



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4. Habilitet. Tildelingsevaluering.

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør for prosjektering, bygging og prøvedrift av skole og flerbrukshall i Bjørnevatn. Klagers anførsel om at innklagedes innleide konsulent var inhabil førte frem. På denne bakgrunn ble ikke klagers øvrige anførsler behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 11. juni 2019 i sak 2018/76

Klager: Harald Nilsen Entreprenørforretning AS

Innklaget: Sør-Varanger kommune

Klagenemndas

medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Tone Kleven og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Sør-Varanger kommune (heretter innklagede) kunngjorde 17. februar 2017 en begrenset anbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprenør for prosjektering, bygging og prøvedrift av skole og flerbrukshall i Bjørnevatn.
- (2) Frist for å levere forespørsel om prekvalifisering var satt til 17. mars 2017.
- (3) Invitasjon til å levere tilbud ble sendt til fem kvalifiserte leverandører, herunder Harald Nilsen Entreprenørforretning AS (heretter klager) og Byggmesteran AS (heretter også valgte leverandør).
- (4) Frist for å levere tilbud for kvalifiserte tilbydere ble i konkurransegrunnlaget satt til 28. august 2017, men ble senere endret til 25. august 2017.
- (5) Konkurransen ble i konkurransegrunnlaget beskrevet som en pris- og designkonkurranse med samspill. Dette var i konkurransegrunnlaget punkt 1.2 presisert slik:
«[...] For å legge til rette for et optimalt prosjekt innenfor den gjeldende investeringsrammen skal forprosjektet utarbeides i en samspillfase i samarbeid mellom byggherre, brukere og leverandører. I denne fasen skal også prosjektet kvalitetssikres mot de krav som er stilt i konkurransegrunnlaget».
- (6) Samspillsfasen ble i konkurransegrunnlaget punkt 6.1 angitt å vare «fra 25. september 2017 og frem til et omforent forprosjekt per 15. januar 2018». Forprosjektet skulle blant annet bestå av «Bærekonstruksjon».

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

(7) I kravspesifikasjonen punkt 6.2 var det fastslått at «*Det skal benyttes et tilpasningsdyktig bæresystem. Plassering av søyler, bjelker og bærende vegger skal være i tråd med kravene om tilpasningsdyktighet*».

(8) I punkt 4.2 i kravspesifikasjonen ble det gitt følgende beskrivelse av bygningsmessig tilpasningsdyktighet:

«Bygningsmessig tilpasningsdyktighet er de egenskaper en bygning har til å imøtekomme endringsbehov. Grad av tilpasningsdyktighet tilsier i hvilken grad endringer faktisk lar seg gjennomføre, og at disse kan gjennomføres på en god og kostnadseffektiv måte. Kravene til tilpasningsdyktighet er i liten grad kvantifisert, og skal besvares gjennom utredninger og kvalitative vurderinger.

Tilpasningsdyktighet defineres normalt som å bestå av generalitet, elastisitet og fleksibilitet:

- *Generalitet: bygningens evne til å benyttes til flere funksjoner (bruksområder, virksomheter)*

- *Fleksibilitet: bygningens evne til å endre planløsning, slik at endringsbehov kan imøtekommes*

- *Elastisitet: bygningens evne til utvidelse (vertikalt og/eller horisontalt), eventuelt seksjonering».*

(9) I henhold til konkurransegrunnlaget punkt 5.1 skulle tildeling skje på grunnlag av tildelingskriteriene «*Løsningsforslag*» (45 prosent), «*Pris*» (40 prosent), «*Gruppeintervju*» (10 prosent) og «*Samspillkompetanse*» (5 prosent).

(10) Om evalueringen av «*Løsningsforslag*» fremgikk følgende av punkt 5.2: «*Bedømmelseskomiteen vil ut fra en samlet helhetsvurdering av kvalitet, planløsning, funksjonalitet inne og ute og estetikk begrunne rangering av prosjektforslagene. Prosjektforslagene vil få karakter innenfor en skala på 1-100, hvor 100 gis til beste forslag*».

(11) Bedømmelseskomiteen skulle utelukkende evaluere løsningsforslagene. Komiteen bestod av ni medlemmer, blant dem en kommunalt ansatt i rollen som prosjektansvarlig og en innleid konsulent i rollen som prosjektleder.

