



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: De generelle kravene i § 4 og avvisning av tilbud

Innklagede gjennomførte en anskaffelse for inngåelse av rammeavtale for avhending av blant annet fartøy, motorer og småutstyr. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4 ved å oppstille et uklart krav i konkurransegrunnlaget.

Klagenemndas avgjørelse 30. juni 2019 i sak 2018/137

Klager: Integrated Cooperative Solutions AS

Innklaget: Kystverket Rederi

Klagenemndas medlemmer: Halvard Haukeland Fredriksen, Kristian Jåtog Trygstad og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Kystverket Rederi (heretter innklagede) kunngjorde 5. februar 2018 en konkurranse for inngåelse av rammeavtale for avhending av materiell ved frivillig kunngjøring. Anskaffelsens verdi var estimert til å være mellom kroner 100 000 og kroner 1,1 million ekskl. mva. Tilbudsfristen var 6. februar 2018.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremgikk det at materiell som skulle avhendes eksempelvis var utrangerte mindre arbeidsbåter, motorer, hovedfartøy og småutstyr.
- (3) Ett av kravene i kravspesifikasjonen, punkt 5.2 «*Habilitet*» lød som følger:
«Leverandør, herunder eventuelle eierselskap og/eller søstre- og datterselskaper, eller ansatte hos leverandør, skal ikke ha som formål å drive med kjøp eller salg.»
- (4) Det var lagt opp til at leverandøren skulle svare «ja» eller «nei» som bekreftelse, og det sto: «*Ja kreves*». Det var også et symbol ved siden av kravet, som ifølge konkurransegrunnlaget tilsa: «*Teksten/spørsmålet inneholder krav som må oppfylles*».
- (5) Et annet krav, punkt 5.8 «*Erfaring*» var:
«Leverandør skal ha gjennomført salg av båter over 15 meter.»
- (6) En av leverandørene stilte følgende spørsmål til innklagede:
«Vi viser til konkurransegrunnlaget pkt. 5.2 som er nytt fra forrige konkurranse. [...] Vi ser at det kreves at «skal ikke ha som formål å drive med kjøp og salg»

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

- Er dette et vedtektsfestet formål?
- Gjelder begrensningen om «kjøp og salg» fartøyssalg eller enhver form for salg av eget objekter kjøpt for salg?
- Gjelder dette alle selskaper i konsernet, også de som ikke har noen befatning med Kystverket og som heller ikke kan instrueres av leverandøren?»

(7) Innklagede svarte:

«Vi ber leverandørene lese forvaltningsloven § 6 og § 10,

«Dette er ikke en ny vedtekt, men vi valgte å legge inn kravet i konkurransegrunnlaget for å gjøre leverandørene oppmerksomme på habilitetskravet som stilles til leverandører til offentlig forvaltning.»

- (8) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, herunder fra Auksjonen.no AS (heretter valgte leverandør) og Integrated Cooperative Solutions AS (heretter klager).
- (9) Valgte leverandør svarte «ja» som bekreftelse på at kravet til habilitet, nevnt ovenfor, var oppfylt og la inn følgende kommentar i sitt tilbud:

«Innestår for at ingen av selskapene i Auksjonen.no morselskaper og deres søsterselskaper har problemer med å oppfylle forvaltningslovens §§ 6 og 10.»

- (10) Kontrakt ble tildelt valgte leverandør. Klager påklaget beslutningen til innklagede med henvisning til at valgte leverandør ikke oppfylte kravet om habilitet og skulle ha vært avvist. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (11) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 16. mars 2018.
- (12) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 11. april 2018.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 28. juni 2019.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud da dette inneholdt et avvik fra kravspesifikasjonens krav om habilitet. Valgte leverandør har uriktig svart bekreftende på at kravet er oppfylt.
- (15) Kravet er absolutt og innklagede har likevel akseptert avvik. Innsyn og transparens hos leverandøren er ikke tilstrekkelig sikkerhet for oppdragsgiver. En slik kontrollfunksjon er verdiløs ettersom leverandøren kontrollerer informasjonen som oppdragsgiver får tilgang til.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (16) Det bestrides at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist og vises til tidligere korrespondanse.

- (17) Eventuell habilitetsproblematikk er ikke en vurdering som normalt tillegges klagenemnda.
- (18) Klager har en for streng fortolkning av ordlyden i kravet som strider mot det åpenbare formålet. Formålet er å sikre at leverandøren overholder habilitetskravene som påhviler ansatte i offentlig forvaltning, jf. forvaltningsloven § 6. Teksten må anses som en påminnelse til leverandører som er involvert i kjøp og salg på daglig basis, eller har eiere involvert i slik virksomhet.
- (19) Den strenge fortolkningen ville avskåret gode leverandører og samtlige leverandører, også klager, fra å delta i konkurransen, ettersom klager legger til rette for kjøp og salg. Ordlyden er noe uheldig formulert, men kan altså ikke tolkes strengt.
- (20) Under enhver omstendighet vil ikke det påståtte avviket være vesentlig da det ikke er et absolutt krav, og det ikke er viktig for innklagede at leverandørene ikke på noen måte er involvert i kjøp og salg. Det viktige er at habilitetsreglene overholdes. Valgte leverandør oppfyller kravet til habilitet ettersom selskapet har presentert en betryggende løsning som sikrer åpenhet og kontrollmuligheter. Det er også nedfelt et kontraktskrav om habilitet, slik at dette vil kunne håndheves av innklagede i kontraktsoppfyllelsesfasen.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder avhending av materiell som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var oppgitt å være mellom kroner 100 000 og 1,1 million kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (22) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kravspesifikasjonens krav om habilitet.
- (23) Forskriften del I inneholder ikke regler om avvisning. Det grunnleggende kravet om likebehandling og forutberegnelighet i loven § 4 kan likevel innebære at oppdragsgiver har en plikt til å avvise tilbud som ikke oppfyller krav oppstilt i konkurransegrunnlaget. Nemnda anser seg kompetent til å vurdere om de grunnleggende kravene er brutt, jf. klagenemndsforordningen § 1.
- (24) For å ta stilling til klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, må det først avklares hvordan kravet i kravspesifikasjonen skal forstås. I denne sammenheng bemerker nemnda at prinsippet om forutberegnelighet innebærer at konkurransegrunnlaget må være tilstrekkelig klart, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2017/100.
- (25) I konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon punkt 5.2 «*Habilitet*» var følgende krav oppstilt:

«Leverandør, herunder eventuelle eierselskap og/eller søstre- og datterselskaper, eller ansatte hos leverandør, skal ikke ha som formål å drive med kjøp eller salg.»
- (26) Klager forstår kravet slik at leverandørene ikke kan ha flere roller som innebærer risiko for interessekonflikt og har vist til at kravet ikke er oppfylt når valgte leverandørs

søsterselskaper har som formål å drive med handel. Innklagede anfører at en slik tolkning blir for streng, og at det avgjørende er at leverandøren har sannsynliggjort at selskapet har egnede rutiner for å ivareta habilitet.

- (27) Ut fra utformingen av konkurransegrunnlaget var det aktuelle kravet obligatorisk. Dersom kravet leses isolert, innebærer det at ethvert selskap som selv har som formål å drive med kjøp eller salg, eller som er en del av et konsern der ett av selskapene har et slikt formål, ikke kan oppfylle kravet. Ses kravet i sammenheng med konkurransegrunnlaget for øvrig, fremstår et slikt krav vanskelig forenelig med kravet i kravspesifikasjonen om at leverandørene skal «*ha gjennomført salg av båter over 15 meter*». Det nærmere innholdet i og rekkevidden av habilitetskravet fremstår etter dette som uklar.
- (28) Innklagede fikk før tilbudsfristen konkrete spørsmål knyttet til hvordan rekkevidden av habilitetskravet skulle forstås.
- (29) Disse spørsmålene ble besvart med henvisning til habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 jf. § 10, slik det er redegjort for i premiss 6 og 7 foran.
- (30) Etter nemndas oppfatning er det vanskelig å se at kravet, slik det er formulert i konkurransegrunnlaget, har samme innhold som habilitetsreglene i forvaltningsloven. Kravet i konkurransegrunnlaget fremstår betydelig strengere enn det som følger av forvaltningslovens habilitetsregler. Innklagedes henvisning til forvaltningsloven var følgelig ikke klargjørende.
- (31) Verken ordlyden, de øvrige bestemmelsene i konkurransegrunnlaget eller andre tolkningsmomenter gir et klart svar på hvordan det aktuelle kravet skal forstås. Valgte leverandør og klager forstår kravet på ulike måter, noe som illustrerer uklarheten. Bestemmelsens uklare innhold og rekkevidde kan ha ført til at potensielle leverandører avsto fra å delta, og det har økt risikoen for tilbud som ikke kan sammenlignes.
- (32) Konkurransegrunnlaget var følgelig ikke tilstrekkelig klart, og uklarheten innebærer brudd på prinsippet om forutberegnelighet.
- (33) Sett hen til at klagenemnda har kommet til at innklagede har brutt prinsippet om forutberegnelighet ved utformingen av kravspesifikasjonen, tas det ikke stilling til klagers anførsel om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist.
- (34) Bruddet kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Klagegebyret skal derfor tilbakebetales, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Kystverket Rederi har brutt prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4 ved å oppstille et krav i konkurransegrunnlaget med uklar rekkevidde.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl

Dokumentet er godkjent elektronisk