



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om rammeavtale av juridiske tjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til god forretningsskikk i loven § 5 ved ikke å etterkomme klagers anmodning om innsyn i anskaffelsesprotokoll og vinnende tilbud innen klagefristens utløp/kontrakttidspunkt. Klagers øvrige anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 16. november 2009 i sak 2009/85

Klager: Vogt & Wiig Advokatfirma Trondheim AS

Innklaget: Helse Midt-Norge RHF

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Habilitet. Utvelgelse av tilbydere. Innsyn.

Bakgrunn:

- (1) Helse Midt-Norge RHF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. februar 2009 en konkurranse med forhandling om rammeavtale om juridiske tjenester.
- (2) Av kunngjøringen punkt IV.1.1 til IV.1.3 fremgikk:

”IV.1.1) Er tilbydere allerede utvalgt:

Nei

IV.1.2) Begrensninger på antall leverandører som vil bli invitert til å delta (hvis relevant)

Planlagt minimum

List opp de objektive og ikke- diskriminerende kriterier eller regler som vil bli benyttet for å begrense antall kvalifiserte tilbydere.

IV.1.3.) Redusering av antall tilbydere under forhandlingene eller konkurransepreget dialog

Vil det bli benyttet en faseoppdelt prosedyre for å gradvis redusere antall løsninger som skal drøftes eller tilbud det skal forhandles om: ☐

”

- (3) Siste frist for inngivelse av tilbud var i følge kunngjøringen punkt IV.3.4) 9. mars 2009.
- (4) I følge kunngjøringen skulle potensielle tilbydere melde seg på konkurransen på oppdragsgivers e-post. Det hitsettes følgende fra kunngjøringen punkt VI. 3):

"TILLEGGSINFORMASJON (hvis relevant)

For deltakelse i konkurransen samt tilgang til konkurransegrunnlaget må aktuelle leverandører melde seg på konkurransen på oppdragsgivers e-mail adresse:[...]"

- (5) Av samme punkt fremgikk også at Helsebygg Midt-Norge stod ansvarlig for gjennomføringen av konkurransen.
- (6) Vogt og Wiig Advokatfirma Trondheim AS (heretter kalt klager) var en av sytten leverandører som meldte seg på konkurransen.
- (7) I brev 9. februar 2009 fra Helsebygg Midt-Norge ble tilbyderne gitt tilgang til konkurransegrunnlaget og invitert til å gi et første tilbud. Fra invitasjonen hitsettes:

"JURIDISKE TJENESTER HELSE MIDT-NORGE RHF

Vi takker for Deres påmelding og innbyr herved på vegne av Helse Midt-Norge RHF til konkurranse med forhandling på utførelse av ovennevnte tjeneste.

Vi viser til:

- *Vår kunngjøring i Doffin*
- *Deres påmelding til å delta i konkurransen*

[...]

Konkurransen gjennomføres som konkurranse med forhandlinger, jf. § 11-8 i Forskrift om offentlige anskaffelser del II. Konkurransen gjennomføres i følgende faser:

1. Påmeldte leverandører vil bli gitt tilgang til konkurransegrunnlaget (dette brev med vedlegg). Leverandørene vil her bli bedt om å dokumentere kompetanse, kapasitet med mer og gi et første tilbud.

2. På bakgrunn av opplysninger for kvalifiseringen vil vi velge ut 3-5 kvalifiserte leverandører for videre deltakelse i konkurransen.

3. Etter at vi har valgt ut hvem som skal inviteres til forhandlinger vedrørende pris, gjennomføring av oppdraget og andre sider ved tilbudet, gjennomføres forhandlingsmøter og det vil bli gitt en frist for innlevering av det endelige tilbudet. Det endelige tilbudet vil bli evaluert i henhold til tildelingskriteriene gitt i konkurransegrunnlaget.

[...]

Frist for innlevering av søknad om prekvalifikasjon inkludert det første tilbudet er satt til 09.03.09 kl. 1300."

- (8) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2, "Anskaffelsesprosedyre" fremgikk følgende:

"Etter at tilbudene er mottatt vil det velges ut 3-5 leverandører (tilbydere) til en forhandlingsrunde med drøfting av mottatt tilbud samt informere om eventuelle endringer og suppleringer i grunnlaget for tilbud. Deretter vil det bli gitt en felles frist for innlevering av endelig tilbud for evaluering."

- (9) Fra konkurransegrunnlaget punkt 3, "Krav til leverandøren", hitsettes:

"3.1 Generelt

I dette kapittelet er det listet opp hvilke krav som stilles til leverandøren for å kunne delta i konkurransen.

I kvalifikasjonsskjemaet er det beskrevet hvordan oppfyllelse av kravene skal dokumenteres.

Manglende dokumentasjon eller mangelfull oppfyllelse av krav kan medføre at leverandøren blir avvist.

3.2 Faglig kompetanse, kapasitet m.m

Leverandøren skal ha tilstrekkelig faglig kompetanse, kapasitet m.m til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene.

3.2.1 Kompetanse

Leverandøren skal ha generell høy juridisk kompetanse og betydelig erfaring/ kompetanse innen flere av følgende rettsområder:

- *helserett*
- *arbeidsrett*
- *eiendomsrett (fast eiendom og immaterielle tjenester)*
- *kontrakts- og entrepriserett, IKT- kontrakter*
- *offentlige anskaffelser*
- *kjøpsrett*
- *selskapsrett*
- *skatte- og avgiftsrett*
- *prosedyre ved tvistebehandling i rettsystemet*

3.2.2 Kapasitet

Det kreves at leverandørene har kapasitet til å gjennomføre oppdrag som kommer i avtaleperioden, og etter en fremdrift som er nødvendig for å ivareta oppdragsgivers interesse. Det vil bli lagt vekt på at oppdragene gjennomføres av partner eller ansvarlig advokat. Der det er hensiktsmessig og avtalt med oppdragsgiver kan advokatfullmektiger benyttes til deler av oppdraget.

3.2.1 Høyesterettskompetanse

Det kreves at leverandøren har høyesterettserfaring og minst en advokat som har anledning til å føre saker for høyesterett.

3.3 Økonomiske og administrative krav

3.3.1 Registrering

Leverandøren skal være registrert i foretaksregisteret.

3.3.2 Krav om attest for restanser på skatt/avgift m.v. (skatte- og avgiftsattester)

Leverandøren skal fremlegge skatte- og avgiftsattester som dokumentasjon på at skatter og avgifter er betalt. Skatte- og avgiftsattest (RF-1244 Fastsatt av skattedirektoratet) skal være utstedt av hhv kemner/kommunekasserer der leverandøren har sitt hovedkontor, og av skattefogden i vedkommende fylke.

Attester skal ikke være eldre enn 6 måneder, regnet fra den dag attestene skal være oppdragsgiver i hende (tilbudsfrist).

3.3.3 HMS- egenerklæring

Leverandøren skal oppfylle lovbestemte krav innen helse, miljø og sikkerhet. Dette skal bekreftes i form av en egenerklæring. Skjema for HMS- egenerklæring ligger vedlagt i kvalifikasjonsskjema.

3.3.4 Forsikring

Leverandøren skal ha forsikringer iht. kontraktsbestemmelsenes pkt 13.

3.3.5 Finansiell og økonomisk stilling

Leverandøren skal ha en tilstrekkelig økonomisk evne til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene.

3.4 Habilitet

Oppdragsgiver har mange interessenter og avtaler med en lang rekke leverandører. Leverandøren skal oppgi om han blant sine klienter har interessenter eller klienter som kan gi grunnlag for spørsmål om habilitet i forbindelse med gjennomføring av herværende kontrakt.

[...]

5. SØKNAD OM KVALIFISERING

5.1 Innhold

Leverandøren skal ved utarbeidelse av søknad om kvalifisering fylle ut kvalifikasjonsskjemaet og vedlegge den dokumentasjonen som her etterspørres.

[...]

6. KVALIFISERING

Helsebygg Midt-Norge vil vurdere om søknaden inneholder den dokumentasjon og de erklæringer det er stilt krav om i kunngjøringen og i konkurransebestemmelser med vedlegg. Manglende dokumentasjon og erklæringer skal eller kan føre til at leverandøren blir avvist. Det samme gjelder hvis leverandøren ved søknadsfristens utløp ikke tilfredsstiller de minimumskravene oppdragsgiver har satt for deltakelse i konkurransen, jf. ovenfor punkt 3.

Med utgangspunkt i mottatt dokumentasjon vil Helsebygg Midt-Norge velge ut 3-5 leverandører for deltakelse i forhandlingsrunden.

[...]

8 FORHANDLING OG TILDELINGSVURDERING

[...]

8.2 Forhandlinger

Etter at leverandører er valgt ut til å delta i forhandlingsfasen blir disse leverandørene invitert til separate forhandlingsmøter. Deretter vil det bli gitt en felles frist for innlevering av endelig tilbud for evaluering.

8.3 Tildelingskriterier

Oppdragsgiver vil tildele kontrakt til de leverandører som etter en samlet vurdering har gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

I vurderingen vil vi vektlegge:

- *Kompetanse, 50 %*

- At den advokat som skal stå som hovedansvarlig for oppdraget har vesentlig erfaring fra flere av de aktuelle juridiske områder som skal dekkes av avtalen
- Tilbudte advokaters kompetanse og erfaring innenfor etterspurte juridiske områder
- Advokatfirmaets samlede kompetanse innenfor de etterspurte områder, jf. punkt 3.2. Dette dokumenteres ved å vedlegge CV for aktuelle advokater, samt en redegjørelse for de enkeltes kompetanse for gjennomføring av oppdraget
- Prioritet og tilgjengelighet, 20 %
- Dette må dokumenteres godt av tilbyder
- Andel av oppdraget som forventes utført av partner, ansvarlig advokat og advokatfullmektig
- Pris (salær/ timepriser), 30 %, jf. Bilag B, Vederlag
- I vurderingen vil det bli benyttet et totalt timeforbruk på 100- 500 timer per rettsområde, likt for alle tilbudene. Timetallet er ikke forpliktende for Helse Midt-Norge etter kontraktsinngåelse og kan ikke senere påberopes som kontraktsbrudd hvis det viser seg at avropt timeantall er vesentlig mindre.
- Det skal gis timepriser for:
 - Partner, vektet (35 % av 30)
 - Ansvarlige advokat (advokat med 5 års praksis eller mer), vektet (35 % av 30 %)
 - Advokatfullmektig, vektet (35 % av 30 %)"

(10) Kvalifikasjonsskjemaet, som tilbyderne skulle fylle ut. så slik ut:

"1) INNLEDNING

Dette kvalifikasjonsskjema spesifiserer hvordan de kravene som er stilt i konkurransebestemmelsene vedr. kvalifisering skal dokumenteres.

Tilbyder skal tilfredsstillе visse krav for å kunne delta i konkurransen.

Leverandøren skal ved sin underskrift av dette kvalifikasjonsskjemaet bekrefte at søknaden om kvalifisering inneholder all dokumentasjon det er bedt om, og at leverandøren tilfredsstillер de kravene som er stilt for deltakelse i konkurransen.

Kravene er nærmere beskrevet under, likeledes hvordan det skal dokumenteres at kravene er oppfylt. Disse dokumentene vil bli benyttet for å kvalifisere tilbyderne.

2) KVALIFIKASJONSKRAV

Det vises til kapittel 3 i konkurransebestemmelsene.

Tekniske kvalifikasjonskrav

Det stilles krav til at leverandøren skal kunne dokumentere tilstrekkelig faglig kompetanse, kapasitet med mer til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene. Det at dokumentasjon er vedlagt tilbudet/kvalifiseringspapirene markeres med avkrysning.

Dokumentasjon

- 1) *Beskrivelse av leverandørens kapasitet (mannskap og administrative ressurser), inklusive eventuelle samarbeidsparter, nettverkstilhørighet eller lignende.*
- 2) *Beskrivelse av leverandørens generelle kompetanse for oppdrag av denne type, inklusive minimum 3 referanser fra de siste 3 år. Referansene skal angi kontraktens sted og kontaktperson hos oppdragsgiver.*
- 3) *Leverandøren skal dokumentere god generell juridisk kompetanse og betydelig erfaring/kompetanse innen følgende områder:*
 - *helserett*
 - *arbeidsrett*
 - *eiendomsrett (fast eiendom og immaterielle rettigheter)*
 - *kontrakts- og entrepriserett, IKT kontrakter*
 - *offentlige anskaffelser*
 - *kjøpsrett*
 - *selskapsrett*
 - *skatte- og avgiftsrett*
 - *prosedyre ved tvistebehandling i rettssystemet*

Økonomiske og administrative krav

Følgende dokumentasjon skal vedlegges (kapittelet benyttes som en sjekklister for kontroll før innlevering av søknad om kvalifisering).

Det henvises til nærmere beskrivelse av krav i angitte kapittel i Konkurransebestemmelsene.

Henv*	Dokumentasjon	Vedlagt
3.3.1	<i>Firmaattest</i>	☐
3.3.2	<i>Skatte- og avgiftsattester, nyere enn 6 måneder:</i>	
	<i>Skatteattest fra kenmnder (RF-1244)</i>	☐
	<i>Mva-attest fra skattefogden (RF-1244)</i>	☐
3.3.3	<i>HMS egenerklæring</i>	☐
3.3.4	<i>Forsikring</i>	☐
3.3.5	<i>Foretakets reviderte årsregnskap for 2007 og 2008. Er ikke endelig regnskap for 2008 klart legges ved foreløpige tall for 2008.</i>	☐

Vi er innforstått med at tilbudet kan bli avvist dersom ikke alle punkt ovenfor er avkrysset.”

- (11) Innen tilbudsfristens utløp inngå 9 leverandører tilbud, deriblant klager.
- (12) I følge anskaffelsesprotokollen fra 17. mars 2009, var det 5 leverandører som prekvalifiserte seg. Klager var ikke blant disse. Fra anskaffelsesprotokollen, punkt 1, ”Prekvalifikasjonsvurdering” hitsettes:

”1. Prekvalifikasjonsvurdering

5 firma ble prekvalifisert, dette med bakgrunn i at disse 5 ble ansett best kvalifisert, samt at disse ga en sammensetning av leverandører som ga best mulig konkurranse.

Prekvalifiserte leverandører er:

- *Advokatfirmaet Haavind AS*
- *Wikborg, Rein & Co*
- *Simonsen advokatfirma DA*
- *Advokatfirmaet Steenstrup og Stordrange DA*
- *Advokatfirmaet Schjødt Trondheim AS*

4 leverandører ble ikke prekvalifisert. Disse er:

- *Kluge Advokatfirma DA*
- *Advokatfirmaet Krogstad ANS*
- *Advokatfirmaet Hjort DA*
- *Vogt & Wiig Advokatfirma Trondheim AS*

Disse 4 leverandørene ble ikke med i den videre konkurransen, da deres tilbud ble forkastet og de er dermed heller ikke med i forhandlingsrunden.

Alle leverandører ble informert om utfallet av prekvalifiseringen pr. brev den 17.03.09.

[...]

De som ble prekvalifisert fikk invitasjon til deltakelse i forhandlingene, noe alle ønsket.

Prekvalifiseringen ble foretatt iht. konkurransebestemmelsenes pkt. 3.2. I konkurransebestemmelsenes pkt. 8.3 er tildelingskriteriene behandlet. I dette pkt. blir det tilsynelatende henvist til pkt 3.2. Dette er en noe unøyaktig henvisning, da det riktige er at det henvises til punktlisten i pkt. 3.2.1. Det vil derfor si at samme kriterium ikke er benyttet til kvalifiseringen og evalueringen noe som kan misforstås ut i fra teksten i pkt. 8.3.

Prekvalifisering av leverandørene er utført av følgende personer:

- *Hege Elisabeth Sannan Skorild, HBMN*
- *Lillian Slåtsve, HBMN*

Vurderingen er muntlig forelagt advokat Dordi Elisabeth Flormælen i HMN. Flormælen hadde ingen kommentarer til prekvalifisering.

Det fremgår av protokollen av Skorild og Slåtsve var henholdsvis fagansvarlig for innkjøp og innkjøpsleder.

- (13) I brev 17. mars 2009 ble klager gitt følgende meddelelse fra Helsebygg Midt-Norge:

"JURIDISKE TJENESTER HELSE MIDT-NORGE RHF

Prekvalifisering

Viser til overnevnte konkurranse og deres søknad om prekvalifisering med tilbud. Vi har nå avsluttet prekvalifiseringen av leverandører for videre deltakelse i konkurransen og må dessverre meddele at dere ikke er blant de prekvalifiserte. Deres søknad om prekvalifisering med tilbud er dermed forkastet, jf. FOA § 11-14 (2) b.

Vi skrev i konkurransebestemmelsene at vi skulle prekvalifisere 3-5 leverandører for videre deltakelse i konkurransen. Vi har nå valgt ut leverandører som er videre til forhandlinger ut i fra kvalifikasjonskriteriene og en vurdering av hva som gir den beste konkurransen.

Dere viste i deres søknad om prekvalifisering god forståelse for oppdraget som leverandør av juridiske tjenester til Helse Midt-Norge RHF. Dere beskriver deres kompetanse for de forskjellige rettsområdene på en god og konkret måte. Deres kompetanse oppfattes dog ikke god nok sammenlignet med de andre tilbyderne som ble prekvalifisert."

- (14) I brev til Helsebygg Midt-Norge 25. mars 2009 ba klager om en nærmere begrunnelse for hvorfor klagers tilbud var blitt forkastet, herunder en begrunnelse for hvorfor klagers kompetanse ble vurdert dårligere enn de øvrige tilbyderne. I tillegg ønsket klager å få opplysninger om hvem som stod for saksbehandlingen.

- (15) I brev 31. mars 2009 besvarte Helsebygg Midt-Norge klager slik:

"I konkurransebestemmelsene hadde Helsebygg Midt-Norge RHF (HBMN) opplyst at det skulle prekvalifiseres 3-5 leverandører til forhandlinger. Prekvalifiseringen ble gjennomført ut i fra kvalifikasjonskriteriene oppgitt i konkurransegrunnlaget. Vogt & Wiig Trondheim AS (V&W) har levert et bra tilbud og har generelt god kompetanse, men det er andre leverandører som etter HBMN skjønn har bedre kompetanse til å gjennomføre oppdraget.

Når det gjelder kompetanse, så mener HBMN at V&W har besvart pkt 2.2 i kvalifikasjonsskjema på en svakere måte enn andre leverandører. HBMN har vurdert det slik at bla rettsområdene helserett kunne vært bedre besvart

Når det gjelder referanser, så er HMN av den oppfatning av V&W har et noe spinklere referansegrunnlag innenfor noen rettsområder som etterspørres enn konkurrentene. Spesielt innenfor helserett som er et svært viktig rettsområde i konkurransen.

[...].”

