



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en plan- og designkonkurranse for arkitekttegning av en arbeidskirke. Klagenemnda fant at innklagedes kvalifikasjonskrav i konkurransen ikke medførte at fysiske personer var blitt utestengt fra deltakelse. Det forelå dermed intet brudd på forskriften § 23-1 (6).

Klagenemndas avgjørelse 8. februar 2010 i sak 2010/12

Klager: Norske arkitekters landsforbund og Arkitektbedriftene i Norge

Innklaget: Gjesdal Kirkelige Fellesråd

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Jakob Wahl

Saken gjelder: Ulovlig kvalifikasjonskrav.

Bakgrunn:

- (1) Gjesdal Kirkelige Fellesråd (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. desember 2009 en plan- og designkonkurranse for arkitekttegning av en ny arbeidskirke på Ålgård. Anskaffelsesprosessen gjennomføres av Innkjøpsassistanse Vest på vegne av innklagede. Tilbudsfristen er i følge konkurransegrunnlaget punkt 1.5 25. mars 2010.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 2 fremgikk det følgende kvalifikasjonskrav til tilbyderne som ønsket å delta i konkurransen:

"2.2 Leverandørens organisatoriske og juridiske stilling

Det kreves at leverandøren har et lovlig etablert foretak, som bevis skal det legges fram firmaattest (registrert firma / enkeltmannsforetak). Utenlandske selskaper skal dokumentere at selskapet er registrert i bransjeregisteret eller foretaksregisteret som foreskrevet i lovgivningen i det land hvor leverandøren er etablert.

[...]

2.4 Erklæring om leverandørens helse-, miljø- og sikkerhetssystem (HMS)

Leverandører til Gjesdal kirkelige fellesråd skal vedlegge egenerklæring som bekrefter at virksomheten arbeider systematisk med å implementere et HMS-system som er i overensstemmelse med gjeldende HMS-lovgivning. "HMS-egenerklæring" i vedlegg 3 kan benyttes.

[...]

2.8 Arkitektens ansvarsrett

Arkitekten skal ha ansvarsrett etter plan- og bygningsloven i tiltaksklasse 3, som ansvarlig søker,

prosjekterende og ansvarlig kontrollerende for prosjektering. Eventuelle rådgivere som er tenkt som samarbeidspartnere skal ha tilsvarende ansvarsrett. Dokumentasjon på ansvarsrett eller kompetanse som tilsier at arkitekt vil kunne få slik ansvarsrett legges ved.

[...]

2.12 Egenerklæring ILO konvensjon 94

Deltaker skal etterleve ILO konvensjon nr 94. I vedlegg 4 er egenerklæring som skal fylles ut, signeres og vedlegges tilbudet. I tilfeller der flere selvstendige enheter går sammen som en gruppe deltakere, kreves det at hver enkelt legger frem attestene som er forespurt.

2.13 Firmaopplysninger

Deltaker skal signere, fylle ut og legge ved skjema for firmaopplysninger i vedlegg 5.”

- (3) I e-post av 5. januar 2010 tok Norske arkitekters landsforbund kontakt med innklagede. I e-posten (og etterfølgende e-poster i perioden 5. til 14. januar 2010) ble det anført at flere av kvalifikasjonskravene i den kunngjorte konkurransen bare kunne oppfylles av foretak og firmaer, slik at fysiske personer var utelukket fra å delta i konkurransen. Fra innklagedes side ble det da sendt ut følgende presisering av konkurransegrunnlaget den 8. januar 2010:

”Det presiseres at adgang til å delta i konkurransen er ikke begrenset til bare fysiske eller bare juridiske personer, Jfr. Forskrift om offentlige anskaffelser, § 23-1 (6).

I tillegg til juridiske personer kan fysiske personer også delta, men det forutsettes da at man er registrert som næringsdrivende på det tidspunkt som er angitt som frist for innlevering.

De kvalifikasjonskrav som skal oppfylles ved etterspurt dokumentasjon kan ikke bare oppfylles av juridiske personer, de kan også dokumenteres oppfylt av fysiske personer / enkeltpersonforetak på tilsvarende evt. annen måte.

Det gjelder for eksempel krav om signering av skjema som deltakere skal fylle ut som i konkurransegrunnlaget har fått overskriften firmaopplysninger. Vi ser at denne overskriften kan være misvisende for noen selv om det i selve skjemaet ikke kreves firmanavn (det kreves bl.a. foretaksnummer og underskrift).

Vi presiserer derfor at begrepet ”Firmaopplysninger” skal kunne forstås som ”Foretaksopplysninger”.”

- (4) I etterkant av presiseringen fastholdt Norske arkitekters landsforbund overfor innklagede at konkurransen var i strid med reglene om offentlige anskaffelser. Sammen med Arkitektbedriftene i Norge brakte Norske arkitekters landsforbund (heretter kalt klagerne) saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 18. januar 2010.
- (5) Planlagt kontraktsinngåelse er etter det opplyste fra innklagede satt til 23. juni 2010.

Anførsler:

Klagernes anførsler:

Rettslig klageinteresse:

- (6) Klagerne må anses for å ha saklig interesse i å klage etter klagenemndsforordningen § 6 (2) første setning, idet konkurransen gjelder et arkitektoppdrag og retter seg mot landets arkitekter. Begge de to klagende organisasjonene representerer landets arkitekter og må følgelig ha klageinteresse i anskaffelsessaker hvor arkitekter er leverandører.

Påstand om ulovlig kvalifikasjonskrav:

- (7) Klagerne anfører at innklagede bryter anskaffelsesforordningen § 23-1 (6) ved å ha følgende kvalifikasjonskrav som bare foretak eller firmaer kan oppfylle: krav om lovlig etablert foretak, ansvarsrett, angivelse av diverse foretaksopplysninger og krav om innlevering av egenerklæringer vedrørende ILO og HMS. Disse kravene kan bare oppfylles av juridiske personer, hvilket medfører at fysiske personer utestenges fra konkurransen.
- (8) Klagerne viser til at forordningen § 23-1 (6) er ment å verne om en langvarig tradisjon om at arkitektkonkurranser ikke skal være forbeholdt etablerte firmaer. Innenfor slike konkurranser må kreative løsninger stå i fokus, ikke forretningsmessige forhold.
- (9) Videre mener klagerne at innklagedes benyttelse av de aktuelle kravene er i strid med loven § 5 og forordningen § 3-1.

Innklagedes anførsler:

Rettslig klageinteresse:

- (10) Innklagede innrømmer at Norske arkitekters landsforbund kan ha klageinteresse, men stiller seg noe tvilende til at Arkitektbedriftene i Norge har klagerett, ettersom sistnevnte ikke nødvendigvis representerer fysiske personer.

Påstand om ulovlig kvalifikasjonskrav:

- (11) Innklagede bestrider at fysiske personer er utelukket fra å delta i konkurransen, da "fysiske personer" kan drive enkeltpersonforetak, og det er gratis å registrere seg i Enhetsregisteret. Etter innklagedes mening omfattes også næringsdrivende av vilkåret "fysiske personer" i anskaffelsesforordningens forstand.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og IV, jf forskriftens §§ 2-1, 2-2 og 23-1.

Rettslig klageinteresse

- (13) Klagerne mener både Norske arkitekters landsforbund og Arkitektbedriftene i Norge har klagerett. Partene er enige om at Norske arkitekters landsforbund har klagerett, jf. også sak 2003/109. Imidlertid synes innklagede å mene at Arkitektbedriftene i Norge ikke har klagekompetanse, ettersom de ikke synes å representere fysiske personer og så vidt innklagede bekjent, ikke har hatt noen befatning med saken tidligere.

- (14) Spørsmålet er om Arkitektbedriftene i Norge har ”saklig interesse”, jf forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6 (2) første setning, i å fremsette en klage overfor nemnda og dermed få vurdert konkurransens lovlighet.
- (15) Siden både Norske arkitekters landsforbund og Arkitektbedriftene i Norge representerer potensielle leverandører i markedet, og begge organisasjonene hevder at både fysiske og juridiske personer bør ha adgang til aktuelle konkurranse, legger klagenemnda til grunn at begge organisasjonene har saklig klageinteresse

Påstanden om ulovlig kvalifikasjonskrav

- (16) Klagerne anfører at innklagede bryter § 23-1 (6) ved å ha kvalifikasjonskrav som bare ”juridiske personer” kan oppfylle. Dette gjelder krav om at tilbyder skal være et lovlig etablert foretak, ha ansvarsrett, angi diverse foretaksopplysninger og innlevere egenerklæringer vedrørende ILO og HMS. Dette kan etter klagers oppfatning kun registrerte firma fremskaffe. Klagerne fremholder at forskriften § 23-1 (6) er ment å verne om en langvarig tradisjon om at arkitektkonkurranser ikke skal være forbeholdt etablerte firmaer. Innenfor slike konkurranser må kreative løsningsforslag stå i fokus, ikke forretningsmessige forhold. Med innklagedes kvalifikasjonskrav om at leverandører må være firma, utelukkes fysiske personer. Innklagede mener kvalifikasjonskravene til ”juridiske personer” ikke utestenger fysiske personer, ettersom slike lett kan registrere seg gratis som enkeltpersonforetak i Enhetsregisteret. Dermed kan det uproblematisk skaffes ansvarsrett, fremlegges foretaksopplysninger, samt signeres på HMS- og ILO – erklæringer. Tilbudsfristen er såpass lang at tiden som forbrukes på slik registrering ikke skaper problemer
- (17) Forskriften § 23-1(6) lyder slik: ”Oppdragsgiver kan ikke begrense adgangen til å delta i konkurransen til bare fysiske personer eller bare juridiske personer”. Spørsmålet for klagenemnda blir da om innklagede ”begrenser adgangen [for ...] fysiske personer” til å delta i konkurransen ved å kreve at tilbyder er et lovlig etablert foretak, har ansvarsrett, angir diverse foretaksopplysninger og må innlevere egenerklæringer vedrørende ILO og HMS.
- (18) Ordlyden tilsier at deltakelse i en plan- og designkonkurranse ikke kan forbeholdes enten fysiske eller juridiske personer. Et menneske er en fysisk person, mens en juridisk person er selskaper, stiftelser, virksomheter og lignende som kan ha rettigheter og plikter til tross for at de ikke er mennesker. Ett menneske som opptrer som selvstendig næringsdrivende vil være en fysisk person ettersom det driver for egen regning og risiko. Ved registrering blir vedkommende tildelt organisasjonsnummer, tidligere kalt foretaksnummer.
- (19) I konkurransegrunnlaget punkt 2.4 krever innklagede at tilbydere skal avgi erklæring om at deres virksomheter arbeider i tråd med HMS – regelverket. Klagerne anfører at slik erklæring bare kan avgis av foretak og andre juridiske personer, hvilket utestenger fysiske personer fra å delta i konkurransen. Det følger av anskaffelsesforskriften § 3-4 at egenerklæring om HMS skal kreves for alle anskaffelser hvis verdi overstiger kr. 100 000 eks mva. Bestemmelsen sonderer ikke mellom juridiske og fysiske personer, men det er på det rene at også fysiske personer kan være leverandører i en anskaffelseskonkurranse. Generelt sett er det altså mulig å kreve HMS – erklæring fra fysiske personer.

- (20) Den egenerklæringen som innklage i foreliggende sak ønsker benyttet for leverandørens angivelse av HMS-opplysninger, er inntatt som vedlegg 3 til konkurransegrunnlaget. En av rubrikkene i egenerklæringsskjemaet heter "*Firma*", hvilket synes å indikere at leverandøren må være en juridisk person. Videre skal erklæringen signeres av en representant for de ansatte, uten at det oppgis noe alternativ for det tilfellet at leverandøren ikke har noen ansatte. I sak 2005/85 premiss (58) la klagenemnda til grunn at en HMS – egenerklæring ikke behøvde signatur av ansattrepresentant, dersom virksomheten ikke hadde ansatte. Dette til tross for oppsettet på erklæringen krevde representantens signatur. Overført til vår sak, tilsier avgjørelsen at skjemaet innklagede ønsker benyttet, ikke kan leses helt bokstavelig i alle tilfeller. Det må være mulig for en fysisk person å levere egenerklæringen, selv om vedkommende verken er et firma eller har ansatte. Etter klagenemndas oppfatning er kravet om HMS erklæring fra samtlige tilbydere på det skjema innklagede har utstedt ikke i strid med forskriften § 23-1 (6).
- (21) Klagerne mener så at fysiske personer utestenges ved at innklagede krever ansvarsrett, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.8, en rett som etter klagerne mening bare kan tildeles juridiske personer. Etter klagenemndas mening kan det ikke medføre riktighet. Det følger av plan- og bygningsloven § 93b nr 3 (2) at såkalt "*personlig ansvarsrett*" kan tildeles, men riktignok kun i "*særlige tilfelle[r]*", jf. også forskrift om godkjenning av foretak for ansvarsrett § 17. Selv om tildeling av ansvarsrett til fysiske personer er underlagt begrensninger, er de ikke utelukket fra å tildeles ansvarsrett. Derfor kan ikke nemnda se at kravet om ansvarsrett medfører brudd på forskriften § 23-1 (6).
- (22) I konkurransegrunnlaget punkt 2.12 krever innklagede at leverandørene tilveiebringer egenerklæring på at ILO – konvensjon 94 oppfylles for å sikre arbeidstakere en viss standard på lønns- og arbeidsforhold. Dette skal gjøres ved å fylle ut og signere konkurransegrunnlagets vedlegg 4. Vedlegget har rubrikker for "*organisasjonsnummer*" og "*virksomhetens navn*". Isolert sett kan disse rubrikkene tilsi at leverandørene må være juridiske personer. På den annen side kan avgjørelsen nevnt ovenfor tas til inntekt for at slike skjema ikke alltid kan leses helt etter sin bokstav. Det er dessuten fullt mulig for fysiske personer å ha ansatte. På bakgrunn av dette finner klagenemnda at krav om ILO – egenerklæring ikke utelukker fysiske personer fra deltakelse i konkurransen.
- (23) Endelig anfører klagerne at forskriften brytes ved at innklagede i konkurransegrunnlagets punkt 2.13 krever foretaksopplysninger i tråd med grunnlagets vedlegg 5, samt i punkt 2.2 krever at leverandøren "*har et lovlig etablert foretak*" og legger frem "*firmaattest*". Vedlegg 5 har blant annet en rubrikk for "*foretaksnummer*". I presiseringen av 8. januar 2010 skriver innklagede uttrykkelig at i "*tillegg til juridiske personer kan fysiske personer også delta, men det forutsettes da at man er registrert som næringsdrivende [klagenemndas understreking]*". Innklagede mener aktuelle leverandører kan registrere seg i Enhetsregisteret gratis og slik bli enkeltpersonforetak. Slik nemnda oppfatter klagerne, mener de at man ved slik registrering blir en juridisk person.
- (24) Klagenemnda legger til grunn at "*foretaksnummer*" i vedlegg 5 er det samme som organisasjonsnummer. Det er ikke noe krav om å være juridisk person for å bli tildelt organisasjonsnummer i Enhetsregisteret. Klagers anførsel om at registrering i Enhetsregisteret medfører at man blir en juridisk person medfører således ikke riktighet.

Et enkeltpersonforetak drives for innehaverens personlige regning og risiko, og er således å betrakte som en fysisk person. Innklagede kan etter dette ikke anses å ha brutt forskriften § 23-1 (6) ved å kreve at leverandørene registrerer seg som næringsdrivende.

Konklusjon:

Gjesdal Kirkelige fellesråd har ikke brutt forskriften § 23-1 (6) med sine kvalifikasjonskrav.

For klagenemnda,

8. februar 2010.



Jakob Wahl