



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse for tjenester for kartlegging og overvåkning av fugletrekk. Klager anførte at rett til innsyn måtte gjelde uavhengig av reguleringen i offentleglova, men klagers anførsel førte ikke frem. Klagers anførsel vedrørende manglende angivelse av klagefrist i tildelingsmeddelelsen ble ikke behandlet av klagenemnda, ettersom det var erkjent av innklagede at dette utgjorde et brudd på forsyningsforskriften § 11-3 (1).

Klagenemndas avgjørelse 27. august 2012 i sak 2011/105

Klager: Norsk institutt for naturforskning

Innklaget: Vestavind Offshore AS

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Innsyn.

Bakgrunn:

- (1) Vestavind Offshore AS (heretter kalt innklagede) fikk høsten 2009 konsesjon fra Olje- og energidepartementet til å bygge en fullskala offshore vindpark – Havsul I, i havområdene utenfor Haraøya i Sandøy kommune i Møre og Romsdal. Innklagede er eid av syv kraftselskaper, som igjen eies av kommuner og fylkeskommuner.
- (2) En forutsetning for at konsesjonen ble gitt, var at det ble gjennomført et miljøovervåkningsprogram for blant annet å kartlegge, samt overvåke, sjøfugl og trekkfugl i områdene for utbygging. Innklagede kunngjorde 25. november 2010 en konkurranse for anskaffelse av tjenester for kartlegging og overvåkning av fugletrekk på Havsul I. Av kunngjøringen punkt II.1.5 *"Kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang"* fremgikk det at:

"Formålet med anskaffelsen er å inngå avtale med en leverandør som kan utføre kartlegging og overvåkning av sjøfugl og fugletrekk på Havsul i henhold til de behov og krav som blir nærmere beskrevet i denne kunngjøringen"

- (3) Anskaffelsen var kunngjort med CPV kode 71313450.
- (4) Av kunngjøringen punkt III.2 *"KVALIFIKASJONSKRAV"* fremgikk det under underpunkt III.2.1 følgende krav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:

"

- (1) *Firmaattest*
- (2) *Krav til å fremlegge skatteattest for merverdiavgift (Nasjonale krav)*
- (3) *Krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)"*

- (5) I kunngjøringen punkt IV.1 var det videre kryssset av for at konkurransen skulle gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse.
- (6) Av kunngjøringen punkt IV.2 *"TILDELINGSKRITERIER"* fremgikk det at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og følgende tildelingskriterier var oppstilt i kunngjøringen:

<i>"Kriterier"</i>	<i>Vekting</i>
<i>1 Pristilbud for hele avtaleperioden</i>	<i>50 %</i>
<i>2 Kompetanse til nøkkelpersonell som skal utføre oppdraget,</i> <i>CV'er der relevant kompetanse og erfaring er angitt skal vektlegges</i>	<i>15 %</i>
<i>3 Metodebeskrivelse/-valg</i>	<i>15 %</i>
<i>4 Beskrivelse av baseline studie</i>	<i>10 %</i>
<i>5 Beskrivelse av overvåkningsprogram</i>	<i>10 %"</i>

- (7) Tidsfrist for mottak av tilbud var satt til 3. januar 2011.
- (8) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 *"Nærmere om bakgrunnen"* ble det gitt en utførlig redegjørelse av bakgrunnen for prosjektet. Følgende utdrag hitsettes:

"En synlig konkretisering av satsingen på offshorevind ble gitt høsten 2009 da Olje- og energidepartementet ga konsesjon til Norges første storstilte vindkraftanlegg til havs.

En realisering av vindkraftanlegget vil øke norsk vindkraftproduksjon med 1 TWh. Det er like mye som dagens 18 landbaserte vindkraftanlegg produserer til sammen. Havsul I vil kunne produsere energi tilsvarende årsforbruket til 50 000 husstander. Det vil dermed gi et betydelig bidrag til norsk vindkraftproduksjon og gjøre kraftsituasjonen i Midt-Norge mindre anstrengt. (...)

I konsesjonsvedtaket (NVE 200704080-37) gir OED/NVE følgende krav knyttet til et miljøovervåkningsprogram: "Det skal gjennomføres et miljøovervåkningsprogram, herunder for temaene fugl og fisk. Programmet skal gjennomføres etter anerkjente prinsipper for for- og etterundersøkelser, for eksempel slik det er nedfelt i anbefalinger utarbeidet i OSPAR-konvensjonen. Plan for overvåkningsprogram skal oversendes og godkjennes av NVE i god tid før anleggsstart slik at nødvendige forundersøkelser kan gjennomføres.

(...)"

- (9) I konkurransegrunnlaget punkt 3 var det gitt en arbeidsbeskrivelse, det vil si en behovsspesifisering av hvilke elementer overvåkningsprogrammet skulle inneholde. Det fremgikk at programmet skulle deles i forskjellige faser – planlegging, baselinestudie, overvåkning og rapportering, hvorav alle fire fasene var nærmere beskrevet.
- (10) I konkurransegrunnlaget punkt 3.5 ble det videre gitt en nærmere redegjørelse for rammene for oppdraget, herunder i hvilket tidsrom tjenesten skulle utføres og hvor ofte overvåkningen av fugletrekk burde gjennomføres. Videre fremgikk det at:

"Dersom det er mulig bør arbeidet med fugletrekk utføres i samarbeid med NOF sine trekkteklinger ved Ona fyr nord for Havsul-området. Kartlegging av sesongmessig og årlig variasjon i utbredelse og forekomst av sjøfugl rundt utbyggingsområdet samt referanseområder må gjennomføres regelmessig gjennom hele prosjektperioden. Arbeidet må omfatte i hovedsak tre sesonger; vinter, hekke- og myte- (fjærfellings) periodene samt vår og høst med fugletrekk.

Beskriv hvordan kartleggingen av utbredelse og forekomst av sjøfugl vil foregå i:

- *Utbredelse i hekketiden*
 - *Utbredelse i vinterperioden*
 - *Om nødvendig – utbredelse i myteperioden*
- (...)"*

- (11) Under punkt 3.6 "Organisering" fremgikk det blant annet at "Aktivitene bør organiseres i form av et sett arbeidspakker. Gjennomføring av arbeidet skal samkjøres så godt som mulig med de andre aktørene i miljøovervåkningsprogrammet, og de tilhørende fagområdene i miljøovervåkningsprogrammet. (...)"
- (12) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra tre leverandører. Dette var blant annet fra Multiconsult AS (heretter kalt valgte leverandør) og Norsk institutt for naturforskning (heretter kalt klager).
- (13) I brev datert 26. januar 2011 ble klager informert om at klager ikke var tildelt kontrakten. Det var videre opplyst at vinneren av konkurransen ville bli annonsert på innklagedes nettsider samme dag.
- (14) Klager meddelte i brev datert 3. februar 2011 at klager vurderte å påklage tildelingsbeslutningen, og klager anmodet i denne forbindelse om innsyn:

"Vi vurderer å påklage ovennevnte vedtak og ønsker i den forbindelse utlevering av nødvendig dokumentasjon i anledning saken. Herunder tilbud med vedlegg fra valgte leverandør samt protokoller og annet som gir grunnlag for vår vurdering av eventuell klage."

- (15) I brev datert 10. februar 2011 avviste innklagede klagers anmodning om innsyn, med den begrunnelse at innklagede ikke er underlagt offentleglovas regulering. Innklagede hadde i denne forbindelse vedlagt et vedtak fra fylkesmannen i Sogn- og Fjordane datert 2. februar 2010, hvor fylkesmannen hadde lagt til grunn at innklagede ikke var omfattet offentleglova. Av det vedlagte vedtaket fremgikk det at fylkesmannen hadde vurdert hvorvidt innklagedes avgjørelse om å nekte innsyn i søkerliste til stilling utlyst som administrerende direktør, var rettmessig. På bakgrunn av en grundig redegjørelse bekreftet fylkesmannen innklagedes beslutning om at innklagede ikke er omfattet av offentleglova, jf. offentleglova § 2 første ledd annet punktum, som oppstiller unntak for rettssubjekt som drives i konkurranse med private. I brevet fra innklagede ble det videre gitt en oppsummering av evalueringsprosessen:

"Vedlagt er en oppsummering av evalueringsprosessen som viser rangeringen av de tre beste tilbudene (jf. vedlegg 2). NINA har fått en lav poengsum på tilbudspris fordi tilbudet var priset vesentlig høyere enn de to andre tilbyderne. På nøkkelpersonell er

