



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en begrenset anbudskonkurranse for innkjøp av konsulenttjenester. Etter kontraktstildeling, men før kontraktsinngåelse avviste innklagede valgte leverandør som følge av brudd på FOA 2001 § 8-12 (2) d. Klagenemnda fant at valgte leverandør i dette tilfellet kunne identifiseres med daglig leders (og største aksjonærs) handlinger, og at dette dannet grunnlag for avvisning fra den aktuelle konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse den 14. mai 2007 i sak 2006/153

Klager: Ikon AS

Innklaget: Forsvarets logistikkorganisasjon

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning etter anskaffelsesforskriften § 8-12 (2) d. Identifikasjon mellom aksjonær og selskap, med mer.

Bakgrunn:

Kort kronologisk redegjørelse:

- (1) Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO) kunngjorde den 17. november 2005 en begrenset anbudskonkurranse for innkjøp av konsulenttjenester innen prosjektfaglige tjenester, herunder merkantile prosesser resursstyring og økonomi, prosjektledelse og prosjektstøtte, og systemteknikk.
- (2) Klager, Ikon AS (Ikon) ledet en leverandørkonstellasjon bestående av selskapene Metier, Fornebu Consulting, Cogility og Ikon. Ikon opptrådte utad på vegne av konstellasjonen og ble tildelt kontrakt for alle områder selskapet hadde levert inn anbud for; merkantile prosesser, prosjektledelse og prosjektstøtte, samt systemteknikk. Det ble opplyst i tildelingsbrevet at FLO ville innkalle til kontraktssignering etter utløpet av klagefristen den 8. mai 2006.
- (3) FLO opplyste i e-post av 3. mai 2006 at kontraktssignering var planlagt gjennomført 15. mai 2006. Ved e-post av 11. mai informerte FLO om at kontraktssignering ble utsatt til slutten av mai som følge av at den elektroniske prosessen for avrop ikke var ferdig. Leverandørene ble ved e-post av 15. mai bedt om å forlenge vedståelsesfristen på anbudene til 1. juli 2006, og ved e-post av 8. juni ble det opplyst om at signering var foreløpig utsatt til 29. juni. FLO viste til at valgt løsning for avrop skulle presenteres 19. juni.

- (4) Under saksforberedelsen for KOFA har FLO oppgitt at kontraktssignering ble utsatt også fordi man avvettet rapporten fra Granskningsutvalget for IKT-kontrakter i Forsvaret (Dalseideutvalget), omtalt like nedenfor. FLO har i tilsvaret for KOFA anført at man ikke ønsket å inngå en treårig rammeavtale med en leverandør der det var mulighet for at eier av firmaet hadde handlet i strid med etiske spilleregler, og der det var mulighet for brudd på straffeloven i forbindelse med konsulentvirksomhet.
- (5) Dalseideutvalget avga rapport den 16. juni 2006. Både Ikon og dets største aksjonær, Bernt Refsahl, ble omtalt i rapporten.
- (6) Etter fremleggelse av rapporten, og etter anbefaling fra Forsvarsdepartementet, besluttet FLO å avvise Ikon fra konkurransen, jf telefaks av 22. juni 2006. Fra telefaksen hitsettes:

”...Forsvaret legger til grunn at Refsahl har en ikke ubetydelig eierandel i Ikon AS. I henhold til granskningsrapporten fra Dalseideutvalget eide Refsahl pr. 31. desember 2004 29,52% av aksjene i Ikon AS. Forsvaret mener dette alene gir grunnlag for å identifisere Refsahl med Ikon AS, og at avvisningsbestemmelsene i FOA § 8-12 kommer til anvendelse.

Forsvaret mener videre at det er grunnlag for å avvise tilbudet fra Ikon AS med hjemmel i FOA § 8-12 (2)bokstav d. Forsvaret vil i denne forbindelse vise til de funn som er gjort vedrørende Refsahl i rapporten fra Dalseideutvalget. Det vises i denne sammenheng spesifikt til at Refsahl var Forsvarets forhandlingsleder ifm FiSBasis kontrakten, samtidig som Ikon AS leverte tjenester til Siemens Business Service AS. I sammenheng med gjennomføring av FiSBasis fremgår det også av samme rapport at Refsahl kan ha begått overtredelse av korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven. Forsvaret mener derfor at Refsahl har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.

Nevnte forskriftsbestemelse er en ‘kan’-regel, hvilket innebærer at oppdragsgiver ikke plikter å avvise Ikon AS. Dette beror på skjønn, et skjønn Forsvaret selv kan utøve i denne saken. Ved denne skjønnsutøvelsen har Forsvaret også vurdert hvilken signaleffekt det ville gi dersom Refsahls adferd ikke skulle få konsekvenser for Ikons leverandørforhold til Forsvaret...”

- (7) Ved brev av 26. juni 2006 ble tilbyderne meddelt at PwC og Deloitte var valgt som nye leverandører innenfor de områdene hvor Ikon var tildelt kontrakter. Ikon påklagde den 27. juni avvisning og ny kontraktstildeling, og ba om utsatt kontraktsinngåelse. Ved FLOs e-post av 28. juni ble Ikon informert om at alle rammeavtalene nå var signert.
- (8) Ikon brakte saken inn for KOFA ved klage av 13. november 2006.

Nærmere om klager:

- (9) Ikon er et konsulentselskap, stiftet i 1997, og hadde i 2005 en omsetning på i overkant av kr 50.000.000,- og nærmere 40 ansatte. Selskapet leverer tekniske konsulenter og rådgivende konsulenter. De tekniske konsulentene bistår i forbindelse

med utvikling av IKT-infrastruktur og systemutvikling, mens de rådgivende konsulentene hovedsakelig bistår i forbindelse med omstillingsprosesser med hovedfokus på utnyttelse av IKT.

- (10) Ikon ble stiftet av Tov Tovsen, Bernt Refsahl og Morten Lunde, som på etableringstidspunktet eide 1/3 av selskapet hver. Etter hvert fikk andre ansatte i selskapet mindre eierandeler, og omtrent halvparten av de ansatte er i dag enten aksjonærer eller inkludert i Ikons opsjonsprogram. På tidspunktet for avvisning i ovennevnte anbudskonkurranse hadde selskapet 23 aktive og passive aksjonærer. De største aksjonærene var:

RBR AS	28.02 %
JOKER AS	15.63 %
MONO AS	15.63 %
BIRKEBEINER INVEST AS	14.62 %
Egil Helland	4.87 %
Frode Hermansen	4.87 %
Nils Thorbjørn Weldingh	2.44 %
Truls Nergaard	2.44 %
Ole Christian Iversen	2.44 %
Arve Haugseth	1.28 %
Arild Aas	1.22 %
Jon Sverre Riis	1.22 %
Sverre Andre Hølmo	1.22%

- (11) Rådgiver Bernt Refsahl AS (RBR) var største aksjonær med en eierandel på 28.02 %. RBR AS ble etablert av Bernt Refsahl i 1996. Refsahl er eneeier, styreformann og eneste ansatte. Gjennom dette selskapet har Refsahl vært innleid til en rekke ulike selskaper og organisasjoner, herunder Forsvaret. Refsahl utøver fortsatt sitt daglige virke gjennom RBR.

Nærmere om funnene i Dalseideutvalgets rapport:

Om FISBasis prosjektet:

Kort om bakgrunnen for granskingen av Refsahls/Ikons roller:

- (12) Ikon og Refsahl er omtalt i tilknytning til prosjekt FISBasis. Dette prosjektet gjaldt Forsvarets anskaffelse av felles IT-plattform. Det har på tidspunktet for klagen til KOFA blitt omsatt for over to milliarder kroner i tilknytning til FISBasis prosjektet.
- (13) Bernt Refsahl var Forsvarets forhandlingsleder både i prosjekt FISBasis og i Program Golf. På bakgrunn av kontrakter Dalseideutvalget har fått fremlagt og gjennomgått, ser det ut til at Bernt Refsahl har arbeidet som innleid konsulent i Forsvaret kontinuerlig fra sommeren 1996 og ut 2005. Refsahl leverte først sine konsulenttjenester til Forsvaret gjennom Ikon, men fra våren 2002 ble konsulentbistanden fakturert fra Rådgiver Bernt Refsahl AS. Bernt Refsahl var daglig leder i Ikon fra og med oppstarten i april 1997 til og med september 2005. Per 31. desember 2004 eide Refsahl 29.52 % av aksjene i Ikon.

- (14) Prosjekt FISBasis ble besluttet iverksatt i 1997, men det var først i slutten av september 1999 at prosjektet utlyste FISBasis-avtalen. Formell avtale ble underskrevet med SBS 22. januar 2001. I tillegg til edb-materiell for over kroner 800 millioner, har Siemens Business services AS (SBS) under prosjektets levetid levert vesentlig konsulentbistand til FISBasis-prosjektet.
- (15) Ved gjennomgang av Forsvarets regnskaper samt regnskapene til Ikon AS og SBS har Dalseideutvalget funnet at selskapet Ikon AS har fakturert for konsulentbistand både til Forsvaret og til SBS i forbindelse med FISBasis-prosjektet.
- (16) Bernt Refsahl har sittet som Forsvarets forhandlingsleder i FISBasis samtidig som Ikon AS, hvor Refsahl var daglig leder og hovedaksjonær, har levert tjenester til SBS. Granskingsutvalget har på denne bakgrunn foretatt undersøkelser og vurderinger knyttet til Refsahls habilitet.
- (17) Fra Dalseideutvalgets rapport hitsettes fra s 143 om Ikons kontrakter med Forsvaret:

19.2.2.2. Inngåtte kontrakter og fakturerte beløp

Ikon AS har inngått følgende kontrakter med Forsvaret:

År / periode	Kontrakt	Forpliktelse kontrakt	Forpliktelse modifikasjon
1997-2001	Driftsstruktur 2000	2 400 000	18 021 000
2000-2003 *	FISBasis	5 400 000	30 772 500
2000-2003	Golf	926 250	5 968 350
2002-2003	eSAF	9 762 500	1 304 750
Sum		18 488 750	56 066 600

Leveransene til Forsvaret fortsatte i 2004 og 2005, men Ikon leverte da disse tjenestene gjennom rammeavtalepartner Intech AS.

Total maksimal forpliktelse for Forsvaret i henhold til ovennevnte kontrakter, er kroner 83 405 213 i perioden 1997 til 2003.

Kronologisk gjennomgang av Refsdahls tilknytning til prosjekt FISBasis

- (18) Prosjekt FISBasis ble besluttet iverksatt i 1997.
- (19) Ikon ved Bernt Refsahl inngikk avtale om konsulentbistand med Hærens forsyningskommando gjeldende fra 1. juli 1997 til 31. desember 1998 vedrørende Prosjekt driftsstruktur. Dette var et forprosjekt knyttet bl.a. til etablering av felles basisplattform for Forsvaret. Refsahl var daglig leder for prosjektet. Pr 1999 leverte Ikon tilsammen ni konsulenter til prosjektet. Avtalen ble forlenget med fire modifikasjoner til 31. desember 2001. Totalforpliktelsen for Forsvaret var kr 20.421.000,-.
- (20) Den 13. januar 1999 inngikk Ikon ved Bernt Refsahl og SBS en avtale om konsulentbistand til SBS. Fra avtalen og dens vedlegg fremgikk bl.a. følgende:

«Avtalen skal gi rammer for et samarbeid hvor partene skal ha gjensidig nytte av avtalen. Avtalen skal gi grunnlag for at SBS skal kunne øke aktivitetsnivået mot eksterne kunder ved at Ikon stiller kompetanse og kapasitet til rådighet for gjennomføring av prosjekter og målrettede aktiviteter primært knyttet til SBS' kundeavtaler. Ikon vil kunne levere kompetanse og kapasitet til SBS innenfor områdene:

Prosjektledelse

Teknisk rådgivning

Funksjonell rådgivning

Opplæring».

(21) Fra avtalens bilag 1, oppdragsspesifikasjon hitsettes:

- Når Ikon bistår SBS i salgsaktiviteter hvor en eventuell kontrakt også vil omfatte tjenesteytelse fra Ikon, kan ikke Ikon belaste SBS for kostnader knyttet til denne bistanden, med mindre dette er avtalt spesielt.
- SBS kan ved behov benytte seg av kompetanse fra Ikon i vurdering og besvarelse av forespørsler. Slike oppdrag prises i samsvar med avtalens prisliste.
- I besvarelse av forespørsler knyttet til prosjekter hvor begge parter har gjensidige interesser i en strategisk etablering overfor aktuell kunde, skjer utarbeidelse av tilbud/anbud på parternes egen regning og risiko.
- Samarbeidet skal baseres på «*profit share*»-prinsippet. Utgangspunktet er at dekningsbidraget for tjenesteleveranse hvor Ikon er engasjert, splittes likt mellom partene.
- Ikon forplikter seg til å representere SBS i dennes kundeprosjekter og aktivt bidra til å fremme SBS' interesser overfor kunden.
- I de tilfeller der Ikon ønsker å påta seg egne oppdrag overfor kunder som er definert i SBS' prioriterte kundeliste eller kunder hvor SBS har et etablert kontraktsforhold (support / vedlikehold), skal alle slike tiltak avtales og godkjennes av SBS på forhånd.

(22) Avtalens varighet var fra undertegning og til og med august 2001. Det fremgikk av avtaleteksten at Bernt Refsahl var ansvarlig for gjennomføringen av avtalen med SBS.

(23) Arbeidet som Bernt Refsahl utførte i forbindelse med forprosjektet i henhold til avtalen fra 1997 ble løftet over i FISBasis prosjektet, sannsynligvis en gang i 1999, uten at det ble inngått ny avtale med Ikon. Arbeidet med FISBasis-prosjektet var forankret i avtalen fra 1997.

(24) Ved overføringen til FISBasis fikk Refsahl i oppgave å utarbeide beslutningsgrunnlaget for prosjektet. Refsahl fikk videre rollen som forhandlingsleder og prosjektkoordinator, og var direkte underlagt prosjektleder i FISBasis fra 1999 til april 2002.

(25) Den 30. september 1999 utlyste Forsvaret FISBasis avtalen. Det ble prekvalifisert seks kandidater, deriblant SBS.

(26) Om den videre saksgang hitsettes det fra Dalseideutvalgets rapport:

»Avtalen mellom Forsvaret og Ikon

Den 22. desember 1999 sendte Ikon AS ved Bernt Refsahl et tilbudsbrev til Forsvaret om konsulentbistand fra 4 konsulenter til FISBasis, herunder tilbud om bistand fra Refsahl som delprosjektleder/prosjektrådgiver. Den 24. februar 2000 inngår Ikon en avtale med Forsvaret om konsulentbistand til FISBasis. Avtalen har en ramme på kroner 5 400 000, og det gjøres en avtale om opsjon på to forlengelser à ett år. Avtalen inngås som et direkte kjøp uten konkurranse. Frem til 31. desember

2003 blir avtalen modifisert åtte ganger. Dette innebar en maksimal økonomisk forpliktelse for Forsvaret på over kroner 30 millioner.

Valg av leverandør FISBasis

Den 20. mars 2000 ble det sendt en rettet forespørsel til de seks prekvalifiserte selskapene med frist for innlevering av tilbud til den 8. mai 2000. Forsvaret mottok fem tilbud, og evalueringen av disse pågikk fra 8. mai 2000 til 9. juni 2000.

Tilbudsevalueringen ble foretatt av i alt 25 personer fordelt på seks team. Bernt Refsahl ledet ett av teamene. Refsahl var Forsvarets forhandlingsleder i prosessen og var organisatorisk plassert under prosjektleder Per Jonny Haugen. Som forhandlingsleder hadde Refsahl ansvaret for å utarbeide spesifikasjoner, vurdere tilbud og gjennomføre forhandlinger.

Av Refsahls arbeidsbeskrivelse mellom FTD og Ikon, fremgår det at hans rolle var å bistå prosjektleder i FISBasis. Videre fremgår følgende om hans arbeid:

"Konsulenten skal yte bistand som Gruppeleder/prosjektkoordinator/leder tilbudsevalueringen i FISBasis-prosjektet"

Den 13. juni 2000 fremlegges Evalueringsrapport FISBasis for FTD. Av rapporten fremgår det at SBS var rangert som beste tilbyder foran Telenor. FTD beslutter deretter at det skal innledes forhandlinger med de to nevnte selskaper. I perioden 19. juni 2000 til 1. september 2000 gjennomføres det forhandlinger med de to nevnte selskapene. Det ble deretter utarbeidet en ny evalueringsrapport for FISBasis, hvor SBS anbefales som leverandør.

Forhandlingen med SBS sluttføres den 20. september 2000, og den 1. november 2000 inngås det, med samtykke fra Forsvarsdepartementet, en midlertidig kontrakt med SBS for å kunne starte utvalgte prosesser. Regjeringsadvokaten bisto med restrukturering av kontraktsutkastet fram til 13. desember 2000. Formell signering av endelig avtale med SBS skjedde den 22. januar 2001. Avtalen ble signert av administrerende direktør Walther Langerud på vegne av FTD og administrerende direktør OleHarald Smerud på vegne av SBS.

Frem til august 2001 var Bernt Refsahl engasjert gjennom selskapet Ikon. I august 2001 overførte Refsahl sin virksomhet fra Ikon til hans eget aksjeselskap, Rådgiver Bernt Refsahl AS (RBR).

I april 2002 overføres RBR sin kontrakt med FISBasis til Program Golf. Refsahl får tilnærmet samme rolle i Golf som den han hadde i FISBasis."

- (27) Fra rapportens s 144 gjengis det her oppstilling over årlige utbetalinger fra Forsvaret/Intech og fra SBS:

Ar	Utbetalt fra Forsvaret	Utbetalt fra Intech	Utbetalt fra SBS	Merknader
1998	2 600 000 *)		175 000	*)Tallet er maksimal økonomisk forpliktelse i henhold til avtalen
1999	8 500 000 *)		2 354 000	*)Tallet er maksimal økonomisk forpliktelse i henhold til avtalen
2000	5 346 000		2 314 000	
2001	15 197 000		5 536 000	
2002	15 924 000		11 363 000	
2003	16 655 000		12 075 000	
2004		18 107 000	12 542 000	
2005		21 406 000	11 840 000	
Sum	64 222 000	39 513 000	58 199 000	

(28) Dalseideutvalget konkluderte slik om Bernt Refsahls rolle:

"19.2.2.6. Granskingsutvalgets vurdering

Som forhandlingsleder for Forsvaret ved inngåelsen av FISBasis-avtalen, bidro Bernt Refsahl til å tilrettelegge grunnlaget for avtalen. Han var dermed underlagt habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6.

Avtaleforholdet mellom SBS og Ikon forplikter Ikon til aktivt å bidra til å fremme SBS' interesser overfor potensielle kunder. Ikons vederlag etter avtalen er videre avhengig av omfanget av og vederlaget for SBS' avtaleforpliktelser overfor tredjepart. Refsahl hadde på forhandlingstidspunktet betydelige eierinteresser i Ikon. Det er på denne bakgrunn Granskingsutvalgets vurdering at kontraktsforholdet mellom Ikon og SBS etter sin art ga Refsahl en mulig økonomisk egeninteresse i at SBS fikk avtalen med Forsvaret, og at denne ble så gunstig som mulig for SBS.

Etter Granskingsutvalgets vurdering utgjør denne muligheten til økonomisk gevinst et "særegent forhold" etter forvaltningsloven § 6 annet ledd. I vurderingen av om dette særegne forholdet var "egnet til å svekke tilliten" til Refsahls upartiskhet, finner Granskingsutvalget grunn til å presisere at de fremskaffede opplysninger ikke gir grunnlag for å så tvil omkring valget av SBS som kontraktspart eller utformingen av de nærmere vilkår i avtalen, herunder prismekanismene. Dette er da heller ikke nødvendig for å konstatere inhabilitet etter forvaltningsloven. Det er videre, slik Granskingsutvalget ser det, uten betydning om Ikon rent faktisk har oppnådd fordeler de ellers ikke ville fått, eller om det for Refsahl fremsto som sannsynlig at Ikon ville dra nytte av et bestemt utfall. Som det fremgår av redegjørelsen for innholdet av habilitetsreglene, er habilitetsreglene etter sin art objektive, slik at det er publikums oppfatning av situasjonen som er avgjørende. Granskingsutvalget bemerker likevel at Ikon, som det fremgår av kontraktsoversikten foran, har fått oppdrag fra SBS i tilknytning til FISBasisprosjektet.

Når kontraktsforholdet mellom Ikon og SBS var av en slik art at det ga Forsvarets forhandlingsleder incentiver som potensielt trekker i motsatt retning av ønsket om en

best mulig avtale for Forsvaret, vil denne rollekonstellasjonen kunne svekke vedkommendes tillit blant publikum. Dette synet underbygges til dels av de reaksjoner utrederenheten har mottatt etter å ha presentert opplysninger om Refsahls roller for ulike intervjuobjekter.

Granskingsutvalget finner etter dette at Refsahls samtidige forretningsmessige tilknytning både til SBS og til Forsvaret, er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet.

Bernt Refsahl anses dermed for å ha vært inhabil til å delta i kontraktsforhandlingene med SBS både i forkant av FISBasis-avtalen og ved senere forhandlinger og kontraktsmodifikasjoner.”

- (29) På bakgrunn av at innklagede under saksforberedelsen for KOFA har påberopt forhold knyttet til kundepleie og rollen til en bestemt teknisk saksbehandler fra Ikon, blir det i det følgende redegjort nærmere for disse forhold.

Om representasjon/ kundepleie overfor Bernt Refsahl

- (30) Refsahl er fremhevet i rapporten som en av to personer som har mottatt kundepleie for vesentlige beløp. Refsahl er i følge FLO den person som er omtalt som person nr 2 i rapporten på s 156 flg. Dette er ikke bestridt av Ikon.
- (31) I følge Dalseideutvalgets rapport på s 156 er Refsahl en av to personer som utmerker seg i forhold til å ha mottatt kundepleie for vesentlige beløp. I denne perioden var Refsahl innleid konsulent i ledende stilling. Han var ikke beslutningstaker, men var med på å tilrettelegge beslutningsgrunnlaget. Det er i rapporten på s 157 inntatt følgende oversikt over de fordeler Refsahl har mottatt:

Person 2:

Selskap	Dato	Type	Mer spesifisert	Brutto beløp	Ant delt	Per pers	m/kone
SBS	23.08.2001	Representasjon	Villreinjakt / kundearrangement / mat / drikke	16 991	8	2 124	
SBS	11.12.2001	Representasjon	Restaurant Le Canard	12 500	6	2 083	x
SBS	22.01.2002	Representasjon	Østmarksetra, middag, drikke og sigarer	45 053	22	2 048	
SBS	12.02.2002	Representasjon	Losby Gods AS, kurs	28 581	8	3 573	
SBS	07.03.2002	Reise	Marbella, Spania	103 605	3	34 535	
FSC	07.03.2002	Representasjon	Malaga	91 500	6	15 250	
SBS	05.04.2002	Reise	Firenze, Italia (flybilletter)	34 704	4	8 676	x
SBS	05.04.2002	Representasjon	Konferanse / sosialt	69 394	10	6 939	x
SBS	05.04.2002	Representasjon	Firenze, Italia	27 469	5	5 494	
SBS	04.06.2002	Representasjon	Møte med middag på Østmarkseteren	47 004	22	2 137	
SBS	04.07.2002	Representasjon	Restaurant Louise	11 500	8	1 438	x
SBS	08.08.2002	Representasjon	Gloppen Hotell	36 281	6	6 047	x
SBS	22.08.2002	Representasjon	Villreinjakt / kundearrangement / mat / drikke	18 072	9	2 008	
SBS	09.10.2002	Representasjon	Restaurant Le Canard	12 500	4	3 125	
SBS	26.11.2002	Reise	Kundetur, Miami - Key West - Fly	64 224	9	7 136	x
SBS	28.11.2002	Representasjon	Kundetur, Miami - Key West - Servering	111 294	10	11 129	x
SBS	05.03.2003	Representasjon	Reise og mat / representasjon (Marbella)	106 071	6	17 679	
FSC	05.03.2003	Representasjon	Malaga (Hotell, golf, servering)	62 530	5	12 506	
SBS	06.06.2003	Representasjon	Larvik Golfklubb	45 331	10	4 533	
SBS	20.08.2003	Representasjon	Reinsjakt med kunder	21 097	7	3 014	
SBS	30.10.2003	Representasjon	Representasjon Cannes	56 929	10	5 693	x
SBS	02.11.2003	Reise	Reise/opphold Cannes SBS/Forsvaret	150 288	10	15 029	x
FSC	28.03.2004	Representasjon	San Fransisco, Intel-besøk	42 877	7	6 125	

- (32) Som det fremgår er alle fordelene i oversikten ytet fra SBS, og fra Fujitsu Siemens Computers AS. Utvalget vurderte dette materialet slik at Refsahl klart hadde mottatt fordeler i strid med gaveforbudet i tjenestemannsloven § 20, jf rapporten på s 157-158.

Om representasjon/kundepleie ytet av Ikon:

- (33) FLO hevder at Ikon, i følge tall Dalseideutvalget fikk forelagt, skal ha benyttet mer enn kr 450.000,- på bevertning overfor forsvarsansatte i perioden 1998-2005. Dette forholdet er ikke omtalt i Dalseiderapporten, men Dalseiderapporten er av ressursmessige hensyn heller ikke ment å være uttømmende. I følge FLO ble dette materialet gjort kjent for Forsvaret etter at utvalget avsluttet sitt arbeid, og kunne legges til grunn for vurderingen av Forsvarets kundeforhold med Ikon.
- (34) Av en foreløpig intern granskningsrapport som Forsvaret fikk oversendt fra Ikon fremgikk det at Ikon hadde hatt utgifter til kundepleie overfor Forsvaret i perioden 1998-2005 med kr 936.793,-. FLO har påpekt denne forskjellen. Denne rapporten er ikke fremlagt for KOFA, og Ikon har ikke ønsket å fremlegge den endelige rapporten.
- (35) FLO har særlig fremhevet et arrangement, "OL ti år etter" den 13. – 15. februar 2004 der Ikon skal ha invitert forsvarsansatte med sentrale posisjoner innenfor anskaffelsesvirksomheten og med forretningsmessig tilknytning til Ikon med på markeringen. De ansatte skal ikke ha hatt formell beslutningskompetanse, men innehadde, i følge FLO, posisjoner hvor de reelt kunne påvirke Forsvarets kundeforhold med Ikon. De inviterte fikk ta med seg følge, og utgiftene skal ha medført kostnader på 10 – 15.000,- pr forsvarsansatt. Markeringen var i følge FLO uten faglig innhold.
- (36) Ikon har til dette bekreftet at det er opplyst til utvalget en representasjon på over kr 450.000,- i perioden 1998-2005. Ikon hevder dette beløpet omfatter langt mer enn representasjon overfor forsvarsansatte, og må ses i sammenheng med selskapets omsetning, og hva som er definert som representasjon. Ikon utdyper ikke dette nærmere. Videre opplyser Ikon at den oversikten som Dalseideutvalget fikk fremlagt ble laget som en oversikt over representasjon knyttet til prosjektene FISBasis og GOLF. Den foreløpige interne rapporten som forsvarer fikk fremlagt inneholder i følge Ikon ikke samsvarende tall fordi den omhandler all representasjon knyttet til forsvarer generelt.
- (37) Vedrørende "OL ti år etter" bekrefter Ikon at de inviterte ansatte og kunder til å delta, herunder også to forsvarsansatte som var personlige venner av flere Ikon ansatte. Ikon opplyser at disse personene ikke var i en posisjon som gjorde at de kunne forberede eller treffe beslutninger av betydning for Ikon.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (38) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved urettmessig å avvise Ikon fra konkurransen. Klagers anførsler kan i det vesentlige gjengis slik:

Krav om angivelse i kvalifikasjons- eller konkurransegrunnlag

- (39) På bakgrunn av de grunnleggende kravene i LOA § 5 tredje ledd må det kreves at oppdragsgiver på forhånd må angi hvilke av de fakultative avvisningsgrunner som vil bli anvendt, samt hvilken dokumentasjon som kreves av leverandørene for å dokumentere at slike avvisningsgrunner ikke foreligger. En slik forståelse synes også forutsatt i § 8-12 (3). Dette følger også av fortalen til direktiv 2004/18, pkt 39-40,

som bygger på de samme grunnprinsippene som i LOA § 5 tredje ledd. Klager viser videre til juridisk litteratur til støtte for sitt syn.

- (40) Det fremgår ikke av kvalifikasjons- eller konkurransegrunnlag at den fakultative avvisingsadgangen etter § 8-12 (2) d vil bli vurdert, og kan gi grunnlag for avvisning, og heller ikke at eventuelle leverandører skal fremlegge noen nærmere dokumentasjon i denne sammenheng. Dermed var det ikke adgang til å benytte bestemmelsen som avvisningsgrunn i denne konkurransen.
- (41) Rt 2001 s 473, som innklagede har påberopt til støtte for sitt syn, har ingen relevans i denne saken. Standpunktet fra NHDs veileder av 2001, om at det ikke er et krav til angivelse av § 8-12 (2) d som avvisningsgrunn, fremstår som ubegrunnet.

Om begrunnelsen for avvisning

- (42) FLO begrunnet opprinnelig avvisning med identifikasjon mellom Refsahl og Ikon. Under saksforberedelsen for KOFA har FLO anført en ny begrunnelse knyttet til Ikons eget forhold, selv om også identifikasjonsanførselen opprettholdes.
- (43) Den etterfølgende begrunnelsen kan ikke påvirke spørsmålet om den aktuelle avvisningen var ulovlig. KOFA må her bygge på om den vurdering som oppdragsgiver faktisk foretok var i samsvar med regelverket. Betydningen av den etterfølgende begrunnelsen vil dermed begrense seg til å kunne fungere som argument mot at det foreligger grunnlag for den positive kontraktsinteressen, dersom FLO sannsynliggjør at avvisning uansett ville blitt resultatet.

Om mangelfull kontradiksjon

- (44) Etter Ikons syn har heller ikke den nødvendige kontradiksjon skjedd i forhold til den etterfølgende begrunnelsen på de punkter som ikke omhandles i Daleseiderapporten. Den reelle foranledningen til kontradiksjon har ikke vært den samme her. Eksempelvis vises det til FLOs anførsler nedenfor om at Refsahl eller Ikon skal ha utnyttet sin posisjon til å faktisk oppnå fordeler. Dette er anførsler som Ikon ikke hadde foranledning til å imøtegå under utarbeidelsen av Daleseiderapporten. Manglende kontradiksjon medfører i seg selv et brudd på de grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen, jf LOA § 5.

Om identifikasjon Ikon – Refsahl

- (45) For det tilfelle at KOFA kommer til at det ikke var nødvendig å angi avvisningsgrunnen i kvalifikasjons- eller konkurransegrunnlaget anføres følgende:
- (46) Det er etter bestemmelsens ordlyd kun leverandørens eget forhold som kan gi grunnlag for avvisning etter § 8-12 (2) d. Dette er i samsvar med det klare generelle utgangspunktet om at hvert enkelt rettssubjekt er en selvstendig enhet og skal vurderes på selvstendig grunnlag.
- (47) Den dokumentasjon som leverandørene skal fremskaffe etter § 8-12 (3) kan leverandørene kun skaffe for seg selv. Dette indikerer at identifikasjon er utelukket etter § 8-12 (2) a-c, og må gjelde tilsvarende for bokstav d.
- (48) Reelle hensyn taler også mot identifikasjon mellom minoritetsaksjonærer og selskapet. Identifikasjon skjer på bekostning av de andre aksjonærenes interesser.

Større minoritetsaksjonærers handlinger vil dermed kunne få uoversiktlige konsekvenser for de øvrige eierne. En aksjonær har i utgangspunktet heller ikke kontroll med hvem som vil eie de andre aksjepostene i selskapet. En slik rettstilling som FLO argumenterer for vil representere ett nytt risikoelement for investorer.

- (49) Det foreligger ikke administrativ praksis, eller rettspraksis som legger til grunn identifikasjon mellom selskap og aksjonær i et tilfelle som det foreliggende.
- (50) I europeisk litteratur går enkelte forfattere langt i å utelukke identifikasjon ved å begrense adgangen til rene omgåelsestilfeller, eller ved å stille krav om dominerende innflytelse i det selskapet det skal identifiseres med, altså en eierandel på over 50 %. Det er klart at ingen av disse kriteriene passer på nærværende sak.
- (51) At identifikasjon er utelukket mellom en minoritetsaksjonær og et aksjeselskap støttes også av en parallell til reglene om tildeling av kontrakter i egenregi. De nærmere krav til eierandel som oppstilles for å kunne anvende reglene om egenregi, jf forsyningsforskriften § 10 (1) bokstav 1, jf også EF-domstolen sak C-107/98 (Teckal) for klassisk sektor, underbygger synspunktet om at det under enhver omstendighet må kreves en eierandel på over 50 % før det kan bli tale om identifikasjon i et tilfelle som det foreliggende.
- (52) Også en analogi til de norske aksjelovene støtter en slik forståelse. For at et selskap skal anses som nærstående kreves for eksempel slik bestemmende innflytelse som nevnt i asl og asal § 1-3 (2), noe som normalt forutsetter minst 50 % eierandel.
- (53) På denne bakgrunn er det ikke grunnlag for å identifisere en minoritetsaksjonær med en eierandel på 28.02 % av aksjene med et aksjeselskap.
- (54) Det er mulig at det kan gjøres unntak fra kravet til eierandel i tilfeller der en aksjonær i tillegg til eierandelen har en slik rolle i selskapet at vedkommende har en tilstrekkelig sterk innflytelse til samlet sett å legitimere en identifikasjon. Refsahls rolle i Ikon var ikke slik. Som styremedlem representerte han ikke selskapet på egenhånd, og hadde heller ikke kontroll over selskapet på en slik måte at det var naturlig å identifisere hans handlinger med selskapet.
- (55) Videre må det tas hensyn til at vurderingstidspunktet for avvisning er når anskaffelseskonkurransen gjennomføres. Det at en person tidligere hadde et representasjonsforhold for et selskap kan ikke danne grunnlag for avvisning dersom representasjonen har opphørt før anskaffelseskonkurransen gjennomføres.
- (56) Refsahl var daglig leder i Ikon frem til juni 2005, og har også utført oppdrag på vegne av Ikon. Det siste konsulentoppdraget opphørte imidlertid i august 2001, altså nærmere fem år før den aktuelle avvisningen fant sted. Forholdene er altså uten betydning for adgangen til å avvise Ikon, og for spørsmålet om identifikasjon. Refsahl var heller ikke tiltenkt noen rolle i den aktuelle leveransen, og var ikke tatt med på listen over konsulenter som ble levert til FLO.
- (57) Det foreligger således ikke rettslig grunnlag for identifikasjon mellom Ikon og Refsahl, og avvisningen medfører av den grunn et brudd på anskaffelsesregelverket.

Særlig om Refsahls inhabilitet

- (58) Uavhengig av spørsmålet om identifikasjon anføres:
- (59) Det forhold som førte til at Dalseideutvalget vurderte Refsahl som inhabil kan under enhver omstendighet ikke gi FLO grunnlag for å avvise Ikon fra konkurransen. Det skal mye til før avvisning kan skje etter § 8-12 (2) d. I den sammenheng må det tas hensyn til forsømmelsens karakter, hvor lang tid det er gått fra forsømmelsen fant sted, og i hvilken grad forsømmelsen preger leverandørens opptreden. Tilsvarende vil kunne utledes av proporsjonalitetsprinsippet som også setter grenser for bruk av § 8-12 (2) d, jf også Arrowsmith, 2. utg, 2005, s 748 og Dragsten/Lindalen, s 1133.
- (60) Det må her tas hensyn til at inhabilitetsreglene er objektive, og at granskningsutvalget ikke har fastslått at Refsahl faktisk utnyttet posisjonen til å oppnå uberettigede fordeler. Dalseideutvalget presiserer også at det ikke er grunnlag for å så tvil om valget av SBS som kontraktspart, eller om utformingen av de nærmere vilkår i avtalen. Inhabilitet der posisjonen ikke har blitt utnyttet medfører ikke at et selskap "i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje".
- (61) Det er ikke sannsynliggjort at Refsahl eller Ikon har utnyttet den tilknytningen mellom Ikon og SBS.
- (62) "Samarbeidsavtalen" mellom Ikon og SBS var en standardavtale inngått i forbindelse med at Ikon skulle levere tjenester til SBS i forbindelse med et prosjekt for Skattedirektoratet. Det ble aldri diskutert eller innledet et nærmere samarbeid mellom partene, og samarbeidsklausulen som er gjengitt i Dalseideutvalgets rapport har aldri hatt noen realitet.
- (63) Ikons leveranser til Forsvaret og SBS underbygger ikke at den påståtte inhabiliteten har blitt utnyttet. Ikon hadde helt fra 1997 hatt leveranser for Forsvaret. Da utvikling av IKT-løsninger ble flyttet fra Ikon til SBS i forbindelse med inngåelse av FISBasiskontrakten var det naturlig for SBS å knytte til seg utviklingskompetanse med bakgrunn fra Forsvaret. Dette var også ønsket av forsvaret som forespurte Ikon om å bidra med kompetanse fra første halvår 2001 etter hvert som SBS fikk oppdrag fra Forsvaret. Det var Forsvaret selv som avropte navngitte ressurser fra Ikon, og så sent som i 2006 ble Ikon tildelt tre rammeavtaler med Forsvaret.
- (64) Ikon påpeker at Forsvaret ble informert om at Ikon hadde konsulenter i oppdrag for potensielle leverandører i FISBasis-prosjektet før selskapet påtok seg oppdraget som Forsvarets forhandlingsleder. Dette gjaldt både i forhold til SBS og Telenor.
- (65) Forsømmelsen kan på denne bakgrunn ikke anses som veldig alvorlig. Inhabilitetsforholdet ligger videre langt tilbake i tid, og det er ikke tale om gjentakende forsømmelser.

Representasjon

- (66) Til Innklagedes anførsel om representasjon bemerkes:
- (67) Ikon har kostnadsført representasjon med kr 450.000,- knyttet til Forsvaret i perioden 1998-2005. Dette omfatter langt mer enn representasjon overfor Forsvarsansatte, og

må ses i sammenheng med selskapets omsetning og hva som er definert som representasjon. Ikons representasjonsutgifter ble ikke kritisert eller nevnt i Dalseiderapporten, og danner ikke grunnlag for overtredelse av § 8-12 (2) d. For å konkludere med overtredelse på dette pkt må det foretas en vurdering av hvor mye av den totale representasjon som retter seg mot forsvarsansatte, hvilken type representasjon det dreier seg om, og hvor store beløp det dreier seg om pr person.

- (68) På arrangementet "OL ti år etter" deltok to forsvarsansatte, som også er personlige venner av flere Ikon representanter, men disse personene var ikke i en slik stilling at de kunne forberede eller treffe beslutninger av betydning for Ikon.
- (69) For klagers anførsler om avvikende opplysninger på størrelsen på representasjonsutgiftene fra Ikon, vises det til den faktiske redegjørelsen på dette punkt.

Refsahls mottak av fordeler

- (70) Eventuell kundepleie som Refsahl har mottatt har ingen tilknytning til Ikon.

Erstatning

- (71) KOFA bes uttale seg om hvorvidt vilkårene for erstatning foreligger. Etter klagers syn er det grunnlag for å kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen, i det den feil som er begått ved avvisningen er vesentlig, og det er sannsynlig at Ikon ville fått kontrakten om avvisning ikke hadde skjedd.
- (72) Subsidiært har Ikon krav på erstatning for den negative kontraktsinteressen som følge av at FLO har konstruert en begrunnelse for å utsette tildeling av kontrakt. Den begrunnelsen som fremkom i korrespondansen før kontraktstildeling, samsvarer ikke med den reelle begrunnelsen som var at man avventet Dalseideutvalgets rapport. Ikon innrettet seg etter den formelle begrunnelsen, og pådro seg forberedelseskostnader i denne sammenheng. FLO har ved å ikke kommunisere den reelle begrunnelsen for utsettelse, brutt de grunnleggende krav til oppdragsgivers opptreden i LOA § 5.
- (73) Dersom nemnda kommer til at FLO rettmessig kunne avvise Ikon basert på begrunnelsen i brevet av 22. juni 2006 har klager ikke krav på erstatning.

Innklagedes anførsler:

Krav om angivelse i kvalifikasjons- eller konkurransegrunnlag

- (74) Anskaffelsesregelverket inneholder ikke noe krav om angivelse av mulig bruk av avvisningsadgangen i § 8-12 (2) d, eller angivelse av relevante bevis i avvisningsvurderingen. Sammenhengen mellom første og annet ledd i § 8-12 tyder på at det ikke gjelder en slik plikt., og det kan heller ikke utledes noe slikt krav av de grunnleggende bestemmelsene i LOA § 5 tredje ledd. Forutberegneligheten er ivarettatt ved at avvisningsmuligheten er inntatt i forskriften. Kravet til forutberegnelighet innebærer videre en plikt til å følge regelverket, jf Rt 2001 s 473.
- (75) NHDs veileder til forskrift om offentlige anskaffelser av 2001, angir i kap 13.3 at det ikke kreves at den mulige anvendelsen av dette avvisningsgrunnlaget skal fremgå av kunngjøring eller konkurransegrunnlag.

(76) Henvisningene til juridisk litteratur som klager oppgir er misvisende, og det kan ikke utledes noe slik krav derfra. Henvisningene til direktiv 2004/18 er irrelevante, siden bestemmelsene ikke ble implementert i norsk rett før i 2007.

(77) Det kan stilles spørsmål ved om det overhodet er adgang til å gi et forbeholdsløst tilsagn om at leverandører som har gjort seg skyldige i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske bransjekrav ikke vil bli avvist.

Om bevisvurdering og krav til kontradiksjon ved avvisning etter § 8-12 (2) d

(78) Det gjelder ikke et krav om at leverandøren skal få uttale seg og fremlegge bevis før avvisningsvedtak fattes etter bokstav d. Avvisning etter denne bestemmelsen skjer etter en fri bevisvurdering fra oppdragsgiver, og skiller seg fra de øvrige bestemmelsene omhandlet i § 8-12 tredje ledd, ved at leverandørens uskyld ikke kan godtgjøres ved å fremlegge en attest. Denne forståelse støttes av NHDs veileder til FOA, pkt 13.3.

(79) Avvisningsvedtak ble fattet på bakgrunn av de funn som fremkom av Dalseiderapporten. Behovet for kontradiksjon omkring de påberopte forsømmelser mot faglige og etiske bransjekrav ble ansett ivaretatt gjennom utvalgets behandling av spørsmålene.

Om den opprinnelige begrunnelsen for avvisning

(80) Begrunnelsen for avvisning kunne vært mer utfyllende, men dette har ikke hatt betydning for de avveininger som er gjort i saken. I begrunnelsen i telefaks av 22. juni 2006 er det fokusert på Refsahls forhold. Identifikasjon mellom Refsahl og Ikon er tilstrekkelig grunn til å avvise Ikon. Anførelsene som nå gjøres gjeldende under saksforberedelsen for KOFA innebærer bare en utdypning av den opprinnelige begrunnelsen. Også Ikons egne handlinger er likevel i seg selv tilstrekkelig grunnlag til å avvise klager.

(81) Uansett er en svikt i begrunnelsen uten betydning for gyldigheten av en avgjørelse, med mindre svikten har virket inn på avgjørelsens innhold, jf prinsippet bak forvaltningsloven § 41. Også innenfor anskaffelsesregelverket skal avgjørelsens rettmessighet vurderes opp mot det objektivt sett riktige faktum, og ikke nødvendigvis mot det som fremgår av begrunnelsen. I denne saken er det fremlagt ytterligere forhold som viser avvisningens forankring i regelverket, og disse forholdene kan ikke svekke avvisningens rettmessighet.

Om Refsahls inhabilitet

(82) Refsahl var Forsvarets forhandlingsleder ved inngåelsen av FISBasis-avtalen. Refsahl var innleid konsulent, og leverte tjenester gjennom Ikon hvor han var daglig leder, og eide i underkant av 30 % av aksjene.

(83) Granskningsutvalget konkluderte med at Refsahl var inhabil til å delta i inngåelsen av FISBasis avtalen. Etter FLOs oppfatning står man overfor et klart klanderverdig tilfelle av inhabilitet, siden både Ikon og Refsahl hadde en økonomisk egeninteresse av et bestemt utfall. Ikons omsetning mot Forsvaret og SBS økte etter inngåelsen av FISBasis-avtalen, og denne omsetningen utgjorde en vesentlig del av Ikons totale omsetning, jf rapporten s 143.

- (84) I vurderingen av Refsahls inhabilitet påpekte Dalseideutvalget på s 147, at selv om det på grunn av inhabilitetsreglenes objektive karakter ikke var nødvendig å ta stilling til om Refsahl hadde utnyttet sin stilling hadde Ikon fått oppdrag fra SBS i tilknytning til FISBasis prosjektet.
- (85) Det kan på denne bakgrunn ikke utelukkes at Ikon eller Refsahl personlig har utnyttet den særlige tilknytningen mellom Ikon og SBS. Refsahls rolle som forhandlingsleder må under enhver omstendighet utgjøre en alvorlig forsømmelse mot etiske bransjekrav.
- (86) Når Ikon er den direkte begunstigede av de alvorlige etiske bruddene som Refsahl har begått, og Refsahl på dette tidspunkt opptrådte på vegne av selskapet, må det kunne reageres direkte mot Ikon på dette grunnlaget. I tillegg kan Ikon uansett identifiseres med Refsahls handlinger, jf nedenfor.

Om Refsahls mottak av personlige fordeler

- (87) Refsahl er i tillegg til det ovennevnte også fremhevet som en av to personer (omtalt som "person 2") som har mottatt kundepleie for et vesentlig beløp. Det vises til Dalseiderapporten s 156 flg.

Om Ikons kundepleie

- (88) Ikon har i følge Dalseiderapporten drevet kundepleie overfor forsvaret i et omfang som i det minste er problematisk i forhold til tjenestemannslovens gaveforbud. Selv om forbudet i tjenestemannsloven retter seg mot mottakeren er forbudet likevel relevant i forhold til vurderingen om Ikon har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot etiske bransjekrav.
- (89) Av den foreløpige interne granskningsrapporten som Dalseideutvalget fikk tilsendt fra Ikon fremgikk det at Ikon hadde brukt kr 936.793,- til kundepleie overfor forsvaret i perioden 1998-2005. Det konstateres at det dreier seg om et betydelig avvik fra de kr 450.000,- som Dalseideutvalget opprinnelig fikk seg forelagt.
- (90) FLO peker også på et arrangement som i særlig grad peker seg ut, "OL ti år etter". Dette arrangementet er ikke nevnt i Dalseiderapporten, men informasjonen er gjort kjent gjennom rapportens underlagsmateriale. Ikon inviterte med forsvarsansatte med følge til et arrangement uten faglig innhold til en verdi av kr 10-15.000,- pr forsvarsansatt. De forsvarsansatte hadde innflytelse på Forsvarets kundeforhold med Ikon.
- (91) Med sin kundepleie har Ikon etter dette gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige bransjekrav. Det bemerkes for øvrig at det i Ikons interne granskningsrapport under sterk tvil ble konkludert med at forholdet ikke ble rammet av korrupsjonsbestemmelsene, men at forholdet var klart kritikkverdig.

Om identifikasjon Ikon – Refsahl

- (92) Med "leverandøren" jf § 8-12 (2) d, siktes det ikke bare til de formelle forhold. For å motvirke konkurranseskadelig opptreden er det nødvendig å se ikke bare på de formelle forhold, men på de reelle omstendighetene. FOA § 8-12 (3) kan ikke fortolkes som om den utelukker identifikasjon, slik klager hevder.

- (93) Fravær av eksplisitte lovfestede identifikasjonsregler utelukker ikke at identifikasjon kan finne sted. Selv i forhold til straffesanksjoner er dette godtatt, sml Rt 2002 s 1722.
- (94) Reglene om egenregi, som Ikon påberoper seg, reiser særlige spørsmål, og kan ikke uten videre overføres til den foreliggende situasjon.
- (95) Identifikasjon må kunne skje uavhengig av om det foreligger omgåelseshensikt. En annen forståelse ville pålagt oppdragsgiver bevisbyrden for at slik hensikt foreligger, og ville gjort reglene vanskelige å praktisere. Hensynet til effektiv håndhevelse er anerkjent innen EU-retten, herunder hensynet til å oppnå formålet med den enkelte regel.
- (96) Arrowsmith oppstiller ikke noe minstekrav til 50 % eierandel. Det er derimot naturlig å forstå henne som at identifikasjon automatisk kan skje når et selskap har dominerende innflytelse over det andre.
- (97) FLO påberoper seg ikke identifikasjon utelukkende fordi Refsahl har en eierpost i Ikon. Identifikasjon må skje etter en konkret helhetsvurdering. Det må ses hen til at Refsahl var en av etablererne av Ikon, og at han var daglig leder av selskapet frem til juli 2005. Det var således et nærmere forhold mellom Refsahl og Ikon ut over det som naturlig følger av hans eierandeler.
- (98) Et tungtveiende moment i vurderingen av om Ikon AS skal svare for de forsømmelser Refsahl har gjort seg skyldig i, er at det var Ikon som var direkte mottaker av den økonomiske gevinsten som etter Dalseideutvalgets oppfatning gjorde Refsahl inhabil til å ta del i Forsvarets FISBasis-avtale med SBS. Refsahls økonomiske gevinst kom indirekte som følge av hans eierandeler i selskapet. Som det fremgår av utvalgets rapport på s 144 har Ikon fått utbetalt over kr 160 millioner fra Forsvaret og SBS. Hoveddelen av dette beløpet gjelder tjenester til FISBasis-prosjektet.
- (99) FLO finner på denne bakgrunn at Refsahls opptreden skal tillegges vekt i vurderingen av Ikon.

Behovet for å avise Ikon/proporsjonalitet

- (100) Det var nødvendig, og ikke uforholdsmessig, å avvise Ikon av hensyn til den manglende tilliten til at leverandøren vil levere i tråd med kontrakten og alminnelige forretningsnormer, samt behovet for å markere at FLO tar avstand fra den opptreden som ble avdekket gjennom Dalseideutvalgets undersøkelser. Dette er en legitim vurdering som klagenemnda kun i begrenset grad kan overprøve, sml Arrowsmith s 754, og bl.a. Ot prp nr 71 (1997/98) s 67.
- (101) Konkurransen i nærværende sak gjelder leveranser overfor samme oppdragsgiver og av lignende karakter som for kontrakten der overtredelsene fant sted. Det har gått noe tid siden forseelsene fant sted, men Ikon har ikke gått til skritt for å normalisere sitt kundeforhold med Forsvaret. De fleste av de enkeltpersoner som har tatt del i de aktuelle forsømmelsene har fortsatt fremtredende posisjoner hos leverandøren. Det bemerkes at det var Refsahl selv som besvarte henvendelsen fra Dalseideutvalget til Ikon, selv om henvendelsen ble rettet mot Ikon som sådan.

Erstatning

- (102) Det er ikke grunnlag for krav på erstatning. Et eventuelt brudd på avvisningsreglene vil her uansett ikke utgjøre en vesentlig feil. Det vises til at FLO har fulgt prosedyren beskrevet i av NHD, og at forholdene avdekket av Dalseideutvalget ga grunnlag for mistro til leverandøren. Videre bemerkes at § 8-12 (2) d har vært lite brukt, og at FLO har innrettet seg lojalt etter tilgjengelige kilder, slik at FLO vanskelig kan sies å ha opptrådt klanderverdig.
- (103) Det er ikke uten videre sannsynlighetsovervekt for at Ikon ville fått kontrakten dersom selskapet ikke var blitt avvist.

Klagenemndas vurdering:

- (104) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 2001 del I og II, jf. forskriftens § 2-2, jf § 2-1. Gjeldende regelverk om anskaffelser til Forsvaret (ARF – FOR 2004-09-01 nr 1270) gjelder i følge pkt 1.2.4. bare subsidiært i forhold til regelverket om offentlige anskaffelser med mindre det er tale om anskaffelser der unntakene i lovens § 3 og forskriftens § 1-3 slår inn, jf EØS-avtalens Art 123. ARF er ikke påberopt av noen av partene. Nemnda legger til grunn at klagen utelukkende skal vurderes etter regelverket om offentlige anskaffelser. For sammenhengens skyld nevnes at ARF pkt 1.9.3.3. jfr pkt 2.10 e) gir hjemmel men ikke plikt til å avvise leverandører som ved rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår yrkesmessigandel eller som har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.

Formalia: Krav om angivelse i kvalifikasjons- eller konkurransegrunnlag

- (105) Det følger ikke noe uttrykkelig krav om forhåndsmeddelelse i kunngjøring, kvalifikasjonsgrunnlag eller konkurransegrunnlag etter lov eller forskrift om offentlige anskaffelser (FOA 2001).
- (106) NHDs veileder til FOA av 2001 gir i pkt 13.3, på s 60, uttrykk for at det ikke på forhånd er nødvendig å stille krav knyttet til anvendelse av § 8-12 (2) d i konkurransegrunnlaget.
- (107) Om rettstilstanden før implementering av EU-direktiv 2004/18 anføres det i Arrowsmith, *The Law of public and utilities procurement*, 2. utg, (heretter Arrowsmith) s 758 om Reg. 14 (som er en tilsvarende bestemmelse i engelsk rett som FOA 2001 § 8-12):

“When an entity seeks to reject a provider for reasons related to financial or technical standing, it must give certain information on its requirements in the contract notice or in the invitation to tender. However there are no explicit requirements to disclose any reg. 14 grounds for exclusion that the entity intends to invoke, or any details on how these might be applied...”

Another Question is whether the conditions for exclusion must be laid down in advance. It might be argued that this is required for some of the reg. 14 criteria, notably on convictions and misconduct, because of the potentially broad discretion

involved and hence the potential for abuse – for example, by excluding firms for very minor convictions for discriminatory reasons. Even if this is not required by law, in practice it seems advisable to develop a formal policy on disqualifying providers based on criminal convictions, to safeguard against allegations of abuse.”

- (108) Klagenemnda forstår forfatteren dit hen at hun mener at innkjøper ikke er forpliktet til å oppgi på forhånd noen av de avvisningsgrunner som er angitt i reg. 14, og derved i FOA § 8-12. Deretter stiller hun spørsmål ved om vilkårene for å anvende de mest skjønnsmessige bestemmelsene, herunder bestemmelsen tilsvarende FOA § 8-12 (2), må oppgis på forhånd for å unngå misbruk av skjønnsfriheten. Nemnda oppfatter dette som et spørsmål om kriterier som snevrer inn skjønnsfriheten ved anvendelsen av bestemmelsen må oppgis på forhånd. Arrowsmith gir videre uttrykk for at dette ikke er påkrevd etter loven, men at det ”seems advisable” å utvikle en formell praksis på avvisning for å sikre seg mot beskyldninger.
- (109) Nemnda kan videre ikke se at det følger av kravet til forutberegnelighet i LOA § 5 at oppdragsgiver skal måtte oppgi muligheten for anvendelse av forskriftens § 8-12 (2) d på forhånd. Leverandørene er tilstrekkelig kjent med denne muligheten gjennom forskriftens bestemmelse. Klagers anførsel om at en slik plikt er forutsatt i § 8-12 (3) er det åpenbart ikke grunnlag for.
- (110) For anskaffelser omfattet av ny forskrift FOA 2006, som implementerer EU-direktiv 2004/18, kan det synes som om oppdragsgiver i det minste må gjøre en generell henvisning i kunngjøringen til avvisningsbestemmelsene i FOA § 20-12, som tilsvarende direktivets artikkel 45. Dette synes å følge av direktivets tillegg VII nr 17, jf innledningen til direktivet avsnitt 40, jf også Arrowsmith, s 760 – 761. Rett nok kan disse bestemmelsene ikke gjøres gjeldende for anskaffelser foretatt under FOA 2001. Det må allikevel kunne reises spørsmål ved om ikke både gammel (2001) og ny forskrift (2006) gir den nødvendige forhåndsinformasjon om risikoen for avvisning ved fagets forsømmelser, dette når forskriftens ses i sammenheng med lovens § 5. Behovet for eksplisitt forhåndsinformasjon kan være mer naturlig i land der det ikke gis egne forskrifter som de norske, slik som f.eks i Danmark, der direktivene for anskaffelser på EU-nivå gjelder som lov uten ytterligere utfyllende forskrifter.
- (111) Etter dette kan nemnda ikke se at innklagede var forpliktet til å angi på forhånd at det var en mulighet for at avvisningsadgangen etter § 8-12 (2) d kom til å bli benyttet.
- (112) Når det under en pågående tildelingsprosess kommer opp ved offentlig granskning (her Dalseideutvalget) at en leverandør som deltar i konkurransen kan antas å ha gjort seg skyldig i bransjeetiske lovbrudd i fortid, må dette kunne lede til avvisning selv om forholdet ikke er tatt opp i den første begrunnelse. Nemnda er ikke enig i at forskriftens § 10-3 (3) stenger for dette.

Formalia: Krav til kontradiksjon

- (113) Klager har anført at grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen ikke er overholdt med hensyn til de forhold som ikke knytter seg til den opprinnelige begrunnelsen. Det grunnleggende kravet til kontradiksjon er således ikke overholdt for andre forhold enn spørsmålet om identifikasjon mellom Ikon og Refsahl.

- (114) EU-direktivene som FOA 2001 § 8-12 (2) d bygger på, fastslår at oppdragsgiver kan bygge på regelbrudd som er "proven by any means which the contracting authorities can justify", jf for eksempel tjenestedirektivet 92/50 artikkel 29, bokstav d. Bestemmelsen forutsetter etter nemndas oppfatning en stor frihet til å innhente grunnlaget for avvisning på den måten oppdragsgiver finner hensiktsmessig, både når det gjelder overtredelsens art og i spørsmålet om overtredelsen kan tilskrives leverandøren. Anskaffelsesregelverket pålegger også oppdragsgiver å dokumentere hvilke forhold som er vektlagt i avvisningsvurderingen, jf kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i LOA § 5.
- (115) Avvisning etter forskriftens § 8-12 (2) d er en alvorlig sak for den det gjelder og må derfor skje under iakttagelse av god forvaltningsskikk, jfr også lovens § 5 første ledd og uttalelser i NOU 1997:21 på s 137. I dette ligger at klager etter en konkret vurdering av omstendighetene normalt må få rimelig anledning til å imøtegå beskyldninger om bransjeetiske forsømmelser. Dalseide-granskningen - som innklagede i stor grad har bygget på - ble gjennomført med høy grad av kontradiksjon. Regelverket oppstiller ikke særlige krav til fremgangsmåten ved forberedelse av avvisningsvedtak etter § 8-12 (2) d bortsett fra kravet i § 8-13 om at avvisning skal avgjøres og meddeles snarest mulig. Anskaffelsesmyndigheten må i ettertid kunne sannsynliggjøre at vilkårene har foreligget. Innklagedes beslutning om avvisning har under forberedelsen for klagesaken vært gjenstand for omfattende og grundig behandling både om de faktiske og de rettslige forhold. Spørsmålet om identifikasjon i forlengelse av Dalseiderapporten gjelder tolkningen av den hjemmel innklagede har påberopt seg for avvisning. Dette spørsmål samt identifikasjonsspørsmålet i saken er grundig belyst i omfattende prosessskrifter mellom innklagede og klagerens prosessfullmektig. Nemnda mener at klageren alt i alt er blitt hørt med sine anførsler om at avvisningen var lovstridig og kan ikke se at det utgjør et brudd på kontradiksjon at innklagede ikke tok opp identifikasjonsspørsmålet i full bredde da avvisningen fant sted..

Materielle spørsmål i saken

- (116) Saken reiser spørsmål om bransjeetiske krav i anbudsprosessen vedrørende henholdsvis habilitetskrav til innleid konsulent som bistår anskaffelsesmyndigheten og om grensene for lovlig kundepleie betalt av leverandør som ønske å oppnå kontrakt med Forsvaret. I begge disse relasjoner oppstår et særlig spørsmål om identifikasjon mellom Refsahl og klager - foretaket Ikon. Dalseideutvalgets mandat var i første rekke å utrede korrupsjonsmistanker ved Forsvarets IKT-kontrakter generelt. Identifikasjonsspørsmål i samspill mellom personer og foretak lå ikke sentralt i dette. Klagenemnda behandler derimot den enkelte tilbyderes forhold til anskaffelsesmyndigheten og må derfor trekke opp klarere linjer mellom foretak som har levert tilbud og de personer og aktører som det er spørsmål om å identifisere foretaket med når regelverket skal tolkes. Fokus i klagesaken er dermed et noe annet enn det som forelå for Dalseideutvalget, selv om utvalgets funn og påpekninger gir et naturlig utgangspunkt for behandlingen av klagesaken så langt slike ikke er bestridt

Generelt om identifikasjon ved bransjeetiske forsømmelser

- (117) Med henvisningen til "leverandører" tyder ordlyden i FOA § 8-12 (2) d isolert sett på at det er den formelle leverandøren som deltar i konkurransen som skal vurderes mot bestemmelsen i bokstav d. En slik snever forståelse ville medført at bestemmelsen var lett å omgå. Dette ville utelukke identifikasjon i tilfeller der

omgåelseshensikt ikke er tiltenkt, eller kan bevises, men der identifikasjon etter en konkret vurdering likevel fremstår som naturlig. Etter klagenemndas oppfatning må således identifikasjon kunne skje i tilfeller der det er tette bånd mellom formell leverandør og fysiske eller juridiske personer hvis handlinger rammes av avvisningsgrunnen i § 8-12 (2) d.

(118) EU-direktivene som ligger til grunn for FOA § 8-12 (2) d, omhandler ikke problemstillingen knyttet til identifikasjon mellom formell leverandør og assosierte foretak eller personer. Spørsmålet er heller ikke berørt i forarbeidene til 1999-loven NOU 1997:21 eller i den departementale Veileder fra 2001.

(119) Fra direktiv 2004/18 (det nye direktivet for klassisk sektor) art 45 (1) siste pkt kan imidlertid hitsettes:

“Having regard for the national laws of the Member State where the candidates or tenderers are established, such requests shall relate to legal and/or natural persons, including, if appropriate, company directors and any person having powers of representation, decision or control in respect of the candidate or tenderer.”

(120) Det nye direktivet åpner således for identifikasjon ved at det (kan) stilles krav om informasjon med hensyn til et firmas nøkkelpersonell. Direktivet, som ligger til grunn for den norske bestemmelsen i FOA 2006 § 20-12 (1) e, kan ikke anvendes direkte i nærværende sak, men det er etter nemndas oppfatning naturlig i dette tilfellet å anta at hensynene knyttet til behovet for identifikasjon er de samme som under de tidligere direktivene.

(121) Det foreligger ikke praksis fra EF-domstolen, KOFA eller fra norske domstoler som tar stilling til identifikasjonsspørsmålet etter FOA § 8-12 (2) d og de tilsvarende bestemmelsene i EU-direktivene.

(122) I juridisk litteratur behandles problemstillingen bl.a. av S Arrowsmith på s 749-751.¹ Fra hennes fremstilling på s 750, hitsettes:

“...there are probably cases in which another company in the same group, or an individual closely associated with a company can be treated as the “same” company for the purpose of applying reg. 14. There are many contexts in the domestic law of Member States in which the courts “pierce the veil” of corporate personality to treat legally separate entities as the same entity.”

(123) Arrowsmith legger videre til grunn at avvisning og identifikasjon klart må kunne skje der leverandøren er 100 % eiet av et annet firma, og morselskapet er ilagt straff for et forhold som kvalifiserer til avvisning. Arrowsmith anfører at medlemslandene og innkjøperne må ha et vidt skjønn knyttet til praktisering og regelutvikling knyttet til identifikasjon, men at skjønnets likevel ikke er helt fritt. Eksempelvis trekker Arrowsmith frem at firmaer trolig bare kan identifiseres automatisk med hverandre der det ene har dominerende innflytelse over det andre. Klagenemnda kan slutte seg til denne oppfatningen, men presiserer på bakgrunn av klagers anførsler, at det med

¹ Merk også s 1310-1312 om den nye skal regelen i det nye direktivet FOA 2006 § 20-12.

dette ikke er gitt uttrykk for at identifikasjon ikke kan skje i andre tilfeller etter en konkret vurdering.

- (124) Videre anfører Arrowsmith, på s 751, at en innkjøper kan avvise en leverandør som følge av nøkkelpersonalets handlinger. Det er lite tvilsomt at dette også må gjelde som et generelt prinsipp i norsk rett, jf f eks skadeserstatningslovens § 2-1.

- (125) I en artikkel publisert i (2006) 31 European Law Review s 711 flg behandler S Williams spørsmålet om identifikasjon ved avvisning etter det nye direktivet og peker (s 724-725) på det argument

“...that a firm should always be held responsible for the corrupt activities of its employees...where...it is determined that the corrupt activities benefited the firm as opposed to the employee as an individual”

- (126) samtidig som det påpekes

“...that the subject of the related persons presents considerable problems”

- (127) med tilføyelse om at amerikanske erfaringer

“...has shown that even when firms have been excluded from government contracts they are still often able to secure contracts through a complex network of subsidiaries, affiliates and related companies owned by the same principals that own the excluded firm.”

- (128) Nemnda antar at identifikasjonsspørsmålet må drøftes og løses som et anliggende for norsk nasjonal rett i mangel av bindende føringer som kan utledes av direktivene, lovtekst med forarbeider og reelle hensyn. Det vises generelt til Aa T Falkanger, God tro (1999), avsnittet om identifikasjon i aksjeselskapsforhold s 449 flg, særlig s 450-452 (om aksjeposter) og s 453-458 (om styremedlemmer).

Habilitetsspørsmål – interessekonflikt - identifikasjon Ikon – Refsahl

- (129) Det første kritikkverdige forhold har bestått i at Refsahl som Forsvarets forhandler har hatt egeninteresser både på egne og Ikons vegne. Ikon var sikret fordeler ved avtaler tildelt SBS, og Refsahl ville som aksjonær dermed også blitt begunstiget. At en slik interessekonflikt bryter med habilitetsregler for offentlige anskaffelser er fastslått av Dalseideutvalget og for så vidt uomstridt, jfr forskriftens henvisning i § 3-4 til forvaltningsrettslige habilitetsregler i forvaltningslovens §§ 6-10.

- (130) Spørsmålet i vår sak er om Refsahls brudd på habilitetsreglene også kan tilskrives Ikon som er tilbyder og klager i vår sak – og om dette er en tilstrekkelig avvisningsgrunn etter forskriftens § 8-12 (2) d.

- (131) Refsahl representerte Ikon da han ble engasjert som Forsvarets forhandlingsleder ved inngåelse av FISBasis-kontrakten i 2001. Refsahl opptådte da både for seg selv og som Ikons representant, og hadde dermed en kritikkverdig dobbeltrolle i og med at Ikon allerede hadde en samarbeidsavtale, som redegjort for innledningsvis, med SBS. Nemnda legger - som Dalseideutvalget - til grunn at Refsahl var inhabil til å delta i kontraktsforhandlingene med SBS både i forkant av FISBasis-avtalen, og ved

senere forhandlinger og kontraktsmodifikasjoner. Nemnda er ikke enig med klager i at man av Dalseideutvalgets rapport kan slutte at Refsahl ikke utnyttet stillingen til uberettiget vinning for Ikon eller seg selv, men dette er ikke avgjørende for klagenemnda. Nemnda konstaterer at den posisjon Refsahl hadde, objektivt sett var egnet til å svekke tilliten ikke bare til ham, men også til foretaket Ikon, som han representerte for anledningen. Det forhold at Ikon også ble tildelt oppdrag fra SBS i tilknytning til FISBasis-prosjektet, var egnet til å svekke tilliten til Refsahl og Ikon ytterligere.

- (132) Etter nemndas oppfatning representerer denne dobbeltrollen et brudd på habilitetsreglene i forskriftens § 3-4 og utgjør samtidig en alvorlig forsømmelse mot etiske bransjekrav, jf FOA § 8-12 (2) d. Forsømmelsen er begått av Refsahl som Ikons representant, og under utføring av oppdrag for Ikon. Forsømmelsen er dermed åpenbart relevant å ta hensyn til ved spørsmålet om identifikasjon mellom Ikon og Refsahl.
- (133) Tidsforløpet fra forsømmelsen og til avvisningstidspunktet er relevant å ta hensyn til både i forhold til spørsmålet om identifikasjon kan gjennomføres ved avvisning, og i forhold til om avvisning fremstår som et uforholdsmessig tyngende inngrep, jf proporsjonalitetsprinsippet innen anskaffelsesretten.
- (134) I nærværende sak skjedde avvisning av Ikon i juni 2006. FISBasis-avtalen mellom Forsvaret og SBS ble inngått i januar 2001. Refsahl fortsatte å levere konsulenttjenester gjennom Ikon også frem til august 2001. Deretter leverte Refsahl sine konsulenttjenester gjennom RBR AS til april 2002, da han ble overført fra FISBasis-prosjektet og til Program Golf. Men han fortsatt som daglig leder av Ikon i tiden frem til 2005.
- (135) Etter nemndas oppfatning er den relevante tidsperioden tidligst fra april 2002 og til juni 2006, i overkant av fire år. Som nevnt ovenfor var Refsahls tilknytning til Ikon så tett at det ikke kan tillegges betydning at Refsahls virksomhet under FISBasis-avtalen senere ble overført fra Ikon og til RBR AS. I et tilfelle som dette, hvor Ikon og Refsahl både før og etter FISBasis-avtalen hadde løpende og omfattende oppdrag for Forsvaret, og forsømmelsen var begått i et kjerneområde i det forretningsmessige forholdet mellom Ikon, Refsahl og Forsvaret, kan ikke et slikt tidsrom representere noen tidsmessig skranke for identifikasjon. Nemnda bemerker at til sammenligning inneholdt kommisjonens opprinnelige forslag til den senere Art 45 i EU-direktiv 2004/18 (COM (2000) 275 final et krav til minstetid ved avvisning for domfellelse på fem år. Dette påbudet ble fjernet i den vedtatte bestemmelsen. Klagenemnda bemerker på denne bakgrunn at en periode på fem år mellom overtredelse og avvisning normalt ikke kan representere noen tidsgrense for identifikasjonsadgangen.
- (136) Etter dette er nemnda kommet til at FLO var berettiget til å identifisere Ikon med Refsahls forskriftsstridige dobbeltrolle som konsulent, slik dette er beskrevet ovenfor.
- (137) Nemnda kan ikke se at det å avvise Ikon for Refsahls dobbeltrolle var i strid med anskaffelsesreglenes alminnelige krav til proporsjonalitet. Forsømmelsen fremstår som klart egnet til å svekke tilliten til Ikon, slik Dalseiderapporten viser. FLOs vurdering knyttet til behovet for å distansere seg fra denne typen forhold hører under

innkjøpers skjønn, og nemnda finner ikke grunnlag for å overprøve FLOs vurdering her.

- (138) Ovennevnte forhold er som det fremgår alene tilstrekkelig til å danne grunnlag for avvisning av Ikon.

Kundepleie Refsahl

- (139) Nemnda vil også berøre klagerens andre anførsel vedrørende kundepleietiltak i forhold til Forsvarets innkjøpere.

- (140) FLO har anført at Refsahl har mottatt uberettigede fordeler for over kr 200.000,- i hovedsak av SBS, mens han på samme tid var engasjert av Forsvaret og at også dette forholdet må tilskrives Ikon.

- (141) Oversikten i Dalseiderapporten på s 157 viser at fordelene er mottatt i perioden fra august 2001 til mars 2004. Utvalget har konkludert med at Refsahl klart har mottatt gaver i strid med gaveforbudet, og med det kan utvalget ha ment tjenestemannsloven § 20. Refsahl var ikke beslutningstager, men var med på å tilrettelegge beslutningsgrunnlaget.

- (142) Også på dette punkt finner nemnda at Refsahl i sitt yrke har gjort seg skyldig i en alvorlig forsømmelse mot etiske bransjekrav, jf FOA § 8-12 (2) d. Gaveforbudet i tjenestemannslovens § 20 kan ganske visst ikke anvendes på en innleid konsulent som ikke er tjenestemann. Men fra juli 2003 ble det innført straffebestemmelser som gikk lenger enn tjenestemannslovens § 20. Forholdet mellom hovedregelen om korrupsjon i straffelovens § 276a og særregelen om påvirkningshandel i § 276c er søkt avklart i lovforarbeidene. Straffebudet i § 276a vil dekke utilbørlige fordeler i anledning stilling, verv eller oppdrag. Såkalt påvirkningshandel er i strl. § 276c definert som det å motta eller akseptere utilbørlig fordel for å påvirke utførelse av verv. Dette vil gjelde også privatpersoner som uten tjenestemannsstatus. Forholdet til hovedregelen om korrupsjon i strl § 276a er slik beskrevet i Ot pr nr 78 (2002-2003) under pkt 12.1.:

"Felles for de to alternativene i første ledd er at de retter seg mot utilbørlige fordeler som kreves, tilbys, gis eller mottas for å påvirke utføringen av en annens - altså en tredjepersons - stilling, verv eller oppdrag. Dersom påvirkningsagenten mottar en utilbørlig fordel i anledning av egen stilling, eventuelt eget verv eller oppdrag, må hjemmelen for et mulig straffansvar søkes i § 276 a. Dersom en saksbehandler i et forvaltningsorgan mot betaling påtar seg å påvirke en beslutning som skal fattes av lederen av forvaltningsorganet, er det derfor § 276 a som må anvendes, ikke § 276 c. Det samme gjelder om en ansatt i en privat bedrift tar seg betalt for å påvirke en av sine overordnede til å gå til innkjøp av produksjonsutstyr fra en bestemt leverandør."

Dette kan forstås slik at også tilrettelegging av beslutningsunderlag ved innleid konsulent omfattes av hovedregelen om korrupsjon – altså strl § 276a. Europarådskonvensjonen 1999 om straffbar korrupsjon, som lovproposisjonen

gjennomfører, har imidlertid en definisjon av påvirkningshandel ("trading in influence") som etter Art 12 forutsetter utilbørlig påvirkning av beslutningstager.:

"Article 12 - Trading in influence

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result."

Dette kan forstås slik at bruk av konsulenter som tilrettelegger for overordnet beslutningstager ved innkjøp skal vurderes etter regelen om påvirkningshandel. For anvendelsen av avvisningsregelen i forskriften på det foreliggende tilfelle har det ingen betydning om det er § 276a eller § 276c som dekker konsulentens kundepleie. Nemnda antar at Refsahl som innleid konsulent for å gi råd til sin oppdragsgiver om aktuelle anskaffelser fra juli 2003 uansett vil måtte vurderes enten etter § 276a eller § 276c for tiden etter 2003, da disse bestemmelsene trådte i kraft. Deltagelse i opplevelsesreiser uten faglig innhold betalt av potensielle leverandører kan etter dette være straffbart både for deltagende beslutningstagere og for personer som under slike arrangementer både nyter godt av arrangementet og som samtidig har motiv for å kombinere sitt konsulentverv for anskaffelsesmyndigheten med påvirkning for private leverandører, jf om kundepleie i forhold til innkjøper generelt nå Oslo tingretts dom 2006-10-27 i saken om Ullevål Universitetssykehus. Dommen anvender de nye korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven fra 2003 blant annet på to "smøreturer" som fant sted etter at lovendringene trådte i kraft. Dommen er påanket til lagmannsretten vedrørende dette. Tingretten anser det som utvilsomt at disse reisene var egnet til å rokke ved tilliten til mottageren (tiltalte nr 1 i saken). Retten bemerker at lovendringene nettopp var trådt i kraft slik at det må tas hensyn til tidligere sedvaner ved utilbørlighetsvurderingen - og da slik at vurderingen blir strengere ettersom reglene påvirker samfunnets syn. Ullevål-saken adskiller seg fra vår sak dels ved at "smøreturene" i vårt tilfelle tilgodeså ikke innkjøper, men en konsulent som nemnda allerede har ansett for å ha overtrådt habilitetsreglene, dels ved at de aktuelle reiser i tid ligger inntil 2 år før lovendringen, dels ved at Refsahls forhold dermed bare etter juli 2003 kunne sies å være lovregulert - og ved at de deltagende innkjøpere fra Forsvaret var innforstått med hvordan reisene ble finansiert.

- (143) Før 2003 var det ingen lovregler innrettet spesielt på private konsulenter slik som nå straffelovens korrupsjonsregler. Tjenestemannslovens § 20 gjelder for offentlig ansatte og innleie av arbeidstakere (§§ 3A og 3B) men ikke for tjenestekjøp, jf lovens § 1 nr 1. Markedsføringslovens § 6 omfattet gaver til ansatte for å forlede mottageren til ugrunnet fordel, men var før opphevelsen i 2003 (i forbindelse med innføringen av straffelovens korrupsjonsbestemmelser) ikke direkte anvendelig på

mottageren så lenge ikke utroskapsbestemmelsen i strl § 275 kom til anvendelse, og passet heller ikke på mellommenn i rådgiverposisjon.

- (144) Forskriftens § 8-12 (2) d forutsetter ikke straffbart forhold. Det er nok at det foreligger alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje. Det kunne altså også før 2003 være rom for en bransjeetisk vurdering av påvirkning ved arrangementer som leverandøren betaler for som "kundepleie".
- (145) Nemnda viser til listen over kundepleietiltak sitert ovenfor og mener at hele eller deler av denne listen må anses som utslag av uetisk samrøre. Når konsulenten har utsikt til egne personlige bekvemmelighetsfordeler av kostbare kundepleietiltak, betalt av potensielle leverandører som også deltok, i gråsonen mot det som er regulert på linje med korrupsjon, var dette også før 2003 i strid med bransjeetiske krav i næringslivet, slik Dalseideutvalget åpenbart også har sett det (Rapporten s 157, der imidlertid forutsetningen om tjenestemannslovens § 20 er diskutabel).
- (146) Hvorvidt klager Ikon også på dette punkt må identifiseres med Refsahl må bero på en konkret helhetsvurdering. Sentralt i denne vurderingen er etter nemndas oppfatning hvor nær forbindelse det er mellom partene, forsømmelsens karakter, og hvor lang tid det er gått siden forholdet fant sted.
- (147) Refsahl var gründer og daglig leder i Ikon fra oppstart i 1997 og frem til 2005 og dermed i hele det tidsrom da de aktuelle kundepleietiltakene ble gjennomført (i Dalseiderapporten anslått til 62 fordeler). Han var styremedlem på avvisningstidspunktet, og er gjennom sitt heleide selskap RBR AS fortsatt største aksjonær i firmaet. Om Refsahl mottok fordelene etter at han formelt var innleid av Forsvaret gjennom sitt eget selskap RBR AS er ikke avgjørende for nemndas vurdering. Forholdet må ses i sammenheng med at Refsahl frem til august 2001 hadde levert tjenester på vegne av Ikon, at han fortsatte som konsulent for Forsvaret, samtidig som hans tette tilknytning til Ikon som daglig leder frem til 2005, styremedlem og største aksjonær forble uendret. Når daglig leder i virksomheten bryter bransjeetiske krav i sin befattning med oppdrag og tjenester for det offentlige og ved dette svekker tilliten både til seg selv og til sin prinsipal, får det mindre betydning om vedkommende har handlet i egen interesse eller også til fordel for det selskap han leder. I dette perspektiv får størrelsen på Refsahls aksjepost i selskapet heller ikke avgjørende betydning.
- (148) På grunn av den nære tilknytningen Refsahl hadde til Ikon i denne perioden som redegjort ovenfor, finner nemnda at også for dette forhold må Refsahl kunne identifiseres med Ikon.
- (149) Klagenemnda finner etter dette at FLO også for dette forholds vedkommende hadde rett til å avvise Ikon med hjemmel i FOA 2001 § 8-12 (2) d.

Kundepleie Ikon

- (150) Innklagede anfører at Ikon selv har drevet kundepleie ut over det akseptable og at dette gjelder selv om tjenestemannslovens § 20 ikke kommer til anvendelse, d v s før strl § 276 c trådte i kraft.

(151) Forholdet er dårlig belyst i saken og iallfall ikke i en grad som berettiger til karakteristikken "alvorlige forsømmelser mot faglige bransjekrav". Klager anfører at Ikons representasjonsutgifter ikke er kritisert eller nevnt i Dalseiderapporten. Klager tilbakeviser også at arrangementet "OL ti år etter" var egnet til å påvirke Forsvarets beslutninger om innkjøp. Forholdet er ikke tilstrekkelig opplyst og innklagedes anførsler på dette punkt kan derfor ikke tas til følge som grunnlag for avvisning etter forskriftens § 8-12 (2) d.

(152) Når nemnda har kommet til dette resultatet er det ikke grunnlag for å ta stilling til anførselene vedrørende andre forhold som eventuelt kunne dannet grunnlag for avvisning.

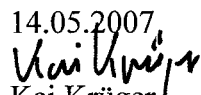
Begrunnelse

(153) Ut fra det resultat nemnda har kommet til tilfredsstiller brevet fra FLO av 22. juni 2006 regelverkets krav til begrunnelse. Nemnda går derfor ikke nærmere inn på klagers anførsler vedrørende etterfølgende begrunnelse.

Konklusjon:

Forsvarets Logistikkorganisasjon (FLO) har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

14.05.2007

Kai Krüger