

Klagenemndas avgjørelse 10/3-2003 i sak 2003/13

Innklagede gjennomførte en anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise for oppføring av sykehjem og rehabiliteringssenter. Kompetanse til å velge tilbud var delegert til et utvalg bestående av tre politiske representanter. Det politiske utvalget fravek med to mot en stemme administrasjonens innstilling om valg av tilbud. Klagenemnda fant at beslutningen var ugyldig som følge av inhabilitet hos en av representantene i utvalget. Representanten har en sentrale posisjon i Grenland Bygningsarbeiderforbund, en forening som har engasjert seg sterkt vedrørende valg av tilbud. Kravene til inhabilitet er skjerpet i en konkurransesituasjon, og allmennheten må ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert og at konkurransen er åpen og reell.

Klager: Byggholt AS

Prosessfullmektig: Adv. Stein Løitegaard
Pb. 73
3901 Porsgrunn

Innklaget: Porsgrunn kommune

Prosessfullmektig: Adv. Annie Krefting
Pb. 1633 Vika
0119 Oslo

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Inger Marie Dons Jensen, Andreas Wahl

Saken gjelder:
Inhabilitet.

Sakens bakgrunn:*Om anskaffelsen:*

Porsgrunn kommune (heretter kalt ?innklagede?) kunngjorde 26. september 2001 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende totalentreprise på oppføring av nytt sykehjem og rehabiliteringssenter.

Innklagede mottok fire tilbud, og en utvelgelseskomité med blant annet rådgivere, arkitekter og brukergrupper evaluerte de innkomne tilbudene. Tre av tilbudene ble etter dette avvist. Innklagede besluttet på denne bakgrunn å gå over i en konkurranse med forhandling og inviterte tre av leverandørene, herunder klager, til forhandlinger etter forskriften § 4-3.

Etter at forhandlingene var sluttført, gjennomgikk representanter fra de ulike gruppene i utvelgelseskomiteen tilbudene. Gruppene tok utgangspunkt i de opprinnelige tilbudene og de poeng disse skåret i den første evalueringen, og justerte poengene ut fra de endringer som var blitt foretatt.

Utvelgelseskomiteen innstilte etter dette på at klagers tilbud var det økonomisk mest fordelaktige ut fra tildelingskriteriene som var lagt til grunn. Kommunens administrasjon sluttet seg til dette og anbefalte i sin innstilling at kontraktsforhandlinger ble innledet med klager.

Kompetansen til å velge tilbud er delegert til Det faste utvalget for nybygg. Utvalget består av tre politisk valgte representanter og er utgått fra teknisk hovedutvalg (byggningsrådet).

Utvalget besluttet i møte 13. januar 2003 med to mot én stemme at det skulle innledes

kontraktforhandlinger med en av de andre leverandørene, Hus og Hyttebygg AS, med sikte på å inngå kontrakt. Utvalget begrunnet beslutningen med en ?helhetsvurdering? basert på at Hus og Hyttebyggs prosjekt var billigere, og at arkitektens vurdering var at prosjektet til Hus og Hyttebygg var bedre enn klagers.

Som følge av at klagenemnda for offentlige anskaffelser tok saken under behandling valgte kommunens administrasjon å legge saken frem for Det faste utvalget på nytt. I forslag til vedtak innstilte kommunens administrasjon på at den første beslutningen om valg av tilbud truffet av Det faste utvalget for nybygg ble annullert, og at saken ble tatt opp til fornyet behandling. Utvalget opprettholdt sin beslutning, men ga en mer utfyllende begrunnelse for valget. Utvalget vurderte en av representantenes (Vågsether) habilitet, og konkluderte med at denne ikke var inhabil.

Nærmere om inhabilitetsspørsmålet:

Representant Ottar Vågsether har vært medlem av Det faste utvalg for nybygg i 11 år. Han er ansatt som forretningsfører i Grenland Bygningsarbeiderforbund, et forbund som har engasjert seg sterkt i spørsmålet om hvem som skal bli tildelt den aktuelle kontrakten. Forbundet har blant annet kommet med sterkt negative utsagn om klagers virksomhet både i media og i brev til kommunen. Bakgrunnen for dette er foreningens prinsipielle motstand mot firmaer som benytter underentreprenører, noe klager etter forbundets mening benytter. Klager har vist til at foreningen har uttalt at den vil gjøre alt som er mulig for å hindre at klager får kontrakter med kommunen. Dette er ikke imøtegått av innklagede.

Av de fremlagte dokumenter fremgår at Vågsether tidligere har arbeidet 15 år for Hus og Hyttebygg, frem til 1988 da han gikk over til Grenland Bygningsarbeiderforbund.

Klager anførte før første behandling i Det faste utvalget at Vågsether på grunn av sitt engasjement i saken var inhabil, noe Det faste utvalget valgte å se bort fra. I forkant av andre gangs behandling innhentet kommunens administrasjon en vurdering fra ekstern advokat hvor det ble konkludert med at Vågsether måtte anses inhabil på grunn av sin stilling i Grenland Bygningsarbeiderforbund. Betenkningen ble fremlagt for Det faste utvalget, som likevel valgte å konkludere med at Vågsether ikke var inhabil.

Partenes anførsler:

Klagers anførsler:

Klager viser til at hans tilbud var evaluert som det økonomisk mest fordelaktige tilbudet av administrasjonen og utvelgelseskomiteen, og anfører at innklagede har brutt lov om offentlige anskaffelser med forskrifter ved å velge Hus & Hyttebyggs tilbud.

Klager anfører for det første at beslutningen om valg av tilbud må anses ulovlig. Klager anfører at Det faste utvalget for nybygg ikke kunne overprøve den prosjektmessige evalueringen som var foretatt, og viser til at det på forhånd var angitt en egen utvelgelseskomite som skulle foreta denne vurderingen. Klager anfører også at representant Vågsether var inhabil, og at dette påvirket utfallet av beslutningen. Klager anfører videre at utvalgets beslutning endret vektingen av tildelingskriteriene som ble lagt til grunn i konkurransegrunnlaget. Klager viser her til uttalelser fra nemndmedlemmene i media.

Klager anfører for det andre at begrunnelsen for valget som er gitt, er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser. Det må stilles skjerpede krav til begrunnelsen når et politisk utvalg velger å fravike administrasjonens innstilling. Det er etter klagers oppfatning begrunnelsen fra det første utvalgsmøtet som må legges til grunn, og ikke begrunnelsen utvalget ga etter møtet 13. februar 2003. Sistnevnte begrunnelse er konstruert med tanke på å unngå erstatningssøksmål.

For det tredje anføres at innklagedes saksbehandling har vært vilkårlig. Dette fremgår ikke uttrykkelig av de oversendte papirer, men er underforstått i klagers brev til klagenemnda datert 29. januar 2003. Klager viser herunder til at karakteren på området ?brann? ble hevet fra 2,0 til 3,5 og at ingen av medlemmene i Det faste utvalget for nybygg har faglig kompetanse på dette område.

Klager anfører at vilkårene for erstatning er tilstede.

Innklagedes anførsler:

Innklagede avviser at det forelå inhabilitet hos representanten Vågsether. Vågsethers ansettelsesforhold i Grenland bygningsarbeiderforbund var allment kjent. Han har sittet i Det faste

utvalget for nybygg i 11 år, og det har med jevne mellomrom vært stilt spørsmål om hans habilitet på grunn av tilknytningen til Grenland bygningsarbeiderforbund og vært påberopt inhabilitet. Han har ved alle anledninger blitt vurdert som habil av innklagede. Innklagede avviser at presseomtale er relevant i vurderingen. Forbundet bruker sterke ord og er ofte i pressen, men denne saken skiller seg ikke fra andre saker hvor forbundet har engasjert seg. Det anføres videre at bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 må innebære en stor grad av skjønn, og utvalgets avgjørelse ligger innenfor dette skjønnet.

Det anføres at Det faste utvalg for nybygg har full kompetanse til å endre administrasjonens innstilling og utvelgelseskomiteens evaluering, så lenge utvalget holder seg til konkurransekriteriene. Begge tilbudene er vurdert som ganske like, og innklagede må da ha større adgang til å utøve skjønn enn dersom det foreligger en markert forskjell på prosjektene. Det står utvalget fritt å vurdere annerledes innenfor de oppgitte kriteriene. Utvalget har kun vurdert karaktergivningen annerledes enn utvelgelseskomiteen på enkelte punkter. Det anføres at det ikke er trukket inn utenforliggende hensyn. Det er i konkurransegrunnlaget opplyst at den endelige avgjørelsen vil tas av utvalget, og at utvelgelseskomiteen bare er rådgivende. Det kan ikke gjelde skjerpede krav til saksbehandlingen ved fravikelse av administrasjonens innstilling.

Innklagede avviser at vilkårene for erstatning er til stede.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen om å bli tildelt kontrakten, og klagenemnda finner derfor at klager har saklig interesse? i å fremme klagen, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Inhabilitet:

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 gir habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 direkte anvendelse ved offentlige anskaffelser. Habilitetsreglene skal blant annet motvirke partisk og usaklig behandling og sikre tilliten til at de offentlige avgjørelser er riktige, og at alt går riktig for seg. Om vedkommende tjenestemann selv føler seg habil eller ikke er ikke avgjørende.

Spørsmålet er om representanten Vågsether er inhabil etter forvaltningsloven § 6 andre ledd som følge av ?særegne forhold?. Utgangspunktet er at en tjenestemann som er alminnelig interessert i en sak, ikke av den grunn vil være inhabil ved behandlingen av saken. Men hvis han har engasjert seg spesielt sterkt i akkurat denne saken, for eksempel i den offentlige debatt, kan tjenestemannen på grunn av sitt særlige engasjement ha en slik tilknytning til saken at det vil kunne være egnet til å svekke tilliten. Det samme gjelder dersom det har utviklet seg et anstrengt forhold mellom tjenestemannen og den aktuelle personen eller selskapet saken gjelder.

Grenland Bygningsarbeiderforbunds sterke engasjement i saken og Vågsethers sentrale stilling i foreningen svekker tilliten til Vågsethers upartiskhet. Det må videre legges vekt på at inhabilitet er påberopt av klager, jf. forvaltningslovens § 6 andre ledd, siste punktum, og klagenemnda viser i den forbindelse til at dette i særlig grad må gjelde når det er en konkurranse situasjon, jf. Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten).

Klagenemnda legger til grunn at i en sak om offentlige anskaffelser må allmennheten ha tillit til at ingen av leverandørene er favorisert og at konkurransen er åpen og reell.

Klagenemnda er etter dette kommet til at representanten Vågsether er inhabil ved valg av tilbud i den påklagede konkurransen. Beslutning om valg av tilbud ble truffet med to mot én stemme. Klagenemnda finner på denne bakgrunn at Vågsethers inhabilitet kan ha hatt betydning for den endelige beslutningen, og at denne derfor må anses ugyldig.

De øvrige anførsler:

Når Vågsether var inhabil og innklagedes beslutning om valg av tilbud derfor var ugyldig, finner klagenemnda ikke grunn til å gå inn på de øvrige anførselene fra klager.

Konklusjon:

Klagenemnda finner at representanten Vågsether er inhabil i forhold til valg av tilbud i den aktuelle anskaffelse, og Porsgrunn kommune har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 3-4 ved at representanten Vågsether likevel deltok i beslutningen om valg av tilbud.

Klagenemnda ber Porsgrunn kommune redegjøre hvor hvordan feilen vil bli rettet innen 11. april 2003.

For klagenemnda
10. mars 2003

Andreas Wahl