



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede har gjennomført en konkurranse med forhandling for anskaffelse av papirposer til våtorganisk avfall. Klagenemnda fant at klager var rettmessig avvist. Videre fant klagenemnda at innklagede hadde brutt forskriften § 3-7.

Klagenemndas avgjørelse 2. mai 2011 i sak 2010/173

Klager: Total Packaging AS

Innklaget: Midtre Namdal Avfallsselskap IKS

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven, Andreas Wahl,

Saken gjelder: Avvisning av klager, habilitet

Bakgrunn:

- (1) Midtre Namdal Avfallsselskap IKS (heretter kalt innklagede) kunngjorde 26. april 2010 en konkurranse med ett trinns forhandling for anskaffelse av papirposer til våtorganisk avfall. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.2.1 angitt til å være mellom kr 700.000 og kr 800.000. Tilbudsfrist var i kunngjøringens punkt IV.3.4 angitt til å være 20. mai 2010.
- (2) Innledningsvis i kunngjøringen fremgikk det under punkt I.1 "Kontaktpunkt" at kontaktpunkt var Ulf Johnsen, og det var oppgitt telefon og e-postadresse til Ulf Johnsen. Under kunngjøringens bilag A punkt III "Kontaktpunkt hvor tilbud eller anmodning om deltakelse skal sendes" var det vist til Anne-Berit Formo Løvhaugen, og det var oppgitt telefon og e-postadresse til Anne-Berit Formo Løvhaugen.
- (3) Det fremgikk følgende under kunngjøringens punkt III.2 "Kvalifikasjonskrav":
 - "III.2.1) *Sett opp krav til tilbyders organisatoriske og juridiske stilling*
Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens organisatoriske og juridiske stilling:
 - (1) *Firmaattest*
 - (2) *Attester for registrering i faglig register som bestemt ved lovgivning i det land hvor leverandør er etablert*
 - (3) *Krav til å fremlegge skatteattester for merverdiavgift (Nasjonale krav)*
 - (4) *Krav til å fremlegge skatteattest for skatt (Nasjonale krav)*
 - (5) *Krav til å fremlegge egenerklæring i samsvar med forskriftens vedlegg 2 om HMS (Nasjonale krav)*
 - (6) *Annet (vennligs presiser dokumentasjonskrav under):*

*Redegjørelse for foretakets
kvalitetsstyringssystem/kvalitetsstyringssystem (Kvalifikasjonskrav)*

III.2.2) *Sett opp krav til tilbyders økonomiske og finansielle kapasitet*

Dokumentasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet:

(1) Fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette

(2) Erklæring om foretakets omsetning de siste årene med relevans til denne kontrakten”

(4) Total Packaging AS (heretter kalt klager) ba i e-post av 29. april 2010 om å få tilsendt alle dokumenter for konkurransen.

(5) Innklagede oversendte samme dag skriv til tilbyderne, J.nr 10-122 ”*Levering av papirposer for innsamling av matavfall fra husholdninger*”. Det fremgikk av skrivet på side 2 av 2 at:

”Vedlagt tilbudet skal det følge:

- *kvalitetsbeskrivelse*
- *minimum 5 prøveposer av tilbudt kvalitet*
- *referanser fra andre tilsvarende leveranser*
- *oppgave av underleverandører av råvarer benyttet til produksjon*
- *eventuelle miljøsertifiseringer eller tilsvarende*

Tildelingskriterier som vil bli benyttet i ikke prioritert rekkefølge er:

- *kvalitet*
- *pris*
- *leveringsdyktighet*
- *eventuelle miljøsertifiseringer eller tilsvarende*

Leveransen må være i henhold til oppnevnte krav.

Eventuelle avvik vil kunne føre til at vi vil kreve økonomisk kompensasjon.”

(6) Innen fristen mottok innklagede 3 tilbud, herunder fra klager og Namdal Ressurs AS (heretter kalt valgte leverandør)

1 Av klagers tilbud fremgikk det at tilbudt pris var kr (...) ⁱ stk uten esker, og kr (...) stk i esker. Videre fremgikk følgende under ”*Kvalitet*”:

”Posene er produsert av svensk papir av beste tilgjengelige kvalitet og av markedets mest erfarne konsern. Vi har stor produksjonskapasitet.

Poser tilfredsstillende kravene satt i anbudet.

Våre poser blir produsert av Mondi Bags i Swiecie, Polen.

Prøveposer

Vi vil eventuelt levere samme kvalitet på poser som i 2009 og ber om at prøveposer fra deres eget lager benyttes.

Referanser

Hias Hamar [...],[...]

Leverandører av papir

Mondi Dynäs og Nordic Paper, begge i Sverige

Miljø- og kvalitetssertifisering.

ISO 9001, ISO 14001 og ISO 22000.”

- (7) Klager ble i brev datert 26. mai 2010 meddelt at deres tilbud var avvist. Det fremgikk følgende av begrunnelsen:

”Under del III – Kvalifikasjonskrav, hadde vi satt som krav at tilbyder skulle redegjøre for foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem under pkt III 2.1. (6). Vi kan ikke se at dette foreligger i de dokumenter som fulgte anbudet. Kun en henvisning til 3 ISO standarder.

Under pkt III 2.2 hadde vi satt opp krav om at tilbyder skulle legge frem foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette, og det skulle også fremlegges erklæring om foretakets omsetning de siste årene med relevans for kontrakten. Vi kan ikke se at dette foreligger i den tilsendte dokumentasjon.

Mangler i henhold til del III, punkt 2.1 er eksklusjonsgrunn, og mangler i henhold til del III punkt 2.2 kan være eksklusjonsgrunn fra anbudskonkurransen.”

- (8) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 26. mai 2010.
- (9) Klager ble i brev datert 4. juni 2010 tilsendt protokoll for konkurransen, hvor det fremgikk at kontrakt ville tildeles valgte leverandør. Følgende fremgikk av begrunnelsen:

	”Kvalitet 1-5- skala	Priser per 1000 stk*)	Leverings- dyktighet	Miljøsertifis eller tilsvaende
Papyrus Norge AS	5	(...)u (...) m	5	5
Namdal Ressurs AS	5	(...)u (...)m	5	5

*u= uten eske m= med eske

Tilbyderne skiller seg relativt lite fra hverandre, og det er prisen som blir avgjørende.”

- (10) I e-poster av 6. april 2011 og 18. april ba klagenemndas sekretariat innklagede om å adressere klagers påstand om uheldig rolleblanding/inhabilitet.

- (11) Innklagede besvarte sekretariatets henvendelser i e-poster først 18. april 2011 og senere 20. april, hvor det ble hevdet at innklagede ikke oppfattet at habilitet var et påklaget tema.
- (12) I e-post av 26. april 2011 ba klagenemndas sekretariat klager om å gi tilbakemelding på hvorvidt klager anførte at innklagede hadde brutt forskriftens § 3-7.
- (13) Klager bekreftet i e-post av 27. april 2011 at inhabilitet var anført, og det ble vist til klagenemndas sak 2006/48. Klager hadde videre lagt ved utskrifter fra Brønnøysundregistrene som viste valgte leverandørs styresammensetning pr. 19. januar 2010 og 29. september 2010. Det fremgikk av utskriften av 19. januar 2010 at Ulf Johnsen var nestleder i styret hos valgte leverandør, mens Ulf Johnsen ikke var oppgitt som styremedlem i utskriften av 29. september 2010.
- (14) Klagenemndas sekretariat ba i e-post til innklagede av 28. april 2011 om ytterligere tilbakemelding vedrørende Ulf Johnsens habilitet.
- (15) Innklagede besvarte henvendelsen i e-post av 2. mai 2011. Det var inntatt en kommentar fra Ulf Johnsen, hvor det fremgikk at innklagede hadde eid aksjer siden valgte leverandør ble etablert, og at innklagede frem til aksjene ble solgt hadde vært representert i styret. Det fremgikk videre at Ulf Johnsen ikke hadde deltatt i innkjøpsprosesser hvor valgte leverandør kunne tenkes å levere anbud mens innklagede eide aksjer, for å unngå problem med dobbeltrolle, og innkjøpsprosessen hadde vært utført av innkjøpsansvarlig. Videre bestred innklagede å ha brutt forskriftens § 3-7, ettersom alle tilbyderne hadde tilgang til samme informasjon, og reglene var kjent for alle gjennom kunngjøring. Det ble videre vist til øvrige konkurranser hvor både klager og valgte leverandør var avvist. Videre fremgikk det:

”Til kjøpet i 2010: som protokollen viser, var forskjellen mellom de to tilbyderne veldig liten, og den tilbyderen som ble valgt – var den som hadde lavest pris.

Det er derfor etter vår mening åpenbart at saksbehandlers eventuelle synspunkter overfor ett eller flere selskap ikke påvirker resultatet av anbudskonkurransen, verken for de selskap som blir ekskludert på grunn av feil/ikke eksisterende dokumentasjon, eller de selskap som velges ut på grunnlag av utvalgskriteriene.

Til utlysningen i DOFFIN: Det ser i utlysningen ut som det er Ulf Johnsen som er kontaktpunktet mellom leverandører og MNA i det aktuelle innkjøpet. Grunnen til dette er nok rett og slett at det var bare Ulf Johnsen som hadde login-opplysninger lagret i DOFFIN, og at saksbehandler derfor benyttet Ulf Johnsens login-detaljer da anbudet ble lagt ut i DOFFIN. Det var i utlysningen satt opp saksbehandlers navn og e-post adresse for innsending av tilbud eller anmodning om deltakelse.

Til slutt vil vi anføre at vi forventer at dette temaet for fremtiden ikke vil være aktuelt, ettersom MNAs rolle i Namdal Ressurs ikke lenger eksisterer.”

- (16) Klagenemndas sekretariat sendte 2. mai 2011 e-post hvor det ble bedt om ytterligere tilbakemelding vedrørende Ulf Johnsens styreverv hos valgte leverandør.
- (17) Innklagede besvarte sekretariatets henvendelse i e-post samme dag. Følgende hitsettes:

”Ad punktet om klagers dokumentasjon og punktet om nestleder:

Vi har etter en del undersøkelser kommet til at daglig leder i MNA overtok styreleders plass i styret i 2009, og styreleder var på det tidspunktet nestleder i styret. Uten at daglig leder ble valgt som nestleder, ble daglig leder satt opp som nestleder i styret på grunn av at valget ble foretatt slik at daglig leder erstattet styrets leder i selskapet. Det

viser seg altså at klagers påstand om at vår daglige leder var nestleder i styret innebærer riktighet, og at undertegnede påstand om at vår daglige leder ikke var nestleder i januar 2010, ikke innebærer riktighet. Dette beklager vi. Det vises for øvrig til våre tidligere opplysninger der vi mener å ha gjort rede for at det er objektive kriterier som er satt både som kvalifikasjonskrav og utvalgsriterier, og at vår daglige leder ikke har vært delaktig i kjøpsprosessen og at vi mener vi er innklaget på grunnlag av at vi har ekskludert et selskap fra konkurransen på grunnlag av disse kriteriene. Selskapet ville blitt ekskludert fra konkurransen hvis samme tilbud var blitt levert i dag – gitt de samme kriterier. Temaet har i løpet av korrespondansen blitt endret til å gjelde vår daglige leders posisjon i et annet selskap, men utfallet for det ekskluderte selskap ville altså blitt det samme”

(18) Klagenemndas sekretariat ba i e-post datert 5. mai 2011 om tilbakemelding på hvem som hadde gjennomført og fattet avgjørelser hos innklagede i konkurransen.

(19) Innklagede besvarte henvendelsen i e-post datert 10. mai 2011. Følgende hitsettes:

”MNA hadde i perioden rundt utlysning og avgjørelse av dette innkjøpet et skifte i personellet.

Det var tidligere prosjektleder Anne Berit Formo Løvhaugen som utformet krav/spesifikasjoner/konkurransegrunnlaget, og hun var fortsatt ansatt når anbudsåpning fant sted. Undertegnede hadde sin første arbeidsdag ved MNA samme uke som anbudsåpning. Behandling av innkomne tilbud ble gjort både av den avtroppende og påtroppende prosjektleder. Informasjon om avgjørelsen ble gjort av påtroppende prosjektleder (undertegnede).

Som nevnt tidligere, anså MNA de oppsatte krav og kriterier som så uttømmende at det skulle være greit å se at uansett valg av leverandør ville det være tydelig at det var en rettferdig konkurranse.”

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klager

(20) Klager anfører å være utrettmessig avvist fra konkurransen, da manglene i klagers tilbud ikke var et krav etter dokumentene klager fikk tilsendt vedrørende konkurransen.

Uheldig rolleblending – habilitet

(21) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 3-7, da daglig leder hos innklagede, Ulf Johnsen, var nestleder i styret hos valgte leverandør i perioden konkurransen ble gjennomført. Det vises også til klagenemndas sak 2006/48, med samme parter, hvor det ble lagt til grunn at en slik dobbeltrolle var i strid med den daværende forskriften.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klager

(22) Innklagede har anført at klager er rettmessig avvist. Klager hadde ikke levert redegjørelse for sitt kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem slik det fremgikk av kunngjøringens punkt III.2.1 (6). Dette medfører eksklusjon. Videre hadde klager heller ikke levert årsregnskap/utdrag, eller foretakets omsetning de siste årene med relevans

for kontrakten, slik det fremgikk av kunngjøringens punkt 2.2. Dette kan medføre eksklusjon. Innklagede er forpliktet til å forkaste innkomne tilbud som ikke imøtekommer krav stilt i utlysningen eller i beskrivelsen av oppdraget. Klager har lest utlysningen i Doffin, og må dermed anses å være kjent med de krav ble stilt til leverandørene.

Uheldig rolleblanding – habilitet

- (23) Innklagede anfører videre at innklagede ikke har brutt forskriftens § 3-7. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse, da det er åpenbart at tjenestemannens tilknytning til saken eller partene ikke vil påvirke hans standpunkt. Grunnen til dette er at alle tilbyderne hadde tilgang til samme informasjon, og reglene var kjent for alle gjennom kunngjøringen. Det var liten forskjell mellom tilbyderne, og valgte leverandør hadde lavest pris. Ulf Johnsen har heller ikke deltatt i innkjøpsprosesser hvor valgte leverandør kunne tenkes å levere anbud mens innklagede fremdeles eide aksjer i valgte leverandør.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder innkjøp av papirposer til våtorganisk avfall som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringens punkt II.2.1 estimert til mellom kroner 700.000 og kroner 800.000. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 (2) og 2-2 (1).

Avvisning av klager

- (25) Problemstillingen er om klager er rettmessig avvist fra konkurransen.
- (26) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som *"ikke oppfylder krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (27) Under kunngjøringens punkt III.2 *"Kvalifikasjonskrav"* var det for *"tilbydernes organisatoriske og juridiske stilling"* stilt krav til dokumentasjon om blant annet *"Redegjørelse for foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem (Kvalifikasjonskrav)"*. Det var dermed ikke oppstilt eksplisitte *"krav"* til *"tilbydernes organisatoriske og juridiske stilling"*, jf. forskriftens § 11-10 (1) bokstav a. I tidligere klagenemndspraksis er det imidlertid forutsatt at kvalifikasjonskrav kan innfortolkes på bakgrunn av dokumentasjonskravene, jf. blant annet klagenemndas sak premiss (23) og 2008/98 premiss (72) som siterer fra sak 2004/238 premiss (28):

"Utgangspunktet er at kvalifikasjonskravene fremgår underforstått av kravene til dokumentasjon. Dersom oppdragsgiver har bedt om dokumentasjon på et forhold som vedrører leverandørens kvalifikasjoner, innebærer dette at oppdragsgiver skal vurdere om leverandørens kvalifikasjoner oppfyller det nødvendige minstekrav. I motsatt fall hadde det ikke hatt en hensikt å be om slik dokumentasjon."

- (28) Klagenemnda legger til grunn at innklagede i det foreliggende tilfellet må anses for å ha stilt et minstekrav til at tilbyderne hadde *"kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem"*. Klagenemnda tilføyer at kravet om *"Redegjørelse for foretakets kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem"*

(Kvalifikasjonskrav)” ikke var nevnt i skriv til tilbyderne, J.nr 10-122, kravet fremgikk imidlertid av kunngjøringen.

- (29) Det er ikke omtvistet at klager ikke hadde levert informasjon vedrørende *”kvalitetssikringssystem/kvalitetsstyringssystem”*. Innklagede hadde dermed ikke mulighet til å vurdere hvorvidt minstekravet faktisk var oppfylt. Det er på denne bakgrunn klart at klager ikke kunne anses å oppfylle de *”krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen”*, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Klager er dermed rettmessig avvist, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.

Uheldig rolleblanding – habilitet

- (30) Problemstillingen er om innklagede har brutt forskriften § 3-7 ved at daglig leder, på tidspunktet for gjennomføringen av konkurransen, også var nestleder i styret hos valgte leverandør.
- (31) Det følger av forskriften § 3-7 at habilitetsreglene i forvaltningsloven § 6 og § 10 kommer til anvendelse for saker som omfattes av forskriften. Av forvaltningslovens § 6 (1) bokstav e fremgår at en offentlig tjenestemann er inhabil til å *”tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse”* i en sak dersom vedkommende er *”...medlem av styret eller bedriftsforsamling for, et selskap som er part i saken og ikke helt ut eies av stat eller kommune”*. Etter § 6 (2) at gjelder tilsvarende *”når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet”*. Videre følger det av forvaltningslovens § 6 (3) at *”Er den overordnede tjenestemann ugild, kan avgjørelse i saken heller ikke treffes av en direkte underordnet tjenestemann i samme forvaltningsorgan.”*
- (32) I dette tilfellet har innklagede erkjent at daglig leder, Ulf Johnsen, var nesteleder i styret til valgte leverandør på tidspunktet hvor konkurransen ble gjennomført. Når det gjelder daglig leders styreverv har innklagede forklart at *”Uten at daglig leder ble valgt som nestleder, ble daglig leder satt opp som nestleder i styret på grunn av at valget ble foretatt slik at daglig leder erstattet styrets leder i selskapet”*. Daglig leder har forklart at innklagede har eid aksjer hos valgte leverandør, og at han gikk ut av valgte leverandørs styre som en konsekvens av salget av disse aksjene. Klagenemnda oppfatter dette som at aksjene ble solgt etter konkurranseperioden. Videre har innklagede opplyst at gjennomføringen og avgjørelsene i konkurransen ble tatt av daværende og påtroppende prosjektleder.
- (33) Det er ikke anført at unntaket i forvaltningslovens § 6 (1) bokstav e for selskap som *”helt ut eies av stat eller kommune”* kommer til anvendelse i det foreliggende tilfellet. Klagenemnda bemerker at ettersom Ulf Johnsen er daglig leder hos innklagede og styremedlem hos valgte leverandør, gjør dette Ulf Johnsen inhabil etter forvaltningslovens § 6 (1) e.
- (34) Innklagede har imidlertid opplyst at Ulf Johnsen ikke har deltatt i innkjøpsprosesser hvor valgte leverandør kunne tenkes å levere tilbud så lenge innklagede har hatt eierinteresser i valgte leverandør, nettopp for å unngå dobbeltrolleproblematikken. Innklagede har videre forklart at det kun var praktiske årsaker knyttet til login-detajler for Doffin som gjorde at Ulf Johnsen var oppført som en av kontaktpersonene i kunngjøringen, og har fremholdt at gjennomføringen av konkurransen har vært rettferdig. Klagenemnda legger til grunn at prosjektleder i det foreliggende tilfellet må anses som direkte underordnet daglig leder, og bemerker at selv om Ulf Johnsen ikke deltok ved gjennomføringen av konkurransen, må direkte underordnede anses inhabil til å treffe avgjørelser i saken, jf. forvaltningslovens § 6 (3).

- (35) Spørsmål vedrørende habilitet i en anbudskonkurranse ble behandlet i Rt. 2007 side 983 (Reno-Vest). Forholdet var at styreformann og registrert daglig leder hos valgte leverandør, også var daglig leder hos oppdragsgiver, med flere oppgaver i tilknytning til anbudsprosessen. Videre var konstituert daglig leder hos valgte leverandør, som også hadde utarbeidet valgte leverandørs tilbud, ansatt som driftssjef hos oppdragsgiver. I avgjørelsen la Høyesterett til grunn at habilitetsvurderingen må ta høyde for at tilbydere som for eksempel er eiet av oppdragsgiver, har anledning til å inngi tilbud til oppdragsgiver. Avgjørelsen viser dermed at det kan oppstilles unntak fra de absolutte habilitetsreglene, men det stilles krav til måten habilitetsproblematikken håndteres, og hvordan dette kommuniseres til tilbyderne.
- (36) I foreliggende sak er det ikke opplyst konkrete tiltak for å kommunisere til tilbydere at Ulf Johnsen ikke ville delta i forbindelse med konkurransen. Ulf Johnsen var oppført som en av kontaktpersonene i kunngjøringen. Det er heller ikke gitt uttrykk for at det er foretatt tiltak for å sikre prosjektleders habilitet i forhold til daglig leder, og dermed må også disse anses inhabil til å treffe avgjørelse i saken, herunder avvisning og valg av leverandør, jf. forvaltningslovens § 6 (3). Det er klart ikke tale om en habilitetsproblematikk som kan avhjelpes i medhold av forvaltningsloven § 6 (4). Klagenemnda finner på denne bakgrunn at innklagede har brutt forskriften § 3-7 ved at daglig leder hos innklagede, på tidspunktet for gjennomføringen av konkurransen, også var nestleder i styret hos valgte leverandør.

Konklusjon:

Midtre Namdal Avfallsselskap IKS har brutt forskriften § 3-7.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

16. mai 2011

Morten Goller

ⁱ Opplysningen er sladdet som forretningshemmelighet, jf. offentleglova § 13 og forvaltningsloven § 13 nr.2
Tilsvarende gjelder også andre steder hvor opplysninger er sladdet ved bruk av vanlig parentes.