten."

- (15) Følgende fremkom om tilbudet fra Fossumkollektivet knyttet til tildelingskriteriet kvalitet:

"Behandlingstilbudet for tjeneste 2, 3 og 5 framstår som fleksibelt, individuelt tilrettelagt, tverrfaglig, sammenhengende og helhetlig. Faglig anerkjente behandlingsmetoder brukes og det er grundig redegjort for hvordan disse benyttes i behandlingen. Det er grundig redegjort for hvordan relevante og anerkjente kartleggings- og utredningsverktøy brukes i omfattende grad. Dette sammen med bemanningsnivå og tverrfaglighet, har vært vesentlig for at tilbudet er gitt høyest score på kvalitet for tjeneste 2. For tjeneste 3 er det gitt 2 poeng trekk ift. leverandør 4, da denne vurderes å score enda høyere på disse faktorene.

Tilbudet omfatter gode rutiner og prosedyrer for å forebygge brudd i behandlingen, blant annet gjennom aktiv bruk av helse- og omsorgstjenestelovens § 10-4. Likeså foreligger gode rutiner for forebygging og oppfølging av rusmiddelbruk under oppholdet samt for forebygging av overdosedødsfall ved utskriving. Drop out i 2011 er på moderat nivå.

Behandlingen gis fra flere enheter med til dels ulik faglig innretning og målgruppe, der en fagansvarlig sikrer felles prosedyrer. Dette gir et fleksibelt og bredt tilbud som anses positivt. Utførende personell har omfattende barnevernfaglig kompetanse som vurderes positivt.

Ivaretakelsen av det medisinskfaglige ansvaret er tydelig. Samlet bemanningsfaktor er i midtre sjikt for tjenesten som primært er tilbudt. Legedekning vurderes å være i nedre sjikt.

Oppdragsgiver mottok kun ett tilbud på tjeneste 5, og leverandør 5 tildeles derfor avtale på denne."

- (16) I evalueringsrapporten var det også inntatt en tabell som viste hvor mange poeng de ulike tilbyderne hadde fått på de ulike tildelingskriteriene.
- (17) Klager sendte en klage på tildelingsbeslutningen til innklagede 22. februar 2013, hvor klager påpekte at innklagede hadde foretatt en usaklig og vilkårlig poenggivning i

tildelingsevalueringen samt gjennomført mangelfulle forhandlinger og gitt en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør.

- (18) Innklagede svarte på klagen i brev datert 26. februar 2013, og tok ikke klagen til følge.
- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. mars 2013. Klagen gjelder tildelingen av kontrakt på tjenesteområde 2 og 3.
- (20) Kontrakt er ikke inngått, og innklagede vil avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda har behandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Usaklig og vilkårlig å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet kvalitet med den begrunnelse at innklagede vurderte omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment i tilbudet til klager

- (21) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet "kvalitet" i tildelingsevalueringen, med den begrunnelse at innklagede vurderte omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment i klagers tilbud. Det var usaklig og vilkårlig av innklagede å vurdere omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment i tilbudet til klager når klager hadde redegjort for hvordan, og garantert at, tilstrekkelig personell ville bli ansatt innen oppstart av kontrakten. Det fremkom av innklagedes evaluering av Fossumkollektivets tilbud, at legedekningen ble vurdert å være i nedre sjikt. Likevel fikk leverandøren 10 poeng på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og 8 poeng på tjenesteområde 3. Fossumkollektivet har også vedlagt en rekke oppdragsbekreftelser i sitt tilbud, og benytter dermed en rekke personer som ikke er fast ansatt. Situasjonen var dermed tilsvarende for klager og Fossumkollektivet, uten at Fossumkollektivet ble trukket i poeng for dette.

Usaklig og vilkårlig vurdering under tildelingskriteriet kvalitet ettersom klager og Sigma Nord AS fikk like mange poeng

- (22) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å foreta en usaklig og vilkårlig poenggivning under tildelingskriteriet "kvalitet" i tildelingsevalueringen, ettersom tilbudene fra klager og fra Sigma Nord AS fikk like mange poeng under tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2. Dette til tross for at det fremkom av tildelingsmeddelelsen at innklagede vurderte den samlede bemanningsfaktoren til klager å være i midtre sjikt, mens Sigma Nord AS' bemanningsfaktor ble vurdert å være lav. Sigma Nord AS leverte et tilbud med 0,78 årsverk per pasientplass, mens klager leverte et tilbud med 1,25 årsverk per pasientplass. I tillegg har klager dokumentert høyere kvalifisert personell enn Sigma Nord AS.

Usaklig og vilkårlig vurdering under tildelingskriteriet kvalitet ettersom Fossumkollektivet fikk flere poeng enn klager under tildelingskriteriet kvalitet

- (23) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at poenggivning under tildelingskriteriet "kvalitet" i tildelingsevalueringen var usaklig og vilkårlig, ettersom Fossumkollektivet ble innstilt som nr. 1 på tjenesteområde nr. 2. Dette selv om det fremkom av meddelelsesbrevet at klager har en lav drop out de siste tre årene, mens

Fossumkollektivet sin drop out i 2011 lå på et moderat nivå. Likevel fikk Fossumkollektivet 10 poeng på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og 8 poeng på tjenesteområde 3, mens klager bare fikk 7 poeng på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og 5 poeng på tjenesteområde 3.