(12) Innenfor tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra alle de fem inviterte tilbyderne, inkludert klager og Byggmesteran AS.

(13) Av anbudsprotokollen datert 25. august 2017 fremgår det at prosjektleder og prosjektansvarlig fra bedømmelseskomiteen var til stede ved anbudsåpningen.

(14) Ved brev datert 4. september 2017 ble tilbyderne orientert om følgende:

«For å ivareta prinsipper om likebehandling, forutsigbarhet og transparens må alle fem tilbudene oppfylle samme krav til dokumentasjon.

Med henvisning til konkurransegrunnlagets Bok 1, pkt 4 Bygningens tilpasningsdyktighet - og pkt 6.2 Bæresystem - bes tilbyderne redegjøre for følgende som er lagt til grunn for tilbudet:

Tilpasningsdyktig bæresystem dokumentert med plassering av søyler, bjelker og bærende vegger / ytterveggselementer - som illustreres med tydelige røde streker på allerede leverte tegninger i målestokk 1 :200; planer, snitt og fasader.

Dimensjoner på konstruktive elementer horisontalt og vertikalt - søyler, bjelker og bærende vegger/ ytterveggselementer - skal framkomme med tydelige røde streker på allerede leverte tegninger i målestokk 1:200.

Etterspurt dokumentasjon bes levert på epost innen onsdag 20. september 2017 [...]».

- (15) Byggmesteran AS svarte på brevet 20. september 2017. Under «Innledning» ble det tilbudte bæresystemet beskrevet:

«Bæresystemet i Byggmesteran AS sitt konsept som er tilbudt [...] er basert på prefabrikkerte betongdekker, søyler, bjelker og ytterveggelementer. Valget av dette bæresystemet er på bakgrunn av tilpasningsdyktighet og egnethet med tanke på miljøpåvirkning og holdbarhet for skolebygg [...]».

- (16) I brevet fremgikk det videre kommentarer til ulike dimensjonerings, herunder bjelker, søyler og fasadeelementer. Beskrivelse av bjelkenes dimensjon var slik: «*Hatteprofiler som gir god mulighet til kryssing av tekniske føringer mellom bjelke og himling [...]*». I kommentar til søylene stod det følgende: «*Firkantsøyler kan også gjøres til runde søyler*». Om fasadeelementene stod det at «*Bæring av dekker langs yttervegg ligger opplagret på veggen. Ingen synlige søyler langs yttervegg, bæringen ligger inne i betong veggen som ikke legger noen hindringer ved omgjøring av klasserom, inndeling benker og utstyr ved yttervegger*».

- (17) Videre stod det: «*I bruksfasen vil et bygg oppført med bæresystem av prefabrikkerte betongelementer være fleksibelt og følgende forhold kan trekkes fram forvaltning, drift, vedlikehold og evt framtidig utvikling av skolebygget. Ved en evt ombygging av skolen på grunn av endret framtidig behov kan ikke bærende vegger i gavler flyttes og gjenbrukes. Yttervegg kan også brukes som innervegg og trenger derfor ikke å gjøres noe med. Eksisterende vinduer kan sages ut til en dørutsparring ved evt. ombygging/utbygging. Ønsker man å utvide i høyden er det lav kostnad for å dimensjonere opp bygget med en eller flere etasjer til*».

- (18) I bedømmelseskomiteens evalueringsrapport sammenfattes følgende om bedømmelsen av «*Løsningsforslag*», i tråd med tidligere utsendt supplerende informasjon til konkurransegrunnlaget:

«Samlet helhetsvurdering av følgende forhold i uprioritert rekkefølge:

- Arkitektonisk hovedgrep med estetisk kvalitet og identitet

- Tomtedisponering og atkomstløsninger inkludert daglig drift

- Kompakt løsning som ivaretar lesbar funksjonsinndeling og god sammenheng ute og inne

- God orientering og lettfattelig bevegelsesmønster
- Planløsning og funksjonalitet ute og inne som samlet konkretiserer uttrykt overordnet forventning – og som svarer på romprogram og øvrige konkurransegrunnlag
- Bygningens tilpasningsdyktighet
- Materialbruk som reflekterer utvendig og innvendig bruk.

