

Ruth Line Walle-Hansen  
Aperto Advokat  
Nedre Slottsgate 15  
0157 OSLO

Deres referanse

Vår referanse  
200503811-/MEA

Dato  
28. februar 2007

## **Habilitet ved offentlige anskaffelser – ansatt hos oppdragsgiver som deltar i et privat firma som konkurrerer om oppdrag**

Vi viser til deres e-post av 24. oktober 2006 der det bes om veiledning knyttet til anvendelsen av regelverket om offentlige anskaffelser ved tilbud fra egne ansatte.

Dine spørsmål er knyttet til hvordan de generelle habilitetsbestemmelsene skal forstås når en offentlig ansatt også arbeider i et privat firma og er medeier i dette, samtidig som det private firmaet konkurrerer om et oppdrag fra den offentlige virksomhet der vedkommende er ansatt.

Departementets uttalelse her knytter seg til krav som følger av anskaffelsesregelverket. Disse reglene er ikke til hinder for strengere interne regler hos oppdragsgiver. Vi viser til uttalelsen i Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) Om lov om endring i lov om offentlige anskaffelser s. 19, der det under omtalen av etiske retningslinjer uttales at det er opp til den enkelte virksomhet å utarbeide nærmere retningslinjer for oppfølging av regelverket. Det kan også tenkes at noen arbeidsgivere regulerer dette i sine ansettelseskontrakter.

Vi gjør for øvrig oppmerksom på at det er domstolene som har det avgjørende ordet når det gjelder tolkningen av regelverket.

### **1. Forskriftsendring**

I den tidligere anskaffelsesforskriften, opphevet ved forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, var det et særskilt forbud i § 3-5 mot at en ansatt

hos oppdragsgiver deltok i konkurranse eller inngikk kontrakt med den administrasjon har gjorde tjeneste.

Det fremgår av NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser s. 130 at formålet med forbudet var å *"motvirke at tjenestemann benytter seg av sin stilling eller sine bekjenskaper innen en administrasjon til å oppnå fordeler. Også hensynet til den alminnelige tillit til saksbehandlingen tilsier et slikt forbud"*.

Bestemmelsen er ikke videreført i den nye anskaffelsesforskriften. Departementet redegjorde for bakgrunnen for dette i høringsnotat av 6. april 2005<sup>1</sup>:

*"Den eneste hele bestemmelsen som foreslås tatt ut, er gjeldende forskrift § 3-5. Bestemmelsen, som oppstiller et forbud mot at oppdragsgivers ansatte deltar i konkurransen, antas å være tilstrekkelig dekket opp av øvrige habilitetsbestemmelser. I tillegg har bestemmelsen tidvis vært tolket dit hen at det ikke er tillatt å gi tilbud i egenregi og har dermed vært ansett som et hinder for konkurranseutsetting. Dette har ikke vært intensjonen bak bestemmelsen."*

Etter departementets oppfatning er derfor rettstilstanden i hovedsak ikke endret selv om bestemmelsen er opphevet.

## **2. Gjeldende regelverk**

### *2.1 Lov og forskrift om offentlige anskaffelser*

Oppdragsgivers håndtering av tilbud fra egne ansatte kan komme i strid med kravet til gjennomsiktighet og likebehandling i lovens § 5 og tilsvarende bestemmelse i forskriftens § 3-1.

De grunnleggende kravene i lovens § 5 følger av prinsippene om forsvarlig saksbehandling, anbudsrettslige prinsipper og prinsipper som følger av EØS-avtalen. Ved vurderingen av begrensninger på adgangen til å håndtere tilbud fra egne ansatte må en dermed finne veiledning i disse prinsippene. Det presiseres at reglene og prinsippene om habilitet retter seg mot oppdragsgiver og dennes ansatte, ikke mot leverandørene. Det vil her først bli redegjort for begrensninger som følger av habilitetsreglene i forvaltningsloven, deretter anbudsrettslige prinsipper og så generelle krav etter EØS-avtalen. Disse henger til dels nært sammen, men det kan også være til dels ulike krav som følger av de enkelte reglene/prinsippene.

Vi gjør også oppmerksom på bestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 som slår fast at oppdragsgiver ikke skal benytte rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjonene, dersom de kan ha en økonomisk interesse i anskaffelsen, og det skjer

---

<sup>1</sup> Høringsnotatet kan leses på

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/Horinger/Horingsdokumenter/2005/Horing-endoringer-i-regelverket-for-offentlige-anskaffelser.html?id=97747>.

på en måte som vil kunne utelukke konkurransen. At oppdragsgiver ikke skal søke eller motta råd fra personer som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, må også gjelde for ansatte hos oppdragsgiver, som kan ha en slik økonomisk interesse. For en nærmere redegjørelse for innholdet i denne bestemmelsen, viser vi til Veileder til reglene om offentlige anskaffelser pkt. 5.4.<sup>2</sup>

## *2.2 De generelle habilitetsreglene*

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-7 (tidligere forskrift § 3-4) viser til de alminnelige habilitetsreglene i forvaltningsloven §§ 6-10. Disse bestemmelsene krever ikke at man faktisk er inhabil, det er tilstrekkelig at det foreligger forhold som er egnet til å svekke tilliten til vedkommendes upartiskhet, jf. § 6 annet ledd.

Bakgrunnen for at vi har regler om habilitet i forbindelse med offentlige anskaffelser, er at det er viktig at aktørene har tillit til at alle beslutninger i anskaffelsesprosessen er basert på saklige hensyn. Dersom leverandørene ikke har tillit til at de beslutningene som fattes er upartiske, kan dette på sikt svekke konkurransen ved at leverandører avstår fra å delta i konkurranser som er arrangert av det offentlige.

Det følger av forvaltningsloven § 6 første ledd at dersom en offentlig tjenestemann er inhabil kan han verken treffe avgjørelse eller tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse. Etter departementets oppfatning følger det av dette at habilitetsreglene gjelder på alle stadier av en anskaffelse, herunder planlegging og beslutning.

Forståelsen av de generelle habilitetsreglene ble behandlet av Høyesterett i en sak gjengitt i Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten). Saken gjaldt tildeling av en konsesjon og offentlig tilskudd for hurtigbåtforbindelse. Den valgte leverandøren var et heleid offentlig foretak. Tildelingen ble klaget inn for fylkesutvalget. Tre av fylkesutvalgets medlemmer hadde styreverv hos den valgte leverandøren, og selskapets styreformann var også leder av fylkesutvalget.

Høyesterett viste til at verv i heleide offentlige foretak som hovedregelen ikke medfører inhabilitet, jf. forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e. Etter en konkret vurdering kan det likevel være grunnlag for motsatt konklusjon etter bestemmelsens annet ledd (særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet). Det ble vist til at det her var tale om en konkurransesituasjon, noe som generelt sett lettere medfører inhabilitet enn hva tilfellet er hvor det ikke er andre parter. Høyesterett kom til at alle de tre medlemmene var inhabile.

Departementet bemerker at offentlige anskaffelser normalt vil innebære at det foreligger en konkurransesituasjon, noe som altså lettere leder til inhabilitet enn hva tilfellet er hvor det ikke er andre parter.

---

<sup>2</sup> [http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/Veiledninger\\_og\\_brosjyrer/2006/Veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=437022](http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/Veiledninger_og_brosjyrer/2006/Veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=437022).

Anvendelsen av de generelle habilitetsreglene ble også behandlet av KOFA i sak 2003/59. Her engasjerte kommunen et firma til å bistå med den praktiske gjennomføringen av anbudskonkurransen. Firmaet skulle blant annet motta tilbudene, sammenstille faktaopplysninger og innklagedes vurderinger i matriser, samt sende ut brev til leverandørene. Dette firmaet deltok også som et medlem i en prosjekteringsgruppe i et av tilbudene som kommunen mottok. Nemnda viste til habilitetsreglene i forvaltningsloven, herunder § 10 som sier at reglene også gjelder for andre *”som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan”*. Den uttalte at *”[d]et å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse innbefatter i utgangspunktet ikke arbeid av mer kontorteknisk art, så som mottak av tilbud og sammenstilling av disse”*. KOFA konkluderte imidlertid med at kommunen hadde brutt god anbudsskikk jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-1 annet ledd, på grunn av den situasjonen som hadde oppstått ved at en av deltakerne i konkurransen skulle være mottaker av tilbudene og senere sammenstille disse.

Departementet viser også til at det følger av lov om offentlige anskaffelser § 1 annet punktum at *”regelverket skal [...] bidra til at det offentlige opptre med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte.”* Anskaffelsesregelverket er med andre ord også et virkemiddel for å hindre at offentlige innkjøp skjer på en måte som kan undergrave allmennhetens tillit. Det er særlig viktig at anskaffelsene skjer på en måte som vekker tillit utad. Dette er spesielt relevant i spørsmålet om å motta tilbud fra personer som er ansatt hos oppdragsgiver.

### *2.3 God anbudsskikk*

Som referert ovenfor i pkt. 2.2 konstaterte KOFA brudd på kravet til god anbudsskikk i sak 2003/59, der et forhold ikke var omfattet av habilitetsbestemmelsene. Bakgrunnen er at firmaet ble satt i en posisjon som lett kunne misbrukes, og at det kunne oppstå tvil med hensyn til om konkurransen hadde foregått på like vilkår. Videre ga denne posisjonen firmaet mulighet til å gjøre seg kjent med sensitive opplysninger og forretningshemmeligheter i samtlige tilbud, hvilket kunne hemme konkurransen. Departementet mener man må legge en tilsvarende forståelse til grunn der oppdragsgivers ansatte også har interesser i et konkurrerende privat foretak.

Det følger med andre ord av denne uttalelsen, at kravet til god anbudsskikk kan være strengere enn det som følger av de generelle habilitetsreglene i forvaltningsloven.

Vi viser også til Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjetterminen 2005, Dokument nr. 1 (2006–2007): Riksrevisjonen rapporterte til Stortinget i 2005 om bierverv for ansatte i helseforetak. Av gjennomgangen fremgikk det at flere ansatte i Helse Bergen HF hadde bierverv ved et selskap som driver søvnklinikkk eller direkte for eieren av dette selskapet. Eieren av selskapet jobbet ellers på Haukeland sykehus og ved et av søvnsentrene i selskapet. Eieren av selskapet var også med i Nasjonalt Kompetansesenter for Søvn sykdommer, lokalisert på Haukeland sykehus. Riksrevisjonen mente det var uheldig hvis en lege sitter i en posisjon ved et

offentlig sykehus eller nasjonalt kompetansesenter der han kan henvise pasienter til sin egen private klinikk. Det er en grunnleggende forutsetning for samarbeid med private aktører at det ikke skal oppstå uklarheter knyttet til de forskjellige aktørenes roller. Riksrevisjonen viste også til at det er grunnleggende at befolkningen har tillit til at helsepersonell ikke er utilbørlig påvirket. Denne tilliten kan brytes når helsepersonell har former for bierverv som gjør at det kan skapes tvil om personens integritet og uavhengighet. Det ble ansett kritikkverdigg at helseforetakene ikke opptrådte ryddig i forholdet med private leverandører av helsetjenester.

#### *2.4 Spesielle krav fra EF-retten*

Anskaffelsesreglene er basert på EF-retten og har sine særegenheter. Det er derfor trolig ikke tilstrekkelig å kun vurdere spørsmålet om tilbud fra egne ansatte ut fra habilitetsbestemmelsene i forvaltningsloven og kravet til god anbudskikk, men en bør også se hen til likebehandlingsprinsippet i EØS-avtalen, spesielt slik det er utviklet å gjelde for anskaffelser. Vi viser her til Steen Treumer, Ligebehandlingsprinsippet i EU's udbudsregler 1. utg., 2000, side 90 følgende:

*”Lignende målsætninger ligger bag udbudsreglerne og inhabilitetsregelen efter ligebehandlingsprinsippet, men sammenlignet med den almindelige forvaltningsret skal disse hensyn vægtes tungere. Det overordnede mål med udbudsreglerne er at åbne markedet for offentlige kontrakter i EU for effektiv konkurrence gennem et regelsæt, der sikrer ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighed. Regelsættet som sådan er et opgør med magtfordrejning og en tradition for diskriminaton av navnlig udenlandske tilbudsgivere. Ligebehandlingsprinsippet skal derfor fortolkes forholdsvis restriktivt, hvis dette tjener til at fremme den effektive konkurrence.*

*Hensynet til befolkningens tillid til forvaltningen gør seg tilsvarende gjældende ved fortolkningen af ligebehandlingsprinsippet, men i en variant, der kan formuleres mer snøvert og med større vægt taler for en restriktiv tilgangsvinkel til habilitetsproblematikken end efter forvaltningsloven. Dette skal ses i sammenhæng med, at tilliden til at ordregiveren agerer upartisk og ikke lader en enkelt tilbudsgivers interesser påvirke konkurrenceforholdene gennem teknisk dialog, har afgørende betydning for, at potentielle tilbudsgivere ønsker at bruge tid og ressourcer på den ofte kostbare deltagelse i udbudsprocedurer reguleret af EUs udbudsregler.”*

Treumer legger altså til grunn en strengere praktisering av habilitet etter likebehandlingsprinsippet i EUs innkjøpsregler, enn etter tradisjonell forvaltningsrett, når en slik fortolkning fremmer effektiv konkurranse.

Likebehandlingsprinsippet krever også at alle leverandører som ønsker å levere tilbud mottar den samme informasjonen. I et tilfelle hvor det er aktuelt å motta tilbud fra en leverandør som har en forbindelse til en ansatt hos oppdragsgiver, kan dette skjerpe kravet til å gi informasjon til de andre leverandørene.

### **3. Den konkrete henvendelsen**

Ut fra ovennevnte redegjørelse mener departementet at et privat firma, som har en ansatt som også er ansatt i en offentlig virksomhet, kun kan konkurrere om oppdrag fra den samme offentlige virksomheten, så lenge den offentlige ansatte ikke selv på noen måte er involvert i konkurransen. Nærmere bestemt kan den offentlige ansatte ikke være involvert i anbudsprosessen på den offentlige virksomhetens vegne, jf. kravet til likebehandling, god anbudsskikk, forskrift om offentlige anskaffelser § 3-8 og forvaltningsloven § 6 annet ledd. Dette gjelder også arbeid av ren kontorteknisk art, jf. KOFA- sak 2003/59. Det vil og være problematisk om den offentlig ansatte er involvert i anbudsprosessen på det private firmaets vegne. Dette kan etter departementets oppfatning være i strid med kravet til likebehandling, da vedkommende gjennom sin stilling kan ha tilgang til informasjon som andre tilbydere ikke har.

Det må ved vurderingen av om det vil krenke kravet til likebehandling, god anbudsskikk, forskrift om offentlige anskaffelser og forvaltningsloven § 6 annet ledd tas i betraktning at lov om offentlige anskaffelser skal sikre at det offentlige opptre med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte, jf. lovens § 1, og skal sikre at konkurransen ikke svekkes ved at leverandører velger å ikke delta i konkurransen, jf. lovens § 5.

Oppdragsgiver må dermed konkret vurdere om det vil være i strid med anskaffelsesreglene å motta tilbud fra leverandører hvor egne ansatte vil delta i utføringen av arbeidet. Denne vurderingen må ta i betraktning de reelle forhold. Dersom den ansatte hos oppdragsgiveren reelt sett er involvert i anskaffelsen enten hos oppdragsgiver eller hos den private part kan det ikke avhjelpe situasjonen at den ansatte formelt ikke er involvert.

Der anbudsprosessen ender med kontrakt antar departementet at det ikke eksisterer noen generell begrensning mot at vedkommende kan delta i den etterfølgende arbeidsinnsatsen i det private firmaet med det oppdrag som er tildelt fra nevnte offentlige virksomhet. Konkurransen er på dette tidspunktet avsluttet. Man kan imidlertid ikke se bort fra at det kan tenkes situasjoner der forbindelsen mellom beslutningstagerne hos oppdragsgiver og den ansatte oppfattes å være så tett at det medfører en begrensning av konkurransen. I slike tilfeller vil kravet til likebehandling, god anbudsskikk og habilitetsbestemmelsene kunne medføre at firmaet hvor den offentlige ansatte arbeider ikke kan delta i konkurransen.

### **4. Konsekvenser av potensielt regelbrudd**

Dersom oppdragsgiver mottar tilbud som ikke kan håndteres uten at det kommer i strid med reglene og prinsippene som er omtalt ovenfor, må oppdragsgiver etter departementets oppfatning ha plikt til å avvise leverandøren. Forskrift om offentlige anskaffelser angir ikke noen spesifikk avvisningsregel for slike tilfeller, men departementet skriver følgende i Veileder til reglene om offentlige anskaffelser pkt. 13.1.2:

*”Det kan imidlertid ikke utelukkes at oppdragsgiver plikter å avvise i andre særlige tilfeller enn de som er uttrykkelig regulert i forskriften. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle der det vil være i strid med de grunnleggende prinsippene å behandle tilbudet, for eksempel likebehandlingsprinsippet.”*

Vi viser også til forskriftens §§ 11-10 første ledd bokstav f og 20-12 første ledd bokstav f, som pålegger oppdragsgiver en plikt til å avvise leverandører som har blitt benyttet under utarbeidelse av spesifikasjoner i strid med forskriftens § 3-8. De samme hensyn som ligger bak denne avvisningsplikten, vil etter departementets oppfatning også gjøre seg gjeldende dersom det foreligger forhold som gjør at oppdragsgiver ikke kan håndtere tilbud fra leverandøren uten å komme i strid med reglene og prinsippene omtalt ovenfor.

Med hilsen

Pål Hellesylt (e.f.)  
avdelingsdirektør

Monica Auberg-Slettebø  
seniorrådgiver