



Vedlegg 1 av: 1
Sak: 2003/106086-2b

**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager har deltatt i to konkurranser for utvikling av software, såkalt skjermbaserte aktiviteter. Den første konkurransen omfattet i tillegg en rekke andre tjenester og utstyr. Det viste seg at ingen av de innkomne tilbudene omfattet alle de etterspurte elementene, og innklagede skilte deretter ut de skjermbaserte aktivitetene til en egen konkurranse. Det er denne konkurransen saken gjelder. I forbindelse med begge konkurransene fikk innklagede bistand ved utarbeidelsen av kravspesifikasjonene av en ekstern konsulent. Denne konsulenten var ansatt i ett av de tre firmaene som leverte tilbud i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter, og dette firmaet ble til slutt tildelt kontrakten. Klagenemnda fant at konsulenten også hadde deltatt i evalueringen av tilbudene, og at det derfor forelå brudd både på forskriften § 3-4 og § 3-6. Ved å benytte en inhabil konsulent hadde innklagede brutt kravene til likebehandling og god anbuds- og forretningsskikk. Innklagede hadde heller ikke gjennomført forhandlinger med leverandørene, til tross for at prosedyren konkurranse med forhandlinger var valgt. På bakgrunn av den fremlagte dokumentasjon, fant klagenemnda at vilkårene for å få erstattet kostnadene ved utarbeidelsen av tilbudet var oppfylt.

Klagenemndas avgjørelse 8. september 2003 i sak 2003/86

Klager: Media Farm AS
Travbaneveien 1
4033 Stavanger

Innklaget: Jernbaneverket Norsk Jernbanemuseum
Postboks 491
2304 Hamar

Klagenemndas medlemmer: Siri Teigum, Bjørg Ven, Morten Goller.

Saken gjelder: Inhabilitet. Bruk av rådgiver som selv deltar i konkurransen. Erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Bakgrunn:

På forsommeren 2002 kunngjorde Jernbaneverket Norsk Jernbanemuseum (heretter kalt "innklagede") en konkurranse med forhandling for anskaffelse av audiovisuelle installasjoner. Konkurransen omfattet både teknisk utstyr, lyd- og filmproduksjoner, opplæring, forhandling av rettigheter og support. Ett av tilbudene ble levert av tre samarbeidende virksomheter, hvorav Media Farm AS (heretter kalt "klager") blant annet skulle stå for den delen av prosjektet som dreide seg om skjermbaserte aktiviteter, hvilket innebar spesialutviklet software til bruk i museets "lek- og læravdeling". Etter tilbudsåpningen viste det seg at ingen av tilbudene omfattet alle de etterspurte elementer. Innklagede inngikk deretter avtale med et firma for levering av teknisk utstyr, mens de øvrige tjenestene ble skilt ut for senere innkjøp.

Deretter ble fire leverandører, deriblant klager, kontaktet og invitert til å levere tilbud for den delen av konkurransen som gjaldt skjermbaserte aktiviteter. Det er denne konkurransen klagesaken gjelder. Konkurransen ble ikke kunngjort. Tre av leverandørene leverte tilbud

Postadresse
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Besøksadresse
Einar Gerhardsens plass 1 (R4)
0030 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10
Faks: 22 33 70 12

E-post: post@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

innen fristen 20.1.2003. Blant disse var firmaet Apropos Internett AS og klager. Klager ble den 31.1.2003 opplyst om at innklagede hadde innstilt firmaet Apropos Internett AS som leverandør av skjermaktiviteter. Innklagede inngikk kontrakt med Apropos Internett AS den 10.2.2003.

I forbindelse med gjennomføringen av de to konkurransene, benyttet innklagede seg av flere tekniske konsulenter. En av disse konsulentene, Helle Stine Næss, var ansatt i Apropos Internett AS. Dette konsulentoppdraget bygget på en konsulentavtale mellom innklagede og Apropos Internett AS, som ble inngått 7.2.2002. Det er opplyst at den aktuelle konsulenten deltok i utformingen av konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon i begge konkurransene. Konsulenten deltok videre i evalueringen i den samlede konkurransen om audiovisuelle installasjoner. Apropos Internett AS leverte ikke tilbud i denne konkurransen. Under sakens behandling i klagenemnda har det vært uklart hvorvidt konsulenten deltok i evalueringen av tilbudene i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter, som altså både klager og Apropos Internett AS deltok i. Innklagede hevdet i sitt tilsvarende inngitt til klagenemnda at konsulenten ikke hadde deltatt i evalueringen. Samtidig la innklagede frem en tabell som inneholdt en sammenlignende evaluering av tilbudene, og hvor det flere steder er påført kommentarer fra en person benevnt med initialene "HS". Da innklagede ble anmodet om å kommentere dette, svarte innklagede som følger:

" Mens det i vårt brev av 21.5.2003 står at Helle Stine Næss ikke var del av evalueringen, har vi i løpet av saksbehandlingen etter henvendelsen fra KOFA sett at hun nok har vært det. Initialene HS kan neppe stå for noen annen... "

For øvrig er det på det rene at det var den aktuelle konsulenten som inviterte klager til å delta i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter på vegne av innklagede. Videre har konsulenten sendt innklagede en e-post den 16.1.2003, dvs. fire dager før tilbudsfristen gikk ut, og en dag før Apropos Internett AS leverte sitt tilbud. I e-posten viser konsulenten til programvare som kan brukes i prosjektet, og anmoder innklagede om å videresende denne informasjonen til alle deltakerne i konkurransen.

Innklagede opplyser at ansvaret for evalueringen og administrasjonen av begge konkurransene har ligget hos en annen konsulent. Denne har også skrevet innstillingene for valg av leverandør.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Innklagede har brutt forskrift 15.6.2001 om offentlige anskaffelser § 3-4, jf. forvaltningsloven (fvl) § 6. På bakgrunn av de fremlagte dokumenter er det nærliggende å legge til grunn at konsulenten deltok i evalueringen av tilbudene i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter. Uansett fikk konsulenten, gjennom sitt arbeid for innklagede, kjennskap til innklagedes ønsker med hensyn til oppdraget for skjermbaserte aktiviteter. I tillegg fikk konsulenten inngående kjennskap til innholdet og detaljnivået i tilbudene til de av leverandørene som hadde levert tilbud på denne ytelsen i den samlede konkurransen om audiovisuelle installasjoner. Ettersom oppdragene for skjermbaserte aktiviteter i de to konkurransene skilte seg lite fra hverandre, medførte denne kunnskapen en klar konkurransefordel for konsulentens firma.

§ 3-4 kommer til anvendelse uavhengig av om konsulenten identifiseres med Apropos Internett AS, og dermed blir part i saken, jf. fvl § 6 første ledd, eller om konsulentens rolle utgjør et særegent forhold, jf. fvl § 6 annet ledd.

Vilkårene for erstatning for den negative kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagedes anførsler:

Innklagede avviser å ha brutt regelverkets habilitetsbestemmelser. Innklagede erkjenner imidlertid at den aktuelle konsulenten "nok har vært ...del av evalueringen" av tilbudene på skjermbaserte aktiviteter.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i den aktuelle konkurransen og har således saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Klagenemnda legger til grunn at drift av jernbanemuseet er virksomhet som reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser, og ikke av forskrift 16.12.1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften).

Verdien av anskaffelsen for skjermbaserte aktiviteter ligger klart under EØS' terskelverdier. Klagenemnda legger til grunn at anskaffelsen av skjermbaserte aktiviteter er å anse som en separat anskaffelse, og ikke en del av den samlede konkurransen om audiovisuelle installasjoner. Klagenemnda viser her til at det er snakk om forskjelligeartede ytelser som retter seg mot forskjellige markeder av leverandører. Kontrakten som ble inngått på bakgrunn av konkurransen om audiovisuelle installasjoner er en varekontrakt, mens konkurransen om skjermbaserte aktiviteter gjelder en tjenestekontrakt. Anskaffelsen reguleres følgelig av forskrift om offentlige anskaffelser del I og III, jf. § 2-1(2) jf. § 2-2(1).

Brudd på habilitetsreglene

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 gir habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 til § 10 direkte anvendelse ved offentlige anskaffelser. Habilitetsreglene gjelder ikke bare offentlige tjenestemenn som direkte treffer eller tilrettelegger grunnlaget for en avgjørelse. Reglene gjelder også for andre "som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan", jfr. forvaltningsloven § 10. Det er ingen tvil om at konsulenten ansatt i Apropos Internett AS har utført arbeid eller tjeneste for innklagede, og således omfattes av habilitetsreglenes personelle anvendelsesområde.

Klagenemnda legger, som innklagede, til grunn at konsulenten ansatt i Apropos Internett AS til en viss grad har deltatt i evalueringen av tilbudene på skjermbaserte aktiviteter. De kommentarene som tilskrives den aktuelle konsulenten, må være utarbeidet av en person som har hatt tilgang til tekniske detaljer i klagers og en tredje konsulents tilbud. På denne bakgrunn legger klagenemnda til grunn at konsulenten ansatt i Apropos Internett AS har deltatt i tilretteleggelsen av grunnlaget for valg av leverandør.

Konsulenten kan selv ikke anses som en part i saken. Klagenemnda finner imidlertid, på bakgrunn av de foreliggende opplysninger, at hennes ansettelsesforhold til en av deltakerne i konkurransen utgjør et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til hennes upartiskhet. Konsulenten var følgelig inhabil til å delta i tilretteleggelsen av grunnlaget for innklagedes valg av leverandør.

Klagenemnda finner også at konsulentens ansettelsesforhold i en av konkurransedeltakerne representerer et brudd på forskrift om offentlige anskaffelser § 3-6. Bestemmelsen setter grenser for oppdragsgivers adgang til å bruke rådgivere under en anskaffelsesprosess. Oppdragsgiveren har ikke adgang til å søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse.

I foreliggende sak deltok konsulenten i utformingen av spesifikasjonene i konkurransegrunnlaget i begge konkurransene samtidig som hun var ansatt i et selskap som deltok i den siste konkurransen. Så langt klagenemnda kan se, innebærer dette at innklagede har mottatt eller søkt råd som kan benyttes under utarbeidelsen av spesifikasjonene på en måte som var egnet til å utelukke konkurranse. Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt § 3-6.

Det er i denne sammenheng irrelevant hvorvidt konsulenten faktisk opptrådte partisk eller ikke ved evalueringen. Uavhengig av dette spørsmålet, vil klagenemnda imidlertid bemerke at konsulenten, gjennom sitt arbeid for innklagede, fikk tilgang til kunnskap som var egnet til å gi Apropos Internett AS et klart konkurransefortrinn. Konsulenten fikk inngående kunnskap om innklagedes ønsker og behov, og hvilket kvalitativt nivå konkurrentene hadde lagt seg på i den forutgående konkurransen om audiovisuelle installasjoner. Apropos Internett AS hadde anledning til å skreddersy sitt tilbud i samsvar med denne kunnskapen. I tillegg fikk ikke de øvrige deltakerne i konkurransen mulighet til å forhandle, og derigjennom forbedre og justere sine tilbud i samsvar med innklagedes behov, til tross for at innklagede hadde valgt prosedyren konkurranse med forhandlinger.

Klagenemnda finner at innklagede, ved å benytte en konsulent på denne måten, har overtrådt regelverkets krav til likebehandling av leverandørene, samt kravene til god anbuds- og forretningsskikk, jf. lov om offentlige anskaffelser av 16.6.1999 nr. 69 § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1(2).

Erstatning

For å få erstattet kostnadene forbundet med utarbeidelsen av tilbudet er det et vilkår at klager, dersom han var kjent med hvordan konkurransen ville bli gjennomført, overhodet ikke ville ha deltatt i konkurransen, jf. Rt. 1997 s. 574 (Firesafe).

Innklagedes gjennomføring av konkurransen levner, etter klagenemndas oppfatning, alvorlig tvil ved om klager hadde reell mulighet til å bli tildelt kontrakten i forbindelse med konkurransen om skjermbaserte aktiviteter. Det vises her til at en av deltakerne i konkurransen fikk delta i evalueringen, samt at klager ikke fikk noen mulighet til å forbedre sine sjanser gjennom forhandlinger.

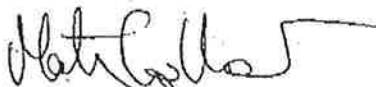
På den annen side hadde klager allerede utarbeidet tilbudet på skjermbaserte aktiviteter i forbindelse med den forutgående konkurransen om audiovisuelle installasjoner. Det legges til grunn at det ikke var nødvendig å foreta store endringer i tilbudet for å tilpasse det konkurransen som kun rettet seg mot skjermbaserte aktiviteter. Det vises her til at klager har gitt uttrykk for at kravspesifikasjonene for skjermbaserte aktiviteter i de to konkurransene skilte seg lite fra hverandre. Klager hadde således lite å tape på å utarbeide og levere inn tilbud i konkurransen klagesaken gjelder.

Klagenemnda finner at de regelbrudd innklagede har begått i prosessen er av en slik art at det må legges til grunn at klager, med kunnskap om innklagedes fremgangsmåte, neppe ville ha deltatt i konkurransen om skjermbaserte aktiviteter. På bakgrunn av den fremlagte informasjon, vil klagenemnda anta at vilkårene for å få erstattet de merkostnader som påløp i forbindelse med utarbeidelsen av det siste tilbudet er oppfylt.

Konklusjon:

Jernbåneverket Norsk Jernbanemuseum har brutt regelverkets krav til likebehandling av leverandørene, samt kravene til god anbuds- og forretningsskikk, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5 og forskrift om offentlige anskaffelser §§ 3-1(2), 3-4 og 3-6.

Vilkårene for å få erstattet de merkostnader som er påløpt i forbindelse med deltakelse i den siste konkurransen anses oppfylt.



For klagenemnda,

Morten Goller

Oslo, 8.9.2003