OVERORDNET FORVENTING:

- Skolen skal være åpen og inkluderende
- Skolen skal være attraktiv for barn og unge - 0-18 år - i området 9910, også på ettermiddag / kveld og i helger
- Skolen skal være i aktiv bruk, og tilgjengelig for leie for ulike arrangementer som dåp, konfirmasjon, bursdager, overnattinger idrett og muligheter for ungdomsaktiviteter».

- (19) I bedømmelseskomiteens rapport fremgikk det at det var dissens vedrørende vurderingen av tilbudet fra Byggmesteran AS:

«To eksternt oppnevnte rådgivere – arkitektene i Bedømmelseskomitéen - fremmet dissens på grunn av poenggiving og rangering av de øvrige tre forslagene. Dissensen er begrunnet med at avlevert materiale inkludert etterspurt dokumentasjon for kvalitetssikring av tilpasningsdyktig bæresystem synliggjør at étt forslag – E [Byggmesteran AS] – er mangelfullt og oppfyller ikke kravene som skal danne grunnlag for bedømmelse og bør få laveste poengsum og bli rangert som nr fem. Alternativt - med henvisning til anskaffelsesreglementets prinsipper om likebehandling, forutsigbarhet og transparens – er arkitektene i Bedømmelseskomitéen av den oppfatning at avvisning av forslag E burde vært vurdert som følge av mangelfull dokumentasjon av tilpasningsdyktig bæresystem».

- (20) I evalueringsrapporten fremgikk det videre følgende om Byggmesteran AS sitt løsningsforslag:

«[...] Funksjonsinndeling er vanskelig å lese på grunn av fasadekonstruksjon med ensartede betongelementer, og hovedgrepet ivaretar ikke forventingen om en åpen og inkluderende skole» og at «Bygningen er prosjertert med bruk av prefabrikerte betongelementer. Det gjelder både konstruktivt bæresystem og fasadeelementer. Dette begrenser etterspurt tilpasningsdyktighet og fleksibilitet med hensyn til arealer og funksjoner lokalisert langs fasadene».

- (21) Bedømmelsen av løsningsforslaget til Byggmesteran AS ble sammenfattet slik:

«Utearealene er gjennomtenkt analysert og viser mange gode løsninger.

Forslaget er noe mangelfullt presentert. Det gjelder særlig plansjer i A1-format, som mangler vesentlig informasjon, og fargekoding av romfunksjoner, som til dels er misvisende.

Tegninger – planer og snitt - redegjør ikke for sannsynlige søyleposisjoner eller dimensjoner på konstruktive deler som søyler og dekker. Det er ikke samsvar mellom planer og fasader.

Dette svekker muligheten for å vurdere om viste planløsninger kan oppfylle romprogram og øvrige krav.

Inntrykket forsterkes av etterspurt dokumentasjon som skulle illustrere tilpasningsdyktig bæresystem. Bærende vegger / ytterveggselementer er ikke illustrert som etterspurt på allerede leverte tegninger.

Etterspurt valgfri illustrasjon som skal identifisere prosjektforslaget er et interiørperspektiv uten konstruktive elementer som søyler og bjelker.

Løsningen viser kompakte bygningsvolumer med ensartede betongfasader, og skolen framstår som identitetsløs og kjedelig.

Prosjektforslaget imøtekommer ikke forventningene om én samlet, åpen og inkluderende skole som er attraktiv for alle skoletrinn.

Skolen fremstår som institusjonspreget og innbyr i begrenset omfang til glede, lek og kreativitet.

Prosjektet må i stor grad bearbeides for å oppfylle overordnede forventninger og tildelingskriterier».

- (22) Ved brev datert 10. oktober 2017, ble det meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Byggmesteran AS. Av evalueringsmatrisen fremgikk det at valgte leverandør totalt fikk 88,3 poeng, mens klager fikk nest flest med 85,8 poeng.
- (23) Byggmesteran hadde levert den laveste prisen, og fikk dermed full score (100 poeng) på priskriteriet. Til sammenligning hadde klager den nest høyeste prisen, som ga en score på 68,3 poeng. Under tildelingskriteriet «Løsningsforslag» ble klagers tilbud vurdert som det beste. Klagers tilbud fikk dermed full score (100 poeng) på dette kriteriet. Byggmesteran AS' tilbud ble vurdert som nummer tre på dette kriteriet, som ga en score på 75 poeng. Under tildelingskriteriet «Gruppeintervju» fikk klager også full score (100 poeng), mens Byggmesteran AS fikk en score på 95 poeng. Under tildelingskriteriet «Samspillkompetanse» fikk Byggmesteran AS full score (100 poeng), mens klager fikk her 70 poeng.
- (24) Etter det opplyste ble kontrakt med valgte leverandør inngått 30. oktober 2017.
- (25) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. februar 2018.
- (26) I en e-post fra A (innklagedes innleide konsulent) til innklagede datert 24. januar 2019, ble relasjonen til B (daværende daglig leder og hovedaksjonær hos valgte leverandør) beskrevet på forespørsel fra innklagede. Det fremgår der at B var As forlover i 1981, og at de har hatt «sporadisk kontakt, 4-5 ganger totalt» i perioden fra 1982-2011. I perioden fra 2011 til B gikk av som daglig leder i Byggmesteran våren 2017 «var det mye kontakt av profesjonell karakter».

- (27) I en artikkel i Dagens Næringsliv, inntatt i papirutgaven 2. februar 2019, fremgikk det videre at A og B ble kjent da de ble kolleger i 1979. De jobbet sammen frem til 1981, frem til tidspunktet A flyttet fra Verdal til Trondheim. Videre fremgikk det av artikkel at A skal ha vært involvert i konfirmasjonen til Bs datter. Det fremgikk også at A oppfordret B i 2011 til å delta i en konkurranse som han hadde ansvaret for, som var lagt opp slik som denne. Siden da har Byggmesteran vunnet ni av tolv konkurranser som A hadde ledet.
- (28) Som en reaksjon på avisartikkel, mottok klagenemnda et nytt prosesskriv fra klager 6. februar 2019, hvor innklagede fremsatte inhabilitetsinnsigelse mot A.
- (29) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. juni 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (30) Innklagedes innleide prosjektleder, A, var inhabil. Han har en langvarig relasjon til (daværende) daglige leder og hovedaksjonær hos valgte leverandør, B. A og B har tidligere arbeidet sammen i samme bedrift. De har også et personlig forhold. B var forloveren til A da han giftet seg for første gang i 1981. Vennskapet deres strekker seg langt tilbake i tid. Det at A visste om de tilbudte prisene gjorde at han kunne påvirke evalueringen av de andre kriteriene slik at valgte leverandør vant konkurransen. Samme påvirkning formodes også å ha skjedd i relasjon til spørsmålet om valgte leverandør skulle avvises.
- (31) Valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist i henhold til forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Det vises til at tilbudet ikke oppfyller kravspesifikasjonens krav om «*Bygningsmessig tilpasningsdyktighet*». I tillegg mangler deres tilbud vesentlig informasjon, noe som også har blitt påpekt av bedømmelseskomiteen. Dette gjør det vanskelig å sammenligne tilbudet med de øvrige, noe som må anses som et vesentlig avvik. Det bestrides at det hører til det innkjøpsfaglige skjønnet å fastlegge innholdet i de tekniske kravene som er satt i kravspesifikasjonen. Uansett var ikke kravet dokumentert oppfylt på anbudsstadiet, noe det ifølge konkurransegrunnlaget måtte være.
- (32) Tildelingsevalueringen har ikke skjedd i samsvar med de angitte tildelingskriteriene, og strider dermed med lovens grunnleggende prinsipper. Poenguttellingen er heller ikke i tråd med de faktiske forhold. Det vises til poenggivningen for tildelingskriteriet «*Løsningsforslag*», hvor valgte leverandør har fått 75 poeng. Under dette kriteriet skulle valgte leverandør maksimalt ha fått 65 poeng, noe som underbygges av de negative forhold som trekkes fram av komiteen. Poengsummen har heller ikke støtte i de kriterier som evalueringen skulle baseres på. Det er ikke sammenheng mellom bedømmelseskomiteens rapport og de poeng som er gitt.
- (33) Prosessen har ikke blitt gjennomført i samsvar med de krav som kan utledes av de grunnleggende prinsippene i loven og ulovfestede anskaffelsesrettslige prinsipper om god forvaltningsskikk og forsvarlig saksbehandling. Det at to i bedømmelseskomiteen visste om de tilbudte prisene på forhånd, underbygger dette. Dermed hadde de nevnte medlemmene mulighet til å utøve et press og styre evalueringen under bedømmelsen av «*Løsningsforslag*», med den konsekvens at preferert anbyder kunne vinne konkurransen.

