



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Habilitet.

Innklagede inviterte fire leverandører til å inngi tilbud i en konkurranse for inngåelse av kontrakt om utvikling og gjennomføring av en markedsføringskampanje. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt regelverket ved å bruke en inhabil rådgiver ved utformingen av anskaffelsesdokumentene.

Klagenemndas avgjørelse 4. mai 2021 i sak 2020/805

Klager: Brunch Oslo AS

Innklaget: Visit Kongsvingerregionen AS

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Kjersti Holum Karlstrøm og Sverre Nyhus

Bakgrunn:

- (1) Visit Kongsvingerregionen AS (heretter *innklagede*) sendte 27. mai 2020 ut en invitasjon til en konkurranse om utvikling og gjennomføring av en markedsføringskampanje. Invitasjonen ble sendt til fire leverandører, deriblant Brunch Oslo AS (heretter *klager*) og Anti AS. Anskaffelsens verdi ble estimert til en øvre ramme på 400 000 kroner. Tilbudsfrist var 4. juni 2020.
- (2) Anskaffelsen gikk nærmere bestemt ut på å utvikle og gjennomføre en sommerkampanje, som skulle markedsføre Kongsvingerregionen som feriedestinasjon.
- (3) Innklagede besluttet på styremøte 11. mai 2020 at kampanjen skulle gjennomføres ved bruk av eksterne ressurser. Styret skulle imidlertid være involvert i prosessen, blant annet ved å utforme konkurransegrunnlaget.
- (4) Styret anså det som hensiktsmessig at styremedlem A utarbeidet en brief som senere skulle danne grunnlaget for invitasjonen til å delta i konkurransen. Styremedlem A var på dette tidspunktet ansatt i Anti AS. På styremøte 19. mai 2020 ble mulige problemstillinger knyttet til As habilitet drøftet. Styret var av den oppfatning at A kunne bistå med rådgivning i prosessen, selv om Anti AS senere skulle vise seg å levere tilbud i konkurransen. As deltakelse forutsatte at det ble gjennomført egnede tiltak for å forhindre forskjellsbehandling, samt at det ble gjennomført en habilitetsvurdering i forkant av endelig beslutning om valg av leverandør.
- (5) Innklagedes behov, og oppgaven til leverandøren, var i briefen beskrevet på følgende måte:

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

«1. Utarbeide et kommunikasjonsbudskap vi kan kommunisere i aktuelle kanaler, som markedsfører det unike med vår region. Kommunikasjonsbudskapet må fortelle og vise hvorfor folk skal legge ferien sin til Kongsvingerregionen.

2. Utarbeide visuelle og tekst til kampanjeuttak. anbefale bruk av kanaler.

3. Utarbeide landingsside på web med informasjon og link om de ulike reiselivsaktørene.

4. Gjøre oss synlige på nett, ved hjelp av SEO ++.»

- (6) Samtlige av de fire inviterte leverandørene leverte tilbud innen fristen, inkludert Anti AS og klager.
- (7) Etter tilbudsfristen ble det gjennomført møter for gjennomgang av tilbudene med samtlige leverandører. I tillegg ble det gjennomført et ekstra møte med klager 10. juni 2020 for ytterligere avklaringer. Møtene ble holdt av A sammen med daglig leder og styreleder. På møtene ble A presentert som styremedlem i styret til innklagede og arbeidstaker hos valgte leverandør. Klager var på dette tidspunktet ikke klar over at valgte leverandør også deltok i konkurransen.
- (8) I etterkant av avklaringsmøtet ble det besluttet at A ikke kunne delta i den endelige beslutningen om valg av leverandør.
- (9) Klager ble den 12. juni 2020 orientert om at kontrakten var tildelt Anti AS (heretter *valgte leverandør*). Kontrakten ble inngått med valgte leverandør samme dag.
- (10) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 22. oktober 2020.
- (11) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. mai 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede har brutt regelverket ved å bruke en inhabil rådgiver i anskaffelsesprosessen. Klager viser i denne sammenheng til As tilknytning som arbeidstaker hos valgte leverandør. Når A har utarbeidet grunnlaget for konkurransen og deltatt på avklaringsmøtene, er det ikke mulig å vite om informasjonen hun har fått er blitt brukt av valgte leverandør i konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket. Styremedlem A har ikke deltatt i den endelige beslutningen om valg av leverandør, og har heller ikke deltatt ved utformingen av tilbudet fra valgte leverandør. A var ikke inhabil og kunne utarbeide grunnlaget for konkurransen samt delta på avklaringsmøtene.

Klagenemndas vurdering:

- (14) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder utarbeidelse og gjennomføring av en markedsføringskampanje, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi ble estimert til maks 400 000 kroner. I tillegg til

lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen dermed forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del 1, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Habilitet

- (15) Spørsmålet for klagenemnda er om innklagede har brutt regelverket ved å bruke en inhabil rådgiver i anskaffelsesprosessen. Problemstillingen er nærmere bestemt om A var inhabil til å utarbeide grunnlaget for konkurransen og delta i avklaringsmøter med leverandørene.
- (16) Ved gjennomføringen av en anskaffelse som er omfattet av forskriften, gjelder forvaltningslovens regler om habilitet, jf. forskriften § 7-5 første ledd. Det følger av forvaltningsloven § 6 at en offentlig tjenestemann som er inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse i en forvaltningssak, dersom han befinner seg i noen av de situasjonene som er listet opp i bestemmelsens første eller andre ledd.
- (17) Det er på det rene at A har «*tilrettel[agt] grunnlaget for*» avgjørelsen om valg av leverandør i den aktuelle anskaffelsen, jf. forvaltningsloven § 6 første ledd. A har for det første utarbeidet grunnlaget for konkurransen. A har også deltatt i avklaringsmøter med leverandørene.
- (18) Spørsmålet er om A, i tillegg til å utføre de nevnte oppgavene på vegne av innklagede, var i noen av situasjonene listet opp i forvaltningsloven § 6 første eller andre ledd.
- (19) En offentlig tjenestemann som befinner seg i noen av situasjonene som er listet opp i § 6 første ledd, skal uten videre anses som inhabil i den aktuelle forvaltningssaken. Dette i motsetning til andre ledd, som krever en nærmere vurdering av tjenstemannens tilknytning til saken, og av hvordan denne tilknytningen ser ut for omverdenen. En av de automatiske inhabilitetsgrunnene i § 6 første ledd er angitt i bokstav e. Det følger av denne bestemmelsen at en tjenestemann er inhabil dersom vedkommende er «*medlem av styret*» for «*et selskap som er part i saken*».
- (20) Det er ikke tvilsomt at valgte leverandør er et selskap som er part i den aktuelle anskaffelsessaken. Av opplysninger i Brønnøysundregistrene går det videre frem at A, siden 26. mars 2019, har vært medlem av styret til valgte leverandør.
- (21) Klagenemnda er derfor kommet til at A var inhabil til å «*tilrettelegge grunnlaget for*» avgjørelsen om valg av leverandør i denne anskaffelsen, jf. § 6 første ledd.

Erstatning og tilbakebetaling av klagegebyr

- (22) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert, er av en slik karakter at det kan ha påvirket utfallet i konkurransen. Klagenemnda viser i denne sammenheng til at A deltok i anskaffelsesprosessen helt frem til to dager før kontraktsinngåelse, deriblant i avklaringsmøter mellom innklagede og leverandørene. Bruddet gir derfor grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.
- (23) Klagenemnda finner ikke grunn til å uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning anses oppfylt, jf. klagenemndsforordningen § 12 andre ledd.

Konklusjon:

Visit Kongsvingerregionen AS har brutt regelverket ved å benytte en inhabil rådgiver i anskaffelsesprosessen, jf. forskriften § 7-5 jf. forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Sverre Nyhus

Dokumentet er godkjent elektronisk