



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av daglig drift og bemanning av kystvaktssentralen ved Sjøforsvarets kystvaktstasjon på Sortland. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi motstridende opplysninger om tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Videre fant klagenemnda at innklagede hadde brutt forskriften § 3-2 ved ikke å føre protokoll fortløpende. Klagers øvrige anførsler førte enten ikke fram eller ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 18. november 2014 i sak 2013/101

- Klager:** Nord Norsk Bemanning AS
- Innklaget:** Forsvarsdepartementet v/Forsvarets Logistikkorganisasjon
- Klagenemndas medlemmer:** Siri Teigum, Andreas Wahl, Jakob Wahl
- Saken gjelder:** Avvisning av leverandør, avvisning av tilbud, tildelingsevaluering, protokoll, habilitet.

Bakgrunn:

- (1) Forsvarets Logistikkorganisasjon (heretter innklagede) kunngjorde i april 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av daglig drift og bemanning av kystvaktssentralen ved Sjøforsvarets kystvaktstasjon på Sortland. Konkurransen ble ved brev av 2. juli 2013 avlyst grunnet saksbehandlingsfeil, og kunngjort på nytt samme dag. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen angitt til 21 584 000 kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen angitt til 9. august 2013.
- (2) I kunngjøringen fremgikk det at kontrakt ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget. I kunngjøringen punkt III.3.2 hadde innklagede krysset av for at juridiske personer måtte oppgi navnene og de faglige kvalifikasjonene for de personene som er ansvarlige for utførelsen av de aktuelle ytelsene.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 3 fremgikk det at innklagede i dag betaler kroner 5 594 433 uten merverdiavgift per år, for etterspurt tjeneste.
- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 fremgikk det at alle spørsmål og henvendelser angående konkurranseforespørselen skulle rettes til merkantil saksbehandler, med kopi til seksjonsleder Fiskeri. Av punkt 4.2 fremgikk det at merkantil saksbehandler var Geir Ditlefsen og at seksjonsleder Fiskeri var Lars Kjøren.
- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 9 "*Krav til tilbyder*" var det oppstilt følgende kvalifikasjonskrav:

"9.2 Tilbyders organisatoriske og juridiske stilling

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

Krav	Dokumentasjonskrav
<i>Tilbyder skal være norsk registrert firma</i>	<i>Firmaattest</i>
<i>Personell som vil utføre tjenesten skal være ansatt hos tilbyder</i>	<i>Ansettelse kontrakten (eksempel) og egenerklæring på at personellet er ansatt hos tilbyder og at det ikke brukes formidlet arbeidskraft.</i>

9.3 Formelle krav

Krav	Dokumentasjonskrav
<i>Tilbyder skal ha ordnede forhold med hensyn til betaling av skatt- og merverdiavgift.</i>	<i>Skatteattester ikke eldre enn 6 mnd regnet fra tilbudsfrist. Med skatteattest menes:</i> • <i>Skjema fra skattedirektoratet (RF-1244) utstedt av skattefogd for merverdiavgift</i> • <i>Skjema fra skattedirektoratet (RF-1244) utstedt av kemner/kommunekasserer for skatt og arbeidsavgift.</i>
<i>Tilbyder skal ha et velfungerende HMS-system</i>	<i>Tilbyder gir HMS erklæring som skal være signert av daglig leder sammen med bedriftens tillitsvalgte.</i>
<i>Tilbyder skal ha rutiner for bemanning av kystvaksentralen ved arbeidskonflikt</i>	<i>Egenerklæring hvor det gis en beskrivelse av hvordan tilbyder vil løse bemanning av kystvaksentralen ved arbeidskonflikt, med underskrift av ledelse og tillitsvalgt.</i>
<i>Tilbyder skal overholde forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, FORS 2008-02-08 nr 112 § 5 annet og tredje ledd.</i> <i>Se kontraktutkast punkt 7.7.3 med relevant vedlegg</i>	<i>Egenerklæring med kopi av tariffavtale også signert av tilbyders tillitsvalgte.</i>
<i>Tilbyders ansatte skal innfri opplistede krav i utkast til kontrakt, punkt 7.4.2</i>	<i>Egenerklæring hvor det gis en rutinebeskrivelse av hvordan tilbyder forsikrer seg om at ansatte oppfyller kontraktens krav, med underskrift av ledelsen</i>

9.4 Tilbyders økonomiske og finansielle stilling

Krav	Dokumentasjonskrav
<i>Tilbyder skal ha tilstrekkelig finansiell styrke til å oppfylle kontrakten</i>	<i>Tilbyders årsregnskap inkludert noter ned styre- og revisjonsberetning fra de siste to år skal sendes inn.</i> <i>Videre skal det settes opp et budsjett for driften av kystvaksentralen som viser at tilbyder kan oppfylle kontrakten uten å komme i økonomiske vanskeligheter.</i> <i>FLO/DIV FORS/DAA kan også kreve en</i>

	<i>kredittvurdering fra et anerkjent kreditteringsselskap</i>
--	---

9.5 Etiske krav

<i>Krav</i>	<i>Dokumentasjonskrav</i>
<i>Tilbyder skal ta etisk ansvar</i>	<i>Dokumenteres med signatur på vedlagte^A. Et signert vedlegg vedlegges pristilbudet.</i>

Overnevnte krav blir vurdert før selve pristilbudet blir evaluert og skal ikke kobles sammen med pristilbudet.

^AVedlegg: Etisk egenerklæring".

- (6) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 11 at pris alene ville være avgjørende for valget av leverandør.
- (7) Vedlagt konkurransegrunnlaget fulgte et utkast til kontrakt. Det fremgikk av kontrakten punkt 5.1 at:

"Det kreves at ansatte som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten/tjenesten, har lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtaler, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Jmfør forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, FOR 2008-02-08 nr 112:
- (8) Av kontrakten punkt 7.4.2 fremgikk det at:

"Tjenesten ved Kystverksentralen skal utføres med eget personell. Det aksepteres ikke at det brukes underleverandører, dette har med sikkerhetsklarering av personellet å gjøre, se punkt 8.1."
- (9) I kontrakten punkt 7.7.3 fremkom det at eventuelle reiser dekkes etter statens reiseregulativ.
- (10) I tilbudet til valgte leverandør fremgikk det at *"Alt personell som vil bli benyttet vil være ansatt i Jobzone Norge AS"*, og at *"For øvrig forplikter vi oss til å følge bestemmelsene i arbeidsmiljøloven"*. Det fremgikk videre at en eventuell overtakelse av kystvaktsentralen ville være en virksomhetsovertagelse i hht. aksjeloven, og at valgte leverandør dermed var pliktig til, og ville, tilby eksisterende medarbeidere ved stasjonen jobb. Det fremgikk også at personellet ville bli avlønnet iht. Hovedtariffavtalen i Staten, og at alt personell ville være ansatt i Jobzone Norge AS. Videre var det opplyst at eventuelle arbeidskraftsforstyrrelser som streik/lockout var løst med ledelsesbemanning som leverandøren besitter gjennom sine kontorer på Sortland, Leknes og Harstad.
- (11) I tilbudet fra valgte leverandør var Odd Ivar Hjellbakk angitt som daglig leder ved avdelingen på Sortland, som betjener regionen Lofoten, Vesterålen, Harstad og Narvik, og at Hjellbakk er Kvartermester fra Kystartilleriet. Vedlagt tilbudet fra valgte leverandør var en fullmakt fra styreleder i Jobzone Norge AS som ga daglig leder i Jobzone Lofoten, Vesterålen og Harstad, Odd Ivar Hjellbakk, rett til å, på vegne av Jobzone Norge AS, levere tilbud og treffe alle relevante og nødvendige avgjørelser i den forbindelse, derunder å inngå bindende avtale. Tilbudet fra valgte leverandør var

signert av Odd Ivar Hjellbakk. Vedlagt valgte leverandørs tilbud var en arbeidsavtale i Hjellbakks navn, som eksempel på en ansettelseskontrakt. Denne kontrakten hadde tittelen *"Arbeidsavtale for Jobzone AS (fast ansatt vikar uten garantilønn)"*. Det fremgikk av avtalen at Hjellbakk var fast ansatt hos valgte leverandør for å utføre arbeid hos valgte leverandørs oppdragsgivere. Det fremgikk også at hver avtale mellom valgte leverandør og arbeidstaker ville bli bekreftet, og at slike oppdragsbekreftelser var å anse som en del av arbeidsavtalen. Det fremgikk videre av kontrakten at *"Arbeidstaker har ved ansettelsen avtalt en rett og plikt til å utføre et konkret oppdrag. Ved det avtalte oppdragets utløp kan arbeidstaker velge om og når han/hun vil ta nye oppdrag."* Av kontrakten punkt 2 fremgikk det at *"Under arbeidet hos oppdragsgiver skal arbeidstaker arbeide etter oppdragsgivers instruks og kontroll, og følge oppdragsgivers arbeidsreglement og arbeidstid. Oppdragsgiver er således ansvarlig for at reglene om sikkerhet og fullt forsvarlig arbeidsmiljø blir overholdt til daglig, og arbeidstaker vil normalt komme inn under oppdragsgivers vernetjeneste"*.

- (12) Vedlagt tilbudet fra valgte leverandør fulgte en egenerklæring om lønnsbetingelser og tariffavtale. Det fremgikk av denne at valgte leverandør bekreftet at leverandøren ville benytte Statens lønnsregulativ som lønnstariff for de ansatte, og at de ansatte ville bli plassert i tariffen som konsulenter og vaktleder. Vedlagt tilbudet var også firmaattest, skatteattest, regnskaper og annen dokumentasjon for Jobzone Norge AS med organisasjonsnummer 983 032 222.
- (13) Innklagede sendte et brev til klager 16. august 2013, der det fremgikk at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør, begrunnet med at valgte leverandør leverte det laveste pristilbudet.
- (14) Klager sendte et brev til innklagede 21. august 2013, der det ble begjært innsyn i valgte leverandørs tilbud og anskaffelsesprotokollen. Innklagede svarte per e-post 23. august, og ga klager innsyn i en usignert versjon av anskaffelsesprotokollen og en sladdet versjon av valgte leverandørs tilbud.
- (15) Klager sendte et nytt brev til innklagede 27. august, der det ble klaget over at det ikke ble gitt innsyn i vedlegg 2 og 3 (driftsbudsjett og skiftplan) i tilbudet til valgte leverandør.
- (16) Av registreringsprotokollen, som er signert av merkantil saksbehandler Ditlefsen og teknisk saksbehandler Kjøren 28. august 2013, fremkom det at innklagede mottok to tilbud, ett fra Nord Norsk bemanning AS (heretter klager) og ett fra Jobzone Norge AS (heretter valgte leverandør). Valgte leverandørs pristilbud var på 5 396 000 kroner per år, mens klagers var på 7 457 933 kroner per år. Det fremgikk videre at begge leverandørene oppfylte samtlige kvalifikasjonskrav. Det var også opplyst at ingen av saksbehandlerne anså seg selv som inhabile overfor noen av tilbyderne i konkurransen.
- (17) Klager sendte en begjæring om midlertidig forføyning til Oslo tingrett 2013. Oslo Tingrett avsa 28. august 2013 kjennelse i saken, der det fremgikk at innklagede fikk forbud mot å inngå kontrakt med valgte leverandør inntil KOFA behandlet saken. Innklagede ba etter dette om muntlige forhandlinger i saken. Oslo tingrett avsa ny kjennelse i saken 2. oktober 2013, og opphevet kjennelsen av 28. august 2013.
- (18) I e-post av 5. september 2013, fra Orlogskaptein Lars Kjøren til Leif Johnsen (tidligere daglig leder hos klager), fremkom følgende:

"God dag

Ref telefonsamtale

Jeg kan bekrefte at ble noe overrasket over det Leif Johnsen fortalte i samtale 16/8 om kvelden.

Jeg var til stede mandag 12/8 under anbudsåpningen og etter å ha vurdert anbudene var vi enige at man burde gå videre med anbudet fra NNB. Samme dag tar Geir Ditlefsen kontakt og forteller at anbudet fra NNB er noe mangelfullt på et punkt om lønnsavtaler og at han trenger en juridisk avklaring på dette. Han skulle ta kontakt når han hadde fått en avklaring. Imidlertid så gikk jeg på ferie og Geir Ditlefsen har etter dette forholdt seg til min overordnede (Kommandørkaptein Morten Jørgensen)

Fra 12/8 og frem til kvelden 16/8 hadde jeg ikke kontakt med Geir Ditlefsen. Jeg har derfor ikke deltatt i den videre prosessen etter anbudsåpningen."

- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 11. september 2013.
- (20) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 2. oktober 2013. Det fremgår av kontrakten at den er inngått med Jobzone Norge AS, og kontrakten er signert av Einar Alf Støversteen. Innklagede har fremlagt en fullmakt, datert 17. september 2013, fra styreleder i Jobzone Norge AS, som ga Odd Ivar Hjellbakk og Einar Alf Støversteen fullmakt til å signere avtale med forsvaret i foreliggende konkurranse. Det fremgikk av fullmakten at fullmakten gjaldt for de to overnevnte personene hver for seg, slik at begge selvstendig kunne signere for Jobzone Norge AS.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. november 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Kvalifikasjonskravet om ansettelse

- (22) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at personellet som skal utføre tjenesten skal være ansatt hos tilbyder. Kravet må innebære at personellet er lovlig ansatt, og at personellet er ansatt hos tilbyder. Valgte leverandør har i sitt tilbud forutsatt å benytte formidlet arbeidskraft. Det er ikke lovlig å operere med valgte leverandørs midlertidige arbeidskontrakter for dem som skal arbeide ved Kystvaksentralen, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9. Det er ikke tvilsomt at bemanningsbehovet på Kystvaksentralen utgjør et permanent bemanningsbehov, hvor det ikke er rom for midlertidige ansettelser. At valgte leverandørs kontrakter kan være lovlig i bemanningsbransjen er ikke tvilsomt, dette er imidlertid uten betydning for foreliggende sak.
- (23) Innklagede hadde en plikt til å gjøre egne undersøkelser av om valgte leverandørs arbeidskontrakter var lovlige. Bruken av midlertidig ansatte var et tema også i den første konkurransen som ble avlyst, og innklagede burde derfor vurdert dette i denne konkurransen.
- (24) Videre fremkom det av valgte leverandørs tilbud at arbeidskraftforstyrrelser ville bli løst med bemanning som besittes gjennom valgte leverandørs kontorer på Sortland,

Leknes og Harstad. Jobzones kontorer på Sortland er en egen og annen enhet enn Jobzone, nemlig selskapet Innovativ bemanning AS, som driver sin virksomhet gjennom en franchiseavtale med Jobzone. De ansatte ved Jobzones kontor på Sortland er ikke ansatt hos Jobzone, men hos Innovativ bemanning AS, slik at dette personellet nettopp vil utøve sine tjenester som innleid/formidlet arbeidskraft i strid med konkurransegrunnlaget punkt 9.2.

Dokumentasjonskravet knyttet til formidlet arbeidskraft

- (25) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke har dokumentert at det ikke benyttes formidlet arbeidskraft. Valgte leverandørs fremlagte arbeidskontrakt omtaler FLO som innleier, og den legger opp til at de utleide arbeidstakerne er underlagt FLOs instruks og kontroll. Valgte leverandørs arbeidskontrakt henviser flere steder til en oppdragsbekreftelse. Oppdragsbekreftelsen i NHOs standard fremgår det at det skal opplyses om fra-til perioder, noe som underbygger at valgte leverandør har til hensikt å benytte midlertidig ansatte.

Kvalifikasjonskravet om lønnsvilkår

- (26) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at tilbyderne måtte overholde forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 (2) og (3). Valgte leverandør har i sitt tilbud avgitt en egenerklæring om at Statens Hovedtariffavtale vil bli fulgt som tariff, og at ansatte vil bli avlønnet som vaktleder og konsulent. Det fremgår av hovedtariffavtalen at stillingskoden vaktleder ikke kan benyttes i andre virksomheter enn under det aktuelle departement. Det var heller ikke riktig å operere med avlønning etter stillingsbetegnelsen konsulent. Kravene som stilles til personellet overstiger de krav som normalt kan stilles til stillingskategorien konsulent. Valgte leverandørs lønninger er dermed ikke i tråd med tariff, og således i strid med konkurransegrunnlagets krav. Den riktige stillingskategorien var "Losformidler". Stillingskategorien konsulent, har en stillingskode som både starter og slutter lavere enn stillingskategorien losformidler.

Kvalifikasjonskravet om norskregistrert firma

- (27) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke hadde dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at tilbyder skulle være et norskregistrert firma. Valgte leverandør har fremlagt en firmaattest med organisasjonsnummer 983 032 222. Innklagede har imidlertid tildelt kontrakten til Jobzone Norge AS, avd Harstad, som har org.nr. 911 809 168. Kontrakten er dermed tildelt et annet foretak enn det foretaket det var gitt informasjon om i tilbudet.

Kravet om faglige kvalifikasjoner for personell

- (28) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte kunngjøringens krav om å oppgi navnene og de faglige kvalifikasjonene for de personene som var ansvarlig for utførelsen av de aktuelle ytelser. Valgte leverandør har tilbudt personell som er ansatt hos klager, basert på virksomhetsoverdragelse. Det foreligger ingen avtale om at personellet kan overtas av

valgte leverandør dersom konkurransen vinnes, og kravet i utlysningsteksten er dermed ikke oppfylt.

Tildelingsevalueringen

- (29) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å vektlegge andre forhold enn pris ved tildelingsevalueringen. I kunngjøringen var det opplyst at valget av leverandør ville skje på bakgrunn av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige, basert på tildelingskriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget. I konkurransegrunnlaget fremgikk det derimot at valget av leverandør ville skje på bakgrunn av laveste pris alene. Kunngjøringen kan vanskelig forstås på annen måte enn at tildelingen ikke utelukkende skulle skje på grunnlag av pris. Det fremgår av forskriften § 8-5 (2) at konkurransegrunnlaget kan utdype eller supplere kunngjøringen, men ikke endre den. Det fremstod dermed som klart at kunngjøringen måtte gå foran konkurransegrunnlaget med hensyn til tildelingskriteriene, og at pris av den grunn ikke alene kunne være avgjørende for valget av leverandør.
- (30) Subsidiært har innklagede brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å oppgi motstridende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Konkurransen skulle på dette grunnlag ha vært avlyst.

Føring av protokoll

- (31) Innklagede har brutt forskriften § 3-2 (2) ved ikke å føre protokoll løpende gjennom hele anskaffelsesprosessen. Registreringsprotokollen som ble oversendt til klager etter begjæring om dokumentinnsyn var usignert og datert først 22. august 2013, selv om innklagede besluttet tildeling av kontrakt 16. august 2013. Dokumentet var imidlertid, ifølge dokumentets egenskaper, først opprettet 23. august 2013. Senere har innklagede lagt frem en signert protokoll der datoen er endret til 28. august 2013. Regjeringsadvokaten har opplyst at protokollen ble opprettet "*i tiden rundt anbudsåpningen*".
- (32) Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i loven § 5 ved at det er umulig å avklare en rekke forhold ved gjennomføringen av konkurransen, eksempelvis hvem som vurderte tilbudene, hva som ble vurdert, hvem som foretok den reelle beslutningen om tildeling og ikke minst når de ulike hendelsene fant sted. Det vises blant annet til at en av de to som var til stede under åpningen av tilbudene, orlogskaptein Lars Kjøren, skriftlig har uttalt at man var enige om at man burde gå videre med klagers tilbud, og derfor ble overrasket over at valgte leverandørs tilbud ble antatt. Dette utsagnet gir inntrykk av at det ikke bare var prisen som ble vurdert, og at begrunnelsen i protokollen har blitt etablert på et senere tidspunkt. Til tross for dette har Kjøren signert protokollen fra 28. august som om han har vært med på vurderingene. Det vises også til at klager kontaktet Kjøren den 5. august 2013 for å få avklart hvordan man skulle forholde seg til forskjellen mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget om hva som skulle være det avgjørende tildelingskriteriet. Kjøren svarte at tilbyderne kunne levere tre ulike tilbud: 1. der pris var avgjørende, 2. der det økonomisk mest fordelaktige tilbud var avgjørende, 3. der klager opererte med midlertidige ansatte. Dette er forhold som burde vært omtalt i protokollen.

Avvisning av tilbudet fra valgte leverandør

- (33) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom dette var urimelig lavt. Tilbudet fra valgte leverandør var lavere enn dagens kontrakt med klager, selv om lønnskravene var forhøyet. Et forhøyet lønnskrav vil gjøre betydelig utslag i forhold til tilbyderne utgifter og dermed hvilke priser tilbyderne kan tilby. I tillegg kommer at innklagede var kjent med at klager de senere år har drevet tjenesten med lite overskudd og økonomisk tap. Innklagede hadde dermed en særlig sterk oppfordring til å undersøke nærmere hvordan valgte leverandør kunne levere et så lavt tilbud.

Inhabilitet

- (34) Innklagede har brutt forskriften § 3-7 ved å benytte en saksbehandler som var inhabil overfor klager. Saksbehandler Geir Ditlefsen, som forestod tilbudsåpningen og utformingen av registreringsprotokollen, har oppført seg truende og aggressivt overfor Leif Johnsen (daværende daglig leder hos klager) i forbindelse med avlysningen av forrige anbudsrunde. Videre ble Leif Johnsen fratatt sin sikkerhetsklarering samme dag som det ble klart at klager fikk medhold hos byfogden i Oslo i sin begjæring om midlertidig forføyning. Johnsen ble da opplyst at dette var kommet som et krav fra saksbehandler Ditlefsen, til tross for at Ditlefsen ikke har myndighet til å beslutte dette. Den sterke motviljen som Ditlefsen har uttrykt både muntlig og ved sine handlinger mot klager og klagers daglige leder, viser at Ditlefsen ikke var habil til å gjøre en objektiv vurdering av tilbudet fra klager.

Innklagedes anførsler:

Kvalifikasjonskravet om ansettelse

- (35) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om at personellet som skal utføre tjenesten skal være ansatt hos tilbyder. Kvalifikasjonskravet skilte ikke mellom faste og midlertidige ansatte. Når ordlyden ses i sammenheng med dokumentasjonskravet fremkommer det klart at det som var viktig for oppdragsgiver var kun å forholde seg til kontraktsparten, og ikke en mulig tredjepart eller en underleverandør. Det kan ikke ut av dette leses et forbud mot å benytte midlertidig ansatte. Dette ville for eksempel utelukke bruk av personell ansatt i vikariater for sykemeldt personell eller personell i svangerskapspermisjon.
- (36) Subsidiært, for det tilfellet at konkurransegrunnlaget tolkes slik at det gjaldt et krav om fast ansettelse, måtte innklagede kunne legge til grunn de opplysningene valgte leverandør ga i sitt tilbud, uten å foreta inngående undersøkelser av rettslige og faktiske forhold. Valgte leverandør opplyste i sitt tilbud at det ikke skulle innhentes eller brukes formidlet arbeidskraft, og at personellet var fast ansatt hos valgte leverandør.
- (37) Valgte leverandør skal heller ikke formidle arbeidskraft fra andre virksomheter. Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at alt personell vil være ansatt hos valgte leverandør. Innklagede må derfor legge dette til grunn uten nærmere undersøkelse.

Kvalifikasjonskravet om lønnsvilkår

- (38) Valgte leverandør oppfylte kvalifikasjonskravet om at tilbyder skal overholde forskrift om lønns og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 (2) og (3). Valgte leverandør

opplyste i sitt tilbud at forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter ville bli overholdt, og at de ansatte ikke ville ha dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtaler, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Innklagede må kunne basere seg på at denne informasjonen er riktig. Den nærmere vurderingen av valgte leverandørs lønnsvilkår faller utenfor det innklagede skal vurdere.

- (39) Klagers anførsel om at valgte leverandør ikke kan avlønne sine ansatte som vaktleder, fordi det ikke er innhentet tillatelse fra Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet, må bero på en misforståelse. Denne begrensningen gjelder selvsagt bare innad i staten.
- (40) Det bestrides at valgte leverandørs lønnsvilkår er dårligere enn det som er normalt for vedkommende yrke og sted. Tatt i betraktning de relativt beskjedne krav som stilles til personellet når det gjelder krav til utdanning eller bestemt erfaring, er ikke lønnsnivået lavere enn det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. Innklagede er heller ikke enig i at det kan gjøres en direkte sammenligning med losformidlere. For å bli tilsatt som losformidler kreves relevant erfaring, og det er vanlig med nautisk utdanning.

Kvalifikasjonskravet om norskregistrert firma

- (41) Valgte leverandør er et registrert i Norge, og kontrakten er inngått med det foretaket som leverte tilbud i konkurransen. Jobzone Norge AS, avdeling Harstad er en underenhet til Jobzone Norge AS. For øvrig er kontrakten inngått med Jobzone Norge AS.

Kravet om faglige kvalifikasjoner for personell

- (42) Valgte leverandør har oppfylt kvalifikasjonskravet om å oppgi navnene og de faglige kvalifikasjonene for de personene som er ansvarlig for utførelsen av de aktuelle ytelser. Det er kun personene som er ansvarlige for utførelsen av de aktuelle ytelsene som skal navngis. I begrepet ansvarlig, ligger det et krav om at personene må ha risikoen for kontraktsoppfyllelsen. Valgte leverandør har oppgitt navnet og de faglige kvalifikasjonene på sin daglige leder, og kravet er dermed oppfylt. Det ville ikke være praktisk mulig eller ønskelig å få oppgitt navnet på alle som skal utføre tjenesten i kontraktsperioden, ettersom det kan bli utskiftninger av personell, osv.
- (43) Når det gjelder spørsmålet om valgte leverandør har rett og plikt til å overta klagers personell etter arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse, bemerkes det kun at både innklagede og valgte leverandør har lagt til grunn at det vil foreligge en slik plikt. Dette vil være en klar fordel for de berørte arbeidstakerne, og det var derfor ikke noe galt i at valgte leverandør har tatt dette forholdet i betraktning ved utformingen av tilbudet.

Tildelingsevalueringen

- (44) Det erkjennes at det var en saksbehandlingsfeil å oppgi ulike tildelingskriterier i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Denne feilen har imidlertid ingen betydning, og det var ikke i strid med regelverket kun å vektlegge tilbudsprisene i tildelingsevalueringen. Dersom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget ses i

sammenheng fremstår det som klart at pris var eneste tildelingskriterium, og det forelå ingen reell uklarhet om hva som ville bli lagt til grunn ved evalueringen. Dette forholdet utløser dermed ingen avlysningsplikt.

Føring av protokoll

- (45) Det utgjør ikke et brudd på forskriften § 3-2 (2) at protokollen ikke ble ført løpende gjennom anskaffelsesprosessen. Det er vanlig praksis at anskaffelsesprotokollen ikke føres løpende. Anskaffelsesprotokollen ble opprettet på et tidspunkt rundt tildelingsbeslutningen den 16. august 2013, var gjenstand for en intern gjennomgang den 22. august 2013, og ble kopiert inn i et nytt dokument 23. august 2013. Dette dokumentet er identisk med det som ble signert av Ditlefsen og Kjøren 28. august 2013. Bakgrunnen for at dokumentet ble signert først 28. august var syke- og feriefravær. Beslutningen om tildeling ble truffet ved brev av 16. august, ikke ved ferdigstillelse av protokollen. Den ferdige protokollen tilfredsstiller innholdskravene i vedlegg 4 til forskriften.
- (46) Innklagede var forpliktet til å tildele kontrakt til tilbudet med laveste tilbudspris, uavhengig av hva enkelte ansatte hos oppdragsgiver måtte ha uttalt underveis i prosessen. Det er FLO som inngår kontrakter på vegne av forsvaret, og orlogskaptein Kjøren er ikke ansatt i FLO, men i Kystvakten. Kjøren deltok ved tilbudsåpningen fordi han har den daglige kontakten med Kystvaktsentralens personale, og fordi det skal være to personer til stede ved tilbudsåpningen. Det var imidlertid klart at det var merkantil saksbehandler Ditlefsen som hadde ansvaret for å gjennomføre anskaffelsen, og som skulle lage innstilling til sin nærmeste leder, seksjonsleder Herland, som igjen skulle treffe den formelle beslutningen om å inngå kontrakt. Kjørens oppfatning om hvilken leverandør man burde inngå kontrakt med, er derfor helt uten interesse. Det er på det rene at begge tilbyderne var kvalifisert, og pris ble da alene avgjørende.

Avvisning av tilbudet fra valgte leverandør

- (47) Tilbudet fra valgte leverandør var ikke unormalt lavt. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede på kunngjøringstidspunktet betalte 5 594 433 kroner per år for etterspurte tjeneste. Valgte leverandørs tilbud var ca. 200 000 kroner billigere enn dette. Det er ingen vesentlige kostnadsdrivende elementer fra den foregående kontraktsperioden til den nye. Den tilbudte prisen er dermed ikke unormalt lav. Uansett om tilbudet fra valgte leverandør hadde vært unormalt lavt ville innklagede ikke hatt en plikt til å avvise det. Det fremgår kun av forskriften § 11-11 (2) bokstav c jf. § 11-12, at oppdragsgiver kan avvise unormalt lave tilbud. Bestemmelsen oppstiller ikke en avvisningsplikt.

Inhabilitet

- (48) Ditlefsen var ikke inhabil ved kontraktstildelingen 16. august 2013. Ditlefsen anså seg selv som habil, og anførselen fra klager kom opp først flere måneder etter at Ditlefsen angivelig skal ha blitt inhabil. I lys av at det er en høy terskel for å konstatere inhabilitet, og at denne konkurransen var bygget opp slik at det nesten ikke var rom for skjønn, var det klart at en eventuell inhabilitet ikke kan ha virket inn på utfallet av konkurransen.

Klagenemndas vurdering:

- (49) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av daglig drift og bemanning av kystvaktsentralen ved sjøforsvarets kystvaktstasjon på Sortland og er kunngjort som en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 27. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen punkt 12 estimert til kroner 21 584 000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften § 2-1 (5).

Kvalifikasjonskravet om ansettelse

- (50) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at personellet som skal utføre tjenesten skal være ansatt hos tilbyder. Klager viser til at det er ikke lovlig å operere med valgte leverandørs arbeidskontrakt for de som skal arbeide ved Kystvaktsentralen, jf. arbeidsmiljøloven § 14-9, ettersom disse gjaldt midlertidig ansatte.
- (51) Det fremstår noe uklart på hvilken måte klager mener at valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at personellet som skal utføre tjenesten skal være ansatt hos tilbyder. Klagenemnda forstår anførselen slik at klager mener at valgte leverandør ikke oppfyller kravet fordi leverandøren forutsatte å benytte midlertidig ansatte.
- (52) Det fremgår av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen.
- (53) I konkurransegrunnlaget var det oppstilt et kvalifikasjonskrav om at "*Personell som vil utføre tjenesten skal være ansatt hos tilbyder*", og dette skulle dokumenteres med "*Ansettelse kontrakten (eksempel) og egenerklæring på at personellet er ansatt hos tilbyder og at det ikke brukes formidlet arbeidskraft.*"
- (54) Det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at "*Alt personell som vil bli benyttet til oppdraget vil være ansatt i Jobzone Norge AS*". Vedlagt valgte leverandørs tilbud var det også et eksempel på en ansettelseskontrakt, hvor det fremgikk at arbeidstakerne var fast ansatt hos valgte leverandør for å utføre arbeid hos valgte leverandørs oppdragsgivere.
- (55) Det fremgikk altså av valgte leverandørs tilbud at personellet valgte leverandør tilbød ville være fast ansatt hos valgte leverandør. Dette var også dokumentert ved en ansettelseskontrakt, i henhold til dokumentasjonskravet i konkurransegrunnlaget. Valgte leverandør hadde dermed dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at personellet som skal utføre tjenesten skal være ansatt hos tilbyder.
- (56) Klagenemnda tar ikke stilling til hvorvidt valgte leverandør ivaretar arbeidsmiljølovens krav om midlertidige ansettelser, eller om arbeidskontrakten til valgte leverandør er i samsvar med arbeidsmiljølovens bestemmelser.

- (57) Videre viser klager til at det fremkom av valgte leverandørs tilbud at arbeidskraftforstyrrelser ville bli løst med bemanning som besittes gjennom kontorer på Sortland, Leknes og Harstad. De ansatte ved Jobzones kontor på Sortland er ikke ansatt hos Jobzone, men hos Innovativ bemanning AS, slik at dette personellet nettopp vil utøve sine tjenester som innleid/formidlet arbeidskraft i strid med konkurransegrunnlaget punkt 9.2.
- (58) Det fremgikk ikke noe i valgte leverandørs tilbud om at leverandøren ville benytte formidlet/innleid arbeidskraft. Tvert imot fremgikk det klart at alt personell som ville bli benyttet var ansatt hos valgte leverandør. Basert på dette kan klagenemnda ikke se at innklagede hadde grunn til å tvile på at valgte leverandør ville benytte egne ansatte til oppfyllelse av kontrakten. Innklagede hadde etter dette ikke plikt til å avvise tilbudet fra valgte leverandør. Klagers anførsel fører ikke frem.

Kvalifikasjonskravet om lønnsvilkår

- (59) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om at tilbyderne skal overholde forskrift om lønns og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 (2) og (3).
- (60) Klager viser for det første til at det fremgikk av valgte leverandørs tilbud at de ansatte ville bli avlønnet som vaktleder og konsulent. Det fremgår av hovedtariffavtalen at stillingskoden vaktleder ikke kan benyttes i andre virksomheter enn under Fornyings- og administrasjonsdepartementet, jf. statens personalhåndbok punkt 2.2.1.2.
- (61) I konkurransegrunnlaget var det oppstilt som kvalifikasjonskrav at: *"Tilbyder skal overholde forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, FORS 2008-02-08 nr 112 § 5 annet og tredje ledd."* Dette skulle dokumenteres oppfylt med *"Egenerklæring med kopi av tariffavtale også signert av tilbyders tillitsvalgte."*
- (62) Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5 (2) og (3) oppstiller krav til oppdragsgiver om å kreve at lønns- og arbeidsvilkår er i samsvar med gjeldende forskrift om allmenngjort tariffavtale/gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje.
- (63) Sett i lys av dokumentasjonskravet, er det mest nærliggende å forstå kvalifikasjonskravet som et krav om at tilbyderne må lønne sine ansatte etter gjeldende tariffavtaler, jf. også premiss 7 over.
- (64) Vedlagt tilbudet fra valgte leverandør var en egenerklæring om lønnsbetingelser og tariffavtale. Det fremgikk av denne at valgte leverandør bekreftet at leverandøren ville benytte Statens lønnsregulativ som lønnstariff for de ansatte, og at de ansatte ville bli plassert i tariffen som konsulenter og vaktleder.
- (65) Det fremgår av statens personalhåndbok punkt 2.2.1.2 at: *"Det vil ikke være adgang til å benytte stillingskoder/benevnelser under annet departementsområde/virksomhet uten at samtykke fra FAD er innhentet på forhånd."*
- (66) Klagenemnda kan ikke se at dette er til hinder for at en privat oppdragsgiver kan lønne sine ansatte som vaktleder. De begrensninger som følger av statens personalhåndbok

gjelder der staten er arbeidsgiver, ikke for private arbeidsgivere. Klagemnda kan etter dette ikke se at det var i strid med regelverket ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, fordi valgte leverandør lønnet sine ansatte som vaktledere. Klagers anførsel fører ikke frem.

- (67) Klager viser videre til at valgte leverandørs lønninger ikke var i tråd med tariff, fordi det ikke var riktig å operere med avlønning etter stillingsbetegnelsen konsulent. Klager viser til at kravene som stilles til personellet i foreliggende konkurranse overstiger de krav som normalt kan stilles til stillingskategorien konsulent, og den riktige stillingsbetegnelsen ville derfor vært losformidler. Lønnsnivået for losformidlere er høyere enn for konsulenter.
- (68) Innklagede bestrider at valgte leverandørs lønnsvilkår er dårligere enn det som er normalt for vedkommende yrke og sted. Det vises til at dersom en tar i betraktning de relativt beskjedne krav som stilles til personellet når det gjelder krav til utdanning eller bestemt erfaring, så er ikke lønnsnivået lavere enn det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke. For å bli tilsatt som losformidler kreves relevant erfaring, vanligvis nautisk utdanning, og slike krav var ikke oppstilt i foreliggende konkurranse.
- (69) Når det gjelder spørsmålet om hva som er riktig lønn for personellet som står for daglig drift og bemanning av kystvaksentralen ved Sjøforsvarets kystvaktstasjon, er dette et spørsmål som krever nærmere kjennskap til hva arbeidet ved kystvaksentralen ved Sjøforsvarets kystvaktstasjon innebærer, og hva som er vanlig betaling for slikt arbeid. Ingen av partene har dokumentert eller sannsynliggjort på annen måte hva som er riktig lønn for slikt personell. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagemnda med hjemmel i klagemndsforskriften § 9.

Kvalifikasjonskravet om norskregistrert firma

- (70) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør, ettersom valgte leverandør ikke hadde dokumentert oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om at tilbyder skulle være et norskregistrert firma. Klager viser til at valgte leverandør har fremlagt en firmaattest med organisasjonsnummer 983 032 222. Innklagede har imidlertid tildelt kontrakten til Jobzone Norge AS, avd Harstad, som har org.nr. 911 809 168. Kontrakten er dermed tildelt et annet foretak enn det foretaket som var gitt informasjon om i tilbudet.
- (71) I konkurransegrunnlaget var det oppstilt som et kvalifikasjonskrav at *"Tilbyder skal være norsk registrert firma"*, og dette skulle dokumenteres med *"Firmaattest"*.
- (72) Vedlagt tilbudet fra valgte leverandør var det en firmaattest for Jobzone Norge AS, med organisasjonsnummer 983 032 222. Det er ikke bestridt at det fremgikk av firmaattesten at Jobzone Norge AS var et norsk registrert firma. Også øvrig dokumentasjon i tilbudet gjaldt Jobzone Norge AS, med organisasjonsnummer 983 032 222, og tilbudet var signert av Hjellbakk, som hadde fullmakt fra Jobzone Norge AS til å levere tilbud på vegne av Jobzone Norge AS. Det var dermed på det rene at det var Jobzone Norge AS som leverte tilbud i konkurransen.
- (73) Det fremgår av kontrakten mellom valgte leverandør og innklagede at den er inngått med Jobzone Norge AS, og kontrakten er signert av Einar Alf Støversteen. Innklagede har fremlagt en fullmakt, datert 17. september 2013, fra styreleder i Jobzone Norge AS,

som ga Einar Alf Støversteen fullmakt til å signere avtale med forsvaret i foreliggende konkurranse på vegne av Jobzone Norge AS. Basert på dette var det Jobzone Norge AS som var kontraktspart, og innklagede har dermed inngått kontrakt med samme firma, med samme organisasjonsnummer, som det firma som leverte tilbud og dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Klagers anførsel fører ikke frem.

Kravet om faglige kvalifikasjoner for personell

- (74) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen, ettersom valgte leverandør ikke oppfylte kravet om å oppgi navnene og de faglige kvalifikasjonene for de personene som er ansvarlig for utførelsen av de aktuelle ytelser. Valgte leverandør har i sitt tilbud forutsatt å benytte klagers personell, basert på virksomhetsoverdragelse, uten at det foreligger avtale om at personellet kan overtas av innklagede dersom konkurransen vinnes.
- (75) I kunngjøringen hadde innklagede krysset av for at juridiske personer måtte oppgi navnene og de faglige kvalifikasjonene for de personene som ville være ansvarlige for utførelsen av de aktuelle ytelsene.
- (76) Ordlyden er noe uklar, og kan forstås enten slik at tilbyderne måtte oppgi navnene og de faglige kvalifikasjonene på alle som skulle utføre av kontrakten, eller slik at det kun var for dem som var ansvarlige for utførelsen det måtte oppgis navn og faglige kvalifikasjoner. Ettersom kravet kun fremgår av en standardformulering i kunngjøringsskjemaet, og ikke er utdypet andre steder, legger klagenemnda til grunn at det er mest nærliggende å forstå kravet slik at tilbyderne kun måtte oppgi navn og faglige kvalifikasjoner for dem som skulle ha ansvar for gjennomføringen av kontrakten, ikke for alle som skulle utføre den.
- (77) Innklagede hevder at valgte leverandør oppfylte kravet ved å oppgi navnet og de faglige kvalifikasjonene til sin daglige leder, Hjelbakk. Klager har ikke bestridt dette.
- (78) Ettersom Hjelbakk tilsynelatende skal ha ansvar for gjennomføringen av kontrakten, var hans navn og faglige kvalifikasjoner tilstrekkelig for å oppfylle kravet i kunngjøringen. Klagers anførsel fører ikke frem.
- (79) Tilbyderne hadde altså ikke plikt til å oppgi navn eller kvalifikasjoner på det øvrige personell som skulle utføre oppdraget. Hvorvidt valgte leverandør skulle overta klagers personell og benytte dette til utførelsen av kontrakten var dermed uten betydning for vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å ta stilling til om valgte leverandør ville ha rett, eventuelt plikt, til å overta klagers personell etter arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse.

Tildelingsevalueringen

- (80) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å oppgi motstridende opplysninger i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (81) Klagenemnda har i tidligere praksis lagt til grunn at det vil være i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 5 å oppstille forskjellige tildelingskriterier i kunngjøringen og i konkurransegrunnlaget, jf. blant annet sakene 2010/133, 2010/233 og 2013/43. Av sak 2010/233 premiss (33) følger det at: "*Dersom det foreligger uoverensstemmelse mellom det som angis i kunngjøringen og det som angis i konkurransegrunnlaget, vil*

dette i utgangspunktet være i strid med kravet til forutberegnelighet og likebehandling i loven § 5."

- (82) I sak 2010/133 endret oppdragsgiver tildelingskriteriene fra økonomisk mest fordelaktige tilbud til laveste pris. Til dette uttalte klagenemnda at: *"Innklagede endret tildelingskriteriene fra at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, til at kontrakt skulle tildeles tilbudet med lavest pris. Dette strider mot opplysningene angitt i kunngjøringen, hvor det fremgikk at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud. En slik endring kan ikke foretas med hjemmel i forskriften § 8-2."*
- (83) Foreliggende sak skiller seg ikke fra de overnevnte, og nemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5.
- (84) Klager har anført at denne feilen medførte at innklagede har plikt til å avlyse konkurransen.
- (85) Basert på førsteinstansdomstolens avgjørelser i sakene T-345/03, premiss (147) og T-50/05 premiss (61), formulerte klagenemnda følgende vilkår for å konstatere avlysningsplikt i sak 2011/171 premiss (61) og 2012/195 premiss (21):
- "Klagenemnda legger etter dette til grunn at innklagede har en plikt til å avlyse konkurransen dersom det påvises at denne kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende om feilen ikke var begått. I tillegg legger nemnda til grunn at det foreligger avlysningsplikt dersom feilen som er begått kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen, mao. avholdt leverandører fra å delta."*
- (86) I sak 2010/133 konkluderte klagenemnda med at oppdragsgiver hadde plikt til å avlyse konkurransen fordi tildelingskriteriene var endret fra økonomisk mest fordelaktige tilbud til laveste pris. I den saken var det imidlertid opplyst konkret hvilke tildelingskriterier som skulle gjelde i konkurransegrunnlaget, og to uker senere ble disse tildelingskriteriene endret. Den saken skiller seg således fra den foreliggende. Kriteriene hadde formodentlig betydning for avgjørelsen om å delta i konkurransen, og tilbyderne hadde begynt å utforme tilbudene i samsvar med disse.
- (87) I foreliggende sak har innklagede brutt regelverket ved å gi motstridende opplysninger om tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget og kunngjøringen. Det er klart at valg av tildelingskriterier er av vesentlig betydning for leverandørene, og at motstridende opplysninger om tildelingskriteriene i mange tilfeller vil føre til en avlysningsplikt. I foreliggende tilfelle fremgikk det imidlertid ikke av kunngjøringen konkret hvilke tildelingskriterier som skulle anvendes, kun at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tilbyderne hadde dermed ikke noen berettigede forventninger om hva som ville vektlegges i tildelingsevalueringen. Videre henviste kunngjøringen til konkurransegrunnlaget for nærmere informasjon om tildelingskriteriene. Når kunngjøringen og konkurransegrunnlaget ble sett samlet, fremstod det som tilstrekkelig klart at valget av leverandør ville skje på bakgrunn av laveste pris. Det er etter dette vanskelig å se at motstriden kan ha medført at konkurransen kunne fått et annet utfall for klagers vedkommende dersom konkurransedokumentene ikke inneholdt motstridende opplysninger, eller at feilen kan ha avholdt leverandører fra å delta. Tilsvarende synes også å være lagt til grunn i klagenemndas sak 2013/96 premiss (21), som gjaldt en begrenset anbudskonkurranse.

- (88) Klagenemnda finner etter dette at motstriden mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget ikke medførte en avlysningsplikt for innklagede.
- (89) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å vektlegge andre forhold enn pris ved tildelingsevalueringen.
- (90) Av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 følger det at oppdragsgiver ved tildelingsevalueringen må evaluere tilbudene i samsvar med de opplysningene som er gitt i konkurransedokumentene, jf. for eksempel klagenemndas saker 2009/98 premiss (28) og 2013/68 premiss (27).
- (91) I kunngjøringen fremgikk det at kontrakt ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget. Av konkurransegrunnlaget punkt 11 fremgikk det imidlertid at pris alene ville være avgjørende for valget av leverandør. Innklagede har altså gitt motstridende opplysninger om tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.
- (92) Det fremgikk ikke av kunngjøringen konkret hvilke tildelingskriterier som skulle anvendes, kun at kontrakt ville tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Når en leser kunngjøringen og konkurransegrunnlaget samlet, fremstår det derfor som relativt klart at valget av leverandør ville skje på bakgrunn av laveste pris. Det var dermed ikke i strid med kravet til forutberegnelighet kun å vektlegge pris ved tilbudsevalueringen. Klagers anførsel fører ikke frem.

Føring av protokoll

- (93) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 3-2 (2) ved ikke å føre protokoll løpende gjennom hele anskaffelsesprosessen, men heller føre hele protokollen i tiden rundt anbudsåpningen.
- (94) Det følger av forskriften § 3-2 (1) at oppdragsgiver skal føre protokoll for anskaffelser som overstiger 100 000 kroner eks. mva. Av bestemmelsens annet ledd fremkommer det at protokollen skal beskrive *"alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen."* Videre fremgår det at protokollen minst skal omfatte opplysningene som fremgår av forskriftens vedlegg 3 eller 4.
- (95) Bestemmelsen oppstiller ikke krav til når protokollen skal føres, men klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at anskaffelsesprotokollen må føres fortløpende gjennom konkurransen, jf. blant annet sak 2005/286, hvor nemnda i premiss (37) uttalte at:
- "Protokollplikten er et utslag av lovens krav til etterprøvbarehet, og etter klagenemndas oppfatning må bestemmelsen forstås slik at protokollen må føres fortløpende gjennom konkurransen. Først når viktige forhold og beslutninger blir protokollført fortløpende, gir protokollen troverdig informasjon om konkurransen."*
- (96) Klagenemnda har imidlertid godtatt at opplysningene først føres inn i protokollen ved konkurransens avslutning, så lenge opplysningene fortløpende er dokumentert i øvrig dokumentasjon, jf. sak 2007/54, 2008/16 og 2010/211.
- (97) I foreliggende tilfelle erkjenner innklagede at protokollen først ble ført rundt tidspunktet for tildelingsbeslutningen. Innklagede har ikke fremholdt, og klagenemnda har ikke andre holdepunkter for, at innklagede har dokumentert opplysningene som skulle inngå

i protokollen fortløpende i andre dokumenter. Basert på dette har innklagede brutt kravet til protokollføring i forskriften § 3-2 ved ikke å fortløpende føre protokoll.

- (98) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i loven § 5 ved at protokollen ikke omtalte alle forhold av betydning i anskaffelsesprosessen. Klager hevder at det var flere viktige hendelser underveis i anskaffelsesprosessen som ikke var omtalt i anbudsprotokollen.
- (99) Ved vurderingen av hva som er et "*vesentlige forhold og viktige beslutninger*" har innklagede et innkjøpsfaglig skjønn, som klagenemnda bare i begrenset grad kan overprøve. Klagenemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgivers vurdering er saklig, forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, herunder særlig kravet om etterprøvbarhet.
- (100) Av forskriftens vedlegg 4 fremgår det at protokollen må inneholde opplysninger om hva som skal anskaffes, valg av anskaffelsesprosedyre med begrunnelse, anskaffelsens anslåtte verdi, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier, navn på tilbydere, valg av leverandør og eventuelt grunnlag for avvisning av tilbud/leverandør og avlysning.
- (101) Klager viser for det første til at uttalelsene fra Kjøren, som var seksjonsleder for fiskeri, om at man var enige om at man burde gå videre med klagers tilbud, viser at det ikke bare var pris som ble vurdert i tildelingsevalueringen, og at dette burde fremgå av protokollen.
- (102) Det fremgår av e-posten Kjøren sendte til klager 5. september 2013 at Kjøren hevder at innklagede ved tilbudsåpningen var enige om at "*man burde gå videre med anbudet fra NNB*". Innklagede har ikke direkte bestridt at partene var enige om at man burde gå videre med klagers tilbud, men hevder at pris alene var avgjørende for valget av leverandør.
- (103) Dersom innklagede har vurdert andre forhold enn pris i tildelingsevalueringen, og på bakgrunn av dette har vurdert å tildele kontrakten til klager, er dette forhold som burde fremgått av anskaffelsesprotokollen. Det fremstår imidlertid som noe usikkert for klagenemnda i hvilken grad det stemmer at innklagede var enig i at "*man burde gå videre med anbudet fra NNB*", og hva som eventuelt lå i begrepet "*gå videre med*".
- (104) Videre viser klager til at det burde fremkommet av anbudsprotokollen at klager tok kontakt med Kjøren for å få avklart hvordan man skulle forholde seg til forskjellen mellom kunngjøringen og konkurransegrunnlaget angående tildelingskriteriene, og at Kjøren da svarte at tilbyderne kunne levere tre ulike tilbud: 1. der pris var avgjørende, 2. der det økonomisk mest fordelaktige tilbud var avgjørende, 3. der klager opererte med midlertidige ansatte. Dersom det medfører riktighet at Kjøren har gitt disse opplysningene på vegne av oppdragsgiver, innebærer dette i realiteten en endring av konkurransegrunnlaget. Innklagede har imidlertid ikke bekreftet at opplysningene stemmer, og dette er heller ikke dokumentert av klager.
- (105) Ettersom partene synes å være noe uenige om hva som har skjedd både før og under tildelingsevalueringen, og ingen av partene kan dokumentere eller sannsynliggjøre hva som faktisk har skjedd, foreligger det en uenighet som refererer seg til hva som må legges til grunn som faktum i saken, og som er avgjørende for hvorvidt det foreligger en plikt til å føre protokoll om forholdet. For å kunne avgjøre hva som faktisk må legges til

grunn vedrørende hva som ble sagt og vurdert under tildelingsevalueringen anses det nødvendig med muntlige forhandlinger. Slike muntlige forhandlinger, har klagenemnda, med sin skriftlige saksbehandling, ikke anledning til å avholde. Anførselen avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Avvisning av tilbudet fra valgte leverandør

- (106) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise tilbudet fra valgte leverandør, ettersom dette var et unormalt lavt tilbud.
- (107) Av forskriften § 11-11 (2) bokstav c fremgår det at et tilbud "*kan*" avvises når det virker unormalt lavt i forhold til ytelsen. Ordlyden viser at oppdragsgiver har rett til å avvise tilbudet i slike tilfeller, men ingen plikt. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at oppdragsgiver i visse tilfeller kan ha en plikt til å undersøke nærmere og eventuelt avvise tilbud dersom det vil være i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 å ta tilbudet i betraktning, jf. sak 2008/21.
- (108) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at innklagede på kunngjøringstidspunktet betalte 5 594 433 kroner per år for etterspurte tjeneste. Valgte leverandørs tilbud var ca. 200 000 kroner billigere enn dette. Innklagede har opplyst at det ikke var noen vesentlige kostnadsdrivende elementer fra den foregående kontraktperioden til den nye, og klagenemnda finner ikke grunn til å tvile på dette. Basert på dette kan klagenemnda ikke se at valgte leverandørs tilbud var unormalt lavt, slik at oppdragsgiver hadde en plikt til å undersøke nærmere og eventuelt avvise tilbudet. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Inhabilitet

- (109) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 3-7 ved å benytte saksbehandler Ditlefsen, selv om han som følge sin sterke motvilje mot klager og klagers daglige leder, var inhabil overfor klager. Innklagede på sin side bestrider at Ditlefsen var inhabil overfor klager.
- (110) Av forskriften § 3-7 fremgår det at ved behandling av saker som omfattes forskriften gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven § 6 til § 10 og kommuneloven § 40 nr. 3.
- (111) Av fv1. § 6 (2) fremgår det at det foreligger inhabilitet dersom det finnes "*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.*"
- (112) Det er på det rene at sterk motvilje mot en leverandør kan være et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet. I forliggende tilfelle er partene uenige om Ditlefsen faktisk har gitt uttrykk for en slik motvilje mot klager eller klagers daglige leder som medfører inhabilitet, og ingen av partene har sannsynliggjort sitt standpunkt. Det fremstår dermed som usikkert for klagenemnda i hvilken grad saksbehandler Ditlefsen har uttrykt en slik motvilje mot klager at Ditlefsen var inhabil til å evaluere klagers tilbud. For å kunne foreta en forsvarlig vurdering av dette

spørsmålet anses det nødvendig med muntlige forhandlinger. Slike forhandlinger har klagenemnda, med sin skriftlige saksbehandling, ikke anledning til å avholde. Klagers anførsel avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

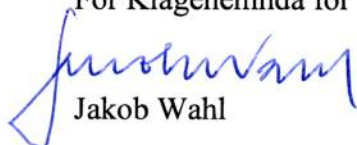
Konklusjon:

Forsvarets Logistikkorganisasjon har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å gi motstridende opplysninger om tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget.

Forsvarets Logistikkorganisasjon har brutt forskriften § 3-2 ved ikke å fortløpende føre protokoll.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført fram eller har ikke blitt behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,



Jakob Wahl