- (16) Klager påklaget anskaffelsesprosessen i brev 3. april 2009 til Helse Midt-Norge RHF, med kopi til Helsebygg Midt-Norge. Klagen gjaldt to forhold. For det første at utvelgelsen til forhandlinger var rettstridig basert på kvalifikasjonskriteriene, og ikke tildelingskriteriene, og for det andre at Helsebygg Midt-Norge var inhabile til å gjennomføre anskaffelsesprosessen. Fra brevet hitsettes:

”Det skal bemerkes at Helsebygg Midt-Norge omtaler reduksjonen (”utvelgelsen”) i antall tilbydere som en ”prekvalifisering”. Dette er feil betegnelse, idet prekvalifisering betegner utvelgelsen som skjer ifb. med begrensede anbudskonkurranser, dvs. før tilbud inngis. Den foreliggende konkurranse er en konkurranse med forhandling. [...].

I svaret av 31.03. 2009 fremgår at Helsebygg Midt-Norge har forkastet vårt tilbud fordi Helsebygg Midt-Norge mente vår kompetanse og våre referanser slik de var besvart ”i kvalifikasjonsskjema”, (dvs. dokument 2, Vedlegget til kvalifikasjonsskjema, pkt 2.2. ”Advokatfirmaets samlede kompetanse innen de etterspurte områder” og pkt. 2.3 ”Referanser”), medførte at andre etter Helsebygg Midt-Norges syn ”har bedre kompetanse til å gjennomføre oppdraget”.

Dette er en grunnleggende feil, dvs. i strid med FOA § 11-8. Iht. forskriften § 11-8 (1) er det kun tildelingskriteriene som kan brukes (”reduksjon skal skje på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriterier” i denne fasen av konkurransen.) (Annerledes etter forskrifter av 2001 § 16-3). Ved at Helsebygg Midt-Norge har forkastet vårt tilbud under henvisning til kvalifiseringskriteriene er dette et vesentlig brudd på regelverket, jf. kravet til forutberegnelighet i Anskaffelsesloven § 5. Bruddets alvorlighet innebærer at beslutningen er ugyldig.

[...]

2. Helsebygg Midt-Norge er inhabile og kan ikke delta i anskaffelsesprosessen.

Når vi velger å rette en henvendelse til Helse Midt-Norge RHF, i stedet for Helsebygg Midt-Norge, så skyldes det at vi mener Helsebygg Midt-Norge her er inhabile til å forestå evalueringen og utvelgelsen, jf FOA § 3-7 og forvaltningsloven §§ 6-10.”

- (17) Bakgrunnen for inhabilitetsinnsigelsen var at Helsebygg Midt- Norge blant annet i brev 3. september 2008 og 22. november 2008 hadde påstått at klager hadde brutt kravet til god advokatskikk ved å representere Siemens Building Technologies i en pågående tvist mot Helsebygg Midt-Norge. Fra brev 3. september 2008, signert av Administrerende direktør i Helsebygg Midt-Norge Johan Arnt Vatnan, hitsettes:

"TVIST VEDRØRENDE KONTRAKT 720-5007/2-SIEMENS BUILDING TECHNOLOGIES

Helsebygg er kjent med at advokatfirmaet Vogt & Wiig representerer Siemens Building Technologies i ovennevnte tvist med Helsebygg Midt-Norge/helse Midt-Norge RHF (Helsebygg).

[...]

Helsebygg reagerer sterkt på at advokatfirmaet Vogt & Wiig finner det uproblematisk å ta saker mot Helsebygg.

Helsebygg forventer at våre juridiske rådgivere tar spørsmålet om slik representasjon opp med oss, før eventuelle oppdrag aksepteres. Helsebygg forventer uansett at det avklares med oss før vårt tidligere klientforhold drøftes med rådgiverens andre klienter. [...].

[...]Det er vår oppfatning at advokatfirmaet Vogt & Wiig ikke kan ta saker mot Helsebygg, som følge av det tidligere nære og omfattende klientforholdet. Helsebygg ser en åpenbar risiko for firmaets kjennskap til både personer, strategier og dokumenter i prosjektet kan brukes mot oss.

[...] Realiteten i Deres representasjon av Siemens Building Technologies er at advokatfirmaet Vogt & Wiig både har bistått Helsebygg og opptrådt som Helsebyggs motpart i samme prosjekt.

[...]

Helsebygg finner denne saken så alvorlig at kopi av dette brevet sendes styreleder i Advokatfirmaet Vogt & Wiig[...]."

- (18) Og fra brev 22. november 2008 hitsettes:

"Helsebygg Midt-Norge er fremdeles av den klare oppfatning at det strider mot god advokatskikk at Vogt & Wiig Advokatfirma Trondheim AS påtar seg tvistesaker mot sin

tidligere klient Helsebygg Midt-Norge i prosjektet Nytt Universitetssykehus i Trondheim.

Vogt & Wiig var til høsten 2003 Helsebyggs rådgiver i juridiske spørsmål og ga Helsebygg råd blant annet i anskaffelsesmessige, kontraktsstrategiske og kontraktsrettslige spørsmål. Kontraktsstrategien for gjennomføring av entreprisen 720-5007 ble lagt i denne perioden. Vogt & Wiig fakturerte Helsebygg for 270.000 NOK i 2003, noe som viser at rådgivningen var nokså omfattende.”

- (19) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 22. april 2009. I brev 5. mai 2009 meddelte Helsebygg Midt-Norge klagenemnda og klager at kontraktsinngåelse ville bli utsatt til klagenemndahadde behandlet saken, og at kontrakt ville bli inngått i løpet av mai 2009.
- (20) I brev 11. mai 2009 meddelte Helsebygg Midt-Norge samtlige 9 leverandører at evalueringen av de innkomne tilbud var avsluttet. Fra brevet hitsettes:

”Prekvalifikasjonsvurdering

5 firma ble prekvalifisert, dette med bakgrunn i at disse 5 ble ansett best kvalifisert, samt at disse ga en sammensetning av leverandører som ga best konkurranse.

Prekvalifiserte leverandører:

Advokatfirmaet Haavind AS (Haavind)

Wikborg, Rein & Co advokatfirma (WR)

Simonsen advokatfirma DA (Simonsen)

Advokatfirmaet Steenstrup og Stordrange DA (Steenstrup)

Advokatfirmaet Schjødt Trondheim AS (Schjødt)

De leverandørene som ikke ble prekvalifisert fikk sine tilbud forkastet med bakgrunn i prekvalifiseringen. De som ble prekvalifisert fikk invitasjon til deltakelse i forhandlinger.

Evaluerings/ Innstilling

Kontraktuell evaluering har vært gjennomført av innkjøpsenheten HBMN [Helsebygg Midt-Norge]

Det ble gjennomført ett forhandlingsmøte med hver av de 5 leverandørene og de fikk i etterkant av møte mulighet til å komme med ett revidert tilbud hver basert på forhandlingsmøtet.

[...]

Innstillingen er godkjent av adm. dir i Helse Midt-Norge RHF.

Konkurransen er avgjort på bakgrunn av tildelingskriteriene og oppsummerer følgende leverandører som innstilt som nr. 1 (i tilfeldig rekkefølge)

- *Simonsen advokatfirma DA*
- *Advokatfirmaet Schjødt Trondheim AS*

Ledelsen i Helse Midt-Norge har godkjent evalueringsgruppens innstilling og besluttet at kontrakt skal tildeles ovennevnte leverandører.

Eventuell klage på innstillingen må fremmes skriftlig innen 18. mai kl 1200.”

- (21) Klager sendte Helsebygg Midt-Norge en forespørsel om innsyn i anskaffelsesprotokoll og de to vinnende tilbud per e-post 12. mai 2009.
- (22) Kontrakt ble signert med Simonsen advokatfirma DA og Advokatfirmaet Schjødt Trondheim AS 18. mai 2009.
- (23) Klager fikk innsyn i protokoll og de to vinnende tilbud 19. mai 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Habilitet

- (24) Helsebygg Midt-Norge er inhabil til å administrere konkurransen, jf. forskriften § 3-7 og fvl. §§ 6 til 10.
- (25) Helsebygg Midt-Norges brev til klager 3. september og 22. november 2008 taler for at det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til foretakets upartiskhet, jf. fvl. § 6 (2). Det vises til uttalelsene: ”Helsebygg reagerer sterk”, ”I så måte er Vogt og Wiigs notat av 18.06. 2008 et overtramp”, og ”Helsebygg finner denne saken så alvorlig at kopi av dette brevet sendes styreleder i Advokatfirmaet Vogt & Wiig”. Uttalelsene gir hver for seg, men i hvert fall samlet, en klar indikasjon på at Johan Arnt Vatnan, og dermed også Helsebygg Midt-Norge, er inhabil til både å treffe, men også å tilrettelegge grunnlaget, for avgjørelsen i konkurransen. Det må også vektlegges at det er reist inhabilitetsinnsigelse av en part.

Utvelgelse av tilbydere

- (26) Utvelgelsen av tilbydere til forhandlinger er rettstridig, og basert på kvalifikasjonskriteriene og ikke tildelingskriteriene. I henhold til forskriften § 11-8 (1) er det kun tildelingskriteriene som kan brukes i denne fasen av konkurransen. Innklagede har i stedet fulgt den ordning som gjaldt etter § 16-3 (2) i den gamle forskriften av 2001. Dette utgjør en grunnleggende feil i anskaffelsesprosessen, og medfører at konkurransen må avlyses dersom den ikke korrigeres, jf. C-448/01

(Wienstrom), Klagenemndas sak 2008/199 og kravene til likebehandling og gjennomsiktighet i lovens § 5.

Innsyn

- (27) Innklagedes unnlatelse av å gi innsyn i anskaffelsesprotokollen og de vinnende tilbud innen klagefristens utløp-/ kontraheringstidspunktet 18. mai 2009 er et brudd på regelverket. Ved at klager ikke fikk innsyn i dokumentene ble selskapet fratatt et viktig grunnlag for å vurdere om selskapet skulle kreve midlertidig forføyning før kontraktsinngåelsen.
- (28) Klager viser i denne sammenheng til forskriftens § 13-3 (1) hvor det fremgår at oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling skal meddeles alle deltakerne i konkurransen innen "*rimelig tid*" før kontrakt inngås, og at meddelelsen skal angi en frist for leverandører til å klage over beslutningen. Fordi klager ikke fikk innsyn før klagefristen var ute og kontrakt inngått ble klager fratatt reell mulighet til å kunne etterprøve anskaffelsesprosessen på forsvarlig vis og få stanset kontraktsinngåelse.

Innklagedes anførsler:

Habilitet

- (29) Innklagede kan ikke se at det er forhold som er egnet til å svekke tilliten til Helsebygg Midt-Norges upartiskhet i administrasjonen av anskaffelsesprosessen.
- (30) Vatnan har verken tilrettelagt eller truffet avgjørelse i prosessen, jf. anskaffelsesprotokollen hvor det fremgår at prekvalifisering av tilbyderne er vurdert av fagansvarlig for innkjøp i Helsebygg Midt-Norge, og at advokat for Helse Midt-Norge RHF er forelagt vurderingen og har gitt en muntlig tilbakemelding.
- (31) Korrespondansen mellom klager og Helsebygg Midt-Norge høsten 2008 er uansett ikke av en slik art at den er egnet til å svekke tilliten til Vatnans og Helsebygg Midt-Norges upartiskhet i anskaffelsesprosessen. Uttalelsene fra Vatnan gjaldt hvorvidt klager kunne bistå Siemens Building Technologies AS i en sak mot Helsebygg Midt-Norge og gjelder således et annet saksforhold. Korrespondansen berørte utelukkende klager og Helsebygg Midt-Norge, og omfattet ikke Helse Midt-Norge RHF. Forholdene som berøres i korrespondansen må derfor skilles fra Helse Midt-Norge RHF's anskaffelse av juridiske tjenester.
- (32) Helsebygg Midt-Norge, administrerer innkjøpet på vegne av Helse Midt-Norge RHF. Som administrerende direktør i Helsebygg- Midt Norge har Vatnan ingen formell rolle hos Helse Midt-Norge RHF. Dette svekker hans tilknytning til anskaffelsen ytterligere.
- (33) Det kan ikke dokumenteres at Helsebygg Midt-Norge har trukket i tvil klagerens kompetanse, eller på annen måte handlet slik at det er grunn til å trekke i tvil deres upartiskhet ved håndteringen av anskaffelsesprosessen. Det er heller ikke noe i anskaffelsesprotokollen som tilsier at det er lagt vekt på usaklige forhold ved utvelgelsen av de prekvalifiserte leverandørene.

Utvelgelse av tilbydere

- (34) Klagers anførsel om at anskaffelsesprosessen ikke er gjennomført i samsvar med forskriften § 11-8 (1) kan ikke føre frem. Innklagede er enig med klager i at § 11-8 angir

hvordan anskaffelsesprosedyren konkurranse med forhandling skal gjennomføres ved anskaffelser som faller innenfor anvendelsesområdet for forskriftens del II. Bestemmelsen regulerer imidlertid etter innklagedes mening selve gjennomføringen av konkurransen mellom de kvalifiserte leverandørene, og faller som sådan i tid etter Helsebygg Midt-Norges vurdering av leverandørenes kvalifikasjoner, herunder prekvalifiseringen. Av tilbudsinnbydelsen, sammenholdt med konkurransegrunnlaget, fremgår at anskaffelsen først skal bestå av en kvalifisering av leverandører, deretter en konkurranse med forhandling mellom kvalifiserte leverandører. Beskrivelsen av prosessen gir samlet sett en forutberegnlig anvisning på en toleddet prosess, hvor det først skal gjennomføres en prekvalifisering, jf. forskriften § 8-6. Det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loven § 5 er dermed oppfylt, selv om det formelt ikke vises til hjemmelsgrunnlaget for prekvalifisering under forskriften del II.

Innsyn

- (35) Det er ikke et absolutt krav at klager skal gis innsyn før kontraktsinngåelsen. Klager har ikke deltatt i selve konkurransen, men kun vært en søker i prekvalifikasjonsfasen av anskaffelsen. Som søker om kvalifisering til deltakelse i den etterfølgende konkurransen gis ikke klager noen særlige rettigheter knyttet til innsyn i tilbud fra valgte leverandører og anskaffelsesprotokoll i forhold til andre parter. Etter omstendighetene kan dette stille seg annerledes overfor deltakerne i den etterfølgende konkurransen, da disse vil ha en særlig interesse i å etterprøve oppdragsgivers tildelingsvedtak, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5.
- (36) Forskriften § 13-3 (1) skal beskytte deltakerne i konkurransen, slik at eventuelt forbigåtte leverandører gis tid til å ivareta interessene sine, særlig ved å stanse kontraktsinngåelsen gjennom en begjæring om midlertidig forføyning for domstolen. Bestemmelsen har imidlertid ikke til hensikt å beskytte søkere i prekvalifiseringsfasen av anskaffelsen som ikke kvalifiserer seg til den etterfølgende konkurransen. Det vil etter omstendighetene kun være leverandørene som potensielt kunne nådd opp i konkurransen som vil ha et krav på den beskyttelse § 13-3 (1) oppstiller. Unnlater, handlinger eller beslutninger som tas i konkurransefasen av anskaffelsen er beslutninger som ikke berører rettstillingen til klager. Klager vil således ikke ha saklig klageinteresse etter prekvalifikasjonsfasen, jf. klagenemndforskriften § 6 (2).
- (37) Dokumentene det ble begjært innsyn i kan inneholde forretningshemmeligheter. Innklagede måtte således undersøke dokumentene før eventuelt innsyn kunne gis, og innhente de valgte leverandørenes syn på hva som måtte anses som forretningshemmeligheter. Korrespondansen med de valgte leverandørene i forbindelse med å klarlegge eventuelle forretningshemmeligheter vil ta noe tid. Dette forhold vil det være nødvendig å ta hensyn til når det skal avgjøres om innsyn er blitt gitt "*uten ugrunna opphald*", jf. offl. § 29 (1). Innklagede sendte forespørsel til valgte leverandører 13. mai 2009 om å utarbeide en offisiell versjon av tilbudene. Begge tilbudene var omfangsrike og inneholdt ingen uttrykkelig reservasjon mot forretningshemmeligheter. Innklagede fikk 15. og 18. mai 2009 tilbakemelding fra de valgte leverandørene vedrørende spørsmålet om forretningshemmeligheter i de respektive tilbudene. Innklagede benyttet ettermiddag/kveld 18. mai 2009 til å foreta en selvstendig og konkret vurdering, jf. offl. § 29. Innsyn i anskaffelsesprotokoll og tilbudene fra valgte leverandører ble gitt straks deretter 19. mai 2009.

Klagenemndas vurdering:

- (38) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste og følger etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Habilitet

- (39) I følge forskriften § 3-7 får reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6-10 tilsvarende anvendelse for saker som omfattes av forskriften om offentlige anskaffelser. Av fvl. § 6 (2) fremgår at en offentlig tjenestemann er inhabil når det foreligger *”særegne forhold [...] som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til. Det skal også legges vekt på om ugildhetsinnsigelse er reist av en part.”*
- (40) Av § 6 (3) fremgår videre at *”Er den overordnede tjenestemann ugild, kan avgjørelse i saken heller ikke treffes av en direkte underordnet tjenestemann i samme forvaltningsorgan”*. Bestemmelsen innebærer at såfremt Vatnan anses inhabil etter § 6 (2), er Helsebygg Midt-Norge som sådan avskåret fra å treffe avgjørelse i saken da saksbehandlerne i etaten er direkte underlagt Vatnan som administrerende direktør. Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at Helsebygg Midt-Norge tilrettelegger grunnlaget for avgjørelsen, jf. at det kun er *”avgjørelse”* i saken som ikke kan treffes av direkte underordnet tjenestemann. *”Avgjørelse i saken”* må forstås som enhver realitetsavgjørelse i saken, uavhengig av om dette er den endelige løsning i saken, sml. også Jan Fridthjof Bernts kommentarer til fvl. § 6 i Karnovs elektroniske lovkommentar
- (41) Det er på det rene at Vatnan selv ikke har hatt noen formell befatning med saken, og at prekvalifiseringen er gjort av innkjøpsleder og fagansvarlig i helsebygg Midt-Norge, jf. blant annet anskaffelsesprotokollen. En prekvalifisering må imidlertid anses som en *”avgjørelse i saken”* i lovens forstand, da det er en endelig beslutning som avgjør tilbyders videre deltakelse i konkurransen, sml. (premiss 40). Helsebygg Midt-Norge som sådan var dermed inhabil til å foreta prekvalifiseringen av klager såfremt Vatnan anses inhabil, jf fvl. § 6 (2) og § 6 (3).
- (42) Spørsmålet er dermed om Vatnans synspunkter slik de fremgår av brev 3. september 2008 og 22. november 2008, tilsier at det foreligger *”særegne forhold [...] som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet”* i anskaffelseskonkurransen, jf. forskriften § 3-7, jf. forvaltningslovens § 6 (2).
- (43) Bestemmelsen tilsier at det må et kvalifisert forhold til før inhabilitet konstateres, jf. *”særegne”* forhold. At ikke enhver uenighet eller ethvert konfliktforhold medfører inhabilitet, fremgår også av klagenemndas tidligere praksis. Det skal likevel mindre til før inhabilitet konstateres i en konkurransesituasjon, ettersom allmennheten må kunne ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert, og at konkurransen er åpen og reell, jf. Rt. 1998 s.1398 (Torghatten), sml. klagenemndas sak 2008/172 (premiss 41).
- (44) I klagenemndas sak 2007/115 (premiss 49) uttaler nemnda at det må et *”klart motsetningsforhold”* til før vedkommende tjenestemann blir inhabil. Det hitsettes følgende fra 2007/115 (premiss 49):

"Uvennskap og motsetningsforhold kan være "særegne forhold" som kan være egnet til å svekke tilliten til en offentlig tjenstemanns upartiskhet. Etter klagenemndas oppfatning vil imidlertid ikke ethvert konfliktforhold/motsetningsforhold eller uvennskap medføre inhabilitet, det må dreie seg om et klart motsetningsforhold eller uvennskap. Det vises i denne sammenheng til juridisk litteratur hvor tilsvarende syn har blitt fremmet. I sin Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) taler Frihagen om "Et klart og direkte motsetningsforhold til en part ...", jf s. 235. Videre skriver Frihagen på s. 236 at "Vanligvis vil ikke en viss personlig motvilje eller selv en skarp faglig motsetning føre til inhabilitet [...]. Motsetningsforholdet kan imidlertid være så skarpt og ha fått så direkte uttrykk – f.eks. ved gjensidig grove beskyldninger – at tjenestemannen må ansees ugild etter § 6, 2. ledd.". Også Woxholth i Forvaltningsloven med kommentarer (1999) og Eckhoff/Smith i Forvaltningsrett (7. utgave 2003) skriver at det må dreie seg om "klart uvennskap", jf hhv s. 143 og s. 184. Videre skriver Eckhoff/Smith at "Uenighet, f.eks. om faglige eller politiske spørsmål, er heller ikke nok."

- (45) Høyesterett har i Rt. 1979 side 694 uttalt at en inngitt anmeldelse for grov uforstand i tjenesten eller en anlagt sivilt søksmål ikke i seg selv kan medføre at vedkommende blir inhabil. Dommen gjaldt riktignok hvorvidt det forelå inhabilitet etter rettergangslovgivningen, men er relevant da forvaltningsloven § 6 (2) bygger på domstolloven § 108, sml. Ot.prp nr. 38 (1964-65) s. 43.
- (46) I foreliggende sak har Vatnan skriftlig fremsatt utsagn som at han "reagerer sterkt" på klagers representasjon av Siemens Building Technologies og at representasjon av Siemens Building Technologies utgjør et "overtramp" og brudd på kravet til "god advokatskikk". Vatnan påklaget også forholdet til styret i Vogt & Wiig AS da han feilaktig trodde klager og Vogt og Wiig AS var samme rettssubjekt.
- (47) Selv om Vatnan har uttalt seg i sterke ordelag om klagers opptreden, så er klagenemnda – om enn under en viss tvil - kommet til at dette ikke er tilstrekkelig til å konstatere inhabilitet for innklagede. Når Høyesterett har lagt til grunn at en anmeldelse i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig for å erklære en tjenestemann inhabil, taler gode grunner for at dette også må gjelde når påstanden om brudd på kravet til god forretningsskikk kun er rettet mot parten selv. Da klager ikke har anført andre forhold i saken som tilsier at Vatnan var inhabil, fører klagen ikke frem på dette punkt. Helsebygg Midt-Norge/Vatnan var således ikke inhabil til å treffe avgjørelse i konkurransen.

Utvelgelse av tilbydere

- (48) Spørsmålet er om innklagede har brutt regelverket ved å redusere antall tilbydere på bakgrunn av kvalifikasjonskravene. Forskriftens § 11-8 regulerer reduksjon av tilbydere etter at kvalifikasjon av tilbydere er foretatt. Forskriften § 8-6 regulerer selve kvalifikasjonsfasen, der tilbyder har satt en øvre eller nedre grense for deltakelse i konkurransen.
- (49) I kunngjøringens punkt IV.1.2) oppga Helsebygg Midt-Norge at et "planlagt minimum" ville bli invitert med videre i konkurransen. Av konkurransegrunnlaget punkt 1.2, "Anskaffelsesprosedyre" fremgikk at det skulle velges ut 3-5 leverandører til en

forhandlingsrunde, og at det deretter ville bli gitt en felles frist for innlevering av endelig tilbud for evaluering. Under punkt 6, "*Kvalifiseringen*" fremgikk det at innklagede skulle velge ut 3-5 leverandører for deltakelse i forhandlingsrunden. I følge brev 9. februar 2009 ville innklagede "*på bakgrunn av opplysninger for kvalifiseringen [...] velge ut 3-5 kvalifiserte leverandører*" for videre deltakelse i konkurransen. Etter nemndas oppfatning har klager åpnet for en begrensning av antall leverandører ut fra en gitt maksimum i kvalifikasjonsfasen. Ut fra den foreliggende dokumentasjon, blant annet av protokoll og brev av 17. mars 2009 fremgår det at innklagede har foretatt en kvalifikasjon av tilbyderne ut fra den angitte informasjonen under punkt 6, "*Kvalifiseringen*", og at innklagede ikke gjorde dette som en reduksjon av tilbydere i forhandlingsfasen. På denne bakgrunn kan ikke klagenemnda se at innklagede har brutt regelverket ved å redusere antall tilbydere på bakgrunn av kvalifikasjonskravene.

Innsyn

- (50) Klager anfører at innklagedes unnlatelse av å gi innsyn i anskaffelsesprotokollen og de vinnende tilbud innen klagefristens utløp-/ kontraheringstidspunktet 18. mai 2009 er et brudd på regelverket.
- (51) Av lovens § 5 fremgår det at oppdragsgiver skal sikre kravet til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i anskaffelsesprosessen. I foreliggende sak er kravet til etterprøvbarhet for så vidt opprettholdt i den forstand at klager er gitt innsyn i anskaffelsesprotokollen og de vinnende tilbud 19. mai 2009, slik klager anmodet om per e-post 12. mai 2009. Spørsmålet er imidlertid om innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk ved ikke å utlevere dokumentene før kontraktsinngåelse og på den måten avskåret klager fra å etterprøve tildelingsbeslutningen før kontrakt med valgte leverandør ble inngått.
- (52) I følge forskriftens § 13-3 skal meddelelse om tildeling av kontrakt inneholde en begrunnelse for valg av leverandør og angi en frist for alle "*deltakerne*" til å påklage beslutningen. Klagenemnda har i flere saker fastslått at "*deltakere*" i denne sammenheng også omfatter avviste leverandører, jf. blant annet sak 2009/83 (premiss 22) og sak 2009/27 (premiss 20). Det samme må gjelde for kvalifiserte leverandører som har gått ut av konkurransen fordi det er satt en øvre grense for antall deltagere etter forskriftens § 8-6.
- (53) Begrunnelsen skal inneholde informasjon om det valgte tilbudet som er tilstrekkelig til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig og i samsvar med konkurransens angitte tildelingskriterier, jf. § 11-14 (1). Et sentralt hensyn bak bestemmelsene er å avverge at kontrakt blir inngått uten at deltakere i konkurransen blir hørt, sml. blant annet klagenemndas sak 2008/143 (premiss 39). Av EF- domstolen C-81/98 (Alcatel) fremgår videre at eventuelt forbigåtte leverandører skal ha en reell klageadgang.
- (54) Etter den gamle offentlighetsloven hadde oppdragsgiver anledning til å unnta tilbud og protokoller i konkurransen fra innsyn, jf. offentlighetsloven av 19. juni 1970 § 11, jf. forskrift av 14. februar 1986 nr. 351 punkt V nr. 12 (Oppdragsgiver hadde imidlertid en plikt til å vurdere innsyn etter prinsippet om meroffentlighet.)
- (55) Av dagens offentlighetslov (offentleglova av 19. mai 2006) § 23 fremgår at "*Det kan gjerast unntak frå innsyn for tilbod og protokoll etter regelverk som er gitt i medhald av*

lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlege innkjøp, til valget av leverandør er gjort." Med unntak for forretningshemmeligheter, jf. anskaffelsesforskriftens § 3-6, jf. fvl. § 13, er oppdragsgiver således forpliktet til å gi innsyn i tilbud og protokoll fra det tidspunkt leverandør er valgt. Den nye offentlighetsloven styrker dermed kravet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i anskaffelsesprosessen

- (56) Av forarbeidene (NOU 2003:30) til den nye offentlighetsloven punkt 14.5 fremgår det:

"Bakgrunnen for at utvalget ønsker å øke innsynet i [dokumenter i innkjøpssaker] er, i likhet med formålet med reglene om offentlige anskaffelser, å øke gjennomsiktigheten i forvaltningens saksbehandling. Slik vil leverandører, politikerne og allmennheten være sikker på at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn når det offentliges midler disponeres."

- (57) Og fra Ot.prp.nr.102 (2004-2005), side 146 hitsettes:

"Unntakshøvet er avgrensa i tid og gjeld berre fram til valet av leverandør er gjort. Dette er eit tidlegare tidspunkt enn undertekninga av kontrakten. For partane er det i medhald av dei aktuelle forskriftene etablert ei ordning der tilbydarane får melding om kven av leverandørane som vil få kontrakten, med ei frist for å klage eller komme med innvendingar, sjå til dømes forskrift om offentlege innkjøp §§ 10-3 og 17-3. Ved at unntakshøvet berre gjeld fram til slik melding er sendt til leverandørane, vil jamvel borgarane dra nytte av det same tidsrommet og ha ein sjanse til å kontrollere prosessen og påverke utfallet før kontrakten er skriven."

- (58) Av forarbeidene fremgår det dermed at ny offentlighetslov og kravet til innsyn i anskaffelsesprotokoll og tilbud ikke bare er begrunnet med at allmennheten skal få anledning til å etterprøve prosessen, men også med at *"leverandører [...] vil være sikker på at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn når det offentliges midler disponeres."* Begrunnelsen for å legge skjæringstidspunktet for innsyn i protokoll og tilbud til valget av leverandør er gjort, og ikke etter kontrakt er signert, er videre oppgitt å være en sjanse til å *"kontrollere prosessen og påverke utfallet før kontrakt er skriven."*, jf. Ot.prp.nr.102 (2004-2005).
- (59) Slik nemnda ser det, utfyller således den nye offentlighetsloven det vernet leverandør er gitt gjennom begrunnelsesplikten og kravet om at det skal gå *"rimelig tid"* mellom meddelelse om valg av leverandør til kontraktsinngåelse, jf. forskriften § 13-3. Når offentlighetsloven fastslår at tilbud og anskaffelsesprotokoll skal være offentlige fra valg av leverandør er gjort, er dette ikke bare ment å styrke allmennhetens behov for å etterprøve anskaffelsesprosessen før kontraktsignering, men også eventuelle forbigåtte leverandørers reelle klagemulighet før kontraktsinngåelse. Etter kontraktsinngåelse vil dagens regelverk kun verne leverandørenes rett til erstatning. Hvor begrunnelsen for tildeling er ufullstendig eller mangelfull, vil innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll være særlig viktig for å sikre en effektiv etterprøving av saksgang og håndtering av anskaffelsesprosessen.
- (60) Offentlighetsloven § 23 innebærer at innklagede plikter å imøtekomme anmodning om innsyn fra deltakende leverandører før klagefristen er gått ut/kontrakt med valgte leverandør er inngått. Når innklagede ikke etterkom klagers anmodning om innsyn i

vinnende tilbud og anskaffelsesprotokoll før etter at kontrakt var signert, utgjør det brudd på kravene til etterprøvbarhet, gjennomsiktighet og god forretningsskikk i loven § 5.

Hvorvidt aktuelle konkurranse skulle vært avlyst

- (61) Utgangspunktet er at reparerbare feil kan korrigeres slik at oppdragsgiver slipper å avlyse konkurransen, jf. EF domstolens avgjørelse i sak C- 448/01 (Wienstrom). Etter kontraktsinngåelse, slik tilfellet er i denne saken, er innklagede imidlertid avskåret fra å reparere den feilen som i dette tilfellet er begått. Oppdragsgivers alternativer i slike situasjoner er enten å heve den inngåtte kontrakten, eventuelt å tilkjenne forbigåtte leverandører erstatning dersom disse skulle ha dekning for et slikt krav.

Konklusjon:

Helse Midt-Norge RHF har brutt kravet til god forretningsskikk i lovens § 5 ved å ikke gi innsyn i anskaffelsesprotokoll og valgte leverandørers tilbud før klagefristen gikk ut/før kontraktsinngåelse.

For klagenemnda,
16. november 2009

Magni Elsheim