



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Parallell rammeavtale, minikonkurranse, kravene til konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for rørleggertjenester. Klager anførte at det var i strid med regelverket å tildele rammeavtalen til tre leverandører hvor to av dem hadde tilknytning til hverandre gjennom eierskap og styre. Klagenemnda kom til at denne anførselen ikke kunne føre frem.

Klagenemndas avgjørelse 28. august 2018 i sak 2017/96

Klager: Rørleggersenteret AS

Innklaget: Larvik kommune

Klagenemndas

medlemmer: Gro Amdal, Halvard Haukeland Fredriksen og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Larvik kommune (heretter innklagede) kunngjorde 31. oktober 2016 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for rørleggertjenester. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.1 angitt å være seks millioner kroner. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 2.1 angitt å være 7. desember 2016.
- (2) Kontraktperioden var angitt til to år, med opsjon på to årlige forlengelser. Avtalen var delt inn i to varegrupper. På varegruppe A skulle det velges én leverandør. På varegruppe B, som er gjenstand for klagen, skulle det velges «tre – 3 – firmaer (dersom mulig)».
- (3) Avtalene skulle tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriet pris.
- (4) For varegruppe B skulle avrop med estimert verdi under kr 150 000 ekskl. mva. skje på bakgrunn av rangeringen av leverandørene. Tilbyder med høyest poengsum ville forespørres først. Dersom denne leverandøren ikke kunne levere innen ønsket leveringstid, skulle nummer to bli kontaktet og så videre.
- (5) For avrop med estimert verdi mellom kr 150 000 og 500 000 ekskl. mva. skulle det gjennomføres en konkurranse mellom leverandørene i rammeavtalen. Tildelingskriteriene i disse konkurransene var angitt til å være pris, leveringstid og kvalitet.
- (6) Avrop med estimert verdi over kr 500 000 ekskl. mva. skulle kunngjøres som egne anskaffelser.
- (7) Innklagede mottok før tilbudsfristens utløp tilbud fra seks tilbydere, herunder fra Larvik Rørhandel AS, Telerør AS og Rørlegger'n AS, som ble rangert som henholdsvis nummer

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
Nettside: www.kofa.no

1, 2 og 3 i tildelingsbeslutningen. Rørleggersenteret AS (heretter klager) innga også tilbud, og ble rangert som nummer 5 i tildelingsbeslutningen.

- (8) Det er opplyst at Telerør AS eies 90,99 prosent av Larvik Rørhandel AS. Begge selskapene har samme styreleder. Daglig leder i hvert av selskapene er medlemmer i det andre selskapets styre.
- (9) Innklagede inngikk kontrakt med de valgte leverandørene 24. januar 2017.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. august 2018.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Den nære tilknytningen mellom to av selskapene innebærer at det ikke blir noen uavhengig og reell konkurranse ved fremtidige minikonkurranser mellom rammeavtaleleverandørene. Det var derfor i strid med regelverket å tildele rammeavtale til de to selskapene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (12) Klagers anførsler bestrides. De fleste av avropene gjelder mindre oppdrag. For større oppdrag vil det uansett være en tredje tilbyder som inviteres til å inngi tilbud. De vesentligste betingelsene vedrørende pris og kvalitet er også allerede fastsatt i forbindelse med konkurransen om rammeavtalen.

Klagenemndas vurdering:

- (13) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale om rørleggertjenester. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.1 estimert til seks millioner kroner. Av konkurransegrunnlaget fremgår det at anskaffelsen, i tillegg til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. Nemnda legger dette til grunn.
- (14) Nemnda forstår klagers anførsel dithen at innklagede uten videre skulle ha avvist de to selskapene med nær tilknytning til hverandre, fordi tilknytningen i seg selv medfører at det ikke vil være noen uavhengig konkurranse mellom selskapene ved fremtidige minikonkurranser innenfor rammeavtalen.
- (15) Verken forskriften eller direktivet omhandler denne problemstillingen. Konkuransegrunnlaget oppstiller heller ikke noen føringer i denne forbindelse. Nemnda må derfor ta stilling til om det ut fra de grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse kan utledes at innklagede var forhindret fra å inngå rammeavtalen med de to aktuelle leverandørene, som en følge av deres tilknytning til hverandre. I 1999-loven er det rettslige grunnlaget for disse grunnleggende prinsippene å finne i § 5.
- (16) Nemnda kan ikke se at anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper er til hinder for at to tilbydere med et slikt tilknytningsforhold som i denne saken begge deltar i konkurransen. Det kan ikke gjelde noen presumsjon for at tilbudene i et slikt tilfelle er påvirket av tilknytningsforholdet, på en slik måte at det foreligger brudd på de

grunnleggende prinsippene om likebehandling og konkurranse. Nemnda finner det med andre ord klart at et tilknytningsforhold mellom selskap som i denne saken, ikke i seg selv gir grunnlag for avvisning av tilbudene fra disse selskapene.

- (17) Nemnda finner støtte for dette standpunktet i EU-domstolens uttalelser i sak C-531/16. Saken gjaldt to selskap som begge var datterselskap av selskapet Ecoservice UAB, og hvor det i tillegg var tilknytning mellom selskapene ved at ledende organer i selskapene bestod av de samme personer. Domstolen slo fast at det ikke kan oppstilles noe forbud mot at tilknyttede selskap deltar i samme konkurranse, og uttalte i den forbindelse følgende i premiss 21 og 22:

«Det skal i denne forbindelse indledningsvis bemærkes, at EU-retten, navnlig direktiv 2004/18, ikke foreskriver et generelt forbud for virksomheder, der er indbyrdes forbundne, mod at afgive et bud i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt. Det fremgår endvidere af retspraksis, at det, henset til, at det er i Unionens interesse, at det sikres, at flest muligt tilbudsgivere deltager i et udbud, vil være i strid med en effektiv anvendelse af EU-retten, såfremt man systematisk udelukker de virksomheder, mellem hvilke der består en indbyrdes tilknytning, fra retten til at deltage i samme procedure om indgåelse af en offentlig kontrakt [...].»

Domstolen har ligeledes fremhævet, at der kan forekomme forskellige typer af sammenslutninger af virksomheder, som kan have forskellige formål, hvilket ikke nødvendigvis udelukker, at de kontrollerede virksomheder har en vis selvstændighed ved fastlæggelsen af deres forretningspolitik og udøvelsen af deres økonomiske aktiviteter, bl.a. hvad angår deltagelsen i offentlige udbudsprocedurer. Der kan i øvrigt, f.eks. ved aftale, være fastsat særlige bestemmelser, som regulerer forholdene mellem virksomhederne i samme koncern, for at sikre såvel uafhængigheden som fortroligheden ved udarbejdelsen af bud, som de pågældende virksomheder afgiver samtidig under samme udbudsprocedure [...].»

- (18) Nemnda viser også til EU-domstolens avgjørelse i sak C-376/08, hvor domstolen vurderte lovligheten av en italiensk regel som bestemte at oppdragsgiver automatisk skulle avvise tilbud fra et fast konsortium og deltakerne i dette konsortiet dersom både konsortiet og en deltaker i konsortiet innga konkurrerende tilbud. Dette skulle ifølge den italienske regelen også være tilfellet der tilbudet som ble inngitt av konsortiet, for det spesifikke oppdraget, ikke innebar forpliktelser for det selskapet som hadde inngitt et selvstendig tilbud i konkurransen. Domstolen slo fast at en slik bestemmelse om automatisk avvisning er i strid med likebehandlingsprinsippet (premiss 37-40):

«Under disse omstændigheder må det konstateres, at den i hovedsagen omhandlede automatiske udelukkelse, som alene vedrører den faste virksomhedssammenslutningsform og de virksomheder, der er medlemmer af denne, og finder anvendelse i tilfælde af konkurrerende bud, uafhængigt af, om den omhandlede sammenslutning deltager i den pågældende offentlige kontrakt på vegne af de virksomheder, som har afgivet et bud og i deres interesse, eller dette ikke er tilfældet, udgør forskelsbehandling til skade for denne sammenslutningsform og dermed ikke er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.»

[...]

«En sådan regel indeholder således en uigendrivelig formodning om gensidig indflydelse i de tilfælde, hvor en sammenslutning og en eller flere af de virksomheder, der indgår heri, har indgivet konkurrerende bud i den samme procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, selv når den pågældende sammenslutning ikke har deltaget i proceduren på de pågældende virksomheders vegne og i deres interesse, uden at hverken sammenslutningen eller de berørte virksomheder er givet nogen mulighed for at bevise, at deres bud er blevet formuleret helt uafhængigt, og at der derfor ikke foreligger nogen risiko for påvirkning af konkurrencen mellem de bydende [...].»

En sådan regel om systematisk udelukkelse, som også indebærer en ubetinget forpligtelse for de ordregivende myndigheder til at udelukke de pågældende enheder, også i de tilfælde, hvor forholdet mellem sidstnævnte er uden betydning for deres adfærd i forbindelse med de procedurer, som de har deltaget i, er i strid med Fællesskabets interesse i at sikre, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure, og går videre end nødvendigt for at opfylde formålet om at sikre overholdelsen af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet [...].»

- (19) I lys av ovenstående finner nemnda det klart at innklagede ikke hadde plikt til uten videre å avvise tilbudene fra henholdsvis Larvik Rørhandel AS og Telerør AS fra konkurransen om rammeavtalen. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.
- (20) Nemnda finner for øvrig grunn til å bemerke at oppdragsgiver ved fremtidige minikonkurranser innenfor denne rammeavtalen må være oppmerksom på at det kan bli nødvendig å gjøre nærmere undersøkelser vedrørende tilbudenes uavhengighet. Nemnda viser i denne sammenheng til EU-domstolens uttalelse i den ovenfor nevnte sak C-531/16:

«[...] En ordregivende myndighet, som får kendskab til objektive forhold, der rejser tvivl om, hvorvidt et bud er selvstændigt og uafhængigt, er derfor forpligtet til at undersøge alle de relevante omstændigheder, der førte til afgivelsen af det pågældende bud, med henblik på at forebygge og identificere forhold, der kan gøre tildelingsproceduren mangelfuld, og afhjælpe disse, herunder i givet fald at anmode parterne om at levere visse oplysninger og beviser [...].»

Konklusjon:

Larvik kommune har ikke brutt regelverket ved å la to tilbydere med tilknytning til hverandre få delta i konkurransen om rammeavtalen for varegruppe B.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Gro Amdal

Dokumentet er godkjent elektronisk