



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør. De generelle kravene i § 4. Habilitet. Annet.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for levering av system for fosforgjenvinning. Etter tildeling av kontrakt, begjærte klager midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelsen, som ikke ble tatt til følge. Klager anførte at habilitetsreglene var brutt, og at valgte leverandør hadde fått en urimelig konkurransefordel. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 19. oktober i sak 2021/815

Klager: Suez Water A/S

Innklaget: HIAS IKS

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Arnt Skjefstad.

Bakgrunn:

- (1) Den 10. september 2019 publiserte HIAS IKS (heretter *innklagede*) en invitasjon til markedsdialog angående anskaffelse av system for fosforgjenvinning ved innklagedes renseanlegg i Ottestad, gjennom en RFI (*Request for information*). Formålet var å identifisere mulige leverandører av systemet, om det beskrevne behovet var mulig å oppfylle, og eventuelt tilbakemelding på alternative løsninger.
- (2) Tre leverandører meldte sin interesse for å delta i markedsdialogen. Det ble så gjennomført en konferanse med inspeksjon av innklagedes renseanlegg i oktober 2019, hvorefter de tre leverandørene besvarte innklagedes RFI.
- (3) Markedsdialogen var en del av den forberedende fasen i konkurransen, som hadde varighet fra 2. mai 2019 til 31. juli 2020. Innklagedes arbeidsgruppe i denne fasen bestod av fire ansatte. En av de ansatte i arbeidsgruppen gikk den 1. januar 2020 over til selskapet HIAS How2O AS (heretter *How2O*), og var i resten av den forberedende fasen innleid som konsulent. Innklagede har en eierandel i How2O med 1,523 prosent, og resterende deler av selskapet eies av kommunene Hamar, Løten, Ringsaker og Stange.
- (4) Prosjektets konkurransefase startet 1. august 2020. Arbeidsgruppen bestod da av de samme ansatte som hadde deltatt i den forberedende fasen, med unntak av konsulenten som hadde gått over til How2O. Innklagede kunngjorde den 30. september 2020 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av totalentreprise for levering av system for fosforgjenvinning. Tilbudsfrist var satt til 17. november 2020.
- (5) Den 6. oktober 2020 ble innklagede kontaktet av daglig leder i How2O. Bakgrunnen for henvendelsen var at How2O var forespurt om å være underleverandør til en av

leverandørene i konkurransen, og om det var noe til hinder for en slik deltakelse. Innklagedes advokat utarbeidet da en juridisk vurdering, hvor det ble konkludert med at det ikke var noe til hinder for at How2O deltok som underleverandør.

- (6) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra to leverandører, Enwa PMI AS med Ostara AS og How2O som underleverandører, og SUEZ Water A/S (heretter *klager*) med Malmberg AS som underleverandør.
- (7) Det ble gjennomført forhandlingsmøter med begge leverandørene i desember 2020 og februar 2021. Frist for endelig tilbud var satt til 16. februar 2021.
- (8) I tildelingsbrev 3. mars 2021 meddelte innklagede at kontrakt var tildelt Enwa PMI AS (heretter *valgte leverandør*).
- (9) Klager påklaget tildelingsbeslutningen 12. mars 2021. Innklagede meddelte i brev 25. mars 2021 at klagen ikke ble tatt til følge.
- (10) Klager begjærte 28. mars 2021 midlertidig forføyning for å hindre kontraktsinngåelsen. Den 29. mars 2021 avsa Hedmarken tingrett kjennelse uten muntlig forhandling hvor begjæringen om midlertidig forføyning ble tatt til følge. Innklagede ble derfor nektet å inngå kontrakt med valgte leverandør frem til tvisten enten var avgjort av tingretten i ordinært søksmål, det var avsagt kjennelse ved muntlig forhandling eller klagenemnda hadde behandlet saken.
- (11) Klagen ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 6. mai 2021.
- (12) Etter muntlige forhandlinger den 20. mai 2021 avsa Østre Innlandet tingrett kjennelse den 31. mai 2021, hvor det ble konkludert med at vilkårene for midlertidig forføyning ikke var oppfylt. Etter en gjennomgang av klagers anførsler, kom tingretten til at valgte leverandør ikke hadde fått en urimelig konkurransefordel ved å benytte seg av konsulenten fra underleverandør How2O, og at det heller ikke forelå inhabilitet for samme konsulent.
- (13) Etter avsigelse av kjennelsen ble kontrakt inngått med valgte leverandør, den 1. juni 2021.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 18. oktober 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Valgte leverandør skulle vært avvist fra konkurransen. En av konsulentene som er engasjert i leveransen fra valgte leverandør, har også vært med på markedsdialogen fra innklagedes side, og dermed fått opplysninger om klagers tilbud. Oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og dermed fått en urimelig konkurransefordel. Uansett vil det være i strid med likebehandlingsprinsippet ikke å avvise valgte leverandør.
- (16) Ved å delta i den forberedende fasen, har konsulenten fått inngående kjennskap til det kommende tilbudet fra klager, herunder hvilke løsninger klager ville tilby, hvilke referanseprosjekter det ville vises til, hvem som ville være underleverandør, samt et prisestimat. Når konsulenten senere deltar på tilbydersiden i konkurransen gir denne

informasjonen en urimelig konkurransefordel, som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak. Videre arbeider konsulenten fortsatt i samme kontorfellesskap, spiser lunsj sammen med de ansatte hos innklagede, og har de samme velferdsordningene. Dette er forhold som gjør at det ikke foreligger objektivitet i evalueringen.

- (17) Innklagede må videre ha forutsett at How2O ville bli en underleverandør for ett av tilbudene som kom inn i konkurransen. Innklagede har ikke tilkjennegitt hvordan man ville sikre likebehandling av leverandørene når dette var en realitet. Dette utgjør et alvorlig brudd på sentrale saksbehandlingsregler og dermed også anskaffelsesloven § 4.
- (18) Videre har tingretten misforstått saken på flere punkter, herunder at det er tilstrekkelig at det finnes en mulighet for at konsulenten har videreformidlet opplysningene. Det er ikke nødvendig å bevise at informasjonen faktisk er gitt videre. At det er tilstrekkelig at det finnes en mulighet for videreformidling harmonerer også med habilitetsreglene. Den samme lovanvendelsen må derfor legges til grunn for vurderingen om valgte leverandør har fått en urimelig konkurransefordel. Klager har ikke hatt mulighet til å anke kjennelsen, da innklagede signerte kontrakt samme dag kjennelsen ble avsagt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Det vises til at tingretten allerede har vurdert de samme anførsler som klager har fremsatt for klagenemnda.
- (20) Konsulenten fra How2O som tidligere var ansatt hos innklagede, har ikke deltatt i konkurransefasen. Vedkommende har kun deltatt i den forberedende fasen, herunder i forbindelse med beregning av dimensjoneringsgrunnlaget. Det var ikke kjent for innklagede før høsten 2020 at How2O var forespurt om å være underleverandør til valgte leverandør. Det ble da gjort en juridisk vurdering, hvor det ble konkludert at det ikke var noe til hinder for en slik deltakelse. Videre er den del av leveransen som konsulenten fra How2O skal bistå med liten, og retter seg kun mot «Prosess» og «Igangkjøring». Det er ikke skjedd en rollesammenblanding i denne konkurransen.
- (21) Valgte leverandør har ikke fått en urimelig konkurransefordel ved å benytte seg av konsulenten i How2O som underleverandør. Terskelen for avvisning av leverandører som har deltatt i forberedelsen av konkurransen er høy. Konsulenten har, som oppfinner av HIAS-prosessen, kunnskap om hvordan prosessen foregår, og hva som skal leveres. Ved å utarbeide dimensjoneringsgrunnlag med fastsatte verdier, er en eventuell konkurransefordel utjevnet. Opplysningene er uansett ikke egnede til å gi en urimelig konkurransefordel. Det foreligger heller ikke inhabilitet i denne saken.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av totalentreprise for levering av system for fosforgjenvinning som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens estimerte verdi var ikke angitt. De opprinnelige tilbudene lå imidlertid på henholdsvis 22 og 37 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 (forsyningsforskriften) del I, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2.

- (23) Saken har tidligere vært gjenstand for behandling i Østre Innlandet tingrett, i forbindelse med klagers begjæring om midlertidig forføyning. Det følger av klagenemndsforordningen § 6 tredje ledd at dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved «dom» i første instans, kan ikke klagen tas til behandling. Den omstendighet at spørsmålet tidligere har vært behandlet som ledd i en forføyningssak, er imidlertid ikke i seg selv til hinder for at klagenemnda kan behandle saken. En slik forutgående domstolsbehandling kan imidlertid tilsi at saken er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda i henhold til klagenemndsforordningen § 9.
- (24) Klagenemnda er bedt om å ta stilling til akkurat de samme anførselene, basert på de samme faktiske forholdene som allerede har vært til behandling i tingretten. Klager har imidlertid påpekt forhold ved tingrettens dom, hvor klager mener at retten har misforstått faktum.
- (25) Klager anfører at valgte leverandør skulle vært avvist, som følge av å ha fått en urimelig konkurransefordel. Dette begrunnes med at en konsulent ansatt hos underleverandøren, har fått kjennskap til klagers løsninger og estimerte priser gjennom sin involvering på oppdragsgiversiden i forberedelsesfasen av prosjektet. Videre anfører klager at habilitetsreglene er brutt, på grunn av konsulentens tilknytning til oppdragsgiver.
- (26) Ved gjennomføringen av anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesforordningen, gjelder forvaltningslovens regler om habilitet i §§ 6 til 10, jf. forsyningsforordningen § 7-4 (1).
- (27) Tingretten la til grunn at konsulenten ikke var med i håndteringen av svar på RFI-en i prosjektets fase 1, og at han heller ikke har vært med i konkurransefasen, hverken som ansatt hos oppdragsgiver eller som konsulent. Tingretten kom derfor til at konsulenten ikke har tilrettelagt grunnlaget for tildelingsbeslutningen eller truffet avgjørelse i konkurransen, og at forvaltningsloven § 6 andre ledd derfor ikke kommer til anvendelse. Slik saken er opplyst, legger klagenemnda det samme til grunn.
- (28) Når det gjelder spørsmålet om valgte leverandør har fått en urimelig konkurransefordel, er ikke vurderingstemaet hvordan situasjonen fremstår utad. Spørsmålet er om valgte leverandør faktisk har fått en konkurransefordel, og om innklagede har brutt likebehandlingsprinsippet ved ikke å utjevne denne fordel. Klagenemnda finner det ikke sannsynliggjort at valgte leverandør har fått informasjon om klagers forretningsforhold, og dermed heller ikke at valgte leverandør har fått en urimelig konkurransefordel.
- (29) Videre har klager påpekt at det foreligger en avtale mellom innklagede og oppfinnerne av HIAS-prosessen, som skulle benyttes i renseanlegget. Avtalen gir oppfinnerne vederlag ved bruk av prosessen. Det er også vist til at How2O har dårlig økonomi. Dette er forhold som klager mener har gitt innklagede et insentiv til å tildele kontrakten til valgte leverandør med How2O som underleverandør. Klagenemnda kan imidlertid ikke se at klager har underbygget eller dokumentert dette ut over å fremsette en hypotese.
- (30) Utover dette viser klagenemnda til tingrettens vurderinger i saken om midlertidig forføyning, som nemnda i det vesentlige slutter seg til.
- (31) Klagers anførsler fører ikke frem.

Konklusjon:

HIAS IKS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Arnt Skjefstad

Dokumentet er godkjent elektronisk