NINA vurdert best av de tre tilbyderne. De øvrige evalueringskriteriene som var oppgitt i konkurransegrunnlaget er vurdert særskilt, men slått sammen i matrisen under overskriften "Technical evaluation". NINA er tildelt lavest poengsum hvilket primært skyldes en svakere beskrivelse av prosjektgjennomføringen knyttet til overvåkningsprogrammet og baseline-studien enn av de to andre tilbyderne. Konkretisering av prosjektorganisasjonen og tilstedeværelse gjennom feltarbeid har også vært ett av punktene som er bedre beskrevet i konkurrerende tilbud.

Vestavind Offshore har med ekstern faglig bistand gjennomført en omfattende evaluering av mottatte tilbud. Multiconsult har etter vår totalvurdering gitt det beste tilbudet, og er derfor valgt som samarbeidspartner for Vestavind Offshore til kartlegging av overvåkning av sjøfugl og fugletrekk på Havsul. Kontrakt er inngått."

- (16) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 23. mars 2011.
- (17) I tilsvaret av 7. oktober 2011 la innklagede frem et internt notat datert 25. januar 2011 med overskriften *"Kartlegging og overvåkning av sjøfugl og fugletrekk på Havsul: Utvelgelse av leverandør – faglig begrunnelse."*

Anførsler:

Klagers anførsler:

Regelverk

- (18) Innklagede er omfattet av anskaffelsesregelverket, herunder lov om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften. Det fremgår ingen opplysninger om anskaffelsens verdi. Klagers tilbud var imidlertid i størrelsesorden oppunder 15 millioner kroner, og klager antar at også de andre tilbydernes tilbud var over terskelverdien. Etter klagers mening må det derfor legges til grunn at innklagede var forpliktet til å følge forsyningsforskriften del I og del II.

Innsyn

- (19) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager innsyn i valgte leverandørs tilbud, samt øvrige skriftlige nedtegnelser og dokumenter for de ulike delene av anskaffelsesprosessen.
- (20) Innklagede har begrunnet avslaget på klagers innsynsbegjæring med at innklagede ikke er omfattet av offentleglova med henvisning til unntaksregelen i offentleglova § 2 (1). Forsyningsforskriften inneholder riktignok ingen henvisning til offentleglova, slik som forskrift om offentlige anskaffelser, men samme rett til innsyn må likevel gjelde. Samme hensyn som taler for at det gis innsyn i konkurranser som følger forskrift om offentlige anskaffelser gjelder for konkurranser etter forsyningsforskriften. Klager viser i denne forbindelse til lov om offentlige anskaffelser § 5 (3) hvor det heter at oppdragsgiver *"skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen."*
- (21) Også etter forsyningsforskriften må det oppstilles en rett for tilbyderne til å kreve innsyn i dokumenter som angår anskaffelsen, og som er egnet til å belyse de vurderinger som er foretatt, med hjemmel i offentleglova. Av offentleglova § 23 (3) fremgår det 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 valet av leverandør er"*

gjort." En naturlig forståelse av ordlyden i denne bestemmelsen, sett sammen med hovedregelen i offentleglova § 3, tilsier at det etter tidspunktet for valg av leverandør må gjelde en rett til innsyn, og at oppdragsgiver må begrunne eventuelle unntak fra dette utgangspunktet. Sett sammen med de grunnleggende hensynene som taler for innsyn på anskaffelsesrettens område må denne retten gjelde uavhengig av unntaksregelen i offentleglova § 2 (1). Innklagedes anførsel om at innklagede ikke er omfattet av offentleglovas innsynsregler kan dermed ikke føre frem.

Opplysninger om anskaffelsens verdi og anskaffelsesprosedyre

- (22) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å opplyse om kontraktens anslåtte verdi, og ved ikke å opplyse om hvilken anskaffelsesprosedyre som ville bli lagt til grunn for gjennomføringen av konkurransen.

Skriftlig nedtegning av dokumentasjon

- (23) Forsyningsforskriften innehar ingen egen bestemmelse, tilsvarende forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1), om plikt til å føre protokoll. Det fremgår imidlertid av forsyningsforskriften § 3-1 (7) at oppdragsgiver fortløpende skal *"sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet."* Klager er av den oppfatning at denne bestemmelsen må tolkes slik at den oppstiller en plikt for oppdragsgiver til skriftlig å nedtegne og dokumentere de ulike delene av anskaffelsesprosessen, herunder de vurderinger som er foretatt, i stor grad på tilsvarende måte som det som følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1).
- (24) Dersom det viser seg at innklagede har unnlatt å handle i tråd med plikten som følger av forsyningsforskriften § 3-1 (7), jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 (1), anføres det at innklagede har brutt regelverket ved at dette ikke er utført.

Kriterier for deltakelse og tildeling av kontrakt

- (25) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å opplyse om hvilke kvalifikasjonskriterier som gjaldt for konkurransen, og ved ikke å opplyse om hvilke kriterier som ville bli lagt til grunn for tildeling av kontrakten.

Begrunnelse og klagefrist

- (26) Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-4 (1) ved å unnlate å opplyse om frist for å klage over tildelingsbeslutningen.
- (27) Innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-3 (2) bokstav c ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse i henhold til denne bestemmelsens krav.
- (28) I brevet fra innklagede datert 10. februar 2011 gis det en kort begrunnelse for tildelingen, ved at innklagede opplyser om hvilken rangering klager har fått i henhold til nærmere angitte, men ikke tilgjengeliggjorte tildelingskriterier. En nærmere vurdering krever imidlertid at klager i større grad gis tilgang til de nærmere kriterier som har lagt til grunn for tildelingen, samt de konkrete forholdene ved valgte leverandørs tilbud som var avgjørende for tildelingen. Etter klagers oppfatning gir derfor ikke innklagedes begrunnelse tilstrekkelig grunnlag for å vurdere hvorvidt kravet til gjennomsiktighet og

reell konkurranse er overholdt. Begrunnelsen ga heller ikke tilstrekkelig informasjon til å vurdere hvorvidt det var grunnlag for å klage.

Erstatning

- (29) Klagenemnda anmodes om å ta stilling til hvorvidt vilkårene for å kreve erstatning er tilstede.

Innklagedes anførsler:

Regelverk

- (30) Innklagede finner det rimelig å anta at anskaffelsen er underlagt forsyningsforskriften, og anskaffelsen ble også kunngjort i henhold til dette.

Innsyn

- (31) Innsynsretten er overholdt. Klager ba i brev av 3. februar om å få utlevert "*nødvendig dokumentasjon i anledning saken. Herunder tilbud med vedlegg fra valgte leverandør samt protokoller og annet som gir grunnlag for vår vurdering av eventuell klage.*" Innklagede vurderte kravet, og bestrider at det var grunnlag for innsyn utover tilbakemeldingen som ble gitt i brev av 10. februar 2011. Verken offentliglova eller anskaffelsesregelverket hjemler innsyn.
- (32) Fylkesmannen i Sogn- og Fjordane har konkludert med at offentliglova ikke får anvendelse på innklagedes virksomhet. Innklagede innrettet seg i tråd med fylkesmannens vedtak og kravet om innsyn ble avslått i brev av 10. februar 2011, med henvisning til at offentliglova ikke får anvendelse. I alle tilfeller faller spørsmålet om offentliglovas anvendelsesområde utenfor klagenemndas mandat å ta stilling til.
- (33) Bestemmelsen i anskaffelsesforskriften er en ren henvisningsbestemmelse som kun slår fast at offentliglovas regulering må legges til grunn ved vurderingen av innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll. Der offentliglova ikke får anvendelse etter bestemmelsene i offentliglova § 2, vil det ikke foreligge noen innsynsrett etter anskaffelsesforskriften § 3-5. Det er således ikke noe grunnlag for en alminnelig innsynsrett på anskaffelsesrettsområdet i medhold av anskaffelsesforskriften § 3-5. Langt mindre er det grunnlag for å utlede en alminnelig regel om innsynsrett på forsyningsforskriftens område, med utgangspunkt i anskaffelsesforskriften § 3-5.
- (34) Innklagede avviser også at innsynsrett i tilbud eller interne dokumenter kan utledes fra anskaffelsesloven § 5. Som utgangspunkt vil kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet som oppstilles i loven § 5 være tilfredsstillende ved at oppdragsgiver oppfyller begrunnelsesplikten etter forsyningsforskriften § 11-3. I tilbakemeldingen til klager i brev av 10. februar 2011 ble det gitt en utførlig begrunnelse for tildelingen som må anses å oppfylle det materielle kravet i forsyningsforskriften § 11-3.

Opplysninger om anskaffelsens verdi og anskaffelsesprosedyre

- (35) Innklagede antok at anskaffelsens verdi ville overstige terskelverdiene, og anskaffelsen ble derfor kunngjort som en åpen anbudskonkurranse.
- (36) Når det gjelder klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å oppgi anskaffelsens verdi stiller innklagede seg spørrende til hvilket rettslig grunnlag klager

bygger på. Anskaffelsens omfang var utførlig beskrevet i behovsspesifikasjonen, hvor det fremgikk både hva som skulle anskaffes og for hvilket tidsrom dette skulle foregå.

- (37) Et eventuelt ytterligere krav om angivelse av anskaffelsens omfang, må fortolkes i lys av de særlige utfordringene som gjorde seg gjeldende. Utgangspunktet for anskaffelsen, var krav i konsesjonsvedtaket om et miljøprogram som ledd i utnyttelsen av konsesjonen. Dette programmet vil utgjøre den første miljøundersøkelsen knyttet til en vindpark i norsk farvann. På denne bakgrunn kontaktet innklagede allerede i 2009 ulike forskningsmiljøer, herunder klager, for å kartlegge omfanget av et slikt program, samt mulige finansieringskilder. Rapporten fra de ulike forskningsmiljøene, konkluderte med en kostnad i størrelsesorden 150 millioner kroner. Innklagede fremla rapportene for NVE for å få klarhet i om prosjektene som var beskrevet ville oppfylle konsesjonskravene. Tilbakemeldingen fra NVE var at det ville være tilstrekkelig med et mer begrenset miljøovervåkningsprogram. Innklagede gikk da på ny i dialog med ulike forskningsmiljøer, for å kartlegge grunnlaget for et mer begrenset program. Innklagede brukte adskillig med ressurser for å kartlegge anskaffelsesbehovet, men fant det likevel vanskelig å få et klart bilde av hvilke kostnader som ville gjøre seg gjeldende forbundet med et overvåkningsprogram som oppfylte konsesjonskravene. Et anslag i forbindelse med kunngjøringen ville derfor etter innklagedes oppfatning fort kunne bli unøyaktig og villedende. Det ble derfor funnet mer formålstjenlig å beskrive hva innklagede ønsket anskaffet, og overlate til markedet å tilby ulike løsninger.

Skriftlig nedtegning av dokumentasjon

- (38) Innklagede bestrider å ha brutt forsyningsforskriften § 3-1 (7), når det gjelder skriftlig nedtegning av dokumentasjon.
- (39) Forsyningsforskriften inneholder intet krav om føring av anskaffelsesprotokoll. Når det gjelder plikten etter forsyningsforskriften § 3-1 (7) om å sikre at vurderinger og dokumentasjon av betydning for konkurransen nedfelles skriftlig, vil innklagede understreke at det ikke gjelder ytterligere formkrav utover skriftlighetskravet. Gjennom konkurranseprosessen er det utarbeidet omfattende dokumentasjon som tilfredsstiller kravene i forsyningsforskriften § 3-1 (7), herunder dokumentasjon for hvordan tilbudene er behandlet og evaluert. Det vises i denne forbindelse til notat av 25. januar 2011 som i detalj angir hvordan tilbudene er gjennomgått og evaluert. Det fremgår også at det innkom tilbud fra seks leverandører, der to av tilbudene ble avvist grunnet mangler ved tilbudene.

Kriterier for deltakelse og tildeling av kontrakt

- (40) Kvalifikasjonskriterier og kriterier for tildeling av kontrakten fremgikk av kunngjøringen.

Begrunnelse og klagefrist

- (41) Innklagede erkjenner at tildelingsmeddelelsen av 26. januar 2011 ikke inneholdt en frist for tilbyderne til å klage over beslutningen, og at innklagede derfor har brutt forskriften § 11-4 (1) på dette punktet.
- (42) Når det gjelder forsyningsforskriften § 11-3 (2) bokstav c, er imidlertid et grunnleggende vilkår for å konkludere med at bestemmelsen er brutt, at det rent faktisk er bedt om en nærmere begrunnelse. Brevet fra klager av 3. februar 2011 gjaldt utelukkende krav om utlevering av dokumenter.

- (43) I alle tilfeller må det legges til grunn at kravet til begrunnelse som oppstilles i forsyningsforskriften § 11-3 (2) bokstav c er oppfylt med bakgrunn i tilbakemeldingen som ble gitt i brev av 10. februar 2011. Her ble navnet på den valgte leverandøren oppgitt, og redegjørelsen i brevet, sett sammen med den vedlagte evalueringsmatrisen, ga tydelig uttrykk for hvorfor tilbudet fra klager ikke ble valgt.

Erstatning

- (44) Innklagede bestrider at vilkårene for å kreve erstatning er oppfylt.

Klagenemndas vurdering:

- (45) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.
- (46) Innklagedes virksomhet er kraftproduksjon, som er en aktivitet som omfattes av forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene § 1-3 bokstav a. Innklagede er eid av syv kraftselskaper, som igjen eies av kommuner og fylkeskommuner og er således et "*offentlig foretak*", jf. § 4-1 bokstav c. Innklagede er dermed omfattet av forsyningsforskriften, jf. forsyningsforskriften § 1-2 (1) bokstav a. Anskaffelsen var kunngjort med CPV kode 71313450, som er "*Miljøovervåking av bygge- og anleggsvirksomhet*." Dette er en prioritert tjeneste i kategori 12, jf. forsyningsforskriften vedlegg 2. Verken kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget inneholdt opplysninger om anskaffelsens anslåtte verdi. Innklagede har imidlertid opplyst at innklagede antok at anskaffelsen ville overstige terskelverdiene, som for vare- og tjenestekontrakter er på 2,3 millioner kroner ekskl. mva., jf. forsyningsforskriften § 2-3 (1) bokstav b. Klagenemnda legger i det videre derfor til grunn at anskaffelsen følger forsyningsforskriften del I og del II, jf. forsyningsforskriften § 1-3 (1) bokstav a, jf. § 2-3 (1) bokstav a.

Opplysninger om anskaffelsens verdi og anskaffelsesprosedyre

- (47) Under dette punktet har klager for det første anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å oppgi anskaffelsens estimerte verdi.
- (48) Konkurransen gjelder en åpen anbudskonkurranse vedrørende kjøp av tjenester for overvåking av fugletrekk, som er en prioritert tjeneste i kategori 12, jf. forsyningsforskriften vedlegg 2. Av forsyningsforskriften § 8-1 følger det at oppdragsgiver skal utarbeide en kunngjøring i samsvar med skjemaer fastsatt av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet. I EU direktiv 2004/17 (Forsyningsvirksomhetsdirektivet) bilag XIII fremgår det hvilke opplysninger oppdragsgivere skal angi i kunngjøringen. Ved gjennomføringen av en åpen anbudskonkurranse vedrørende tjenestekontrakter, skal blant annet følgende opplysninger fremgå:

"6. For tjenesteydelseskontrakter:

a) Arten og omfanget af de tjenesteydelser, der skal leveres. Angivelse af især optionsklausuler vedrørende yderligere indkøb og den foreløbige tidsplan for brugen af disse klausuler, hvis denne foreligger, samt antallet af eventuelle forlængelser. Ved serier af kontrakter, der kan fornyes, angives ligeledes den foreløbige tidsplan for senere udbud vedrørende de pågældende tjenesteydelser, såfremt denne foreligger."

- (49) I skjemaet som er fastsatt av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet er det to punkter som knytter seg til angivelse av anskaffelsens art, mengde og omfang, jf. punkt II.1.5 og II.2.1, men bortsett fra ved bruk av rammeavtaler, jf. punkt II.1.4, er det ingen punkter som gjelder angivelse av kontraktens verdi.
- (50) Ut fra dette kan det legges til grunn at forsyningsforskriften § 8-1, jf. direktiv 2004/17 bilag XIII, ikke oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å oppgi anskaffelsens estimerte verdi, ved kunngjøring av en åpen anbudskonkurranse om tjenesteytelser. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (51) Når det gjelder anskaffelsesprosedyre så var det i kunngjøringen punkt IV.1 krysset av for at konkurransen skulle gjennomføres som en åpen anbudskonkurranse. Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved ikke å opplyse om hvilken anskaffelsesprosedyre som skulle benyttes, kan dermed ikke føre frem.

Kriterier for deltakelse og tildeling av kontrakt

- (52) Under dette punktet har klager anført at innklagede har brutt regelverket ved å unnlate å opplyse om hvilke kvalifikasjonskriterier som gjaldt for konkurransen, og ved ikke å oppgi hvilke kriterier som ville bli lagt til grunn for tildeling av kontrakten.
- (53) I kunngjøringen punkt III.2, under krav til leverandørenes organisatoriske og juridiske stilling, har innklagede oppstilt flere dokumentasjonskrav. Det er blant annet stilt krav om at leverandørene skal fremlegge firmaattest og skatteattest for merverdiavgift. I forskrift om offentlige anskaffelser § 17-5 heter det at "*Krav til leverandørenes kvalifikasjoner skal i hovedtrekk angis i kunngjøringen. Kunngjøringen skal også angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandørene er oppfylt.*" Forskrift om offentlige anskaffelser inneholder således et krav om at kvalifikasjonskravene i hovedtrekk, og tilhørende dokumentasjonskrav, skal oppgis i kunngjøringen.
- (54) Forsyningsforskriften innehar ikke tilsvarende regulering for angivelse av kvalifikasjonskriteriene, da det her kun stilles krav om at "*[k]valifisering av leverandører skal skje på bakgrunn av objektive kriterier og regler som er tilgjengelig for alle interesserte leverandører*", jf. forsyningsforskriften § 7-9. Heller ikke i forsyningsvirksomhetsdirektivet er det oppstilt et krav om at kvalifikasjonskravene eksplisitt skal angis. I henhold til forsyningsforskriftens regulering, må det således som utgangspunkt anses tilstrekkelig at kun dokumentasjonskrav er angitt. Innklagedes angivelse av dokumentasjonskrav for oppfyllelse av leverandørenes organisatoriske og juridiske stilling i kunngjøringen, må i dette tilfellet derfor anses å oppfylle forskriftens krav. Når det gjelder tildelingskriteriene, så var disse angitt i kunngjøringen punkt IV.2. Klagers anførsel kan på bakgrunn av det overstående ikke føre frem.

Innsyn

- (55) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved ikke å gi klager innsyn i valgte leverandørs tilbud, samt øvrige skriftlige nedtegnelser og dokumenter for de ulike delene av anskaffelsesprosessen. Klager har vist til at rett til innsyn må anses utledet av regelverkets grunnleggende prinsipper, jf. loven § 5 (3).
- (56) Som klager har påpekt, inneholder ikke forsyningsforskriften en tilsvarende bestemmelse som forskrift om offentlige anskaffelser § 3-5 om at for "*Allmenhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova*". Denne bestemmelsen er

imidlertid en ren henvisningsbestemmelse, og offentleglova kommer til anvendelse på virksomheter som omfattes av offentleglovas virkeområde.

- (57) Hovedregelen i lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova) er at saksdokumenter er offentlige, jf. offentleglova § 3. Etter offentleglova § 23 (3) kan det likevel *"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 valet av leverandør er gjort"*. Oppdragsgiver som er omfattet av offentleglova er således forpliktet til å gi innsyn i tilbud fra det tidspunkt leverandør er valgt. Hvilke opplysninger i tilbudene som det konkret skal gis innsyn i begrenses imidlertid av reglene om taushetsplikt vedrørende forretningshemmeligheter, jf. forskriften § 3-6, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13.
- (58) En forutsetning for rett til innsyn i medhold av offentleglova, er at virksomheten innsynsbegjæringen er rettet mot, er omfattet av offentleglovas virkeområde. Innklagede er offentlig eid, og er derfor som utgangspunkt underlagt offentleglova, jf. offentleglova § 2 (1) bokstav c. Som begrunnelse for å nekte innsyn i det valgte tilbudet har innklagede imidlertid vist til at innklagede er unntatt offentleglovas regulering i medhold av at innklagede er et *"rettssubjekt som hovedsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private"*, jf. offentleglova § 2 (1) andre punktum. At innklagede er omfattet av denne unntaksbestemmelsen er bekreftet av Fylkesmannen i Sogn- og Fjordane i vedtak av 2. februar 2010. I vedtaket fra fylkesmannen gis det en grundig redegjørelse for at innklagede må anses for å drive næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private rettssubjekt. Klagenemnda legger fylkesmannens vurdering av dette spørsmålet til grunn.
- (59) Klager har argumentert med at de grunnleggende hensynene som taler for innsyn på anskaffelsesrettens område må føre til rett til innsyn uavhengig av unntaksregelen i offentleglova § 2 (1). Offentleglova ble imidlertid vedtatt i 2006, og spørsmålet om hvilket virkeområde loven skulle ha ble vurdert av lovgiver på dette tidspunktet. Det er dermed klart at offentleglova ikke gir klager rett til innsyn. Rett til innsyn i tilbud med videre følger heller ikke av forsyningsforskriften.
- (60) Klagenemnda kan heller ikke se at en slik rett er en nødvendig følge av Norges folkerettslige forpliktelser i henhold til EØS-avtalen. Klagenemnda finner avslutningsvis grunn til å nevne at tvisteloven har egne regler om plikt til å fremlegge dokumenter under rettssaker jf. tvisteloven § 21-5, jf. tvisteloven kap. 22. Klagers anførsel fører ikke frem.

Begrunnelse

- (61) Klager har anført at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-4 (1) ved at det i tildelingsmeddelelsen av 26. januar 2011, ikke var oppgitt en klagefrist.
- (62) Det er på det rene at tildelingsmeddelelsen av 26. januar 2011, ikke inneholdt en frist til å klage over beslutningen, slik forsyningsforskriften § 11-4 (1) krever. Det er imidlertid erkjent av innklagede at dette utgjør et brudd på bestemmelsen, og klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette.
- (63) Klager har videre anført at innklagede har brutt forsyningsforskriften § 11-3 (2) bokstav c, ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse i henhold til denne bestemmelsens krav.

- (64) I følge forsyningsforskriften § 11-3 (2) bokstav c, slik den lød på tidspunktet konkurransen ble gjennomført, kunne en leverandør kreve at oppdragsgiver snarest, og senest innen 15 dager, gav en utfyllende begrunnelse for hvorfor *"tilbudet ikke er valgt med angivelse av de relative fordelene ved det valgte tilbudet, inkludert navnet på den valgte tilbyder."*
- (65) I brev av 10. februar 2011 ga innklagede en redegjørelse for hvordan klagers tilbud var evaluert i forhold til de øvrige tilbudene. Etter klagenemndas syn fremgikk det av dette hvilke vurderinger som lå til grunn for at klagers tilbud ikke nådde opp i konkurransen. Oppsummeringen gitt i brev av 10. februar 2011, hvor også navnet på valgte leverandør ble oppgitt, må etter klagenemndas oppfatning derfor anses å tilfredsstille kravene til begrunnelse i forsyningsforskriften § 11-3 (2) bokstav c. Klagers anførsel fører ikke frem.

Skriftlig nedtegning av dokumentasjon

- (66) Klagenemnda oppfatter klagers anførsel under dette punktet slik at klager ber nemnda om å ta stilling til hvorvidt nedtegning av vurderinger er gjort i henhold til forsyningsforskriften § 3-1 (7).
- (67) Det følger av forsyningsforskriften § 3-1 (7) at *"Oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, slik at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet."*
- (68) Som klager selv er inne på er det ingen plikt etter forsyningsforskriften til å føre protokoll, slik som er tilfelle for anskaffelser som følger forskriften for klassisk sektor. Klagenemnda har gått gjennom innklagedes interne notat datert 25. januar 2011, jf. premiss (17), som etter nemndas oppfatning må anses å oppfylle kravene, om nedtegning av vurderinger av betydning for gjennomføringen av konkurransen, som kan utledes av forsyningsforskriften § 3-1 (7). Klagers interesser må uansett anses ivaretatt ved begrunnelsen gitt i brev av 10. februar 2011. Klagenemnda finner således ikke grunnlag for å konstatere brudd på dette punktet.

Konklusjon:

Vestvind Offshore AS har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 27. august 2012

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Magni Elsheim