- (34) Klager var innstilt som nummer to, og skulle ha vunnet konkurransen. Det foreligger dermed grunnlag for positiv kontraktsinteresse. Subsidiært foreligger det grunnlag for negativ kontraktsinteresse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (35) A var ikke inhabil. Han har et utelukkende profesjonelt forhold til valgte leverandør, herunder til B, som var daværende daglig leder og hovedaksjonær i selskapet. A har giftet seg ytterligere to ganger i ettertid, og ved disse tilfellene var ikke B til stede. A og B har ikke hatt noen form for reell personlig kontakt siden begynnelsen på 80-tallet, og den personlige kontakten opphørte da A flyttet til Trondheim. A har anslått at de siden den gang har møttes 4-5 ganger i mer tilfeldige møter i sosiale lag.
- (36) Valgte leverandør skulle ikke ha vært avvist i henhold til forskriften § 24-8 (1) bokstav b. Det bestrides at tilbudet ikke oppfyller kravspesifikasjonens krav om «*Bygningsmessig tilpasningsdyktighet*». Kravet innebærer at bygget skal ha et bæresystem som gir en viss fleksibilitet med hensyn til endringer, noe som vil si at tilbudt løsning ivaretar generalitet, fleksibilitet og elastisitet. Det kan ikke utledes kvantifiserte krav av dette, og vurderingen er følgelig underlagt det innkjøpsfaglige skjønnnet.
- (37) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud mangler vesentlig informasjon som medfører en avvisningsplikt.
- (38) Det bestrides at man har gått utenfor det innkjøpsfaglige skjønnnet ved evaluering av tildelingskriteriet «*Løsningsforslag*». Poenggivningen reflekterer relevante forskjeller i tilbudene.
- (39) Det er korrekt at to av bedømmelseskomiteens medlemmer hadde sett de tilbudte prisene før bedømmelsen av tilbudene. Det bestrides imidlertid at disse har opptrådt utilbørlig. Prosessen har ikke skjedd i strid med de grunnleggende prinsippene. At to av medlemmene i bedømmelseskomiteen kjente til anbudsprisene er helt normalt.

Klagenemndas vurdering:

- (40) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av totalentreprenør for prosjektering, bygging og prøvedrift av ny skole og flerbrukshall i Bjørnevatn, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke angitt i anskaffelsesdokumentene, men de innkomne tilbudene er på mellom 195 og 249 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Habilitet

- (41) Klager har anført at den innleide prosjektlederen som var leder for bedømmelseskomiteen, A, var inhabil. Dette har klager begrunnet med As personlige forhold til valgte leverandørs daværende daglige leder og hovedaksjonær, B, slik dette er omtalt i det ovenfor omtalte oppslaget i Dagens Næringsliv. B var forloveren til A da han giftet seg for første gang i 1981. Videre var de to kolleger i perioden 1979-1981. Siden har de to hatt mer sporadisk kontakt av personlig karakter, men klager fremhevet at A deltok i konfirmasjonen til datteren til B.

- (42) Siden 2011 har A og B hatt betydelig kontakt av profesjonell art, og det er opplyst at A flere ganger har dratt innom kontoret til B når han har vært i området. Initiativet til den profesjonelle kontakten skal ha kommet fra A, da han tok kontakt med valgte leverandør og oppfordret dem til å delta i en konkurranse som han var prosjektleder for. A skal også i noen tilfeller ha gitt valgte leverandør tips om hvordan de kan hevde seg i slike konkurranser som den angjeldende, såkalte pris- og designkonkurranser med samspill.
- (43) Forloverrelasjonen mellom A og B skal ikke ha vært kjent for hverken ordføreren eller rådmannen til innklagede, og heller ikke klager eller noen av de andre leverandørene som deltok i konkurransen.
- (44) Selv om opplysningene om relasjonen mellom A og B stammer fra den nevnte avisartikkelen, er de fremhevet av klager på et vis som gav innklagede klar oppfordring til å imøtegå dem dersom man mente de var uriktige eller ufullstendige. Ettersom innklagede ikke gjorde dette i sitt tilsvarende om habilitetsspørsmålet, finner klagenemnda å kunne legge de omtalte opplysningene til grunn for habilitetsvurderingen.
- (45) Ved gjennomføringen av anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesforskriften, gjelder forvaltningslovens regler om habilitet i §§ 6 til 10, jf. forskriften § 7-5 (1).
- (46) Det er på det rene at A har utført tjeneste for innklagede i den aktuelle anskaffelsen, jf. forvaltningsloven § 10. Tjenesten bestod blant annet av at han ledet bedømmelseskomiteen som vurderte tilbydernes løsningsforslag. Det er dermed også på det rene at han har tilrettelagt for valget av leverandør, jf. fvl. § 6 første ledd.
- (47) Det er ikke anført, og heller ikke holdepunkter for, at konsulentens tilknytning til den daglige lederen omfattes av de situasjoner som er oppregnet i § 6 første ledd. Spørsmålet er derfor om det foreligger «*særegne forhold*» som er «*egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*», jf. § 6 andre ledd.
- (48) I relasjon til det likelydende vurderingstema etter domstoloven § 108 har Høyesterett uttalt at det avgjørende er hvorvidt «*de særlige forholdene i saken etter en objektiv målestokk gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet*», jf. HR-2016-2311-P avsnitt 15, med videre henvisninger. Klagenemnda finner denne presiseringen av vurderingstemaet treffende også for habilitetsvurderinger etter forvaltningsloven § 6 andre ledd, uten at det dermed er sagt at terskelen for inhabilitet nødvendigvis er den samme.
- (49) For habilitetsvurderinger etter forvaltningsloven § 6 andre ledd følger det av Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten) at det skal mindre til for å konkludere med inhabilitet i en konkurransesituasjon, enn i en situasjon hvor det ikke er andre parter (side 1410). Dette fordi prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og konkurranse står i en særlig viktig posisjon, jf. nå anskaffelsesloven § 4. Av anskaffelsesloven følger det videre av formålsbestemmelsen i § 1 at loven skal bidra til at det offentlige opptrer med integritet, nettopp for å sikre allmennhetens tillit. Etter klagenemndas oppfatning tilsier dette en strengere habilitetsvurdering i tilfeller hvor en konkurranse er lagt opp slik at oppdragsgiver, slik som i vår sak, råder over et vidt skjønn. Dette gjelder enn mer dersom evalueringen av tilbudene i et slikt tilfelle er lagt opp slik at medlemmene av bedømmelseskomiteen kjenner til de tilbudte prisene før de vurderer tilbudene opp mot de skjønnsmessige tildelingskriteriene, slik som i den foreliggende sak.

- (50) Av fvl. § 6 andre ledd fremgår det at man i vurderingen av om det aktuelle forholdet er egnet til å svekke tilliten til en upartisk avgjørelse blant annet skal legge vekt på om avgjørelsen kan innebære «*særlig fordel, tap eller ulempe*» for den aktuelle personen, eller noen som han har «*nær personlig tilknytning til*».
- (51) Justisdepartementets lovavdeling har tidligere lagt til grunn at tildeling av kontrakt til et selskap vil kunne medføre en særlig fordel for ansatte, i form av økt rennommé, lønnsøkning og lignende, se klagenemndas avgjørelse i sak 2017/155, med videre henvisning til Lovavdelingens uttalelser i sakene JDLOV-2001-9733 og JDLOV-2010-5761. I vår sak er det dessuten ikke bare snakk om valgte leverandørs daværende daglige leder, men også selskapets daværende hovedaksjonær. Det er derfor ikke tvilsomt at avgjørelsen om tildelingen av kontrakten innebar en «*særlig fordel*» for B.
- (52) Klagenemnda legger til grunn at A og B ble kjent i 1979, og da som arbeidskolleger. I 1981 var B As forlover. En forlover er normalt en person med en helt særlig nær tilknytning til den vedkommende er forlover for, noe som preger omverdenenes forståelse av forholdet mellom to personer med en slik relasjon.
- (53) Etter det opplyste har A og B hatt lite kontakt av personlig karakter siden 1981. Ifølge A møttes de bare fire-fem ganger i perioden mellom 1982 til 2011, og da i form av «*mer tilfeldige møter i sosiale lag*». Det er nok likevel i denne perioden at A var involvert i konfirmasjon til Bs datter.
- (54) Bakgrunnen for at innklagede ser det slik at As relasjon til B ikke kan føre til inhabilitet, er at det er lenge siden det kan sies å ha vært en nær personlig tilknytning mellom dem, og at det ikke er noe særegent ved den profesjonelle kontakten som senere har oppstått.
- (55) Etter klagenemndas syn kan man imidlertid ikke bedømme den profesjonelle kontakten som har oppstått mellom A og B uten å ta hensyn til nære personlige forholdet som tidligere eksisterte mellom dem. Personer med en så nær personlig tilknytning som den som forutsetningsvis eksisterte da B var As forlover, må finne seg i at eventuell etterfølgende profesjonell kontakt underkastes en langt strengere vurdering enn vurderingen av profesjonelle relasjoner mellom to personer uten noen tilsvarende forhistorie.
- (56) Etter det opplyste har A siden 2011 hatt «*mye*» profesjonell kontakt med sin tidligere forlover. Det er opplyst at det var A selv som kontaktet sin forlover i 2011, og som oppfordret dem til delta i en konkurranse som han avholdt på vegne av en offentlig oppdragsgiver. Klagenemnda legger videre til grunn at A i ettertid, ved flere anledninger, også har vært innom kontoret til B når han har vært i området. Han har også gitt tips om hvordan valgte leverandør kan hevde seg i konkurranser som i den foreliggende sak, såkalte pris- og designkonkurranser med samspill. Dette er en konkurranseform hvor det bare er gitt en overordnet beskrivelse av prosjektet i konkurransefasen, da prosjektet skal utvikles i samspill mellom partene. Det brukes gjerne, som i foreliggende konkurranse, utpreget skjønsmessige kriterier, som samspillsforståelse, gruppeintervju og leverandørens løsningsforslag. Der er for øvrig opplyst at det er A selv som har utviklet denne konkurranseformen. Det er også opplyst at valgte leverandør har vunnet ni av tolv konkurranser de har deltatt i som har vært gjennomført av A, til en samlet verdi av om lag en milliard kroner.

- (57) Etter klagenemndas syn særpreges den foreliggende saken også av den omstendighet at forloverrelasjonen mellom A og B ikke ble gjort kjent, hverken internt i innklagedes organisasjon eller for leverandørene som deltok i konkurransen. Selv når klager i etterkant av tildelingsbeslutningen uttrykkelig spurte innklagede om relasjonen mellom A og B, avviste innklagede at det var noe spesielt med denne. Det var først i anledning av den nevnte artikkelen i Dagens Næringsliv at innklagede ble oppmerksom på, og deretter informerte klager om, at B hadde vært As forlover.
- (58) Det er også relevant for habilitetsvurderingen at konkurransen er lagt opp slik at A og innklagedes prosjektansvarlige, men ingen av de øvrige syv medlemmene av bedømmelseskomiteen, var kjent de tilbudte prisene før de vurderte tilbudene opp mot de skjønsmessige tildelingskriteriene.
- (59) Etter en samlet vurdering er klagenemnda av den oppfatning at forholdene i saken, etter en objektiv målestokk, gir allmenheten rimelig og saklig grunn til å tvile på As upartiskhet. Det foreligger følgelig «*særegne forhold [...] som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*», jf. fvl. § 6 andre ledd. Klagers anførsel om at innklagedes innleide prosjektleder var inhabil, har på denne bakgrunn ført frem.
- (60) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert er av en slik karakter at det kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir derfor grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (61) Ettersom nemnda har kommet til at konsulenten som ledet bedømmelseskomiteen, og som etter det opplyste har spilt en helt sentral rolle i komiteens arbeid, var inhabil, finner nemnda ikke grunn til å ta stilling til om tildelingen av kontrakt er ulovlig også på annet grunnlag.

Konklusjon:

Sør-Varanger kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ettersom den innleide konsulenten var inhabil til å tilrettelegge for valget av leverandør i konkurransen.

Klagers øvrige anførsler har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk