



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør.

Innklagede kunngjorde en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp anleggstjenester. Klagenemnda kom til at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klager fra konkurransen etter forskriften § 9-5 (1) bokstav b.

Klagenemndas avgjørelse 2. juni 2022 i sak 2022/598

Klager: Riska Anleggsteknikk AS

Innklaget: Sandnes kommune

Klagenemndas medlemmer: Finn Arnesen, Alf Amund Gulsvik og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Sandnes kommune (heretter *innklagede*) kunngjorde 17. januar en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av anleggstjenester av mindre omfang. Anleggstjenestene skulle utføres som totalentrepriser. Det skulle inngås en rammeavtale med kontraktsperiode på fire år inkludert opsjoner. Anskaffelsens verdi var estimert til 14 millioner kroner. Tilbudsfrist var 21. februar 2022.
- (2) I kunngjøringen ble det gitt følgende beskrivelse av anskaffelsen:
«Oppdragsgiver har behov for å inngå rammeavtale på totalentreprisekontrakt på anleggstjenester av mindre omfang. Avtalen gjelder arbeid som ikke er besluttet utført i egenregi. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å kunne gå ut på konkurranse på enkeltoppdrag/enkeltentrepriser, uavhengig av disses størrelse. Eksempelvis vil det kunne bli gjennomført enkeltkonkurranser dersom oppdragsgiver har kapasitet til å gjennomføre disse, eller anser det som formålstjenlig for kommunen. Det gjøres oppmerksom på at hovedregelen vil være at oppdrag som er estimert til å være over kr. 1.000.000 eks. mva., gjennomføres som egne konkurranser. Som hovedregel vil Oppdragsgiver lyse ut disse konkurransene som åpne tilbudskonkurranser på DOFFIN.»
- (3) Kontrakt skulle tildeles tilbudet med det beste forholdet mellom pris og kvalitet, basert på følgende tildelingskriteriene:

Tildelingskriterium	Vekt	Detaljer
Pris	35 %	Pris vurderes ut ifra oppgitte priser angitt i prisskjemaet og prissammenslutningen, med eventuelle prissatte forbehold, i kontraktsgrunnlaget.
Kvalitet	10 %	Kvalitet vurderes ut ifra de ulike vurderingskravene under «Kvalitetskrav» i kravspesifikasjonen.

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

Service	35 %	Service vurderes ut ifra de ulike vurderingskravene under «Servicekrav» i kravspesifikasjonen.
Miljø	20 %	Miljø vurderes ut ifra de ulike vurderingskravene under «Miljøkrav» i kravspesifikasjonen.

- (4) Innklagede mottok syv tilbud innen fristen, herunder fra Riska Anleggsteknikk AS (heretter *klager*).
- (5) Klager ble avvist 10. mars 2022. Det ble gitt følgende begrunnelse for avvisningen:

«Med hjemmel i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 9-5 (1) b, beklager vi å måtte meddele at det foreligger en avvisningsplikt for Oppdragsgiver, da det foreligger inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak.

3 Nærmere om grunnlaget for avvisning

3.1 Engasjement som byggeleder og innsyn i taushetsbelagte opplysninger Per dags dato, og med forbehold om det foreligger ytterligere engasjementer, er vi kjent med at Richard Riska av Sandnes kommune og tilhørende kommunale foretak har vært, er og vil være, engasjert i rollen som byggeleder, eller tilsvarende stilling, på følgende prosjekter:

- Byggeleder – Ruten byrom, byggetrinn 2 (VVA)
- Bogaffell G4
- Tomter på Sandved
- Byggeleder - Vei, vann og avløp (VVA) (Marius Skadsems vei og Skårليا Au06)

I rollen som byggeleder, eller tilsvarende stilling, for Sandnes kommune og tilhørende kommunale foretak, har Richard Riska fått innsyn i taushetsbelagte opplysninger som ikke kan utnyttes i egen virksomhet eller i tjeneste eller arbeid for andre.

De taushetsbelagte opplysningene som spesielt gjør seg gjeldende i dette tilfellet, er andre entreprenørers enhetspriser, som man i kraft av å bære byggeleder har fått innsyn i og skal følge opp i de respektive entreprisekontraktene med entreprenørene.

3.2 Grunnlag for vurdering av inhabilitet

Richard Riskas rolle som byggeleder eller tilsvarende rolle for Sandnes kommune og tilhørende kommunale foretak er egnet til å svekke tilliten til at anbyderne i konkurransen «Rammeavtale på anleggstjenester av mindre omfang» konkurrerte på like vilkår.

Vurderingen kan like gjerne forankres i alminnelige anbudsrettslige prinsipper som i forvaltningslovens § 6. (habilitetskrav). Disse prinsippene kommer til uttrykk i anskaffelsesloven § 4, som blant annet pålegger oppdragsgiver å sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Det vises også til anskaffelsesloven § 1, hvor det fremgår at et av formålene med regelverket er å sikre at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Selv om det kan argumenteres for at opplysningene Richard Riska har fått innsyn i ikke blir brukt i egen virksomhet, vil det faktum at man kan stille spørsmål ved dette, være grunnlag nok for at vedkommende må erklæres som inhabil, jfr. forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 7-5 og forvaltningsloven § 6 til § 10.

På bakgrunn av ovennevnte, foreligger det avvisningsplikt i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 9-5 (1) b.»

- (6) Klager påklaget avvisningen 10. mars 2022. Innklagede opprettholdt avvisningen 14. mars 2022.
- (7) I brev 24. mars 2022 ble det opplyst at kontrakt ville tildeles følgende leverandører:

Prioritet	Leverandør
1.	Nordbø Maskin AS
2.	Risa AS
3.	Bjelland AS

- (8) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 3. april 2022.
- (9) Kontrakt mellom innklagede og Norbø Maskin AS ble inngått 4. april 2022. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse for øvrige leverandører utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken behandles derfor som en prioritert sak.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 30. mai 2022.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Det forelå ingen inhabilitet som gjorde avvisning påkrevd etter forskriften § 9-5 (1) bokstav b.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Daglig leder hos klager har tilgang til taushetsbelagt informasjon gjennom oppdrag som byggeleder for det kommunale foretaket Sandnes tomteselskap KF eller som byggeleder i prosjekt som er administrert av selskap der Sandnes tomteselskap KF er aksjonær. Dette utgjør en uheldig rolleblanding som medfører at avvisning er påkrevd jf. forskriften § 9-5 (1) bokstav b og loven §§ 1 og 4.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av anleggstjenester og er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til kroner 14 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 II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (14) Klagenemnda skal ta stilling til om innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen etter forskriften § 9-5 (1) bokstav b.
- (15) Det følger av § 9-5 (1) bokstav b at oppdragsgiver skal avvise en leverandør når det foreligger «*inhabilitet som oppdragsgiveren ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak jf. § 7-5*».
- (16) Utgangspunktet er dermed at oppdragsgiver skal sørge for at det ikke foreligger inhabilitet hos noen som representerer oppdragsgiver ved gjennomføringen av konkurransen. Hvorvidt det foreligger inhabilitet, skal avgjøres etter regler om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10, jf. forskriften § 7-5.
- (17) Forvaltningsloven § 6 regulerer når en «*offentlig tjenestemann*» er inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for, eller treffe avgjørelse i, en forvaltningssak. Habilitetsreglene gjelder også tilsvarende for enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, jf. forvaltningsloven § 10.
- (18) I denne saken har innklagede begrunnet avvisningen med påstått inhabilitet hos oppdragsgiver på grunn av den tilknytning klagers daglige leder har til kommunen. Det er vist til at klagers daglige leder har hatt og vil få tilgang til taushetsbelagt informasjon om enkelte av leverandørene i konkurransen fordi han har opptrådt og vil opptre på vegne av innklagede og tilknyttede kommunale selskaper i andre prosjekter.
- (19) I den aktuelle anskaffelsen er det imidlertid klart at verken klager eller klagers daglige leder, opptre på vegne av innklagede. Klager, representert ved sin daglige leder deltar i konkurransen som leverandør. Verken klager eller klagers daglige leder er omfattet av forvaltningslovens habilitetsregler i rollen som deltaker i konkurransen. Innklagede har ikke anført eller underbygget at det som følge av at det foreligger inhabilitet hos ansatte i kommunen på grunn av den tilknytning daglig leder hos klager har til kommunen og kommunale selskaper, eller at en slik eventuell inhabilitet hos ansatte i kommunen var av en slik art at det ikke var mulig å treffe andre egnede tiltak enn avvisning.
- (20) Det er etter dette klart at innklagede ikke hadde hjemmel til å avvise klager etter forskriften § 9-5 (1) bokstav b på grunn av inhabilitet etter forvaltningsloven § 6.
- (21) Etter forskriften § 9-5 (1) bokstav c foreligger det plikt til å avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og med dette oppnådd en urimelig konkurransefordel som ikke kan avhjelpes av oppdragsgiver ved mindre inngripende tiltak. Det er ikke anført av kommunen at klagers daglige leder i sine oppdrag som byggeleder på andre prosjekter har vært involvert i forberedelsen av denne anskaffelsen. Det er heller ikke anført at klagers daglige leders kjennskap til enhetspriser som byggeleder i andre prosjekter konkret gjelder de konkurrerende tilbyderne som deltok i denne anskaffelsen. I alle tilfeller har ikke kommunen vist at den har vurdert andre mindre inngripende tiltak, og har heller ikke gitt leverandøren mulighet til å sannsynliggjøre at slike forhold rent faktisk ikke har gitt en konkurransefordel.
- (22) Innklagede har imidlertid også anført at avvisningen uansett kunne vært forankret i det generelle prinsippet om likebehandling og anskaffelseslovens formål om at det offentlige

opptrer med integritet og sikrer tillit til at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Klagenemnda er ikke enig i dette. Det er ikke hevdet at rammeavtalen på entreprenørtjenester vil bli benyttet til prosjekter hvor klager daglige leder er innleid som byggeleder eller at det vil oppstå andre interessemotsetninger. Dersom avtalen benyttes på denne måten, og innklagede mener at det foreligger interessemotsetninger ved at samme selskap er innleid med en ressurs som byggeleder og som entreprenør, vil det være nærliggende å håndtere dette ved anskaffelsen og kontraktsreguleringen av rådgivningsfunksjonene. Tilliten til det offentlige er ivaretatt gjennom habilitetsreglene, og i ytterste konsekvens plikten til å avvise leverandører på grunn av inhabilitet hos oppdragsgiver.

- (23) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager.
- (24) Bruddet på regelverket som klagenemnda har konstatert kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Bruddet gir følgelig klager krav på tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforakriften § 13.

Konklusjon:

Sandnes kommune har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å avvise klager fra konkurransen.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk