



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning/totalforkastelse. De generelle kravene i § 4. Habilitet.

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om advokattjenester innenfor tre delområder. To av tre rammeavtaler ble tildelt klager. Før tilbudsåpning og –evalueringen, utarbeidet kommuneadvokaten et notat vedrørende egen habilitet. Kommuneadvokatens standpunkt var at vedkommende burde avstå fra å åpne og evaluere klagers tilbud. Kommuneadvokaten evaluerte imidlertid de øvrige tilbudene i konkurransen. Etter tildelingen mottok innklagede en klage fra en leverandør med anmodning om at konkurransen ble avlyst, da kommuneadvokaten hadde deltatt i tilbudsevalueringen. Innklagede valgte etter dette å avlyse konkurransen, med den begrunnelse at det var en reell rettslig usikkerhet knyttet til om kommuneadvokaten var inhabil ved evalueringen av også de andre tilbudene og om det var en feil at evalueringen ikke var gjennomført av fullt ut det samme teamet. Klagenemnda kom til at kommuneadvokaten ikke var inhabil, og at det heller ikke var et brudd på likebehandlingsprinsippet at klagers tilbud kun var evaluert av kommunens økonomisjef. Innklagede hadde derfor ikke saklig grunn til å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 17. mars 2022 i sak 2021/1998

Klager: Advokatfirmaet Haagenes & Bakkelund AS

Innklaget: Sør-Varanger kommune

Klagenemndas

medlemmer: Alf Amund Gulsvik, Kjersti Holum Karlstrøm og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Sør-Varanger kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 25. august 2021 en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtaler om advokattjenester. Anskaffelsens verdi var totalt estimert til maksimalt to millioner kroner. Tilbudsfrist var 17. september 2021.
- (2) Det var planlagt å inngå én rammeavtale per rettsområde (delområde). De tre rettsområdene var «barnevern» (nummer 1), «*offentlige anskaffelser*» (nummer 2) og «*andre rettsområder: kontraktsrett, fast eiendom, bygge- og entreprise og erstatning*» (nummer 3). Det var opplyst at rammeavtalenes varighet var to år med mulighet for forlengelse i inntil to år. Leverandørene kunne levere tilbud på utvalgte eller samtlige rettsområder.
- (3) I konkurransegrunnlaget fremgikk det for øvrig hvem som var innklagedes kontaktpersoner. Dette var kommuneadvokaten og kommunens økonomisjef.
- (4) Tildelingskriteriene var «*Pris*» og «*Kvalitet*», som var vektet 50 prosent hver. Sistnevnte ville bli vurdert ut fra devalueringene «*Kompetanse og prosedyrerfaring*» og

«Tilgjengelighet og responstid», som var vektet henholdsvis 60 og 40 prosent av kvalitetskriteriet. Det tilbudte personellets kompetanse og prosedyreerfaring ville bli evaluert på grunnlag av opplysninger i CV-er.

- (5) På kvalitetskriteriet kunne man få maksimalt ti poeng per devaluering. Det var opplyst at leverandørenes besvarelse ville bli sammenlignet og vurdert av innklagedes kommuneadvokat.
- (6) Før tilbudsfristen utløp utarbeidet kommuneadvokaten et notat om egen habilitet. Bakgrunnen var at Advokatfirmaet Haagensen & Bakkelund AS hadde inngitt tilbud i konkurransen. Av notatet fremgår blant annet følgende:

«Jeg har ikke hatt noen dialog med noen av eierne av Advokatfirmaet Haagensen & Bakkelund AS etter at jeg avsluttet mitt arbeidsforhold høsten 2018. Arbeidsforholdet ble avsluttet på en noe uheldig måte ettersom jeg avsluttet arbeidsforholdet ved å gå over til en direkte konkurrent, men det foreligger i dag ingen vennskap eller uvennskap mellom meg og de to eierne av firmaet.

Det er ikke utenkelig at selskapet vil reise inhabilitetsinnsigelse i forbindelse med anskaffelsen dersom de ikke skulle vinne frem med sitt tilbud om jeg evaluerer tilbudene.

Som følge av dette anser jeg at jeg ikke burde åpne tilbudene i konkurransen, og at jeg ikke bør evaluere et eventuelt tilbud fra dem. Dette bør gjøres av noen andre i organisasjonen.»

- (7) Advokatfirmaet Haagensen & Bakkelund AS (heretter *klager*) leverte tilbud på de tre rettsområdene. Det gjorde også Advokatfirmaet Hegg & Co AS.
- (8) Klager ble tildelt rammeavtale for delområde nummer 1 og nummer 3 ved tildelingsbeslutning 4. oktober 2021. Klager ble avvist fra konkurransen om rettsområde nummer 2. Det er opplyst at klagers tilbud ble vurdert av kommunens økonomisjef. De øvrige tilbudene ble evaluert av både kommuneadvokaten og økonomisjefen.
- (9) Advokatfirmaet Hegg & Co AS orienterte innklagede 8. oktober 2021 om at saken ville bringes inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser med påstand om at kommuneadvokaten var inhabil. Samtidig ble det anmodet om at konkurransen ble avlyst.
- (10) Advokatfirmaet Hegg & Co AS brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. oktober 2021 i sak 2021/1711.
- (11) Innklagede meddelte 22. oktober 2021 at konkurransen for delområdene 1 og 3 var avlyst. Begrunnelsen var at det forelå *«en reell rettslig usikkerhet, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, og dette gir i seg selv saklig grunn til å avlyse en konkurranse»*. Forholdet innklagede viste til var at kommuneadvokaten hadde evaluert de øvrige tilbudene i konkurransen, noe man var usikker på om var i tråd med regelverket, all den tid vedkommende hadde erklært seg inhabil.
- (12) Advokatfirmaet Hegg & Co AS meddelte 26. oktober 2021 at man trakk klagen i sak 2021/1711.

- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 1. desember 2021. Klagen er avgrenset til avlysningsbeslutningen for rettsområdene nummer 1 og nummer 3.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. mars 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Tildelingsbeslutningene var ikke i strid med regelverket, og kan dermed ikke omgjøres.
- (16) Innklagede har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen uten saklig grunn. Det vises til at innklagede ikke har sannsynliggjort at det er begått feil i konkurransen. Under forutsetning av det er begått feil, kreves det uansett at det ikke må finnes andre tiltak enn avlysning for å avhjelpe feilene. Under enhver omstendighet har ikke innklagede klart å synliggjøre i dette.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Det forelå saklig grunn til å avlyse konkurransen, fordi kommuneadvokaten deltok i tilbudsevaluering, til tross for inhabilitet. Uansett forelå det i det minste en usikkerhet om kommuneadvokaten var inhabil, og dermed hvorvidt vedkommende skulle avstått fra tildelingsevalueringen i sin helhet. Dessuten er det usikkert om tildelingsevalueringen har skjedd i tråd med likebehandlingsprinsippet, ettersom kun klagers tilbud ble evaluert av økonomisjefen alene. Det er følgelig tale om en reell rettslig usikkerhet, som ikke er av bagatellmessig art.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse hva angår avlysningsspørsmålet, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtaler om advokattjenester, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til to 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 og del II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Avlysning/totalforkastelse

- (19) Klagenemnda skal vurdere om innklagedes avlysning av konkurransen for delområde nummer 1 og nummer 3 var lovlig.
- (20) Det følger av forskriften § 10-4 første ledd at oppdragsgiver «kan» avlyse en konkurranse om det foreligger «saklig grunn».
- (21) Etter Høyesteretts praksis er det sentrale om avlysningen, etter en totalvurdering, finnes å være saklig begrunnet, jf. HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen), premiss 86. Det skal blant annet legges vekt på tidspunktet for avlysningen, hva som utløste avlysningen, og hva oppdragsgiveren ønsker å oppnå med å avlyse konkurransen, se nemndas avgjørelse i sak 2021/1335, premiss 27. Avdekking av en reell rettslig usikkerhet om holdbarheten av prosessen, på et punkt som ikke er av bagatellmessig art, vil i seg selv gi saklig grunn til å avlyse en konkurranse, jf. Fosen-Linjen-dommen, premiss 88. Klagenemnda forstår dette slik at det må foreligge en reell risiko for at en eventuell rettslig prøving vil lede til

at det konstateres at det foreligger avlysningsplikt, og at en oppdragsgiver da må kunne avlyse selv om man selv mener det ikke foreligger en slik plikt.

- (22) Dersom avlysningen begrunnes med at det er gjort feil i konkurransedokumentene eller i konkurransegjennomføringen, foreligger det bare saklig grunn til å avlyse dersom det er en nærliggende faktisk mulighet for at feilen kan ha virket inn på deltakelsen i eller utfallet av konkurransen, og feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning, se for eksempel LG-2016-133934 og nemndas avgjørelser i sakene 2020/116 og 2021/1335.
- (23) Dersom feilen kan ha virket inn på konkurransen, vil det normalt også foreligge plikt til å avlyse konkurransen. I motsatt fall vil feilen verken kunne gi rett eller plikt til å avlyse. I klagenemndas avgjørelse i sak 2020/116 uttales dette i premiss 23:

«Det må i tillegg kreves at feilen rent faktisk kan ha virket inn på konkurransen for at avlysningen skal regnes som saklig, jf. LG-2016-133934. Uten en slik regel vil oppdragsgiver kunne peke på enhver feil i konkurransen som grunnlag for å avlyse konkurransen. Det harmonerer dårlig med hensynet til effektiv ressursbruk og hensynet til de andre berørte aktører og de legitime interesser i saken, slik de kommer til uttrykk i henholdsvis loven § 1 og NOU 2010: 2 s. 53.»

- (24) I så måte har reglene som gjennomgått ovenfor, likheter med vurderingstemaet for omgjøringsadgangen etter tildeling i forskriften, som klager har anført som sitt prinsipale grunnlag i saken. Det følger av forskriften med tilhørende praksis at en tildeling bare kan omgjøres i tilfeller der tildelingen er beheftet med feil som har hatt betydning for rangeringen i konkurransen. Videre følger det av praksis at dersom tildelingen er i strid med forskriften, dvs. beheftet med feil som har hatt betydning for utfallet av konkurransen, skal disse rettes så langt det er lovlig innenfor forskriftens regler.
- (25) Klagenemnda forstår innklagede dit hen at man her prinsipalt står overfor en ugyldig tildelingsevaluering som følge av inhabilitet. Subsidiært er det anført at man står overfor forhold i saken som etterlater en reell rettslig usikkerhet om tildelingen har skjedd i tråd med regelverket, da både i relasjon til habilitetsreglene og likebehandlingsprinsippet. Nemnda vurderer først habilitetsspørsmålet.
- (26) Det følger av forskriften § 7-5 første ledd at forvaltningslovens bestemmelser om inhabilitet også gjelder ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.
- (27) I henhold til forvaltningsloven § 6 andre ledd er en offentlig tjenestemann inhabil om det foreligger «*særegne forhold*» som er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet.
- (28) Klagenemnda har kompetanse til å prøve habilitetsspørsmålet fullt ut, og er ikke bundet av innklagedes eget syn på spørsmålet om habilitet. Det er forholdene, vurdert ut fra en objektiv målestokk, som er avgjørende for om omstendighetene i saken er av en slik karakter at det gir omverdenen rimelig og saklig grunn til å tvile på tjenestemannens upartiskhet, se tilsvarende i klagenemndas avgjørelse i sak 2018/76, premiss 48, med henvisning til HR-2016-2311-P, premiss 15. Vedkommendes egen oppfatning av habilitetsspørsmålet, er et relevant moment, men kan ikke være av avgjørende vekt. Dette er åpenbart når tjenestemannen anser seg selv som habil, til tross for at bestemmelsens vilkår er oppfylt. Tilsvarende kan det ikke konstateres inhabilitet på bakgrunn av at

tjenestemannen selv enten uttrykker usikkerhet knyttet til egen habilitet eller har lagt til grunn en uriktig målestokk for habilitetsvurderingen.

- (29) Etter klagenemndas syn er det først og fremst i tvilstilfeller, og som et støttemoment, at man legger vekt på tjenestemannens egen vurdering av egen habilitet.
- (30) På tidspunktet kommuneadvokaten deltok i evalueringen av tilbudene i konkurransen, hadde det gått tre år siden vedkommende avsluttet sitt arbeidsforhold hos klager. Arbeidsforholdet varte i underkant av to år. I kommuneadvokatens notat om egen habilitet står det at «*[a]rbeidsforholdet ble avsluttet på en noe uheldig måte ettersom jeg avsluttet arbeidsforholdet ved å gå over til en direkte konkurrent*». Det er videre presisert at det verken foreligger vennskap eller uvennskap mellom vedkommende og de to eierne av firmaet. Den tidligere relasjonen fremstår utelukkende å ha vært av en profesjonell karakter.
- (31) Klagenemnda viser til at et tidligere arbeidsforhold hos en delaktig leverandør ikke i seg selv er et særegent forhold. Videre er det helt normalt at advokater skifter jobb til et konkurrerende advokatfirma, noe som ofte skjer i praksis. Det er ikke gitt opplysninger som skulle tilsa at kommuneadvokatens arbeidsforhold hos klager ble avsluttet på en uvanlig måte. Objektivt sett er det etter nemndas syn ingenting som tilsier at det her er tale om «*særegne forhold*» som var egnet til å svekke tilliten til kommuneadvokatens upartiskhet.
- (32) Klagenemnda vil for øvrig legge til at kommuneadvokatens standpunkt om at vedkommende burde avstå fra å evaluere klagers tilbud, synes i større grad å knytte seg til antagelsen om det «*ikke [er] utenkelig at [klager] vil reise inhabilitetsinnsigelse i forbindelse med anskaffelsen dersom de ikke skulle vinne frem med sitt tilbud om jeg evaluerer tilbudene*», enn til den faktiske relasjonen mellom klager og vedkommende. Nemnda viser eksempelvis til at det i notatet også er redegjort for relasjonen til et annet advokatfirma, og at kommuneadvokaten der sluttet at vedkommende burde avstå fra å evaluere et eventuelt tilbud fra dem «*av hensyn til tillit i befolkningen*». Tilsvarende bemerkning er ikke inntatt i vurderingen av relasjonen til klager, som både i tid og i praksis ikke er like nær som relasjonen til det nevnte advokatfirmaet. Det kan derfor reises spørsmål ved om kommuneadvokaten faktisk anså seg selv som inhabil, eller om standpunktet om å distansere seg fra klagers tilbud heller bygger på en betraktning om å unngå en mulig inhabilitetsinnsigelse.
- (33) Basert på sakens opplysning har klagenemnda kommet til at det ikke foreligger «*særegne forhold*» som er egnet til å svekke tilliten til kommuneadvokatens upartiskhet.
- (34) Kommuneadvokaten var følgelig habil til å delta i tilbudsevalueringen. Det utgjorde dermed ikke en feil at kommuneadvokaten deltok i evalueringen av de øvrige tilbudene i anskaffelsen.
- (35) Spørsmålet blir heretter om det forholdet at kommuneadvokaten ikke evaluerte tilbudet til klager, utgjør et brudd på regelverket.
- (36) Det følger av loven § 4 at innklagede skal ivareta likebehandlingsprinsippet ved gjennomføringen av anskaffelser, herunder ved evalueringen av tilbudene.

- (37) Kommuneadvokaten og økonomisjefen evaluerte tilbudene i konkurransen sammen, mens kommuneadvokaten avstod fra evalueringen av klagers tilbud. Innklagede har stilt spørsmål ved om dette er problematisk, men har ikke forklart nærmere hvordan dette kan ha påvirket evalueringen på en slik måte at det påvirket utfallet. En kommuneadvokat vil kunne ha andre forutsetninger enn en økonomisjef for å evaluere tilbud fra advokatfirmaer, men innklagede har ikke forklart at evalueringen av tilbudene ble forskjellig og heller ikke synliggjort at det er en fare for at evalueringen kan ha blitt forskjellig. Økonomisjefen deltok i evalueringen av samtlige tilbud, og hadde dermed god oversikt over hvordan kommuneadvokaten vurderte de øvrige tilbudene.
- (38) Klagenemnda kan ikke se at lovens krav til likebehandling ble tilsidesatt ved evalueringen av tilbudene i konkurransen.
- (39) Klagenemnda har etter dette kommet til at verken forholdet knyttet til kommuneadvokatens habilitet eller det forhold at kommuneadvokaten avstod fra behandlingen av klagers tilbud, utgjør brudd på regelverket. Nemnda har ikke funnet denne konklusjonen tvilsom, slik at det ikke forelå noen reell rettslig usikkerhet knyttet til holdbarheten av prosessen.
- (40) Innklagede hadde ikke «saklig grunn» til å avlyse konkurransen. Avlysningen av konkurransen for delområdene nummer 1 og nummer 3 er derfor i strid med forskriften § 10-4 første ledd.
- (41) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert over, gir grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemnds forskriften § 13 femte setning.

Konklusjon:

Sør-Varanger kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avlyse konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kjersti Holum Karlstrøm

Dokumentet er godkjent elektronisk