



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av diverse prosjektadministrative oppgaver og detaljprosjektering i forbindelse med bygging av et ledningsanlegg. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved at det ikke var gitt klagefrist. Videre fant klagenemnda at innklagede hadde brutt kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet ved innhenting av referanser. Innklagede hadde også brutt regelverket ved at det under tilbudsevalueringen var benyttet et tildelingskriterium som ikke var oppgitt i konkurransegrunnlaget. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. juni 2007 i sak 2007/16 - 25

Klager: Aquapartner AS

Innklaget: Bykle kommune

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Siri Teigum, Jakob Wahl

Saken gjelder: Begrunnelse. Klagefrist. Innhenting og bruk av referanser. Ulovlig tildelingskriterium. Inhabilitet.

Bakgrunn:

- (1) Bykle kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 1. august 2006 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av diverse prosjektadministrative oppgaver og detaljprosjektering i forbindelse med bygging av et ledningsanlegg.
- (2) Innklagede benyttet Tveiten Rådgivende ingeniører AS (heretter kalt Tveiten) som rådgiver i forbindelse med anskaffelsesprosessen. Tveiten hadde blant annet utarbeidet konkurransegrunnlaget og gjennomførte tilbudsevalueringen.
- (3) Fra konkurransegrunnlagets punkt D "Anbudsreglar" hitsettes:

"4. Val av anbud.

Val av anbydar vert gjort etter ein vurdering av det, etter forhandling, økonomisk mest fordelaktige anbudet, og følgjande dokument som skal følgje anbudet vert saman med kostnadsmessige vurderingar ein del av grunnlaget for val av prosjekterande:

- *Dokumentasjon av firmakompetanse med referanseliste for tilsvarende prosjekt der kontaktpersonar for referansen skal vera oppgitt. Ein skal*

her oppgje referansar og kontaktpersonar både hos byggherrar og entreprenørar.

- Dokumentasjon av prosjektgruppas kompetanse, herunder evt. samarbeidande firma med CV'ar for:
 - Prosjekteringsleiar
 - Fagansvarlege
 - Øvrige sentrale medarbeidarar
- Rådgjevar sin status med omsyn til godkjenning av føretak etter Plan- og bygningsloven
- Framdrift, bemanning og kapasitet for oppdraget fram til anbudsutsending.
- Utreiing om korleis ein tenkjer seg å gjennomføre arbeidet (tracévurderingar, kartlegging/regulering av grunnforhold, evt. oppmåling m.v.)
- Pris

I vurderinga vil ein vektlegge kriteriane som følgjer:

- Fastprisdelen i anbudet 60 %.
- Regulerbar prisdelt i anbudet 10 %.
- Øvrige kriteriar i hverande punkt 30 %."

(4) Innen tilbudsfristens utløp 28. september 2007 hadde fem leverandører levert tilbud. Blant disse var Aquapartner AS (heretter kalt klager) og COWI AS som senere ble tildelt kontrakt.

(5) Fra klagers tilbud hitsettes fra punkt 3 "Referanser og prosjekter":

"3.1 Referanser og prosjekter

Aquapartner as har lang erfaring med tilsvarende prosjekter over hele landet. De nyeste prosjektene er nevnt under:

[...]

Gamvik kommune: - Detaljprosjektering/anbudsgrunnlag/kontrahering og byggeledelse av hovedledningsanlegg

Kontaktpersoner: Geir Karlstad, Karlstad Maskin og Transport (entreprenør)"

(6) Fra Tveitens evaluering av klagers tilbud hitsettes:

”

VALGKRITERIAR I PKT. D.4.	Kommentarar	Evaluering 1 → 6
[...]		
Kompetanse		

Referansar	Oppgjevne – OK	
Byggherre	Gamvik kommune v/ Harald Hovdevik. - Stort sett hatt mindre oppgaver. - Lite fagleg tyngde. Ønsker å gå over til andre. Hemsedal kommune v/ Jørgen Hagen. - Ikkje negativ, men ein undertone av "Greit nok" - Følgde ikkje prosjekta i byggetida, men godt fornøgd på overordna nivå. - Regelmessige telefonar om nye oppdrag.	3
Entreprenørar	Hemsedal Maskinlag v/ Rune Eikre. - Greie anbodsdokument. - Fekk med alt/Kanskje for mykje? Ikkje tillegg. - Ryddig oppfølging. - Ingen negative kjensler i etterkant. Turhus Maskin. - Saneringsarbeid/miljøgate. Gjev "pr. definisjon" at ikkje alt blir med. - Elles som opplyst av Eikre.	5
[...]		

”

(7) Fra Tveitens tilbudssammenligning hitsettes:

”

Evaluerings: Opprinnelig beslutning	Anbyder nr. 1: Aquapartner AS	Anbyder nr. 2: COWI AS	[...]
--	--	---	-------

Kompetanse

Referansar

- byggherre	3,0	6,0
- entreprenørar	5,0	6,0

Prosjektgruppe

- prosjekteringsleiar	3,0	6,0
- fagansvarleg	3,0	
- øvrig	2,0	5,5

Godkjenning

- pbl	4,0	6,0
-------	-----	-----

Oppdraget

- framdrift	4,0	6,0
- kapasitet/bemannning	2,0	6,0
- prosjektbeskrivelse	4,0	6,0

Etter forhandling

	4,0	5,0
--	-----	-----

Økonomi / Soliditet

	3,0	5,0
	37,0	56,5

[...]

Faktor etter pris

Fast	60,0	49,6
-------------	------	------

Regulerbar	8,5	7,4
-------------------	-----	-----

Sum evaluert på pris.	68,5	57,0
------------------------------	------	------

Øvrige kriterier etter forhandling	17,9	30,0
---	------	------

86,4

87,0

”

- (8) I brev av 27. oktober 2006 ble klager meddelt at COWI AS var tildelt kontrakt. I brevet var det inntatt en tabell som viste leverandørenes tilbudspriser etter forhandling, samlet score på priskriteriet og samlet score på øvrige kriterier. Videre stod det i brevet at *"[d]ersom det er merknader eller spørsmål til byggherren sin avgjerd, ber ein om at dette vert meddelt skriftleg til Tveiten AS i løpet av veke 44/06"*.
- (9) Klager ba i brev datert 31. oktober 2006 om å få tilsendt grunnlaget som var brukt for bedømmelse av øvrige kriterier enn pris. Henvendelsen ble besvart av Tveiten samme dag. I Tveitens brev var klagers poeng på alle punktene i tilbudsevalueringen oppgitt.
- (10) Klager tok ved brev av 1. november 2006 på ny kontakt med Tveiten. I dette brevet ble det spurt om hvilken karakterskala som var benyttet og en konkret begrunnelse for karaktergivningen per punkt, samt bedt om at det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler ble opplyst.
- (11) Tveiten besvarte henvendelsen i brev datert 6. november 2006. I dette brevet fikk klager, i tillegg til poeng for eget tilbud, opplyst valgte leverandørs poeng på de enkelte punktene i tilbudsevalueringen. I brevet stod det også at *"[a]v hensyn til videre framdrift i prosjektet, regner vi med å høre fra Dem snarlig dersom De finner grunnlag for å gå videre i denne saken"*.
- (12) Den 10. november 2006 sendte klager nok et brev til Tveiten. I brevet ble det blant annet påpekt at Tveiten hadde kontaktet en annen kontaktperson hos en av klagers referanser, enn den kontaktpersonen klager hadde oppgitt. Videre bestred klager at samtalen med referansepersonene var riktig gjengitt.
- (13) I e-post av 21. november 2006 ba klager om Harald Hovdeviks vurdering av Tveitens notater fra samtalen med Hovdevik. Hovdevik besvarte henvendelsen ved e-post av 11. desember 2006. Fra e-posten hitsettes:

"Kort resume fra samtale med Jørund Ofte:

På hans spørsmål om jeg kjente deg var svaret ja.

På spørsmål om firmaet og kapasitet var svaret at jeg ikke kjente noe særlig til firmaet annet enn det som framgikk av papirer på kontoret at firmaet er delt på 3 steder med 4 personer i alt, og at kontoret på Hamar såg ut til å ha best kompetanse på VA. Jørund kjente vedkommende.

På spørsmål prosjektene i Gamvik svarte jeg at Geir Hansen hadde kontakten med dette.

På spørsmål om videre kontrakter svarte jeg at utover allerede utvidede avtaler ble det ikke aktuelt å inngå avtaler uten innhenting av tilbud fra flere konsulenter."

- (14) I e-post av 5. desember 2006 stilte klager følgende spørsmål til referansen Per Turhus:

"1) Hvorledes oppfattet du telefonsamtalen med Bykle kommunes representant da han ringte og ba om en referanse på oss? Feks: Var spørsmålene objektive og greie eller virket det som om representanten hadde forutinntatte holdninger?"

2) Hva er din kommentar til følgende evaluering som er gjort på bakgrunn av dine opplysninger:

Turhus Maskin.

- Saneringsarbeid/miljøgate.

Gjev "pr. definisjon" at ikke alt blir med."

(15) Per Turhus besvarte spørsmålene i e-post samme dag. Fra e-posten hitsettes:

"Ang. representanten fra Bykle, hadde han veldig god tid og mange spørsmål, I ettertid kan det virke som han hadde forutinntatte holdninger.

Kommentar til evaluering, at dette var en komplisert jobb, pga at det var sanering, og at det ble noen endringer som kom, pga uforutsette ting. Men ellers at jeg var meget godt fornøyd med prosjektering og tegningsgrunnlag."

(16) Klager stilte i e-post av 5. desember 2006 tilsvarende spørsmål til referanseperson Jørgen Hagen hos Hemsedal kommune, og ba om kommentar til at Tveiten hadde gjort følgende notater fra samtalen:

"- ikke negativ, men ein undertone av "Greit nok".

- Følgde ikke prosjekta i byggetida, men godt fornøgd på overordna nivå.

- Regelmessige telefonar om nye oppdrag."

(17) I e-post av 6. desember 2006 svarte Jørgen Hagen følgende om evalueringen av hans opplysninger:

"2. Evaluering av mine opplysninger:

- Jeg er kanskje ikke så entusiastisk når ting går greit. Bruker kanskje mer energi/"store ord" når ting ikke går så greit. Kanskje derfor jeg i dette tilfelle ble oppfattet som "ikke negativ ... greit nok" – hvem vet?

- Både jeg og rådgiver fra AQP fulgte vannprosjektene [...] tett i byggetida. Jeg forstår ikke kommentaren.

- Forstår ikke. Kan dette være alle småprosjekt mhp. vannproblematikken vår og alle saker som henger sammen når det gjelder vannforsyning? Det er jo ingen statshemmelighet at H.dal kommune mhp. VA, lå langt nede på den tida. Må da nødvendigvis bli en del kommunikasjon/spørsmål vedrørende: "dette burde vi også gjort" osv. Det er jo ikke negativt."

(18) I brev til Tveiten datert 5. desember 2006 opplyste klager at de hadde undersøkt saken ytterligere, og at det etter klagers oppfatning var fremkommet flere viktige opplysninger mht. saksbehandlingen. Klager ba samtidig om at Tveiten kommenterte klagers brev av 10. november 2006.

(19) Tveiten besvarte henvendelsen ved brev av 15. desember 2006. I brevet skrev Tveiten blant annet at "De ber bl.a om kommentarer til Deres brev av 10.11.06. Dette brevet ble fra vår side vurdert som en klar meningsytring og kritikk av de evalueringer som lå til grunn for vår beslutning. Vi oppfattet derimot ikke at brevet inneholdt krav eller ønsker om tilbakemelding fra vår side. [...] På bakgrunn av

Deres konklusjon anså vi oss ferdig med anbudsprosessen, tok Deres konklusjon til etterretning, men holdt likevel fast ved vår beslutning. Oppdraget ble derfor satt i bestilling og arbeidet er nå satt i gang.”.

- (20) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved brev av 9. februar 2007. Kontrakt ble underskrevet av COWI den 15. februar 2007 og av innklagede 21. februar 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Meddelelsesbeslutningen

- (21) Innklagedes meddelelse av 27. oktober 2006 oppfyller ikke forskriftens krav til begrunnelse. Det er ikke mulig for klager å vurdere om tildelingen er i samsvar med regelverket kun basert på en poengangivelse av det valgte tilbudet. Dette blir bare til en viss grad kompensert ved opplysninger gitt i etterfølgende korrespondanse.
- (22) Meddelelsen inneholder heller ingen frist for å klage over tildelingsbeslutningen. Å angi at tilbyderne kan komme med ”*merknader eller spørsmål*” er noe annet enn å gi en klagefrist. En frist må etter en naturlig språklig forståelse fastsettes som et tydelig angitt tidspunkt, dvs. en dato og et klokkeslett. Angivelse av en tidsperiode, ”*i løpet av veke 44/06*”, er uansett for vag. I den etterfølgende korrespondanse er det heller ikke angitt noe tidspunkt som kunne forstås som en ytterligere frist slik innklagede anfører.

Bruk av referanser

- (23) Innklagede har innhentet og referert referanser i strid med de grunnleggende kravene til likebehandling, gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og god forretningsskikk i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det er i strid med kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet når innklagede har tatt kontakt med andre referansepersoner enn de som er oppgitt i tilbudet. Innklagede tok kontakt med Harald Hovdevik på tross av at han ikke var oppgitt som referanseperson for Gamvik kommune. Klager hadde en berettiget forventning om at Geir Karlstad som kjente det relevante prosjektet ble kontaktet, og ikke Harald Hovdevik som ikke hadde noe grunnlag for å uttale seg om klagers gjennomføring av prosjektet.
- (24) Videre har innklagede innhentet referanser muntlig og på en slik måte at klager ikke fikk mulighet til å imøtegå en feilsitert referanseperson.
- (25) I tillegg har klager feilsitert referansene på en rekke punkter. Av den fremlagte dokumentasjonene fremstår det som om innklagede har foretatt en ren subjektiv fortolkning og gitt en vrent fremstilling av samtalene til ugunst for klager. Dette er klart i strid med prinsippet om likebehandling.

Ulovlig tildelingskriterium

- (26) Innklagede har vurdert tilbydernes økonomi/soliditet under tilbudsevalueringen. I tillegg til at leverandørenes soliditet er et ulovlig tildelingskriterium, var det heller ikke oppgitt i konkurransegrunnlaget. Det følger av forskriftens § 10-2 at alle kriterier som vil bli lagt til grunn i tilbudsevalueringen skal oppgis i konkurransegrunnlaget.

Inhabilitet

- (27) Tveiten er konkurrent til klager i andre konkurranser. Det er ikke utenkelig at dette kan ha påvirket Tveitens saksbehandling. Ved at klager ikke velges til dette oppdraget, svekkes klagers konkurranseevne for senere konkurranser hvor Tveiten vil være blant konkurrentene. Representanten hos Tveiten er med dette inhabil ved tilbudsevaluering i denne konkurransen.
- (28) Klager og Tveiten konkurrerte om samme type oppdrag i Bygland kommune på samme tidspunkt som den aktuelle konkurransen i Bykle kommune fant sted. Tveiten fikk full innsikt i ulike forhold av konkurransemessig betydning gjennom klagers tilbud. Utfallet av konkurransen ble først meddelt 26. oktober 2006.
- (29) Bistand ved tilbudsevalueringen fra Tveiten, som står i konkurranseforhold til andre tilbydere, er også i strid med kravene til likebehandling og god anbuds- og forretningsskikk.

Erstatning

- (30) Klagenemnda bes uttale seg om mulig erstatningsansvar for positiv og negativ kontraktsinteresse.

Innklagedes anførsler:

Meddelelsesbeslutningen

- (31) Begrunnelsen for tildelingen ble gitt i brev av 27. oktober 2006. Etter oppfordring fra klager ble det gitt utdypende begrunnelser for valget i brev av 31. oktober og 6. november. Samlet sett kan det neppe være tvil om at innklagedes begrunnelse oppfyller forskriftens krav, i det klager er gitt tilnærmet fullstendig innsyn i den evalueringen som ble foretatt.
- (32) Forskriften oppstiller ikke noe formkrav til hvordan informasjon om muligheten til å klage på en tildeling skal være. Det vesentlige må være en oppfordring til de tapende tilbyderne om å iverksette tiltak innen en gitt frist. Dette må klart anses oppfylt i vårt tilfelle. I innklagedes tildelingsbrev av 27. oktober er det sagt at "*[d]ersom det er merknader eller spørsmål til byggherren sin avgjerd, ber ein om at dette vert meddelt skriftleg til Tveiten AS i løpet av veke 44/06*". "... i løpet av veke 44/06" må etter en naturlig språklig forståelse bety senest innen utløpet av søndagen i uke 44. Videre ble det på grunn av klagers henvendelser, i brev av 6. november gitt en ytterligere frist, jf brevet hvor det stod: "*Av hensyn til den videre framdrift i prosjektet regner vi med å høre fra Dem snarlig dersom De finner grunnlag for å gå videre i denne saken*".

Bruk av referanser

- (33) Det vesentlige må være at tilbyderne er kjent med at referanser vil bli vektlagt og hvilke referanser som kan bli kontaktet. Det å kontakte en annen kontaktperson hos samme referanse kan ikke anses for å endre forutberegneligheten i vesentlig grad.
- (34) Innklagede tok notater fra samtalene med referansepersonene. Notatene ble tatt i stikkordsform. Denne formen ble ansett tilstrekkelig for det formål å vurdere tilbyderne referanser mot hverandre. Kravet til skriftlighet er således oppfylt.
- (35) Klager hevder at innklagede har feilsitert referansepersonene. Som "bevis" for dette har klager presentert utvalgte bruddstykker fra innklagedes notater til

referansepersonene, måneder etter at intervjuene ble foretatt. Når disse tas ut av sin sammenheng, er det forståelig at referansepersonene ikke kjenner sine uttalelser igjen. I tillegg kan det tenkes at referansene i ettertid ønsker å endre på sine uttalelser når klager selv tar kontakt for å konfrontere dem med sine uttalelser. Dette kan derfor ikke anføres som et argument for at innklagede har feilsitert referansene.

Ulovlig tildelingskriterium

- (36) Innklagede erkjenner at tilbydernes soliditet/økonomi ble vektlagt som er tildelingskriterium, uten at det var opplyst om dette i konkurransegrunnlaget.

Inhabilitet

- (37) Tveiten deltar ikke i denne konkurransen. At Tveiten skulle diskriminere akkurat klager kan ikke komme Tveiten til gode på noen måte. Representanten hos Tveiten kan ikke anses inhabil.
- (38) I konkurransen i Bygland kommune som klager refererer til, var tilbudsfristen i midten av juni 2006. Tilbudsfristen i den aktuelle konkurransen hos innklagede var 28. september 2006. Tveiten kunne dermed ikke ha noen informasjon om klagers forretningsmessige forhold under konkurransen i Bygland kommune.
- (39) At innklagedes bistand fra Tveiten skal være i strid med kravet til likebehandling og god forretningsskikk fordi klager og Tveiten opererer i samme marked, faller på sin egen urimelighet.

Klagenemndas vurdering:

- (40) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Innklagede har lagt til grunn at anskaffelsen skal følge forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 del I og II. Anskaffelsesprotokollen viser imidlertid at anslått verdi for kontrakten var på 1,2 til 1,4 mill, og innklagedes meddelelsesbrev av 27. oktober 2006 viser at kontraktssum var under EØS-terskelverdien som på kunngjøringstidspunktet var på kr 1,7 mill. Anskaffelsen skulle etter dette fulgt forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 del I og III, jf forskriftens § 2-1, jf § 2-2 (1). Klagenemnda legger dette til grunn i det følgende, selv om bruk av del III i stedet for del II ikke har betydning for resultatet i denne saken.

Begrunnelse

- (41) Spørsmålet er om innklagede har oppfylt forskriftens krav til begrunnelse.
- (42) Den skriftlige meddelelsen om hvem som skal tildeles kontrakt skal inneholde en begrunnelse for valget, jf forskriftens § 17-3 (2), jf § 3-8 (3). Begrunnelsen skal sette tilbyder i stand til å vurdere om oppdragsgivers valg av tilbud har vært saklig og forsvarlig og i samsvar med de angitte tildelingskriterier eller om det synes å være grunnlag for å klage på avgjørelsen, jf blant annet klagenemndas avgjørelse i sakene 2003/49, 2005/8 og 2006/118.
- (43) I innklagedes meddelelsesbrev av 27. oktober 2006 var det inntatt en tabell som viste leverandørenes tilbudspriser, samlet score på priskriteriet og samlet score for øvrige kriterier. Det var imidlertid ikke opplyst hvordan det valgte tilbud var evaluert i

forhold til hvert enkelt av kriteriene under ”*øvrige kriterier*”. Klagenemnda finner at meddelelsesbrevet av 27. oktober ikke tilfredsstiller forskriftens krav til begrunnelse.

- (44) I klagenemndas avgjørelse i sak 2006/119 er det i premiss (84) forutsatt at brudd på forskriftens § 17-3 (2) kan repareres ved å gi en ny begrunnelse, dersom det samtidig gis ny anledning til å klage og kontraktsinngåelse utsettes. Innklagede søkte å gi en ny begrunnelse i brev av 6. november 2006. Klager ble gitt anledning til å klage, og arbeid ble først satt i bestilling etter at innklagede hadde mottatt brevet fra klager av 10. november. Kontrakt ble først inngått i februar 2007. Spørsmålet er om innklagedes brev av 6. november inneholder en tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud. I brevet var det inntatt en tabell med oversikt over klagers og valgte leverandørs poeng på hvert enkelt tildelingskriterium. I sak 2003/218 fant klagenemnda at oppdragsgiver oppfylte kravet til begrunnelse i forskriftens § 17-3 (2) ved å legge ved evalueringsskjemaet som viste hvilken karakter leverandørene hadde fått under hvert av tildelingskriteriene, samt total karakteren. På bakgrunn av dette finner klagenemnda at innklagede har gitt en tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud.

Klagefrist

- (45) Klagenemnda tar ikke stilling til hvorvidt det var gitt en klagefrist i innklagedes meddelelsesbrev av 27. oktober 2006, ettersom nemnda ovenfor har konkludert med at brevet ikke inneholdt en tilfredsstillende begrunnelse for valg av tilbud. Spørsmål er da om det i brevet av 6. november 2006 ble gitt en frist for å klage.
- (46) I forskriftens § 17-3 (2) er det uttrykkelig sagt at oppdragsgiver må ”*angi frist*” for leverandørene til å klage. I brevet av 6. november skrev innklagede at ”*[a]v hensyn til videre framdrift i prosjektet, regner vi med å høre fra Dem snarlig dersom De finner grunnlag for å gå videre i denne saken*”. Etter klagenemndas oppfatning er ”*snarlig*” for vagt til at det kan tilfredsstille forskriftens krav om en frist. Innklagede har med det brutt forskriftens § 17-3 (2) ved at det ikke ble gitt en klagefrist.

Innklagedes innhenting og bruk av referanser

- (47) Første spørsmål er om innklagede har brutt regelverket ved å ta kontakt med Harald Hovdevik til tross for at klager ikke hadde oppgitt ham som referanseperson for Gamvik kommune.
- (48) I klagenemndas saker 2005/206 og 2007/14 hadde oppdragsgiver tatt kontakt med andre oppdragsgivere som hadde erfaring med en leverandør, enn de oppdragsgiverne som var oppgitt som referanse i leverandørens tilbud. Klagenemnda fant at det var i strid med kravene til forutberegnelighet og gjennomsiktighet.
- (49) I nærværende sak tok innklagede kontakt med den oppdragsgiveren som var oppgitt i klagers tilbud, men snakket med en annen kontaktperson hos denne oppdragsgiveren enn den klager hadde oppgitt. Det er uklart for nemnda hvorfor en annen person ble kontaktet, med det er ikke fremkommet noe som tilsier at valget av kontaktperson var usaklig begrunnet. Så lenge den personen innklagede kontaktet var en person innenfor den organisasjon klager hadde oppgitt, og det ikke foreligger holdepunkter for å si at vedkommende person manglet forutsetninger for å uttale seg på vegne av denne oppdragsgiver om tidligere referanseprosjekt ut fra sin stilling, erfaring,

inhabilitet eller lignende, finner klagenemnda at innklagede ikke brøt regelverket ved dette..

- (50) Neste spørsmål er om innklagedes muntlige innhenting av referanser er i strid med regelverket.
- (51) Klagenemnda har i tidligere saker godtatt at oppdragsgiver har innhentet referanser muntlig under forutsetning av at de grunnleggende kravene til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og likebehandling blir overholdt. I sak 2006/14 fant nemnda at så lenge oppdragsgiver hadde ført nøyaktige notater fra telefonsamtalene med referansene, var lovens generelle krav til gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og likebehandling oppfylt.
- (52) Innklagede kontaktet referansene per telefon og tok notater i stikkordsform fra samtalene. Notatene som er fremlagt viser til korte skjønnspregede karakteristikk som kan reflektere subjektive fortolkninger og det er fremlagt dokumentasjon for at en referanseperson ikke kjenner seg like godt igjen i alt som fremgår av innklagedes notater. Klagenemnda kan da vanskelig se at innklagede har tatt tilstrekkelig nøyaktige notater fra telefonsamtalene, og finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i lovens § 5.

Ulovlig tildelingskriterium

- (53) Alle tildelingskriterier som benyttes i tilbudsevaluering skal oppgis i enten kunngjøring eller konkurransegrunnlag. Innklagede har erkjent at tilbydernes "Økonomi/Soliditet" ble benyttet som et tildelingskriterium i tilbudsevalueringen, uten at det var opplyst om det i kunngjøring eller konkurransegrunnlag. Innklagede har med det brutt forskriftens § 17-2 (2).
- (54) Ettersom innklagede ikke hadde oppgitt "Økonomi/Soliditet" som et tildelingskriterium i kunngjøring eller konkurransegrunnlag, tar klagenemnda ikke stilling til hvorvidt dette er et ulovlig tildelingskriterium.

Inhabilitet

- (55) Reglene om habilitet i forvaltningslovens § 6 til § 10 får direkte anvendelse ved offentlige anskaffelser, jf forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4. Habilitetsreglene gjelder ikke bare offentlige tjenestemenn som tilrettelegger grunnlaget for en avgjørelse eller som treffer avgjørelser. Reglene gjelder også for andre som "utfører tjeneste eller arbeid" for et forvaltningsorgan, jf forvaltningslovens § 10. Tveiten bistod innklagede blant annet med tilbudsevalueringen, og omfattes således av habilitetsreglene.
- (56) Etter forvaltningslovens § 6 (1), jf (2), jf § 10 er en som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse, dersom det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet. Spørsmålet blir etter dette om det forhold at Tveiten er en konkurrent til klager i andre konkurranser, er et "særeg[ent] forhold" som er "egnet til å svekke tilliten" til Tveitens representants upartiskhet, jf forskriftens § 3-4, jf forvaltningslovens § 6 (2).

- (57) Det er på det rene at Tveiten ikke selv deltok i den aktuelle konkurransen. At Tveiten og klager i andre konkurranser kan være konkurrenter, kan etter klagenemndas oppfatning i utgangspunktet ikke være et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til Tveitens upartiskhet i dette tilfellet.
- (58) Klager og Tveiten deltok i en konkurranse om samme type oppdrag i Bygland kommune sommeren 2006. Klager hevder at når Tveiten fikk full innsikt i klagers tilbud gjennom konkurransen i nærværende sak, ville det gi Tveiten en fordel i konkurransen i Bygland kommune. Den betydning denne eventuelle fordelene måtte ha for Tveiten, må vurderes i forhold til konkurransen i Bygland kommune og er ikke tema i vår sak.
- (59) Av den fremlagte dokumentasjon finner klagenemnda ingen holdepunkter for å anta at Tveiten hadde en interesse i den vurderingen Tveiten gjorde av klagers tilbud i konkurransen i nærværende sak som kan anses som et "*særeg[ent] forhold*" som er "*egnet til å svekke tilliten*" til Tveitens representants upartiskhet. Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at Tveitens representant var inhabil til å bistå innklagede ved denne tilbudsevalueringen.
- (60) Klagenemnda har heller ikke holdepunkter for å slå fast at Tveitens bistand ved tilbudsevalueringen, er i strid med kravene til likebehandling og god forretningsskikk.

Erstatning

- (61) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt, jf klagenemndsforordningen § 12.

Konklusjon:

Bykle kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-3 (2) ved at det ikke er angitt en frist for å klage på tildelingsbeslutningen.

Bykle kommune har brutt kravene til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved at det ikke ble tatt tilstrekkelig nøyaktige notater fra telefonsamtaler med referansene.

Bykle kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 17-2 (2) ved å benytte et tildelingskriterium som ikke var oppgitt i konkurransegrunnlaget.

For øvrig har klagers anførsler ikke ført frem.

For klagenemnda,
18. juni 2007



Jakob Wahl