Usaklig og vilkårlig å gi forskjellig trekk i poenggivningen på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og på tjenesteområde 3

- (24) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved at det var usaklig og vilkårlig å gi forskjellig trekk i poenggivningen på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og på tjenesteområde 3. Klager fikk 7 poeng på tildelingskriteriet kvalitet under tjenesteområde 2, og 5 poeng under tjenesteområde 3. Innklagede begrunnet dette med at for tjeneste 3 var det sosialfaglige elementet viktigere for den aktuelle pasientgruppen enn det var på tjeneste 2, og at dette derfor var blitt gitt større betydning for poenggivningen på ytelse 3. Dette fremstår som usaklig og vilkårlig, ettersom forskjellen på tjenesteområdene hovedsakelig er behandlingstiden på henholdsvis 6 og 12 mnd.

Usaklig og vilkårlig å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet kvalitet med den begrunnelse at det sosialfaglige elementet ved behandlingen fremstod som utydelig, og at tverrfagligheten var redusert til fordel for det helsefaglige.

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved poenggivning under tildelingskriteriet "kvalitet" i tildelingsevalueringen, ettersom det var usaklig og vilkårlig å trekke klager i poeng med den begrunnelse at det sosialfaglige elementet ved behandlingen fremstod som utydelig, og at tverrfagligheten var redusert til fordel for det helsefaglige. Klager har i sitt tilbud lagt opp til en bemanning med totalt 13 årsverk bestående av sosialfaglig utdannet personell. Fordelingen knytter seg til 3,5 årsverk sosionomer, 6 årsverk vernepleiere og 3,5 årsverk miljøterapeut. Videre var det lagt opp til en bemanning på 16,4 årsverk sykepleiere. Tverrfagligheten var dermed ivaretatt på en god måte. Sigma Nord AS som har blitt tildelt totalt 42 plasser på tjenesteområde 1-4, har en bemanningsfaktor per plass på 0,78. Klager har derimot en bemanningsfaktor per plass på 1,25. Det kan vanskelig forsvares at det sosialfaglige elementet ved behandlingen kan anses å bli ivaretatt på en bedre måte ved en betydelig lavere bemanningsfaktor, all den tid det er personellet som er helt avgjørende for ivaretagelsen av det sosialfaglige elementet ved behandlingen. Tildelingsevalueringen fremstår derfor usaklig og vilkårlig.

Mangelfulle forhandlinger

- (26) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager om det påståtte utydelige sosialfaglige elementet. Innklagede tillat dette vesentlig betydning under tildelingskriteriet kvalitet, og hadde dermed plikt til å ta dette opp med klager under forhandlingene.

Mangelfull begrunnelse

- (27) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 11-14 (1) ved å gi en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør. Begrunnelsen klager fikk fra innklagede ga ikke klager anledning til å etterprøve innklagedes vurderinger bak valget av leverandør. Begrunnelsen fremstod som helt generell, og sa ikke noe om hvilke konkrete forhold i

klagers tilbud som medførte at klager fikk et vesentlig større trekk i poeng på tildelingskriteriet kvalitet enn de to valgte leverandørene.

Innklagedes anførsler:

Usaklig og vilkårlig å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet kvalitet med den begrunnelse at innklagede vurderte omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment i tilbudet til klager

- (28) Innklagede bestrider at det var usaklig eller vilkårlig å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet "kvalitet" i tildelingsevalueringen med den begrunnelse at innklagede vurderte omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment. Innklagede viser til at poengtrekket var relatert til innholdet i det faglige tilbudet, ikke kun til rekrutteringen slik klager anfører. Det var altså en samlet vurdering av flere elementer relatert til de to hovedoverskriftene "Behandlingstjenestens faglige innhold og bredde" og "Det utførende personells fagspesifikke kvalifikasjoner, sammensetning og grad av tilstedeværelse, pr. behovsområde" som resulterte i poengtrekk. Dette var synliggjort for klager i referat fra forhandlingsmøtet der klager ble bedt om å beskrive kort "hvordan planlagt omstilling av fagtilbudet ved virksomheten vil gjennomføres". Klager ble videre bedt om å redegjøre kort for "hvordan dere sikrer at kvaliteten på arbeidet som utføres av innleide ressurser er i tråd med institusjonens faglige krav og retningslinjer". Klagers redegjørelse for dette viste til klagers prosedyrer for nyansatte, og klager har dermed ikke besvart oppdragsgivers spørsmål. I sitt reviderte tilbud konkretiserte ikke klager hvordan omstillingen av det faglige tilbudet skulle gjennomføres, klager fremla ikke informasjon som var egnet til å belyse sannsynligheten for en vellykket rekrutteringsprosess for de aktuelle faggruppene, og redegjorde heller ikke for hvordan samme lege skulle ivareta full kommunal driftsavtale samtidig som hun skulle være tilstede i 75 % stilling hos klager. Klager hadde heller ikke en avtale som konkret anga hvilken kompetanse som ville bli benyttet, og redegjorde ikke for hvordan klager ville sikre at de innleide ressursene handler i tråd med de faglige krav og retningslinjer som ble tilbudt. Det kan da vanskelig hevdes at innklagedes vurdering av dette var usaklig eller vilkårlig. Innklagede bestrider også at det var usaklig eller vilkårlig ikke å trekke Fossumkollektivet for poeng med den begrunnelse at de benyttet innleid personell. Bruk av innleid personell i seg selv er ikke negativt, og Fossumkollektivets bruk av innleid personell medfører ikke tilsvarende usikkerhet for innklagede. Fossumkollektivets bemanningsoversikt viser at de fleste innleide ressursene har vært tjenesteytere til Fossumkollektivet over flere år. Fossumkollektivet har videre redegjort for sin kvalitetssikring ved bruk av innleid personell.

Usaklig og vilkårlig vurdering under tildelingskriteriet kvalitet ettersom klager og Sigma Nord AS fikk like mange poeng

- (29) Innklagede bestrider at poenggivning under tildelingskriteriet "kvalitet" i tildelingsevalueringen var usaklig eller vilkårlig selv om tilbudene fra klager og fra Sigma Nord AS fikk like mange poeng under tildelingskriteriet kvalitet, til tross for at det fremkom av tildelingsmeddelelsen at innklagede vurderte den samlede bemanningsfaktoren til klager å være i midtre sjikt, mens Sigma Nord's bemanningsfaktor ble vurdert å være lav. Innklagede viser til at Sigma Nord AS ble trukket 3 poeng på tildelingskriteriet "kvalitet", og at dette poengtrekket i det vesentlige var relatert til en samlet sett lav bemanningsfaktor.

Usaklig og vilkårlig vurdering under tildelingskriteriet kvalitet ettersom Fossumkollektivet fikk flere poeng enn klager under tildelingskriteriet kvalitet

- (30) Innklagede bestrider at det var usaklig eller vilkårlig at Fossumkollektivet ble innstilt som nr. 1 på tjenesteområde nr. 2 selv om det fremkom av meddelelsesbrevet at klager har en lav drop out de siste tre årene, mens Fossumkollektivet sin drop out i 2011 lå på et moderat nivå. Innklagede viser til at evalueringen av tildelingskriteriet "Kvalitet" var summen av flere elementer, der ingen elementer alene var tilstrekkelig til å fastslå hvilken kvalitet som ble tilbudt. Fossumkollektivet har ikke tidligere hatt systemer for å måle drop-out. At prosenten er moderat enkelte år, er ikke det vesentlige. Det vesentlige er derimot hvordan en arbeider for å redusere risikoen for slike hendelser, noe Fossumkollektivet har redegjort for.

Usaklig og vilkårlig å gi forskjellig trekk i poenggivningen på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og på tjenesteområde 3

- (31) Innklagede bestrider at det var usaklig eller vilkårlig å gi forskjellig trekk i poenggivningen på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og på tjenesteområde 3. Innklagede viser til at tilbudene ble evaluert per tjeneste, i samsvar med konkurransegrunnlaget punkt 6.2. På tjeneste 3 forelå 7 tilbud, mot 5 på tjeneste 2. Poengforskjellen på tjeneste 2 og tjeneste 3 er utelukkende et utslag av at det er flere konkurrerende tilbud på tjeneste 3, herunder Manifestsenteret, som på denne spesifikke tjenesten ble vurdert å ha det beste tilbudet på dette tildelingskriteriet.

Usaklig og vilkårlig å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet kvalitet med den begrunnelse at det sosialfaglige elementet ved behandlingen fremstod som utydelig, og at tverrfagligheten var redusert til fordel for det helsefaglige.

- (32) Innklagede bestrider at det var usaklig eller vilkårlig å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet kvalitet med den begrunnelse at det sosialfaglige elementet ved behandlingen fremstod som utydelig, og at tverrfagligheten var redusert til fordel for det helsefaglige. Innklagede viser til at antall ansatte med sosialfaglig kompetanse ikke var det avgjørende, men derimot hvilket sosialfaglig innhold behandlingstilbudet hadde. Tilbudet til klager var lite konkret på hvilke sosialfaglige målsettinger og hvilken metodikk i behandlingstiltakene tilbudet har, utover relasjonsbygging. Grunnen til at Sigma Nord AS ikke ble gitt tilsvarende trekk, til tross for lavere bemanning, var at det sosialfaglige tilbudet på tjeneste 3 var gitt mer innhold.

Mangelfulle forhandlinger

- (33) Innklagede bestrider å ikke ha gjennomført reelle forhandlinger med klager. Innklagede viser til at klager fikk tilbakemelding på de elementer som kunne forbedres under tildelingskriteriet kvalitet, herunder forhold knyttet til det utydelige sosialfaglige elementet i klagers tilbud. Det fremkommer av referatet fra forhandlingsmøtet at spørsmål og avklaringer til tilbudet ble viet tid. I referatets punkt 2-4 fremgår det at klager ble bedt om å gi utdypende informasjon eller tilleggsinformasjon til tilbudet, og i innklagedes vurdering av klagers tilbud er usikkerheten rundt legedekning, omstilling og bemanningsøkning eksplisitt dekket.

Mangelfull begrunnelse

- (34) Innklagede bestrider å ha gitt en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør. Innklagede viser til at det ble gitt en begrunnelse som relaterte seg til konkrete sider ved tilbudene som var av sentral karakter. I tillegg til å gi en individuell vurdering av hvert tilbud har innklagede pekt på faktorer som var avgjørende for at et tilbud på tildelingskriteriet kvalitet ble vurdert bedre enn et annet og angitt avveiningen faktorene imellom.

Klagenemndas vurdering:

- (35) Klager deltar i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengige. Det fremkommer av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 at tjenestene skulle inkludere gjennomføring av straff i institusjon, noe som muligens må anses som utøvelse av offentlig myndighet på en slik måte at forskriftens bestemmelser ikke gjelder for denne anskaffelsen jf. klagenemndas saker 2010/364, 2011/75 og 2010/105. Innklagede har imidlertid i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 opplyst at "[a]nskaffelsen er omfattet av lov om offentlige anskaffelser (LOA) av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlig anskaffelser (FOA) av 7. april 2006 nr. 402. Denne anskaffelsen gjelder en uprioritert tjeneste under kategori 25, jf. forskriftens vedlegg 6, og følger bestemmelsene i forskriftens del I og II". Basert på dette, finner nemnda ikke grunn til å ta endelig stilling til hvorvidt forskriftens regler ikke kommer til anvendelse som følge av at den aktuelle tjenesten må anses for å innbefatte utøvelse av offentlig myndighet, da forskriften uansett vil gjelde basert på innklagedes opplysning i konkurransegrunnlaget. Dette følger av kravet til forutberegnelighet i loven § 5, jf. for eksempel klagenemndas avgjørelser i sakene 2011/137 premiss (30) og 2009/258 premiss (17) Anskaffelsen reguleres etter dette av reglene i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II

Usaklig og vilkårlig å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet kvalitet med den begrunnelse at innklagede vurderte omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment i tilbudet til klager

- (36) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet "kvalitet" med den begrunnelse at innklagede vurderte omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment i klagers tilbud, gitt at klager hadde redegjort for hvordan, og garantert at, tilstrekkelig personell ville bli ansatt innen oppstart av kontrakten.
- (37) Ved evalueringen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve rettslig. Klagenemnda kan kun prøve om oppdragsgivers skønnsutøvelse er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, om oppdragsgiver har lagt feil faktum til grunn, eller om skønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, jf. klagenemndas saker 2009/117 premiss (38) og 2010/140 premiss (56).
- (38) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt 6.3 "Utdyping av tildelingskriteriene" at tildelingskriteriet "Kvalitet" skulle vurderes ut fra "[e]n totalvurdering av tilbudet basert på tilbyders besvarelse av kravspesifikasjonen punkt 3 og 4; behandlingstjenestens faglige innhold og bredde samt det utførende personells fagspesifikke kvalifikasjoner, sammensetning og grad av tilstedeværelse, pr. behovsområde."

- (39) I evalueringsrapporten fremkom det om tilbudet fra klager at *"[f]lere av forbedringsplanene for tilbudet forutsetter en omfattende omstilling, herunder endring i bemanning og endring og styrking av legetjenesten. Samlet bemanningsfaktor er i midtre sjikt, forutsatt rekruttering lykkes. Oppdragsgiver vurderer omstilling og rekruttering som et usikkerhetsmoment, og dette har fått utslag på poengsettingen på kvalitet."*
- (40) Formuleringene i evalueringsrapporten tilsier at det var konsekvensene av omstillingen i klagers tilbud som medførte at innklagede ga klager trekk i poeng under tildelingskriteriet kvalitet, ikke behovet for rekruttering og omstilling i seg selv.
- (41) Det fremgår av referatet fra forhandlingsmøtet 11. januar 2013 punkt 3 a) at klager ble bedt om i et revidert tilbud å beskrive kort *"hvordan planlagt omstilling av fagtilbudet ved virksomheten vil gjennomføres"* og i punkt 2.1 d) ble klager bedt om å redegjøre kort for *"hvordan dere sikrer at kvaliteten på arbeidet som utføres av innleide ressurser er i tråd med institusjonens faglige krav og retningslinjer"*. Det fremkommer ikke av referatet at rekrutteringen isolert sett var et tema som ble drøftet i forhandlingsmøtet. Dette underbygger at det ikke var omstillingen eller rekrutteringen isolert sett som medførte at innklagede ga klager trekk i poeng under tildelingskriteriet kvalitet, men omstillingen og de konsekvenser dette ville ha for der faglige innholdet i tilbudet.
- (42) Klagenemnda kan ikke se at det var usaklig eller vilkårlig å vektlegge forhold som innklagede mente kunne påvirke det faglige innholdet ved evalueringen av tildelingskriteriet *"kvalitet"*. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.

Usaklig og vilkårlig vurdering under tildelingskriteriet kvalitet ettersom klager og Sigma Nord AS fikk like mange poeng

- (43) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å foreta en usaklig og vilkårlig poenggivning under tildelingskriteriet *"kvalitet"* i tildelingsevalueringen, ettersom tilbudene fra klager og fra Sigma Nord AS fikk like mange poeng under tildelingskriteriet kvalitet, til tross for at det fremkom av tildelingsmeddelelsen at innklagede vurderte den samlede bemanningsfaktoren til klager å være i midtre sjikt, mens Sigma Nord AS' bemanningsfaktor ble vurdert å være lav.
- (44) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 6.3 at under tildelingskriteriet kvalitet skulle behandlingstjenestens faglige innhold og bredde, det utførende personells fagspesifikke kvalifikasjoner, samt sammensetning og grad av tilstedeværelse per behovsområde inngå i evalueringen av de innkomne tilbudene. Bemanningsfaktoren var altså bare et av flere punkter som skulle inngå i vurderingen under tildelingskriteriet kvalitet.
- (45) Både klager og Sigma Nord AS fikk 7 poeng på tildelingskriteriet kvalitet under tjenesteområde 2. Innklagede har forklart at hovedgrunnen til at klager ble trukket 3 poeng under tildelingskriteriet kvalitet var usikkerhet knyttet til omstilling og rekruttering samt svekket tverrfaglighet som følge av noe utydelig sosialfaglig fokus. Innklagedes begrunnelse for at Sigma Nord også ble trukket 3 poeng på tildelingskriteriet kvalitet, var i det vesentlige relatert til en samlet sett lav bemanningsfaktor.

- (46) Siden vurderingen av tildelingskriteriet kvalitet omfatter flere forhold enn bemanningsfaktor, og innklagede har redegjort for hvorfor de to tilbudene totalt sett fikk like mange poeng under tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2, fremstår det ikke som usaklig eller vilkårlig at Sigma Nord AS fikk samme poengscore som klager, selv om klager hadde en noe bedre bemanningsfaktor enn Sigma Nord AS. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Usaklig og vilkårlig vurdering under tildelingskriteriet kvalitet ettersom Fossumkollektivet fikk flere poeng enn klager under tildelingskriteriet kvalitet

- (47) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å foreta en usaklig og vilkårlig poenggivning under tildelingskriteriet "kvalitet" i tildelingsevalueringen, ved at Fossumkollektivet fikk flere poeng under tildelingskriteriet kvalitet enn klager på tjenesteområde 2 og 3, selv om det fremkom av meddelelsesbrevet at klager har en lav drop out de siste tre årene, mens Fossumkollektivet sin drop out i 2011 lå på et moderat nivå.
- (48) Det fremkommer av evalueringsrapporten at innklagede har vurdert det slik at klagers drop out var lav, mens Fossumkollektivets drop out lå på et moderat nivå. Innklagede har for tjenesteområde 2 samlet sett kommet til at tilbudet fra Fossumkollektivet var det beste, og Fossumkollektivets tilbud fikk derfor 10 poeng, mens tilbudet til klager fikk 7 poeng. På tjenesteområde 3 fikk Fossumkollektivets tilbud 8 poeng på tildelingskriteriet kvalitet, mens klagers tilbud fikk 5 poeng. Som det fremkommer av vurderingen over var det en rekke forhold som inngikk i evalueringen av tildelingskriteriet kvalitet. Drop out var bare et av mange forhold som skulle vektlegges. Innklagede har i evalueringsrapporten og tildelingsbrevet redegjort for hvorfor tilbudet fra Fossumkollektivet samlet sett ble vurdert bedre enn tilbudet fra klager, til tross for at klager hadde en lavere drop out enn Fossumkollektivet. Klagenemnda kan ikke se at denne vurderingen er usaklig eller vilkårlig. Klager anførsel fører ikke frem.

Usaklig og vilkårlig å gi forskjellig trekk i poenggivningen på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og på tjenesteområde 3

- (49) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å gi tilbudene til klager forskjellig poengscore på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og på tjenesteområde 3.
- (50) Det fremkommer av evalueringsrapporten at innklagede har benyttet en metode hvor beste tilbud ble gitt 10 poeng, og hvor de øvrige tilbudene ble evaluert opp mot dette.
- (51) Av kravet til forutberegnelighet følger det at oppdragsgiver må benytte en evalueringsmodell som fanger opp relevante forskjeller mellom tilbudene, og som premierer disse i samsvar med tildelingskriterienes angitte vekt, jf. klagenemndas sak 2011/1 premiss (37) med videre henvisninger. Klagenemnda har i sin praksis lagt til grunn at det er i samsvar med regelverket å benytte en slik evalueringsmodell som innklagede her har gjort, hvor beste tilbud gis toppscore, og de øvrige tilbudene blir evaluert opp mot dette, jf. eksempelvis sak 2011/201 og sak 2011/55.
- (52) Det fremkommer av evalueringsrapporten at innklagede mottok fem tilbud på tjenesteområde 2, og syv tilbud på tjenesteområde 3. På tjenesteområde 3 ble Manifestsenteret vurdert å ha det beste tilbudet, og ble derfor gitt 10 poeng, klager fikk

5 poeng. På tjenesteområde 2 leverte ikke Manifestsenteret tilbud, og Fossumkollektivet ble her vurdert å ha det beste tilbudet, og ble derfor gitt 10 poeng under tildelingskriteriet kvalitet, klager fikk syv poeng. Da det var et ulikt antall tilbud som kom inn på tjenesteområde 2 og 3, og tilbyderer som ble vurdert å ha det beste tilbudet på tjenesteområde 3 ikke leverte tilbud på tjenesteområde 2 er det naturlig at det ble slik at den enkelte tilbyder fikk forskjellig poengscore på de to tjenesteområdene. Klagenemnda kan etter dette ikke se at det var usaklig eller vilkårlig å gi klager ulik poengscore på tildelingskriteriet kvalitet på tjenesteområde 2 og på tjenesteområde 3. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Usaklig og vilkårlig å trekke klager i poeng under tildelingskriteriet kvalitet med den begrunnelse at det sosialfaglige elementet ved behandlingen fremstod som utydelig, og at tverrfagligheten var redusert til fordel for det helsefaglige.

- (53) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å foreta en usaklig og vilkårlig poenggivning under tildelingskriteriet "kvalitet" i tildelingsevalueringen ved å trekke klager i poeng med den begrunnelse at det sosialfaglige elementet ved behandlingen fremstod som utydelig, og at tverrfagligheten var redusert til fordel for det helsefaglige. Klager viser til at klager hadde en høy bemanningsfaktor i sitt tilbud og at tverrfagligheten var ivaretatt på en god måte ved at det var tilbudt 3,5 årsverk sosionomer, 6 årsverk vernepleiere, 3,5 årsverk miljøterapeut og 16,4 årsverk sykepleiere.
- (54) Innklagede har forklart at antall ansatte med sosialfaglig kompetanse ikke var det avgjørende ved vurderingen av det sosialfaglige elementet i tilbudet, men derimot hvilket sosialfaglig innhold behandlingstilbudet hadde. Innklagede begrunner trekket i poeng under tildelingskriteriet kvalitet med at tilbudet til klager var lite konkret på hvilke sosialfaglige målsettinger og hvilken metodikk i behandlingstiltak klager hadde, utover relasjonsbygging. Innklagede viser videre til at grunnen til at Sigma Nord AS ikke ble gitt tilsvarende trekk, til tross for lavere bemanning, var at det sosialfaglige tilbudet på tjeneste 3 var gitt mer innhold. Klagenemnda kan ikke se at innklagedes vurdering av det sosialfaglige elementet var usaklig eller vilkårlig. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Mangelfulle forhandlinger

- (55) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gjennomføre reelle forhandlinger med klager om det påståtte utydelige sosialfaglige elementet. Innklagede tillar dette vesentlig betydning under tildelingskriteriet kvalitet, og hadde dermed plikt til å ta dette opp med klager under forhandlingene.
- (56) I en konkurranse med forhandling har oppdragsgiver plikt til å føre reelle forhandlinger med leverandørene. Av dette kan det ikke utledes noen plikt for oppdragsgiver til å påpeke alle sider av leverandørenes tilbud som kan forbedres, jf. klagenemndas sak 2008/123 og Veileder FAD side 182. Klagenemnda har likevel tidligere kommet til at det kan foreligge plikt til å påpeke et forhold dersom det vil bli tillagt vesentlig eller avgjørende betydning i den etterfølgende tildelingsevalueringen, jf. klagenemndas sak 2011/182 premiss (69) og sak 2008/123 premiss (46).

- (57) Innklagede hevder at klager fikk tilbakemelding på de elementer som kunne forbedres under tildelingskriteriet kvalitet, herunder forhold knyttet til det utydelige sosialfaglige elementet i klagers tilbud.
- (58) Det fremkommer av referatet fra forhandlingsmøtet at innklagede ba klager foreta enkelte avklaringer i et revidert tilbud om blant annet samlet faglig innhold og bredde og om det utførende personellet sine fagspesifikke kvalifikasjoner, sammensetning og grad av tilstedeværelse. Det fremgår ikke om innklagede tok opp forholdet knyttet til det utydelige sosialfaglige elementet i klagers tilbud. Det er først i innklagedes evalueringsdokumentasjon at det fremgår at dette var et forhold som innklagede tillagde vesentlig negativ vekt.
- (59) Idet partene i dette tilfellet er uenige om forholdet knyttet til det utydelige sosialfaglige elementet i klagers tilbud ble tatt opp med klager under forhandlingene, og kontakten mellom partene på dette punkt har skjedd muntlig, er klagenemnda med skriftlig saksbehandling uegnet til å behandle dette spørsmålet. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda med hjemmel i klagenemndforskriften § 9.

Mangelfull begrunnelse

- (60) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 11-14 nr. 1 ved å gi en mangelfull begrunnelse for valg av leverandør.
- (61) I tildelingsmeddelelsen hadde innklagede vedlagt en tabell som viste hvor mange poeng hver enkelt tilbyder fikk på tildelingskriteriene pris og kvalitet, og i tillegg var det opplyst om hvordan poenggivningen var gjennomført på tildelingskriteriet pris, samt at det i den vedlagte evalueringsrapporten var redegjort for hva som var de enkelte tilbuds styrker og svakheter på de forhold som innklagede hadde angitt at skulle bedømmes under tildelingskriteriet kvalitet. Innklagede hadde også pekt på de faktorer som var avgjørende for at et tilbud på tildelingskriteriet kvalitet ble vurdert bedre enn et annet. Spørsmålet er om dette er en tilstrekkelig begrunnelse ut fra reglene i forskriften § 11-14 (1).
- (62) Forskriftens bestemmelser om begrunnelse ble endret med virkning fra 1. juli 2012. Det skal etter den nye bestemmelsen i forskriften § 11-14 (1) kun gis én begrunnelse, i motsetning til etter de gamle reglene der det skulle gis én uoppfordret begrunnelse og én nærmere begrunnelse til leverandører som anmodet om dette. Det er den nye bestemmelsen som gjelder i foreliggende sak ettersom konkurransen ble kunngjort etter 1. juli 2012, og dette er den første saken hvor klagenemnda behandler denne bestemmelsen.
- (63) Det følger av forskriftens nye § 11-14 (1) at "*Oppdragsgiver skal i samsvar med § 13-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karenstid før inngåelse av kontrakt) annet ledd gi berørte leverandører en begrunnelse for tildeling av kontrakt eller rammeavtale. Oppdragsgiver skal i begrunnelsen opplyse navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen og gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier.*"
- (64) Kravet om begrunnelse er bygd på de grunnleggende kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet som gjelder generelt i hele anskaffelsesregelverket. Begrunnelsen skal

gi tilbyderne en reell mulighet til å etterprøve om tildelingen er i samsvar med regelverket, for på den måten å kunne vurdere hvorvidt oppdragsgivers beslutning skal angripes, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning. Det er imidlertid viktig å ikke trekke begrunnelsesplikten lenger enn formålet bak regelen tilsier. Det er ikke ønskelig ut fra lovens krav til effektiv ressursbruk, jf. § 1, at offentlige oppdragsgivere bruker uforholdsmessig mye tid på å utforme begrunnelse, jf. også Prop. 12 L (2011-2012) som sitert under i premiss 66. I den gamle forskriften § 11-14 (4) var ordlyden som følger:

"Dersom en leverandør anmoder om det, skal det senest innen 15 dager etter at anmodningen er mottatt gis en nærmere begrunnelse for hvorfor dens forespørsel om å delta er forkastet, eller leverandøren ikke skal tildeles kontrakt. Dersom kontrakt er tildelt, skal navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen opplyses sammen med det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler."

- (65) Ut fra dette kan det utledes at ordlyden i forskriftens nye § 11-14 (1) er ganske lik ordlyden i den gamle § 11-14 (4) som gjaldt nærmere begrunnelse. Dette bortsett fra at den nye bestemmelsen har fått tillegget i *"samsvar med angitte tildelingskriterier"* og at det nå skal gis en *"redegjørelse"* for det valgte tilbudets egenskaper og relative forskjeller til forskjell fra før hvor oppdragsgiver skulle *"opplyse"* om dette. At ordlyden er tilnærmet lik kan tilsi at den nye bestemmelsen må tolkes likt med begrunnelsesplikten i den tidligere § 11-14 (4).
- (66) Det fremgår imidlertid av NOU 2010: 2 s. 159 at flertallet fant at kravene til begrunnelse *"klart må nedtones i forhold til det som følger av dagens KOFA-praksis for en nærmere begrunnelse"*. Som støtte for dette viser NOU'en til avgjørelsen i sak T-4/01 (Renco). Denne saken gjaldt begrunnelsesplikten etter det tidligere bygge- og anleggsdirektivet, direktiv 93/37/EØF, som hadde samme ordlyd som anskaffelsesdirektivet art. 41 nr. 1. Bestemmelsen i artikkel 41 nr. 1, stiller imidlertid kun krav om at oppdragsgiver skal underrette tilbyderne om hvilke beslutninger som er truffet, og oppstiller ingen begrunnelsesplikt knyttet til oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Dette i motsetning til artikkel 41 nr. 2, som er den bestemmelsen som oppstiller begrunnelsesplikt for tildelingsbeslutningen. Her heter det at: *"På anmodning af den berørte part meddeler den ordregivende myndighet hurtigst muligt alle tilbudsgivere, der har afgivet et antagelig tilbud, om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele og meddeler dem navnet på den tilbudsgiver, hvis bud er antaget, eller parterne i rammeaftalen"*. Det må således være denne bestemmelsen som må anses relevant ved tolkningen av innholdet i den nye forskriften § 11-14 (1). Klagenemnda har derfor vanskelig for å se at avgjørelsen i Renco saken kan anses relevant i denne sammenheng.
- (67) Uttalelsene i NOU 2010: 2 synes heller ikke å være fulgt opp av departementet i forarbeidene til endringene i forskriften. Det fremkommer i Prop. 12 L (2011-2012) punkt 8.2.5 at:

"Departementet er imidlertid opptatt av at den ene begrunnelsen som gis, skal være god og dekkende. Kravet til begrunnelse fyller en svært viktig rolle i anskaffelsesretten, og skal målet om effektiv håndhevelse nås, er det nødvendig at leverandørene får en tilstrekkelig begrunnelse. Begrunnelsen må således sette leverandørene i stand til, på et objektivt grunnlag, å vurdere om den konkrete anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket, og følgelig om det er grunnlag for å klage. Dette

må innebære at oppdragsgiver gir en beskrivelse av det vinnende tilbudets egenskaper i relasjon til hvert enkelt tildelingskriterium. En generell begrunnelse som for eksempel at "etter en samlet vurdering ut i fra tildelingskriteriene var det vinnende tilbudet best" vil aldri være tilstrekkelig. Samtidig er det også viktig at kravet til begrunnelse ikke blir uforholdsmessig tyngende for oppdragsgiver."

- (68) Departementet fremhever også i proposisjonen at noe av bakgrunnen for endringen til kun én begrunnelse er at dette er med på å sikre lik systematikk i norsk rett som det som følger av håndhevelsesdirektivet, direktiv 2007/66.
- (69) Det følger av bestemmelsen om karenperiode i håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr.2 at oppdragsgivers meddelelse om tildeling av kontrakt skal inneholde en begrunnelse. Denne begrunnelsen skal oppfylle kravene til den nærmere begrunnelsen etter anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2. Oppdragsgiver skal altså etter håndhevelsesdirektivets regler automatisk gi en begrunnelse der det redegjøres for det vinnende tilbuds egenskaper og relative fordeler. Dette innebærer at kravene til begrunnelse som skal gis automatisk er skjerpet ved håndhevelsesdirektivet. Begrunnelsesplikten som er foreslått i det nye anskaffelsesdirektivet, som ennå ikke er i kraft, tilsvarer den som gjelder i dag. Dette innebærer at EU-retten ser ut til å forbli uendret på dette punkt også etter at dette direktivet er trådt i kraft.
- (70) I rettspraksis fra EU har det de siste årene kommet flere saker som kan belyse hvilke krav som stilles til oppdragsgivers begrunnelse for tildelingsbeslutningen. Som eksempel kan det vises til avgjørelsene i sakene T-247/09 og T-447/10, som gjelder begrunnelsesplikten etter Finansforordningen artikkel 100 (2). Bestemmelsen har en ordlyd som er lik den norske hva gjelder kravet til å angi det valgte tilbuds egenskaper og relative fordeler.
- (71) I disse sakene fremhever Retten at vurderingen av om kravet til begrunnelse er oppfylt, må foretas etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet, hvor kravene til begrunnelsen vil avhenge av forholdene i den enkelte sak. I sak T-247/09 uttalte retten følgende om dette:

"34 It should also be borne in mind that the requirements to be satisfied by the statement of reasons depend on the circumstances of each case, in particular the content of the measure in question, the nature of the reasons given and the interest which the addressees of the measure, or other parties to whom it is of direct and individual concern, may have in obtaining explanations".

- (72) I tillegg uttales det også at dess mer skjønnsmessig et tildelingskriterium er utformet, jo strengere krav stilles det til begrunnelsen.
- (73) I avgjørelsen i sak T-447/10 fremgår det følgende om hvilke opplysninger oppdragsgiver hadde gitt i sin første uoppfordrede begrunnelse:

"In the present case, the Court of Justice informed the applicant by its letter of 12 July 2010 that it had rejected the applicant's tenders. In its letter, first, the Court of Justice merely indicated that the applicant's tenders had not been the best ones. Next, it informed the applicant of the possibility of requesting additional information on the grounds for the rejection of its tenders, in particular the characteristics and relative advantages of the successful tenders and the name of the tenderers to whom the

contracts had been awarded. Finally, it stated that certain details of the abovementioned tenders would not be disclosed if disclosure would hinder application of the law, would be contrary to the public interest or would harm the legitimate business interests of public or private undertakings, or could distort fair competition between those undertakings."

- (74) Den nærmere begrunnelsen som ble gitt etter anmodning, jf. artikkel 41 nr. 2, inneholdt en tabell som viste de gitte poengene samt at det ble opplyst at klagers tilbud var gitt lavere poengscore enn valgte leverandør fordi klagers tilbud på basis av tildelingskriteriene ble ansett som svakere. Oppdragsgiver uttalte også at de viktigste årsakene til at klagers tilbud ble ansett å være dårligere enn valgte leverandørs tilbud var "*the lack of concrete elements for applying the proposed means*", "*little indication of the functional competency management in the profession of the Court*", "*the relative weakness of the procedure which ensures the transfer from development to maintenance, as regard of the criterion of the guarantees regarding acquisition of skills*" and "*the small number of elements guaranteeing the stability of the team*". Videre opplyste oppdragsgiver at grunnen til at valgte leverandørs tilbud ble vurdert til å være bedre enn klagers tilbud var blant annet at: "*an efficient schedule management*" and "*the quality of the provision of the requested services*", samt "*the concrete presentation of the procedures and methods*" and "*the details guaranteeing that the tenderer will provide the requested services in an optimal way*".
- (75) Retten kom til at dette ikke var tilstrekkelig til å oppfylle kravene til begrunnelse i finansforordningen artikkel 100 (2). Som begrunnelse for dette viste Retten blant annet til at det ikke var tilstrekkelig å opplyse om hvor mange poeng tilbyderne ble gitt på de ulike tildelingskriteriene og underkriteriene. Videre uttalte Retten at: "*the award criteria laid down in point 5.4.1.1 of the tendering specifications did not enable the applicant to understand the justification for the scores awarded. It is true that the requirements to be satisfied by the statement of reasons depend on the circumstances of each case and that it should therefore be examined whether the applicant was able to understand the justification for those scores by taking account of the information contained in the tendering specifications. However, those criteria left the Court of Justice a not inconsiderable discretion.*" Etter dette uttalte Retten at: "*It is only in the light of those matters that an applicant is genuinely in a position to understand the reasons why those scores were awarded. Only such a statement of reasons therefore enables him to assert his rights and the General Court to exercise its power of review.[...] In the light of the not inconsiderable discretion that the award criteria laid down in point 5.4.1.1 of the tendering specifications left the Court of Justice, the scores set out in the two tables could not in themselves constitute an adequate statement of reasons.*"
- (76) Endelig uttalte Retten at oppdragsgiver ikke har plikt til å gjøre evalueringsrapporten tilgjengelig for klager, eller å foreta en detaljert komparativ analyse av tilbudet til valgte leverandør og de øvrige tilbydernes tilbud, men at "*the contracting authority's comments must be sufficiently precise to enable the applicant to ascertain the matters of fact and law on the basis of which the contracting authority rejected his offers and accepted those of other tenderers.*"
- (77) På bakgrunn av ovennevnte mener klagenemnda at begrunnelsen må inneholde en konkret vurdering som gjør leverandørene i stand til, på objektivt grunnlag, å forstå hvilke forhold det er som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs

tilbud som best ut fra de fastsatte tildelingskriteriene. Begrunnelsen skal også være så presis og utfyllende at leverandørene kan bedømme om anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket og om det er grunnlag for å imøtegå tildelingsbeslutningen, for eksempel ved midlertidig forføyning, klage eller stevning.

- (78) I tildelingsmeddelelsen hadde innklagede vedlagt en tabell som viste hvor mange poeng hver enkelt tilbyder fikk på tildelingskriteriene pris og kvalitet, og i tillegg var det opplyst om hvordan poenggivningen var gjennomført på tildelingskriteriet pris, samt at det i den vedlagte evalueringsrapporten var redegjort for hva som var det enkelte tilbuds styrker og svakheter på de forhold som innklagede hadde angitt at skulle bedømmes under tildelingskriteriet kvalitet. Innklagede hadde også pekt på de faktorer som var avgjørende for at et tilbud på tildelingskriteriet kvalitet ble vurdert bedre enn et annet. Dette må anses å tilfredsstille kravet til begrunnelse i den nye forskriften § 11-14 (1) og klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

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

Bergen, 22. april 2013
For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum