



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

*Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om anskaffelse av DLE-tjenester i området Drammen, Nedre Eiker og Kongsberg. Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise valgte leverandør.*

**Klagenemndas avgjørelse 17. januar 2011 i sak 2009/284**

**Klager:** Infratek Elsikkerhet AS, Elsikkerhet Norge AS og EI-Tilsynet AS

**Innklaget:** Fortum Distribution AS

**Klagenemndas medlemmer:** Kai Krüger, Bjørg Ven og Jakob Wahl

**Saken gjelder:** Forsyningsforskriften. Avvisning av valgte leverandør.

**Bakgrunn:**

(1) Fortum Distribution AS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. august 2009 en konkurranse med forhandling om anskaffelse av DLE-tjenester<sup>1</sup>.

(2) Fra vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget "KRAVSPESIFIKASJON [...]", underpunkt 1.4 "Uavhengighet – habilitetserklæring", hitsettes:

*"Leverandøren skal, ved kontraktinngåelse, utarbeide og oversende en habilitetserklæring for sitt selskap jf. FDLE §§ 7 og 8."*

(3) Om kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget punkt 2 var det blant annet opplyst følgende:

*"Tilbyder skal tilfredsstillende krav til sakkyndig selskap og habilitet iht. Forskrift om det lokale elektrisitetstilsyn og sakkyndige som utfører oppgaver for netteier (FDLE)."*

(4) Fra forskrift 29. juni 2007 nr 830 om det lokale elektrisitetstilsyn og sakkyndige som utfører oppgaver for netteier hitsettes følgende:

*"§ 6. Organisering*

*Det lokale elektrisitetstilsyn og sakkyndige skal være organisatorisk og regnskapsmessig atskilt fra annen virksomhet til eier.*

*§7. Uavhengighet*

*Det lokale elektrisitetstilsyn kan ikke føre tilsyn med andre virksomheter eller anlegg som eies av netteier. Sentral tilsynsmyndighet bestemmer hvem som skal utføre tilsyn med slike virksomheter og anlegg. Kostnader ved slikt tilsyn dekkes av netteier.*

---

<sup>1</sup> Det lokale elektrisitetstilsyn

*Sakkyndige kan ikke kontrollere virksomheter de er en del av eller mottar oppdrag fra.*

*Personell som forestår eller utfører kontroll av elektriske anlegg eller elektrisk utstyr kan ikke, med mindre annet fremkommer av forskriften, utføre andre oppgaver innen el-området enn det som ligger i funksjonen som lokalt elektrisitetstilsyn.*

*Personer ansatt i det lokale elektrisitetstilsyn kan prosjektere, forestå og utføre arbeid på elektriske anlegg og elektrisk utstyr hos netteier, forutsatt at de er kvalifisert for det arbeidet som skal utføres.*

*Under forutsetning av at hensynene til uavhengighet er tilstrekkelig ivaretatt, kan sentral tilsynsmyndighet åpne for at også andre typer oppgaver kan utføres av det lokale elektrisitetstilsyn og sakkyndige.*

#### *§ 8. Habilitet i den enkelte sak*

*For vurderingen av habilitet i den enkelte sak, gjelder lov 10. februar 167 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)."*

- (5) Innen tilbudsfristen 28. september 2009 innkam tilbud fra blant annet; Nettpartner AS (heretter kalt valgte leverandør), og Infratek Elsikkerhet AS, Elsikkerhet Norge AS og El-Tilsynet AS (heretter kalt klager).

- (6) Fra meddelelse om tildeling ved innklagedes brev 9. november 2009 hitsettes:

*"Fortum har nå sluttført forhandlingen med valgt leverandør.*

*Valgt leverandør er Nettpartner AS."*

- (7) Klagerne påklaget tildelingen. Fra klager v/El-Tilsynet AS' brev 16. november 2009 til innklagede hitsettes:

*"Nettpartner var ved tildelingstidspunktet, og er fremdeles registrert i installatørregisteret som installasjonsvirksomhet for bl.a. lavspennings bygningsinstallasjoner. Dette er i strid med ovennevnte forskrift og Nettpartner skal i henhold til konkurransens absolutte minstekrav avvises fra konkurransen."*

- (8) Fra valgte leverandørs "Redegjørelse for habilitet i NP relatert til Elsikkerhetstjenester", datert 17. november 2009, hitsettes:

*"Nettpartner AS (NP) ble opprettet i 2006 gjennom en fusjon mellom flere selskaper i konsernet Fredrikstad Energi.*

*Man videreførte selskapet Fredrikstad Energimontasje AS i navnet Nettpartner AS.*

*[...]*

*I sentralt register hos DSB er fremdeles retten som installatør gr. L beholdt av de som har utøvet denne retten tidligere. Og den benyttes i noen grad til melding av arbeider knyttet til veilys anlegg og byggestrømskasser.*

[...]

*NP bekrefter herved at vi etter vårt syn ikke er inhabile til utførelsen av Elsikkerhetstjenester for noen netteier. [...]*

*Ved revisjon fra DSB av DLE i Energi1 ble NP sin organisasjon presentert og det kom ingen negative kommentarer eller avvik.*

*DSB er kontaktet for å gi en uttalelse etter at klagen har fremkommet. DSB ville ikke gi noen uttalelse i sakens anledning. NP mener at DSB ville hatt plikt til å påpeke evt feil i vår organisering dersom de mente at denne var feil. Således tolker NP at DSB under hånden godkjenner organiseringen siden ingen mangler ble påpekt.”*

- (9) Fra innklagedes svar til klager v/El-Tilsynet AS 24. november 2009 refereres:

*”Fortum Distribution AS hadde ved tilbudstidspunktet ingen grunner til å stille spørsmål ved noen av tilbydernes, inkludert Nettpartners, habilitet.*

*Vi har på bakgrunn av deres klage foretatt en ny gjennomgang av tilbudsdokumentasjonen fra Nettpartner AS. Vi har også mottatt ytterligere informasjon fra Nettpartner AS relatert til de påståtte forholdene i klagen.*

*Fortum Distribution AS finner på bakgrunn av ovennevnte ingen grunn til å diskvalifisere Nettpartner AS og forkaste tilbudet. Vi endrer derfor ikke vårt valg av leverandør.”*

- (10) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 26. november 2009.

- (11) Fra ”Varsel om overdragelse av tilsynskontrakter”, datert 18. desember 2009, hitsettes:

*”Nettpartner AS viser til vårt varsel brev 14.12.2009 samt avtale av 26.11.2009 ”Levering av DLE-tjenester til Fortum Distribusjon AS”.*

*Styret i Nettpartner AS vedtok torsdag 10.12.2009 å opprette et nytt AS med navn Nettpartner Arena AS. Det nye selskapet vil overta alle Nettpartners kontrakter innenfor el sikkerhetsavdelingen overføres til det nye selskapet, med alle plikter og rettigheter.”*

- (12) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev innkommet 24. desember 2009.

- (13) Vedlagt klagen var utskrift fra installatørregisteret til Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap (heretter kalt DSB), datert 17. desember 2009. I registeret er valgte leverandør selskap, Region Oslo, Region Akershus, Region Sør, Region Vest og Region Øst, oppført som ”Aktiv”.

- (14) Videre var det vedlagt resultater fra søk i installatørregisteret valgte leverandør har meldt inn at selskapet kan utføre og har kompetanse på. Søkene var begrenset til ”lavspenning ledningsanlegg” og ”lavspenning bygningsinstallasjoner”. Av resultatene fremgår at samtlige av regionskontorene til valgte leverandør kunne utføre ”lavspenning

*ledningsanlegg*”. Valgte leverandør, Region Sør, Region Akershus og Region Vest kunne også utføre *”ledningsanlegg bygningsinstallasjoner”*.

### **Anførsler:**

#### *Klagers anførsler:*

(15) Klager anfører at valgte leverandør ikke oppfyller krav i forskrift om det lokale elektrisitetstilsyn og sakkyndig som utfører oppgaver for netteier §§ 4, 6 og 7, og skulle med dette vært avvist fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Etter klagers oppfatning følger det av de nevnte bestemmelser at sakkyndig selskap ikke kan være organisert i samme enhet som utførende installasjonsvirksomhet. Klager viser til at valgte leverandør, ved tildelingstidspunktet, fremdeles var registrert som installasjonsvirksomhet for blant annet lavspennings bygningsinstallasjoner.

#### *Innklagedes anførsler:*

(16) Ved kvalifiseringen av tilbyderne la innklagede til grunn at samtlige selskap har levert DLE-tjenester som sakkyndig selskap i flere år uten anmerkninger fra DSB. Innklagede har ved tidligere anledninger vært i kontakt med DSB Region Øst-Norge vedrørende organisering av DLE i kombinasjon med installasjonsvirksomhet. DSB ville ikke gå ut med krav, men påpekte at de fleste selskap valgte å skille ut installasjonsvirksomhet i egne selskap. Det vesentlige var at habilitet og uavhengighet ble overholdt.

(17) I kravspesifikasjonen punkt 1.4 var det krav om at leverandøren ved kontraktsinngåelse skulle utarbeide og oversende habilitetserklæring for sitt selskap. Innklagede foretok en sjekk mot installatørregisteret og fant at også en av klagerne, i likhet med valgte leverandør, hadde installasjonsvirksomhet innen selskapet. Både den aktuelle klageren og valgte leverandør er prekvalifisert til å arbeide i innklagedes nett til å arbeide med blant annet byggestrøm og gatelys. Valgte leverandør har bekreftet at det ikke bedrives øvrig installasjonsvirksomhet og dette stemmer med innklagedes funn i meldingssystemet Elsmart. Innklagedes konklusjon er at samtlige tilbydere oppfylte forskriftskrav både på kvalifiserings- og kontraktstidspunktet.

(18) Innklagede opplyser videre at valgte leverandør, før kontraktsoppstart, har gjennomført omorganisering med opprettelse av et nytt selskap; Nettpartner Arena AS. Dette har ikke vært et krav fra innklagedes side, men innklagede ser det som positivt at leverandøren har valgt å gjøre dette for å fjerne fremtidige diskusjoner.

### **Klagenemndas vurdering:**

(19) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder DLE-tjenester og følger etter det opplyste lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-3.

(20) Klager har anført at valgte leverandør skulle vært avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, idet selskapets tilsynsenhet ikke kan anses atskilt fra installasjonsvirksomheten. Innklagede har imøtegått anførselen ved å vise til at valgte

leverandør ikke har utført arbeider i innklagedes område, og at selskapet, innen kontraktsoppstart, opprettet et eget selskap for tilsynsenheten.

- (21) Nemnda viser innledningsvis til at sakens bakgrunn og tvistens tema er tilnærmet identisk klagesak 2009/283. Klagenemndas vurdering i foreliggende sak er således tilnærmet identisk vurderingen som ble lagt til grunn i den saken.
- (22) Av kravet til forutberegnelighet, jf. loven § 5, følger det at oppdragsgiver er bundet av opplysninger i konkurransegrunnlaget tilbyderne innga sine tilbud på basis av.
- (23) Av konkurransegrunnlaget punkt 2 "KVALIFIKASJONER" fremgår at "[t]ilbyder skal tilfredsstillende krav til sakkyndig selskap og habilitet iht Forskrift om det lokale elektrisitetstilsyn og sakkyndig som utfører oppgaver for netteier (FDLE). Den nevnte forskrift § 7 tredje ledd om uavhengighet bestemmer at personell som forestår eller utfører kontroll av elektriske anlegg eller elektrisk utstyr ikke skal utføre andre oppgaver innen el-området enn det som ligger i funksjonen som lokalt elektrisitetstilsyn.
- (24) Det følger av veileder til forskriften at bestemmelsen skal forstås dit hen at den som skal utføre kontroll av elektriske anlegg og elektrisk utstyr ikke kan være ansatt i eller ha installasjonsvirksomhet ved siden av arbeidet som kontrollør. Videre favner bestemmelsen om arbeid også utenfor netteiers forsyningsområde.
- (25) Av vedlegg 2 til konkurransegrunnlaget "KRAVSPESIFIKASJON [...]", underpunkt 1.4 "Uavhengighet – habilitetserklæring" fremgår at leverandøren skal utarbeide og oversende habilitetserklæring ved kontraktsinngåelse. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 26. november 2009.
- (26) Konkurransegrunnlaget inneholdt ingen nærmere opplysninger om tidspunktet for når kvalifikasjonskravene skulle vært oppfylt. Etter nemndas syn må hovedregelen være at kvalifikasjonskravene skal bedømmes ved tilbudsfristens utløp, jf. klagenemndas sak 2006/120 (premiss 27). Unntaksvis kan det i konkurransegrunnlaget fastsettes at det vil være tilstrekkelig at kravene til tilbyder oppfylles på et senere tidspunkt enn tilbudsfristen. I mangel av angivelse av alternative tidspunkt, legger nemnda til grunn at kravene til tilbyders uavhengighet, jf. forskriften § 7, senest måtte vært oppfylt da kontrakt ble inngått, dvs. 26. november 2009.
- (27) Det fremgår av utskrift fra installatørregisteret og den fremlagte transporterklæringen, datert 18. desember 2009, at valgte leverandørs tilsynsenhet, før dette tidspunkt, ikke kunne anses atskilt fra installasjonsvirksomheten. Valgte leverandørs tilbud skulle dermed vært avvist.
- (28) Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise valgte leverandør.

### **Konklusjon:**

Fortum Distribution AS har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Jakob Wahl