



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør.

Innklagde gjennomførte en konkurranse for anskaffelse av taksering av skogareal. Klager anførte at innklagde hadde brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør, fordi selskapet ikke oppfylte konkurransegrunnlagets krav til uavhengighet. Anførselen førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 14. april 2021 i sak 2020/686

Klager: Nettskog AS

Innklaget: Nye Veier AS

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Marianne Dragsten og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Nye veier AS (heretter *innklagde*) publiserte 3. juli 2020 en frivillig kunngjøring i Doffin for anskaffelse av taksering av skogareal. Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringens punkt II.1.5) estimert til 750 000 kroner ekskl. mva. Tilbudsfrist var satt til 14. august 2020.
- (2) Anskaffelsen omfattet strekningsvis taksering av skogareal som berøres av ny E6. Skogarealet ble anslått til omtrent 4000 dekar. I tillegg var det beskrevet en opsjon på strekninger med behov for supplerende taksering eller takseringer på øvrige utbyggingsstrekninger av E6 i Trøndelag.
- (3) I konkurransegrunnlaget kapittel C2 var de spesielle kontraktsbestemmelsene inntatt. Av betydning for saken gjengis følgende kontraktsbestemmelse, som var inntatt i punkt 5.1:

«Leverandøren skal være uavhengig og ikke i interessekonflikt ved gjennomføringen av oppdraget. Han skal uten ugrunnet opphold varsle oppdragsgiveren hvis en slik situasjon oppstår. Dersom leverandøren ikke gjenoppretter sin uavhengighet uten ugrunnet opphold, kan oppdragsgiveren heve kontrakten i henhold til NS 8402 pkt. 16».

- (4) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagde fire tilbud, fra henholdsvis Mjøsen Skog SA, Nettskog AS (heretter *klager*), NORSKOG og Allskog SA (heretter *valgte leverandør*).

- (5) Det fremgår av valgte leverandørs vedtekter at:

«Allskog SAs formål er å arbeide for andelseiernes økonomiske interesser tilknyttet deres skogeiendom ved å:

- Omsette tømmer og arbeide for best mulig pris og avsetning på andelseiernes produkter.*

• Sikre best mulig rammebetingelser for næringsmessig utnyttelse av andelseiernes skogeiendommer.

• Tilby tjenester knyttet til skogbruk og forvaltning av skogeiendom samt arbeide for å styrke grunneiernes rettigheter.

• Motta og forvalte innskudd fra andelseierne for å sikre selskapet økonomisk styrke, og derved bidra til å utvikle virksomheten til det beste for andelseierne.

• Arbeide for økt bruk av skog- og treprodukter.

• Stimulere næringsutvikling, og ved eierengasjement sikre innflytelse og avkastning i skogsindustri og andre tilknyttede verdikjeder.»

- (6) Klager påklagde tildelingsbeslutningen 28. august 2020. I klagen ble det bedt om en redegjørelse for hvordan tildelingen ivaretok kontraktsbestemmelsen om leverandørens uavhengighet. Klagen ble ikke tatt til følge.
- (7) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 4. september 2020.
- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 15. september 2020.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. april 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Klager ber klagenemnda vurdere om innklagde har brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør fordi valgte leverandør ikke er uavhengig slik det kreves i konkurransegrunnlaget kapittel C2 Spesielle kontraktsbestemmelser punkt 5.1. Valgte leverandørs vedtektsfestede formål og organisering er ikke forenlig med denne kontraktsbestemmelsen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør. Det er ikke et brudd på anskaffelsesloven § 4 at innklagede ikke avviste valgte leverandør etter læren om antasipert mislighold. Det er ikke grunnlag for å konstatere at valgte leverandør ikke vil kunne overholde kontraktens bestemmelse om uavhengighet. Valgte leverandørs vedtekter kan ikke knyttes direkte til dette oppdraget, da vedtektene gjelder omsetning og avkastning i ordinær drift. I tillegg skal taksten gjennomføres etter objektive og etterprøvbare kriterier, og takstmennenes habilitet vil sikres før gjennomføringen av oppdraget. Videre har oppdragsgiver ikke plikt til å avvise valgte leverandør på grunnlag av «vesentlige avvik» fra anskaffelsesdokumentene, jf. anskaffelsesforskriften § 9-6 (1) bokstav b. Tilbudet inneholder ikke et avvik fra konkurransegrunnlaget. Det er heller ikke grunnlag for å hevde at valgte leverandør ikke vil kunne oppfylle kontraktens krav til uavhengighet. Det foreligger derfor ikke vesentlige avvik.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av taksering av skogsareal, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.1.5) estimert til 750 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen derfor forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avvisning av valgte leverandør

- (13) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagde har brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør fordi valgte leverandør ikke oppfyller kontraktens krav til leverandørens uavhengighet i konkurransegrunnlagets kapittel C2 punkt 5.1.
- (14) Klager har ikke fremsatt et konkret rettslig påstandsgrunnlag for påstanden om brudd på regelverket. Reglene om plikt til å avvise en leverandør på grunn av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene i forskriften § 9-6 (1), finner man i forskriften del II, som ikke kommer til anvendelse i denne saken. Anførselen kan derfor ikke føre frem på dette grunnlaget.
- (15) Forskriften del I inneholder ingen særskilte bestemmelser om avvisning av leverandører. De grunnleggende prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling i loven § 4 kan imidlertid være til hinder for at en oppdragsgiver lovlig kan inngå kontrakt med en leverandør. I klagenemndas avgjørelse i sak 2017/161 var det spørsmål om avvisningsplikt etter loven § 4 i tilknytning til oppstilte kvalifikasjonskrav til leverandørene.
- (16) I denne saken er konkurransegrunnlagets krav til leverandørens uavhengighet utformet som et kontraktsvilkår og ikke som et kvalifikasjonskrav. Situasjonen er således en annen enn i 2017/161.
- (17) I utgangspunktet er det tilstrekkelig at en kontraktsforpliktelse er oppfylt på det tidspunkt man inngår kontrakten. Spørsmålet blir derfor om oppdragsgiver hadde plikt til å avvise valgte leverandør med grunnlag i prinsippene i loven § 4 og den ulovfestede læren om antesipert mislighold.
- (18) Forventet mislighold av kontrakt som grunnlag for avvisning, har blant annet blitt omtalt i klagenemndas avgjørelser i sak 2012/246 og i sak 2013/25. Det fremgår av den sistnevnte avgjørelsen at *«de fakultative avvisningsreglene kan gi oppdragsgiver en rett, og i enkelte tilfeller plikt, til å avvise der det er grunn til å tro at leverandøren faktisk ikke vil levere i henhold til sine forpliktelser»*, jf. avsnitt 28.
- (19) Kontraktbestemmelsen i kapittel C2 punkt 5.1 sier at leverandøren skal være *«uavhengig og ikke i interessekonflikt ved gjennomføringen av oppdraget»*. En naturlig språklig forståelse av kravet er at leverandørens gjennomføring av kontraktarbeidet skal kunne utføres uavhengig av leverandørens egne interesser. Takseringen må nærmere bestemt utføres uavhengig av leverandørens eventuelle tilknytning til den eiendommen, altså skogen, som skal takseres.
- (20) Klager har i denne saken særlig fremhevet valgte leverandørs vedtektsfestede formål og organisering, og det faktum at valgte leverandørs eiere vil bli berørt av takseringen som grunnlag for manglende oppfyllelse av kravet til uavhengighet.

- (21) Valgte leverandør er et samvirkeforetak som i dag har 7800 andelseiere. Det vedtektsfestede formålet til samvirkeforetaket er å «*arbeide for andelseiernes økonomiske interesser tilknyttet deres skogeiendom*». Vedtektene angir ulike virkemidler for å nå dette overordnede formålet. Det er ikke utenkelig at noen av andelseierne vil få skogeiendommene sine taksert gjennom den avtalen som anskaffelsen gjelder. Det kan videre tenkes at den tilknytningen som den oppnevnte takstmannen har til andelseierne/samvirkeforetaket, i noen tilfeller vil komme i konflikt med kontraktsbestemmelsens krav om uavhengighet ved utførelsen av oppdraget. Der skogen som skal takseres tilhører andelseiere i samvirkeforetaket, vil valgte leverandørs vedtektsfestede formål tilsi at taksten settes høyt, for slik å fremme skogeiernes økonomiske interesser.
- (22) Slik saken er opplyst, er det likevel ikke grunn til å konstatere at kravet til uavhengighet klart vil bli misligholdt. Klagenemnda viser i denne sammenheng særlig til valgte leverandørs organisering og plan for gjennomføring av takseringen. Det fremgår av valgte leverandørs tilbud at takseringen skal gjennomføres i samsvar med etablert bransjepraksis, og at den skal være basert på objektive kriterier. I tillegg vil den oppnevnte takstmannen vurdere sin egen habilitet opp mot den konkrete skogeien.
- (23) Klagers anførsel om at innklagede har brutt regelverket ved å inngå kontrakt med valgte leverandør, fører med dette ikke frem.

Konklusjon:

Nye Veier AS har ikke brutt regelverket ved å tildele kontrakt til valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk