



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende rammeavtale om kjøp av entreprenørtjenester for avvirkning av skog. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til konkurranse i anskaffelseslovens § 5 (2), jf forskriftens § 3-1 (1) ved å oppstille i konkurransegrunnlaget et krav om at leverandørene ikke skulle delta i andre konkurranser der innklagede er tilbyder.

Klagenemndas avgjørelse 17. september 2007 i sak 2007/74

Klager: ALLSKOG AS

Innklaget: Statskog SF

Klagenemndas medlemmer: Jens Bugge, Kai Krüger, Andreas Wahl.

Saken gjelder: Kravet til konkurranse. Uklart konkurransegrunnlag.

Bakgrunn:

- (1) Statskog SF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 30. april 2007 i DOFFIN-databasen en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale om kjøp av entreprenørtjenester for avvirkning av skog på Helgeland i perioden 1. september 2007 til 31. desember 2008.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1. "Oppdraget" fremgikk følgende:

"Statskog SF inviterer med dette til å delta i en åpen anbudskonkurranse om tildeling av rammeavtale, med en eller flere leverandører, for kjøp av entreprenørtjenester for avvirkning av skog med tyngdepunkt på Helgeland. Oppdraget er å anse som en uprioritert tjeneste, og konkurransen vil avholdes som en åpen anbudskonkurranse etter forskrift om offentlige anskaffelser, del I og II. Leverandørene skal gi tilbud både under forutsetning av at de blir eneleverandør og under forutsetning av at de må dele kontrakten, se kap. 5.6. Rammeavtalen er ment å dekke Statskog SFs behov for kjøp av slike tjenester i avtaleperioden og gjelder både avvirkning på Statskog SFs egen grunn og avvirkning for andre skogeiere."

- (3) Det hitsettes fra punkt 2 "Kravspesifikasjon":

"2.8 Lojalitetskrav

Leverandøren er uberettiget til å delta i konkurranser, om tilsvarende oppdrag, som Oppdragsgiver vil delta i på Helgeland. Leverandøren er forpliktet til å avklare om Oppdragsgiver vil delta før tilbud innleveres i konkurransen.

Denne klausulen gjelder i kontraktsperioden."

- (4) Det fulgte av punkt 5 "Krav til tilbudet":

"5.6 Tilbud på deler av oppdraget

Leverandør skal levere følgende tre tilbud:

- 1. Hele oppdraget*
- 2. Kun sluttavvirkning*
- 3. Kun tynning"*

- (5) Konkurranses grunnlagets del II "KONTRAKTSVILKÅR" inneholdt i punkt 4 "AVROP":

"4.2 Fordeling (kun aktuelt ved rammeavtaler med flere leverandører)":

"Avrop tildeles den leverandør som har den laveste pris på den aktuelle hogstformen."

- (6) Videre fremgikk det av punkt 6 "FORBUD MOT KONKURRERENDE VIRKSOMHET":

"Leverandøren er uberettiget til å delta i konkurranser, om tilsvarende oppdrag, som Oppdragsgiver deltar i på Helgeland. Leverandøren er forpliktet til å avklare om Oppdragsgiver vil delta før tilbud innleveres i konkurransen.

Denne klausulen gjelder i kontraktsperioden."

- (7) ALLSKOG AS (heretter kalt klager) sendte 4. juni 2007 et brev til innklagede med anmodning om å fjerne bestemmelsen under henvisning til at bestemmelsen var i strid med konkurranseloven og anskaffelsesloven.

- (8) Innklagede tilbakeviste kravet i brev av 8. juni 2007.

- (9) Kontrakt er inngått.

- (10) Klage ble inngitt til klagenemnda 20. juni 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Konkurranses grunnlaget er i strid med de grunnleggende kravene til god forretningsskikk og forutberegnelighet i anskaffelseslovens § 5 ved at det inneholder en bestemmelse om forbud mot å delta i konkurranser fra andre oppdragsgivere på Helgeland hvor innklagede selv opptrer som tilbyder.

- (12) For det første er bestemmelsen i strid med konkurranselovens §§ 10 og 11, da den bidrar til å vri konkurransen mellom leverandørene. Konkurransesvridende klausuler

må nødvendigvis sies å være i strid med grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper. Dernest må bestemmelsen sies å være ugyldig i henhold til avtalelovens § 36. Det vil være i strid med kravet til god forretningsskikk å benytte kontraktsbestemmelser som er i strid med norsk rett.

- (13) Videre er bestemmelsen i strid med de grunnleggende kravene til god forretningsskikk og konkurranse i anskaffelseslovens § 5. Kravene tilsier at en oppdragsgiver ikke kan oppstille strengere kontraktsvilkår enn det som er nødvendig, og i det foreliggende tilfellet er det grunn til å hevde at her går man for langt. Konkurransesklausulen bidrar til å innskrenke konkurransen i fremtidige konkurranser. Det er bare to aktører, innklagede og klager, som i større format tilbyr skogsdrift og virkeomsetning i Nordland. Disse baserer sin drift på innleie av entreprenører, og begge selskapene deltar i konkurranser om avvirkning/tilbyr sine tjenester til skogeiere. De øvrige skogsentreprenørene opptrer i stedet som underleverandør til innklagede og klager. Forbudet innebærer at innklagede kan forhindre sine leverandører fra å delta i konkurranser ved selv å utarbeide tilbud, gode eller dårlige, for deretter ikke å gjøre avrop på rammeavtalen. Konkurransesklausulen er således egnet til å vri leverandørmarkedet og kan brukes som middel for å holde bestemte aktører borte fra markedet i kontraktsperioden.
- (14) Konkurranses grunnlaget er i strid med kravet til forutberegnelighet i § 5 på grunn av manglende tydeliggjøring av hvilke kriterier som avgjør hvorvidt det vil bli inngått en eller flere rammeavtaler. Konkurranses grunnlaget angir ikke eksplisitt hvor mange rammeavtaler det vil kunne være aktuelt å inngå. Det fremgår imidlertid indirekte av kontraktsbestemmelsene punkt 4.2 at det vil kunne bli inngått parallelle rammeavtaler og ikke kun en innenfor hver kategori slik konkurranses grunnlaget synes å gi uttrykk for. Det kommer til syne gjennom ordlyden i bestemmelsen om at *"avrop tildeles den leverandør som har lavest pris på hogstformen"*. Dette i seg selv må anses for å være uforutsigbart da det ikke er tydelig hvilke kriterier som avgjør hvorvidt det vil bli inngått flere rammeavtaler.
- (15) Ved å holde det åpent gjennom hele konkurransen hvor mange kontrakter som vil kunne bli inngått og hvor stort volum som vil bli tildelt den enkelte entreprenør, er det vanskelig for tilbyderne å forutse hvilke muligheter som foreligger for kontraktsinngåelse, samt at det åpner for et ukontrollerbart skjønn for oppdragsgiver med hensyn til beslutningen om hvor mange avtaler som søkes inngått. Når dette ses i sammenheng med de konsekvenser det vil ha for skogentreprenørene med hensyn til øvrige inntjeningsmuligheter, må det foreliggende arrangementet sies å være i strid med de grunnleggende kravene.
- (16) Til dette kommer at det etter kontraktsinngåelsen er uvisst om entreprenøren vil bli tildelt oppdrag. Det foreligger heller ingen garanti for at det vil bli foretatt avrop dersom innklagede skulle bli tildelt kontrakt i konkurranse med andre private skogeiere. Entreprenøren plikter likevel å opprettholde maskinpark og mannskapstyrke til å håndtere et bestemt volum. Riktignok har innklagede anslått et visst volum, men eventuelle avrop avhenger både av antallet rammeavtaler som inngås og endelig bestilling.
- (17) Det er ikke innlysende at det kun er aktuelt med flere rammeavtaler dersom det inngås kontrakt for hele oppdraget. Det fremgår av kontraktsbestemmelsene punkt

4.2 at pris på den aktuelle hugstform vil være det avgjørende kriteriet. I konkurransegrunnlaget punkt 5.6 opplistes hvilke tilbud som skal leveres inn. Som alternativ 2 nevnes ”sluttavvirkning”. I prisskjemaet er denne kategorien inndelt i flere kategorier. Det fremstår derfor som sannsynlig at det vil kunne bli inngått flere rammeavtaler innenfor den enkelte kategori.

Innklagedes anførsler:

- (18) Når det gjelder anførselen om brudd på konkurranseloven og avtaleloven § 36 er ikke klagenemnda rette instans, jf lovens § 7 og forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6.
- (19) Innklagede bestrider at konkurranseklausulen innebærer en konkurransebegrensning i strid med kravet til konkurranse i lovens § 5, og at den oppstiller strengere kontraktsvilkår enn nødvendig, stridende mot kravet til god forretningsskikk. Den aktuelle klausul er ikke i strid med verken avtalelovens § 36 eller konkurranselovens § 11 eller 10. Innklagede kan da vanskelig se at klausulen kan bryte med kravet til konkurranse og god forretningsskikk.
- (20) Den aktuelle klausul er ikke i strid med avtalelovens § 36. Av den alminnelige og ulovfestede lojalitetsplikten som gjelder i ansettelsesforhold, følger det at en arbeidstaker ikke kan drive virksomhet i illojal konkurranse med sin arbeidsgiver. Dersom den konkurrerende virksomheten har negative økonomiske konsekvenser for arbeidsgiveren, vil arbeidsgiveren kunne protestere. Det vises i den forbindelse til en dom fra Oslo tingrett av 10. oktober 2006 og en dom av Borgarting lagmannsrett av 19. november 2004.
- (21) Den aktuelle klausul er ikke i strid med konkurranselovens §§ 11 eller 10. Innklagede driver avvirkning av egen skog og påtar seg oppdrag med avvirkning av skog for private. I stor utstrekning benyttes underleverandører til dette arbeidet. Innklagede er en av få skogeiere som er bundet av regelverket om offentlige anskaffelser, og kan dermed ikke selv velge en leverandør uten å gå veien om konkurranseutsetting. Dersom en leverandør som vinner innklagedes entreprenøroppdrag, samtidig skulle kunne levere tilbud til private skogeiere som ønsket avvirkning, vil denne ha full oversikt over innklagedes driftskostnader og tilgjengelig volum til enhver tid. Dette vil være konkurransehemmende for innklagede når virket så skal selges i konkurranse med denne leverandøren. Et kontraktsvilkår som innklagede har inntatt i konkurransegrunnlaget er av inntjeningshensyn derfor nødvendig.
- (22) Formålet med den aktuelle konkurranseklausul er således ikke å begrense den virksomme konkurransen, men å hindre at innklagede gjennom en konkurranseutsetting av entreprenørtjenester kommer i en dårligere konkurransesituasjon. I lys av det ulovfestede kontraktsrettslige lojalitetsprinsipp anføres det at formålet må anses som et legitimt formål som i følge EF-domstolens praksis ikke rammes. I tillegg bemerkes at det i høyden vil være tale om to leverandører som rammes av en slik klausul, i en bransje med relativt mange tilbydere. Dette må innebære at kravet til merkbar konkurransebegrensning ikke er oppfylt, jf EØS-avtalens art. 53 (1) og NOU 2003:12 s. 229.

- (23) Det bestrides at konkurransegrunnlaget ikke er tilstrekkelig tydelig i hvilke situasjoner det vil kunne bli inngått rammeavtaler med flere leverandører som alternativ til en. I konkurransegrunnlaget punkt 1 "Oppdraget" ble det opplyst at innklagede ønsket å inngå avtale med en eller flere leverandører om avvirkning av skog. I konkurransegrunnlaget vises det til at leverandører bes levere tre tilbud hvorav ett for hele oppdraget, ett for kun tynning og ett for kun sluttavvirkning. Hensikten er at innklagede skal ha valgfrihet. Skulle innklagede ha valgt å dele opp oppdraget, vil det ikke være aktuelt at flere enn to leverandører skulle ha fått tildelt rammeavtalen; en for hver av nevnte hugstformer. Motsatt dersom innklagede ikke valgte å dele opp oppdraget. Da ville man velge eneleverandør eller flere leverandører på grunnlag av en vurdering av hva som anses mest økonomisk fordelaktig. Det skisserte er vanlig forekommende og fullt ut forenlig med regelverket for offentlige anskaffelser. Etter innklagedes oppfatning fremgår dette også tilstrekkelig klart av konkurransegrunnlaget, jf kontraktsbestemmelsene pkt. 4.2. Entallsformen er brukt, og det henvises til at avrop tildeles den leverandør som har lavest pris på den aktuelle hugstformen.
- (24) Denne fordelingsnøkkelen vil kun være aktuell i de tilfeller hvor det er inngått rammeavtale med flere leverandører om oppdraget som sådan. Den er ikke anvendelig i forhold til en situasjon hvor det velges flere leverandører for hver av hugstformene. Når det er pris som er den avgjørende fordelingsnøkkelen gir det ingen mening å inngå avtale med flere leverandører innenfor hver hugstform da det alltid vil være den samme leverandøren som har den laveste pris og som vil bli tildelt avrop innenfor denne kategorien.

Klagenemndas vurdering:

- (25) Klager har ikke deltatt i konkurransen, men anmodet innklagede om å fjerne den omstridte bestemmelse i konkurransegrunnlaget. Klager omfattes da av klageforskriftens § 6 annet ledd om klagerett for "enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten" av regelbrudd. Klagen er rettidig.
- (26) Avvirkning av skog er ikke et bygge- og anleggsarbeid etter forskriftens Vedlegg 1 (Liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid). Tjenesten kan heller ikke sies å være en prioritert tjeneste etter § 2-4, således ikke en tjeneste om "...rensing og lignende tjenester" etter bestemmelsens nr. (16). Andre poster i vedlegget dekker ikke dette oppdraget. Tjenesten er da en uprioritert tjeneste etter forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 § 2-5 nr. (27) "Andre tjenester" og følger dermed forskriftens del I og del III uavhengig av anskaffelsens verdi.

Brudd på kravet til konkurranse

- (27) I henhold til forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1 er klagenemndas kompetanse begrenset til å behandle spørsmål om brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12 er brutt ved at kontraktsbestemmelsene inneholder en klausul om forbud mot deltakelse i konkurranser hvor innklagede er tilbyder. Klagenemnda behandler heller ikke spørsmålet om innklagede har brutt avtalelovens § 36 eller alminnelige regler om lojalitet og god forretningsskikk i kontraktsforhold ved å innta den nevnte bestemmelsen i kontraktsvilkårene.

- (28) Spørsmålet for klagenemnda er om kravet angitt i konkurransegrunnlaget punkt 2.8 "Lojalitetskrav" om at "Leverandøren er uberettiget til å delta i konkurranser, om tilsvarende oppdrag, som Oppdragsgiver vil delta i på Helgeland" er i strid med anskaffelsesregelverket, jf kravet til konkurranse i anskaffelseslovens § 5 (2), jf forskriftens § 3-1 (1).
- (29) Kravet til konkurranse i anskaffelseslovens § 5 (2) innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre anskaffelsesprosessen slik at målet om størst mulig konkurranse i det aktuelle markedet oppnås. Foretar oppdragsgiver handlinger som vil svekke konkurransen uten saklig grunn eller hjemmel i regelverket, vil dette kunne være i strid med regelverket selv om det ikke foreligger brudd på konkrete bestemmelser.
- (30) Kravsspesifikasjonen punkt 2.8 om at leverandøren skal forplikte seg til ikke å delta i konkurranser der innklagede selv er tilbyder, innebærer at en tilbyder som får tildelt kontrakt blir forhindret fra å delta i konkurranser om andre oppdrag hvor innklagede opptrer som tilbyder. Forbudet vil gjelde i hele kontraktperioden på 16 måneder på Helgeland. Siden konkurransegrunnlaget åpner for at flere tilbydere får tildelt kontrakt innenfor samme anskaffelse, kan klausulen føre til at konkurranse om anskaffelser innen avvikning av skog i dette området blir vesentlig redusert etter kontraktsinngåelsen.
- (31) Kravet er videre egnet til å hindre konkurranse i den aktuelle anskaffelse i den forstand at tilbydere, av åpenbare grunner, ikke vil forplikte seg til å unnlate å inngi tilbud i lignende konkurranser i fremtiden. Dermed vil mange tilbydere avstå fra å delta i konkurransen. Klager har forklart at dette er grunnen til at klager valgte ikke å delta i konkurransen. Klagenemnda anser det som svært uheldig og åpenbart i strid med kravet til konkurranse, at en offentlig oppdragsgiver utnytter sin særskilte posisjon for å sikre egne inntjeningsmuligheter i markedet i fremtiden.
- (32) Klagenemnda kan ikke se at innklagedes begrunnelse for kravet oppfyller lovens krav om saklighet. Kravet er heller ikke hjemlet i regelverket. Nemnda finner derfor at kravet er i strid med kravet til konkurranse i anskaffelseslovens § 5 (2), jf. også forskriftens § 3-1 (1).

Uklart konkurransegrunnlag

- (33) Det følger av de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, likebehandling og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5 at konkurransegrunnlaget skal være klart og utvetydig. Leverandørene skal ut fra konkurransegrunnlaget kunne se hva oppdragsgiver ønsker anskaffet.
- (34) Det må anses å høre under innklagedes innkjøpsfaglige skjønn å vurdere hvorvidt det skal inngås en eller flere rammeavtaler. I henhold til forskriftens § 6-3 er det adgang til å inngå rammeavtale med flere leverandører. Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 7.2 at tildeling skjer til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet basert på oppgitte tildelingskriterier. Innklagede vil da forutsetningsvis tildele kontrakt i henhold til en vurdering av de innkomne tilbud opp mot disse tildelingskriteriene. Klagenemnda finner at dette er tilstrekkelig for at leverandørene skal kunne inngi tilbud.

Konklusjon:

Statskog SF har brutt kravet til konkurranse i anskaffelseslovens § 5 (2), jf forskriftens § 3-1 (1) ved å oppstille et krav om at leverandørene ikke skal delta i andre konkurranser der Statskog SF er tilbyder.

For klagenemnda
17. september 2007



Kai Krüger