



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av inkontinensprodukter. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved sin organisering av kontraktsgjennomføringen. Selskapet som skulle forestå distribusjon av produktene og håndtere fakturaene fra valgte leverandør, var en konkurrent av klager. Klagenemnda kom til at faktureringsordningen ikke representerte et brudd på plikten til å hindre spredning av taushetsbelagt informasjon i forskriften § 3-6, ettersom forvaltningsloven gir hjemmel til en slik ordning, og forlenger taushetsplikten til tredjepersoner som etter en slik ordning blir kjent med opplysninger underlagt taushet. Klagenemnda kom til at ordningen heller ikke representerte et brudd på kravet til konkurranse i loven § 5.

Klagenemndas avgjørelse 5. august 2013 i sak 2013/55

Klager: Mediq Norge AS

Innklaget: Fredrikstad kommune

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Andreas Wahl, og Jakob Wahl

Saken gjelder: Taushetsplikt, De grunnleggende kravene i loven § 5

Bakgrunn:

(1) Kommunene Fredrikstad, Hvaler, Moss, Rygge, Råde og Våler (heretter kalt innklagede) kunngjorde 3. april 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for kjøp av inkontinensprodukter. Rammeavtalens varighet var angitt til 2 år, med opsjon på to ettårige forlengelser, og med en verdi på ca. 2 700 000 kroner pr. år. Tilbudsfristen var angitt til 15. mai 2013.

(2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.3 fremgikk følgende:

"Produktene skal distribueres via oppdragsgivers valgte grossist. Dette er for tiden Norengros Medipartner AS (heretter kalt Norengros) i Fredrikstad.

Innkjøp/avrop foregår ved at den enkelte virksomhet/enhet i hver enkelt kommune selv foretar bestillinger hos oppdragsgivers valgte grossist i henhold til denne avtalen."

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 2.5.7 fremgikk det at fakturaadressen var hos Norengros. Etter dette punktet skulle fakturaen inneholde:

"• Navn på bestiller (referanse)

• Ordrenummer for bestillinger utenom markedsplassen.

• Produktbeskrivelse

• Antall produkter

- *Nettopris*
- *Kid-nummer på faktura/giro*
- *Spesifikasjon av mva"*

- (4) Mediq Norge AS (heretter kalt klager) fremmet en klage over de ovennevnte bestemmelsene i konkurransegrunnlaget i brev av 11. april.
- (5) Det er ikke opplyst hvor mange tilbydere som innga tilbud innen tilbudsfristen. Det er heller ikke opplyst om det er foretatt innstilling av leverandør. Klager innga ikke tilbud i konkurransen.
- (6) Innklagede meddelte klager at klagen ikke ville bli tatt til følge i brev av 16. april 2013.
- (7) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. mai 2013.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Innklagede har brutt kravet til konkurranse i loven § 5, samt forskriften § 3-6, ved å oppstille en bestemmelse i konkurransegrunnlaget som gir en konkurrerende aktør tilgang til valgte leverandørs enhetspriser.
- (9) Faktureringen til oppdragsgiver under kontraktsgjennomføringen vil inneholde enhetsprisene på de varene som leveres. Faktureringsordningen det er lagt opp til i konkurransegrunnlaget innebærer at Norengros, som er en direkte konkurrent til klager, får innsyn i enhetsprisene til den som blir valgt som leverandør.
- (10) Dette utgjør et pålegg for valgte leverandør om å gjøre bedriftssensitiv informasjon tilgjengelig for en konkurrent, og er følgelig i strid med loven § 5 og forskriften § 3-6.
- (11) Det bemerkes også at innklagede ved en rask endring av konkurransegrunnlaget kunne sørget for at den aktuelle bestemmelsen ikke forhindret en gjennomføring av konkurransen.

Innklagedes anførsler:

- (12) Det er vanskelig å se at det foreligger realistisk grunnlag for noen direkte konkurranse mellom klageren og innklagedes valgte grossist Norengros. Grossistleddfunksjoner er hos innklagede ivaretatt ved kontraktsforholdet med Norengros, og det var følgelig ikke interessant å etterspørre denne type tjenester i foreliggende anskaffelse. Det kan ikke utledes en plikt til å inkludere en tjeneste man ikke har bruk for av kravet til konkurranse i loven § 5.
- (13) Det bestrides at Norengros' innsyn i valgte leverandørs fakturaer og enhetspriser har noen betydning for klager. Grossistleddet får uansett tilgang til enhetspriser fra produsentleddet ved bestillinger. Dette kan dermed ikke representere bedriftssensitiv informasjon.
- (14) Innklagede kan videre ikke se hvilken rask endring i konkurransegrunnlaget som ville hatt noen innvirkning for grossistene i leverandørmarkedet.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Klager har ikke deltatt i konkurransen, angivelig som følge av bestemmelsene i konkurransegrunnlaget som her er påklaget. Det legges til grunn at klager var en potensiell tilbyder i konkurransen. Klager har dermed saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inkontinensprodukter som er en vareanskaffelse. Anskaffelsen hadde en potensiell varighet på 4 år, og verdien er estimert til kroner 2 700 000 kroner pr. år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (16) Klager har anført at konkurransegrunnlaget er i strid med kravet til konkurranse i loven § 5 og forskriften § 3-6, som følge av innklagedes bruk av Norengros som kontraktsmedhjelper og grossist.
- (17) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at distribusjon av varene som konkurransen gjaldt ville forestås av innklagedes valgte grossist Norengros, som også ville administrere fakturaer. Klager viser til at Norengros er en direkte konkurrent av klager, at fakturaene vil inneholde forretningshemmeligheter, og at kontraktsgjennomføringen det er lagt opp til i konkurransegrunnlaget derfor er i strid med plikten til å hindre spredning av taushetsbelagte opplysninger i forskriften § 3-6.
- (18) Forskriften § 3-6 bestemmer at: *"Oppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. [forvaltningsloven] § 13"*.
- (19) Første spørsmål er om innklagedes overlatelse av fakturaadministrasjon til Norengros innebærer et brudd på forskriften § 3-6, fordi Norengros vil få tilgang til potensielt taushetsbelagte opplysninger.
- (20) Forskriften § 3-6 retter seg mot *"[o]ppdragsgiver og dennes ansatte"*. Som pliktsubjekt etter forvaltningsloven § 13, som forskriften § 3-6 viser til, er imidlertid *"[e]nhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan"*. Innklagede er et forvaltningsorgan, og forvaltningsloven § 13 b nr. 2 gir dermed hjemmel for å kunne benytte tredjepersoner til fakturaadministrasjon. Problemstillingen i foreliggende sak vil dermed reguleres av forvaltningsloven direkte. Taushetsplikten utvides med dette til Norengros, slik at ansatte i Norengros som blir gjort kjent med taushetsbelagte opplysninger må forholde seg til forvaltningslovens bestemmelser. Dette innebærer også at disse ikke kan *"utnytte opplysninger som nevnt i denne paragraf i egen virksomhet eller i tjeneste eller arbeid for andre"*, jf. forvaltningsloven § 13 tredje ledd.
- (21) Ettersom Norengros etter forvaltningslovens regler er omfattet av taushetsplikten, er ikke Norengros tilgang til potensielt taushetsbelagte opplysninger i strid med forskriften § 3-6, jf. forvaltningsloven § 13.
- (22) Klager anfører også at faktureringsordningen utgjør et selvstendig brudd på kravet til konkurranse i loven § 5. Klager viser til risikoen for rettstridig utnyttelse av opplysningene som vil inngis ved fakturaene, og at innklagede ved å avvikle fakturaadministrasjonsordningen kunne ha unngått de konkurransebegrensende effektene som hevdes oppstått.

- (23) Kravet til konkurranse i loven § 5 medfører at det ikke skal inntas kontraktsbestemmelser som virker unødige konkurransebegrensende, jf. klagenemndas sak 2007/74 premiss (28) flg.
- (24) Bakgrunnen for kontraktsbestemmelsen om at Norengros skal forestå faktureringen er at innklagede har en avtale med Norengros om distribusjon av produkter. At Norengros samtidig forestår faktureringsordningen er av innklagede ansett som en hensiktsmessig måte å administrere distribusjonen og faktureringen av produktene på. I utgangspunktet må også en slik ordning anses forenlig med kravet til konkurranse i loven § 5.
- (25) Det er naturlig at en tilbyder kan vegre seg for å delta i en konkurranse der tildeling av kontrakten vil innebære en plikt til å oppgi sensitiv informasjon til en konkurrent. Klagers avholdelse fra å delta i konkurransen er i seg selv et moment som tilsier at den omtvistede ordningen har hatt et uheldig utslag for konkurransesituasjonen.
- (26) Selv om forvaltningsloven gir et vern mot spredning av taushetsbelagte opplysninger, vil det ved måten kontraktsforholdet er organisert på uansett foreligge en faktisk risiko for misbruk av opplysningene. Spørsmålet er dermed om denne risikoen i seg selv er tilstrekkelig til at ordningen må regnes som unødige konkurransebegrensende.
- (27) Innklagedes bruk av Norengros til å besørge grossistfunksjoner som fakturaadministrasjon er i seg selv lovlig. Norengros ansatte er omfattet av taushetsplikt, slik at tilbyderne er sikret et rettslig vern mot misbruk av eventuell taushetsbelagt informasjon. Ved vurderingen av den faktiske risikoen, og hvordan potensielle tilbydere oppfatter denne, er det et sentralt moment hvordan ordningen er kommunisert ut til markedet.
- (28) Til dette kommer at taushetsplikten ikke bare innebærer et forbud mot å videreformidle taushetsbelagte opplysninger. Plikten til å hindre at andre får tilgang til slike opplysninger innebærer også en plikt til å behandle dem på en forsvarlig måte, sml. også forvaltningsloven § 13c. Hva som nærmere ligger i en forsvarlig behandling av opplysningene vil avhenge av de konkrete omstendighetene. Konkurransforholdet mellom Norengros og tilbyderne stiller i så måte skjerpede krav til en forsvarlig behandling av forretningshemmeligheter og andre sensitive opplysninger.
- (29) Norengros er forpliktet til å innrette sin virksomhet og informasjonsflyt på en måte som sikrer en forsvarlig behandling av de angjeldende opplysningene. Innklagede kan på sin side kreve forsikringer om hvordan dette gjøres. I relasjon til potensielle tilbydere, med bakgrunn i kravet til konkurranse, kan innklagede også ha plikt til å synliggjøre overfor markedet at Norengros' ivaretagelse av opplysningene skjer på en forsvarlig måte.
- (30) I foreliggende sak fremgikk det ikke av konkurransegrunnlaget hvilke tiltak som var gjort for å sikre at personer i Norengros ikke brukte opplysningene til noe annet enn å gjennomføre faktureringsordningen. Etter omstendighetene må det kunne forventes at oppdragsgivere allerede i konkurransegrunnlaget tilkjenner hvilke tiltak som vil gjøres for å verne om taushetsbelagte opplysninger, jf. i denne retning Rt. 2007 side 983 (Reno Vest). Forholdene i den saken var imidlertid av en helt annen karakter. I foreliggende sak fikk innklagede imidlertid en foranledning til å gjøre rede for hvilke tiltak som ville sikre at de taushetsbelagte opplysningene ikke ble misbrukt når klager gjorde sine innsigelser kjent for innklagede 11. april 2013, over en måned før tilbudsfristen. Innklagede burde derfor ha håndtert denne situasjonen på en måte som

kunne betrygge klager om at fakturaopplysningene ville bli forsvarlig ivaretatt. Klagers innsigelser gjaldt imidlertid kun lovligheten av fakturaadministrasjonsordningen, og ikke hvorvidt informasjonen som fremkom i fakturaene ville ivaretas på en forsvarlig måte. Det er dermed ikke grunnlag for å konstatere at innklagede ved manglende synliggjøring av kvalitetssikringen overfor Norengros har brutt kravet til konkurranse i loven § 5.

Konklusjon:

Fredrikstad kommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 5. august 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl