Saken gjelder: De generelle kravene i § 4. Habilitet.

Saken gjelder anskaffelse av konsulenttjeneste for bistand knyttet til offentlig støtte til bredbåndsutbygging i Finnmark. Klager anførte at kravet om likebehandling er brutt, ettersom valgte leverandør hadde en urimelig konkurransefordel. Klager anførte videre at innklagede hadde brutt likebehandlingsprinsippet og habilitetsreglene. Ingen av klagers anførsler førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 18. februar 2024 i sak 2024/1471

Klager: Otte AS

Innklaget: Finnmark fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Hanne S. Torkelsen og Bjørn Berg

Bakgrunn:

(1) Finnmark fylkeskommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. juni 2024 en konkurranse for anskaffelse av konsulenttjeneste for bistand knyttet til offentlig støtte til bredbåndsutbygging i Finnmark. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 1,2 millioner kroner. Tilbudsfristen var 16. september 2024.

(2) I kravspesifikasjonen var oppdraget beskrevet slik:

«• *Bistanden er knyttet til offentlig støtte til bredbåndsutbygging i Finnmark fylke, og omfatter bl.a.;*

- *Oppdrag i forbindelse med markedsdialog og utarbeidelse av konkurransedokumenter*
- *Oppdrag i forbindelse med konkurranseutlysing på Doffin, forhandlinger og kontraktinngåelse.*
- *Oppdrag med avtaleoppfølging (rapportering og evaluering i forbindelse med kontroll av støttede bredbånds-utbyggingsprosjekter).*

• *Kunde og Leverandør skal i starten av hvert halvår gjennomgå aktuelle anskaffelsesprosesser og bli enige om oppdrag og fremdrift for disse. Utover dette kan ikke-planlagte anskaffelser også bli aktuelt.*

• *Det skal tilbys én ressurs som oppdragsgiver skal forholde seg til. Kun hvis det blir flere oppdrag enn denne ene kan håndtere skal det benyttes to ressurser.*

• *I den utstrekning Kunden ønsker det, skal Leverandøren også delta i andre aktiviteter som inngår i prosjektet.*»

(3) Kontrakten skulle tildeles tilbudet med beste forholdet mellom tildelingskriteriene:

Tildelingskriterium		Vekt i %	Nærmere beskrivelse
Pris eks mva		30 %	Timesats eks mva
Erfaring		40 %	Jf. punkt 3C i kravspesifikasjonen
Nøkkelpersonell		30 %	CV tilbud(te) medarbeider(e) skal vedlegges

(4) Kravene til tjenesten ble i kravspesifikasjonen punkt 3 angitt på følgende måte:

Nr	**Krav**	**Krav oppfylt (ja/nei/delvis)?**	**Vil bli evaluert**
a.	**Oppgaveforståelse** Tilbyder skal bekrefte at oppgavebeskrivelsen i punkt 1: *Nærmere beskrivelse av oppdraget* er forstått og akseptert.		
b.	**Gjennomførings- og leveringstidspunkt** Oppdraget skal utføres i perioden: Fra avtalesignering i 2024 inntil 01.10.2028		
c.	**Erfaringer** Leverandøren skal ha god kunnskap om og erfaringer fra: - Offentlig innkjøp generelt - Prosessene knyttet til offentlig støtte til bredbåndsutbygging. - Bredbåndsmarkedet i Finnmark fylke, herunder kommunene og aktuelle entreprenører - Referanseprosjekter skal oppgis med kontaktpersoner		x
d.	**Reise og diett** Reise- og diett honoreres etter statens satser, men skal være inkludert i rammen på NOK 1,2 mill.		

(5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Bredbåndsfylket AS og Otte AS (heretter *klager*).

(6) I tildelingsbeslutningen 17. september 2024 ble det informert om at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Bredbåndsfylket AS (heretter *valgte leverandør*).

(7) Ved sammenslåingen av Troms og Finnmark fylkeskommune tok Troms fylkeskommune med seg eierandelene i valgte leverandør inn i det nye fylket. I perioden hvor fylkeskommunene var sammenslått utførte valgte leverandør en rekke oppdrag for fylkeskommunen i utvidet egenregi. Siden oppløsingen av Troms og Finnmark fylkeskommune 1. januar 2024 har ikke innklagede hatt noen eierandeler i valgte leverandør. Troms fylkeskommune eier i dag 80 prosent av aksjene i valgte leverandør. De resterende 20 prosentene er eid av kommuner i Troms.

(8) Den 18. september 2024 ba klager om innsyn i valgte leverandørs besvarelse. Klager stilte samtidig spørsmål om innklagede hadde foretatt habilitetsvurderinger knyttet til valgte leverandør. Klager viste til at valgte leverandør hadde vært tett knyttet opp mot dette prosjektet, herunder at valgte leverandør er netteier i området. Klager viste i tillegg til at valgte leverandør hadde vært innleid via en kontrakt med innklagede. Kontrakten klager viste til var den direktetildelte kontrakten «*Avtale om bistand ved utlysning av*

tilskuddsprosjekt til bredbånd i Finnmark for tildelingsåret 2024» (heretter *kontrakt 1415*) som hadde en verdi begrenset til 99 000. I den kontrakten skulle valgte leverandør utarbeide grunnlagsdokumentene til konkurransen, publisere og markedsføre konkurransen og avslutningsvis evaluere og inngå kontrakt i den utlyste konkurransen for innklagede. Resultatet var anskaffelsen «*Bredbåndsprosjekt i Finnmark - Tildeling 2024*», hvor valgte leverandør ble oppstilt som både kjøper og oppdragsgiver.

(9) Den 20. september 2020 sendte klager en påminnelse om habilitetsspørsmålene, samtidig informerte klager at de vurderte å sende en klage på konkurransen til Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

(10) Samme dag svarte innklagede at de var habile overfor valgte leverandør. I denne sammenhengen trekker innklagede frem at det har vært innklagede som har planlagt og utformet konkurransegrunnlaget, uten noen form for ekstern bistand/konsulenter.

(11) Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 4. oktober 2024.

(12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 17. februar 2025.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

(13) Innklagede har brutt regelverket ettersom valgte leverandør hadde en urimelig konkurransefordel i konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav d, og anskaffelsesloven § 4. Valgte leverandør hadde helt unike fordeler inn i denne konkurransen, ettersom valgte leverandør var i sluttfasen av kontrakt 1415 der de bistod i kontraktinngåelsen mellom bredbåndsaktører og kommuner for anskaffelsen av «*Bredbåndsprosjekt i Finnmark - Tildeling 2024».* At valgte leverandør har en urimelig konkurransefordel underbygges av at valgte leverandør eier, drifter og etablerer fibernett i området, samt forvalter og evaluerer søknader til konkurrenter og aktører som valgte leverandør har interesser i.

(14) Innklagede har også handlet i strid med reglene om habilitet etter anskaffelsesforskriften i §§ 7-5 (1) og (2) og § 24-2 (1) bokstav c. Innklagede har tidligere vært eier av valgte leverandør. I tillegg har innklagede tildelt kontrakt til en leverandør som eier, drifter og etablerer fibernett i området, til å forvalte statsstøttemidler, evaluere søknader, og tildele midler til konkurrenter og aktører de har eierinteresser i.

Innklagede har i det vesentlige anført:

(15) Innklagede har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Valgte leverandør har ikke hatt noen innvirkning på utformingen eller kjennskap til innholdet i denne konkurransen. Bistanden fra valgte leverandør ble videre avsluttet når den direktetildelte kontrakten med utbyggeren i den andre anskaffelsen ble signert. At valgte leverandør har kjennskap til bredbåndsmarkedet i Finnmark er en iboende konkurransefordel, og lovlig i henhold til anskaffelsesloven § 4.

(16) Anskaffelsesforskriften § 24-2 (1) bokstav c og d gjelder anskaffelser etter forskriften del III, og kan ikke føre frem.

(17) Innklagede har handlet i tråd med kravene til habilitet etter anskaffelsesforskriften § 7-5. Rent profesjonelt kjennskap gir ikke grunnlag for inhabilitet, jf. klagenemndas sak

2017/189 avsnitt 29. Klagers påstand om valgte leverandørs rollekonflikt er uriktig. Valgte leverandør verken eier, drifter eller etablerer nytt fibernett i Finnmark, med unntak av transportnettet mellom Alta og Hammerfest som i sin tid ble bygget ut av valgte leverandør. Valgte leverandør er videre ikke leid inn for å forvalte statsstøttemidler, evaluere søknader eller tildele midler til konkurrenter og aktører de har interesser i. Det er innklagede som forvalter, evaluerer søknader fra kommuner samt tildeler midler til bredbåndsprosjekter gjennom politiske vedtak.

Klagenemndas vurdering:

(18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av bistand knyttet til offentlig støtte til bredbåndsutbygging i Finnmark som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er begrenset til 1,2 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Likebehandlingsprinsippet

(19) Klagenemnda tar først stilling til om innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av at de har hatt en urimelig konkurransefordel.

(20) Anskaffelsen følger forskriften del I. Anskaffelsesforskriften del I inneholder ingen særskilte regler om avvisning av leverandør på grunn av en urimelig konkurransefordel. Bestemmelsen klager har vist til i forskriften del III, kommer ikke til anvendelse. Oppdragsgiveren skal imidlertid opptre i samsvar med de grunnleggende prinsippene om konkurranse og likebehandling, jf. anskaffelsesloven § 4. Dette innebærer blant annet at leverandørene i utgangspunktet skal konkurrere på lik linje, se for eksempel Eidsivating lagmannsretts dom i LE-2015-149169.

(21) Klager har vist til at valgte leverandør hadde en stor fordel inn i konkurransen. I denne sammenhengen viser klager til den direktetildelte 1415-kontrakten mellom innklagede og valgte leverandør, at innklagede tidligere har hatt 80 prosent eierskap i valgte leverandør, samt at valgte leverandør bistår flere kommuner ved søknader om tilskudd til bredbåndsutbygging. Klagenemnda bemerker at disse forholdene knytter seg til valgte leverandørs opparbeidelse av generelle kunnskap om bredbåndsutvikling og -utbyggingen i Finnmark. At valgte leverandør er en stor aktør innenfor bredbåndsutbyggingen hos innklagede utgjør i seg selv ikke utgjør et brudd på prinsippet om likebehandling, jf. Klagenemndas sak 2023/346 avsnitt 25. For at likebehandlingsprinsippet skal anses brutt må det følgelig vises til konkrete holdepunkter for at én leverandør har konkurrert på bedre vilkår enn andre i den konkrete konkurransen.

(22) Klager har videre vist til at innklagede ikke har gitt alle leverandørene den samme relevante informasjonen knyttet til vurderingskriterier. Denne påstanden mener innklagede er uriktig. I mangel på konkrete holdepunkter for at valgte leverandør i denne konkurransen har konkurrert på bedre grunnlag enn øvrige leverandører har klagenemnda funnet at det ikke foreligger brudd på prinsippet om likebehandling. Dette underbygges av at den kunngjorte konkurransen var tilgjengelig for alle leverandørene, og inneholdt både kravspesifikasjonen og konkurransebestemmelsene, samt at konkurransen ble kunngjort omtrent tre måneder før tilbudsfristen. Det var oppstilt tre tildelingskriterier. «*Pris*» vektet 30 prosent ble vurdert ut fra timepris hvor eksisterende leverandør ikke har noen fordel. «*Nøkkelpersonell*» var vektet 30 prosent og evaluert basert på CV for tilbudte

medarbeidere, hvor eksisterende leverandør heller ikke har noen fordel som kunne utjevnes. «*Erfaring*» var vektet 40 prosent og etterspurte kunnskap om og erfaring med offentlig innkjøp generelt, prosessene knyttet til offentlig støtte til bredbåndsutbygging og bredbåndsmarkedet i Finnmark. For de to første kriteriene for erfaring har eksisterende leverandør ingen fordel, og erfaringen med bredbåndsmarkedet i Finnmark er noe eksisterende leverandør naturlig vil ha, og som ikke kan utjevnes.

(23) Klagenemnda har etter dette kommet til at innklagede ikke har brutt prinsippet om likebehandling i anskaffelsesloven § 4 ved ikke å avvise valgte leverandør.

Habilitet

(24) Det neste spørsmålet klagenemnda må ta stilling til er om innklagede har brutt habilitetsreglene i anskaffelsesforskriften.

(25) Det følger av forskriften § 7-5 at reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 gjelder for «*gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av forskriften*».

(26) Etter forvaltningsloven § 6 er «*en offentlig tjenestemann*» inhabil til å treffe grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak, dersom gitte omstendigheter foreligger. Klagenemnda finner det klart at ingen av de tilfellene som automatisk medfører inhabilitet som angitt i § 6 (1) får anvendelse i vår sak. Det følger videre av bestemmelsens annet ledd at «*han*» også er inhabil dersom andre «*særegne forhold*» foreligger som er «*egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet*».

(27) En offentlig tjenestemann er en «*embetsmann eller annen som er ansatt i statens eller en kommunes tjeneste*», jf. forvaltningsloven § 2 (1) bokstav d. Innklagede som en enhet kan dermed ikke være omfattet av habilitetsreglene, ettersom regelverket forutsetter at det kun er enkeltpersoner som kan anses inhabile. Klagers anførsler om at valgte leverandør har hatt en tidligere kontrakt med innklagede, er en stor aktør i fibernettmarkedet i fylkeskommunen, samt tidligere var eid av valgte leverandør, er dermed ikke tilstrekkelig for at innklagede anses inhabil.

(28) Klager har i tillegg vist til at valgte leverandør i denne konkurransen kan risikere å tildele midler til konkurrenter og aktører de har eierinteresser i. Til dette bemerker klagenemnda at eventuelle fremtidige habilitetskonflikter mellom valgte leverandør og andre aktører som måtte være part i arbeidet som skal utføres, må håndteres konkret i sakene der habilitetskonfliktene faktisk oppstår. Klagenemnda har kun kompetanse til å vurdere om det foreligger inhabilitet ved tildelingen av kontrakten til valgte leverandør, og ikke kompetanse til å vurdere om det kan oppstå fremtidig inhabilitet ved utføringen av kontrakten. Klagenemnda bemerker likevel at hvorvidt valgte leverandør er egnet som leverandør ut fra fare for fremtidige habilitetsutfordringer, kun kan medføre en avvisningsrett for oppdragsgiver, og ikke en avvisningsplikt.

(29) I mangel på konkrete holdepunkter utover rent profesjonelt samarbeid mellom innklagede og valgte leverandør har klagenemnda kommet til at innklagede ikke har brutt grunnleggende krav til habilitet i anskaffelsesforskriften § 7-5, jf. forvaltningsloven § 6.

Konklusjon:

Finnmark fylkeskommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Hanne S. Torkelsen

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur