



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Campbell & Co Advokatfirma AS
Att. Advokat Jon Schjerpen Ruud
Postboks 166
2391 Moelven

Deres referanse

Vår referanse

Dato

AVVISNING AV KLAGE PÅ OFFENTLIG ANSKAFFELSE

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 30. oktober 2006. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

Kommunene Hamar, Gjøvik og Lillehammer (heretter kalt innklagede) kunngjorde 20. mars 2006 i DOFFIN en åpen anbudskonkurranse vedrørende en rammeavtale om kjøp av kontrolltjenester for salgs- og skjenkekontroll.

Konkurransesgrunnlaget datert 22. mars 2006 inneholdt i pkt. 1.2 følgende om formålet med anskaffelsen:

”Kommunene Hamar, Gjøvik og Lillehammer har som målsetting med anskaffelsen å:

- Utføre kontroll med utøvelsen av bevillinger til skjenking av alkoholholdig drikk, salg av alkoholholdig drikk i gruppe 1 og statlig bevillinger etter alkoholloven § 5-3 første ledd.*
- I forbindelse med kontrollene gi nødvendig råd og veiledning, slik at omsetning av alkohol kan skje i samsvar med regelverket, og på en slik måte at alkoholpolitiske og sosiale hensyn ivaretas.*
- Etablere bindeledd mellom bevillingshaver og kommunen, herunder viderebringe aktuelle problemstillinger til kommunen.”*

Konkurransesgrunnlaget inneholdt i pkt. 2 *”Alminnelige regler for gjennomføring av konkurransen”*, hvor det fremgikk at anskaffelsen skulle følge lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001.

Det hitsettes fra konkurransesgrunnlaget pkt. 2.6 *”Habilitet”*:

”Ved behandling av saker som omfattes av denne forskrift, gjelder reglene om inhabilitet i forvaltningsloven § 6 til § 10 og kommuneloven § 40 nr. 3.”

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

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

Av vedlegg 1 til konkurransegrunnlaget, ”ØVRIGE AVTALEVILKÅR”, fremgikk det følgende i pkt. 12:

”Habilitetsbestemmelsene i forvaltningsloven kap. II gjelder ved utøvelse av kontrollvirksomheten. Leverandør forplikter seg til å ikke utføre oppdrag eller ha kundeforhold med virksomheter med skjenke- eller salgsbevilling i Gjøvik, Hamar eller Lillehammer kommunene.”

Innen tilbudsfristen 24. april 2006 var det inngitt 4 tilbud, hvorav 2 ble avvist. De gjenværende tilbyderne var Østlandske Kontrolltjenester AS (heretter kalt klager) og Securitas AS (heretter kalt valgte tilbyder).

I brev til innklagede av 20. april 2006 vedlagt tilbudet, gav valgte tilbyder denne redegjørelse for habilitetsspørsmålet:

”Til salg og skjenkekontroller bruker Securitas AS vektere som ikke har andre oppgaver i selskapet, som kan komme i konflikt med arbeidet som kontrollører.

[...]

Kontrollørene skal ikke ha andre jobber eller arbeidsgivere som kan skape habilitetsproblemer. Det vil blant annet si at de ikke kan jobbe i bedrifter som har salgs- eller skjenkebevilling.

[...]

Securitas AS sier nei til oppdrag som blant annet dørvaktjeneste ved de skjenkestedene vi kontrollerer, for ikke å komme i en dobbeltrolle eller habilitetskonflikt.

- *Det er ingen foretak i Hamar, Gjøvik eller Lillehammer som kommer i konflikt med Securitas AS habilitet.*

Securitas AS kan ha et kundeforhold med noen av stedene som kontrolleres. Ved disse tilfellene utføres; alarmovervåkning, mobilt vakthold, pengetransport og svinntjenester. Dette fører ikke til habilitetsproblemer da det er andre avdelinger eller firmaer i Securitas AS, og andre vektere som utfører disse tjenestene.”

Etter forespørsel fra innklagede ga valgte tilbyder i brev av 29. juni 2006 en redegjørelse for kunder som Securitas AS har tjenesteleveranser hos, og opplyste følgende:

”Dersom Securitas AS tildeles kontrakten på salg og skjenkekontroll i ovenstående kommuner, avsluttes avtaler med kunder hvor selskapet kommer i habilitetskonflikt i henhold til de krav kommunene stiller i avtaleforholdet.”

I meddelelse om tildeling av 21. juli 2007 ga innklagede følgende begrunnelse for valg av tilbyder:

”De samarbeidende kommunene har etter dette besluttet å inngå avtale for de neste 4 årene (3+1 år) med følgende leverandør:

Securitas AS

Valget av Securitas som leverandør knyttes til følgende tildelingskriterier:

- *Tilbudets presentasjon av de forespurte tjenester, hvor innhold, struktur og presentasjonsform var meget bra.*
- *Totale kostnader på tilbudte tjenester, hvor valgt leverandør på området salgskontroll og skjenkekontroll med både en og to kontrollører i 30 og 45 min. hadde en vesentlig bedre pris.*
- *Leveringssikkerhet av og kvalitet på tilbudte tjenester, kunne Securitas som leverandør tilby flere kontrollører og bedre fordeling på alder og kjønn. Likeledes var tilbudt opplæringsplan og instruks for kontrollvirksomheten planmessig og godt dokumentert.*

På de øvrige kriteriene viser evalueringen at de to tilbudene inneholdt gode og meget akseptable besvarelser.

I forbindelse med ovennevnte leverandørvalg vil det bli tatt inn en klausul som ivaretar kommunenes interesser i forhold til temaet inhabilitet, i tråd med det som ble gjennomgått på våre møter den 12. juni og 12. juli 2006. Ref. også deres brev av 12.07.2006 som bekrefter oppsigelse av avtaler som kan komme i et habilitetsforhold.”

Klager klaget på tildelingsbeslutningen i brev av 9. august 2006.

I brev av 14. august 2006 la innklagede til grunn at habilitetsspørsmålet var ivaretatt på en forsvarlig måte, og at man av den grunn ikke hadde forskjellbehandlet tilbyderne.

Klager fastholdt i brev av 21. august 2006 påstanden om at valgte tilbyder var inhabil.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Vedrørende innklagedes anførsel om at klagen skal avvises fra behandling i klagenemnda, anfører klage at når innklagede kontrollerer de opplysninger valgte tilbyder har gitt om egen habilitet, må klagenemnda kunne vurdere om innklagede i den forbindelse har handlet i strid med regelverket.

Klager anfører at innklagede har plikt til avvise valgte tilbyder på grunnlag av at denne er inhabil i henhold til forvaltningsloven § 6. Valgte tilbyder har direkte eller indirekte forretningsforhold med flere av de virksomheter det skal utøves salgs- og skjenkekontroll i. Dette er i strid med konkurransegrunnlagets pkt. 2.6 og pkt. 12 i vedlegg til konkurransegrunnlaget.

Klager anfører at valgte tilbyder ikke har redegjort for habilitetsspørsmålet på en tilfredsstillende måte i henhold til vilkårene som fremgår av konkurransegrunnlaget, jf brev av 16. juni 2006. Etter konkurransegrunnlaget skulle kontrollvirksomheten starte opp 1. september 2006. Klager kan ikke se at virksomhetene innad i valgte tilbyders organisasjon er tilstrekkelig atskilt fra og med dette tidspunktet.

Det tilføyes at andre kommuner ikke har tildelt kontrakt til valgte tilbyder av habilitetsgrunner. Her kan nevnes Valdres kommune og Nordre Land kommune.

Klager anfører videre at klager er blitt forskjellsbehandlet. Valget av tilbyder innebærer et brudd på den praksis innklagede har etablert de siste årene hva angår forvaltningslovens habilitetsbestemmelser. Klager fikk i oktober 2001 beskjed av innklagede at selskapet måtte avvikle andre kontrakter det hadde med de bedrifter det skulle drive salgs- og skjenkekontroll i, av hensyn til habilitetsreglene i forvaltningsloven.

Klager anfører at forsøk på videre avklaringer utgjør et brudd på forhandlingsforbudet i forskriftens § 9-1 (2). Når innklagede ved første gangs forespørsel til valgte tilbyder om organisering/kundeforhold ikke fikk tilstrekkelig/tilfredsstillende redegjørelse for dette, måtte det fremstå for kommunene som klart at dette kunne være brudd på et vesentlig avtalevilkår inntatt i konkurransegrunnlaget.

Innklagede har anført at valgte tilbyders rettelse av tilbudet kan sammenlignes med de tilfeller som følger av forskriftens § 15-12 (2) g). Klager anfører at forholdet faller inn under forhold ved tilbudet, § 15-10. Klager kan heller ikke se at klagenemndas avgjørelser i saker 2004/229 og 2003/75 er relevant for denne sak.

Det følger videre av brevet fra innklagede av 9. mai 2006 at innklagede anså en avklaring av forholdet rundt habilitet som et forhold av vesentlig betydning. Et avvik fra tilbudet i så måte vil ikke være tillatt etter forskriftens § 15-6 (3), og tilbudet skulle derfor blitt avvist etter forskriftens § 15-10 (1) c), eventuelt også § 15-10 (1) d).

Innklagedes anførsler:

Innklagede gjør prinsipielt gjeldende at kommunens inhabilitetsvurdering av valgte leverandør er et forhold som ikke kan prøves av klagenemnda, jf forskrift om Klagenemnd § 9, og at klagen derfor må avvises. Klagenemndas oppgave er å uttale seg om hvorvidt det er begått brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Vurderingen av forvaltningslovens habilitetsregler er imidlertid av forvaltningsrettslig art, og forholdet faller således utenfor klagenemndas oppgaver.

Innklagede anfører subsidiært at det ikke foreligger brudd på anskaffelsesregelverket. Bestemmelsen i pkt. 2.6 gjelder oppdragsgivers habilitet ved gjennomføringen av anbudskonkurransen, og er følgelig ikke av betydning her. Innklagede mener at valgte tilbyder har oppfylt habilitetsforutsetningen i kontrakten gjennom forsikringen om at alle avtaler som kan komme i konflikt med innklagedes habilitetskrav er eller vil bli oppsagt. Å avvise tilbudet fra valgte tilbyder på grunnlag av disse forholdene ville etter innklagedes oppfatning både være i strid med forutsetningene i konkurransegrunnlaget og de grunnleggende anskaffelsesrettslige regler og prinsipper. Dersom det senere skulle vise seg at valgte tilbyder likevel mangler evne eller vilje til å oppfylle denne forutsetningen, vil det være en omstendighet av avtalerettslig karakter og ikke et anskaffelsesrettslig forhold som klager har partsinteresse i.

Atter subsidiært gjøres det gjeldende at det ikke foreligger brudd på habilitetsreglene i fvl. § 6 følgende. Innklagede gjorde en vurdering av de kontraktuelle forhold, og om det var forhold ved leverandørene/anbudene som kunne sette skranker for en eventuell kontraktsinngåelse. Konklusjonen var at det verken var habilitetsmessige eller andre omstendigheter som var til hinder for dette.

I tilknytning til habilitetsvurderingen har valgte tilbyder gitt en nærmere redegjørelse for konsernets selskapsstruktur og hvilke tjenester som utøves under de enkelte selskaper, samt hvilke kundeforhold valgte tilbyder har i det aktuelle kontrollområdet. Selskapet har flere ganger bekreftet at det vil bringe alle forhold som vil komme i konflikt med habilitetsreglene til opphør. Valgte tilbyder har opplyst at dette gjelder alle kontrakter som faktisk eller potensielt kan være problematisk av hensyn til habilitetsklausulen, og omfatter både mobile og timebaserte tjenester. Valgte tilbyder garanterer også at de samme vekterne ikke utfører kontrolltjenester og andre tjenester overfor kontrollobjektene, verken for eget selskap eller for andre selskaper i valgte tilbyders konsern. Det er videre ikke nødvendig for valgte tilbyder å skille ut kontrollenhetene til et eget selskap ettersom selskapet sier seg villig til å si opp samtlige avtaler selskapet har med kontrollobjektene.

Klager anfører at det foreligger forskjellsbehandling mellom tilbyderne. Et spørsmål om forskjellsbehandling i anskaffelsesrettslig forstand må være knyttet opp mot gjennomføringen av anbudskonkurransen. Det er ikke tilfelle her.

Klager har gjort gjeldende at habilitetsvurderinger som kommunene tidligere har gjort er bindende i nærværende sak. Dette er feil. Habilitetsvurderingen må gjøres konkret på bakgrunn av kontrollørens forhold til det enkelte kontrollobjekt. Det presiseres at det stilles de samme strenge krav til habilitet i denne konkurransen som overfor klager da denne inngikk kontrakt med innklagede for noen år tilbake.

Innklagede gjør gjeldende at det ikke foreligger brudd på forhandlingsforbudet. Avklaringene som er gjort i denne saken er forankret i anskaffelsesforskriftens § 16-2 og § 16-1 b). Etter tilbudsfristens utløp ble det kun foretatt utdypninger/avklaringer i forhold til allerede foreliggende opplysninger, og tilbudet fra valgte tilbyder er derfor ikke endret i sitt innhold. Da valgte tilbyder på bakgrunn av henvendelsen av 9. mai 2006 ble bedt om å redegjøre nærmere for hvordan konkurransegrunnlagets habilitetskrav ville bli oppfylt, fremholdt selskapet at det ikke ville være problematisk å tilfredsstille innklagedes krav, og at selskapet således ville være kvalifisert i henhold til disse. Valgte tilbyder har med dette rettet opp en rettslig forutsetning for deltakelse i konkurransen.

Situasjonen kan sammenlignes med de tilfeller der leverandøren har gitt misvisende eller feilaktige opplysninger, jf forskriftens § 15-12 g). I et slikt tilfelle vil oppdragsgiver ha rett til å gi leverandør anledning til å supplere eller utdype fremlagte dokumenter. Dette underbygges også av at det er forholdene ved kvalifikasjonsvurderingen som er avgjørende for vurderingen av leverandørens videre deltakelse i anbudskonkurransen, jf klagenemndas avgjørelse i sak 2004/229. I klagenemndas avgjørelse i sak 2003/75 var det videre avgjørende at det ble foretatt en forsvarlig vurdering av om leverandøren oppfylte de materielle kvalifikasjonskravene som var stilt i konkurransegrunnlaget. At valgte tilbyder ikke hadde dokumentert sine kvalifikasjoner ga i et slikt tilfelle ikke grunnlag for avvising.

Sekretariatets vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 del I og III.

Klager anfører at valgte tilbyder må avvises på grunnlag av at denne ikke oppfyller bestemmelsene i konkurransegrunnlagets pkt. 2.6 og vedlegg 1 pkt. 12 til konkurransegrunnlaget.

Konkurransesgrunnlaget pkt. 2 viser til forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001, og pkt. 2.6 har tilsvarende ordlyd som anskaffelsesforskriftens § 3-4. Etter konkurransesgrunnlaget pkt. 2.6 og anskaffelsesforskriftens § 3-4 gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven § 40 nr. 3 tilsvarende ved ”behandling av saker som omfattes av” anskaffelsesforskriften. Bestemmelsen slår fast at habilitetsreglene i forvaltningsloven gjelder i alle faser av anskaffelsesprosedyren. Kravet til habilitet retter seg dermed mot de som planlegger og forbereder konkurransesgrunnlaget og de som treffer avgjørelser under prosessen. Bestemmelsen regulerer ikke valgte tilbyders etterfølgende oppfyllelse av den tildelte og inngåtte kontrakt.

I henhold til pkt. 12 i de generelle avtalevilkår, som er tatt inn som et vedlegg til konkurransesgrunnlaget, ”forplikter [leverandør] seg til å ikke utføre oppdrag eller ha kundeforhold med virksomheter med skjenke- eller salgsbevilling i Gjøvik, Hamar eller Lillehammer kommunene”. Det fremgår av sakens dokumentasjon at valgte tilbyder har forpliktet seg til dette. Den etterfølgende etterlevelse av dette, vil være et kontraktsrettslig spørsmål som klagenemnda ikke har grunnlag for å ta stilling til jf forskrift om Klagenemnd § 9. Det foreligger ikke hjemmel for å avvise valgte tilbyder på dette grunnlag.

Vedrørende klagers anførsel om forskjellsbehandling, bemerker klagenemndas sekretariat at prinsippet om likebehandling regulerer den konkrete anbudskonkurranse, ikke forholdene mellom ulike anbudskonkurranser.

Klager anfører at innklagedes avklaringer av valgte tilbyders habilitet er i strid med forhandlingsforbudet i forskriftens § 16-1. Som det følger av § 16-1 (2) a) lest i sammenheng med forhandlingsforbudet i § 16-1 (1), er kontakten mellom oppdragsgiver og leverandør begrenset til klargjøring av uklarheter i tilbudet. Det fremgår av sakens dokumentasjon at avklaringer gitt av valgte tilbyder etter tilbudsfristen omhandlet konsernets selskapsstruktur og hvilke tjenester som utøves under de enkelte selskaper, samt hvilke kundeforhold Securitas AS har i det aktuelle kontrollområdet.

Klagenemndas sekretariat kan ikke se at dette endrer tilbudets innhold. Forskriften § 16-1 (1) er følgelig ikke krenket ved at innklagede innhentet informasjon i tilknytning til habilitetsspørsmålet fra valgte tilbyder.

Klager anfører videre at valgte tilbyders tilbud skulle ha blitt avvist etter forskriftens § 15-10 (1) c), eventuelt § 15-10 (1) d). Klagenemnda kan ikke se at valgte tilbyders tilbud inneholder et ”avvik fra konkurransesgrunnlaget” i strid med forskriftens § 15-6, jf § 15-10 (1) c).

Klagenemnda kan heller ikke se at valgte tilbyder har tatt forbehold i tilknytning til habilitetskravet som ”kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene”, jf forskriften § 15-10 (1) d).

Med vennlig hilsen

Ann Mari Bjørlo
Førstekonsulent

Kopi: Innklagede