



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, vesentlig endring av kontrakt, ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av sanering av forurenset grunn på Skomvær fyr. I konkurransegrunnlaget var det inntatt et krav om bruk av lærling. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av at det ikke var dokumentert at lærlingekravet var oppfylt. Lærlingekravet var et kontraktskrav, og klagenemnda kom til at valgte leverandør ikke hadde tatt forbehold mot kravet eller at tilbudet på andre områder inneholdt vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Klagers anførsel førte dermed ikke frem. Heller ikke klagers anførsel om at kontrakten var vesentlig endret gjennom mangelfull håndhevelse av lærlingekravet førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 13. november 2018 i sak 2017/344

Klager: SP Maskin AS

Innklaget: Kystverket Nordland

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Jakob Wahl, Karin Fløistad

Bakgrunn:

- (1) Kystverket Nordland (innklagede) kunngjorde 21. juni 2017 en åpen tilbudskonkurranse for anskaffelse av sanering av forurenset grunn på Skomvær fyr. Anskaffelsens verdi var estimert til 1 300 000 kroner. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.2 angitt til 7. august 2017.
- (2) I kunngjøringen punkt II.2.7 var kontraktens varighet angitt med oppstart 18. august 2017 og ferdigstillelse 30. september 2017.
- (3) Av konkurransegrunnlaget del II punkt 2.3.3 «Krav til lærlinger» fremgikk det at «Leverandøren skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning. Lærlinger skal benyttes for utførelse av kontraktsarbeidet. På byggherrens forespørsel skal entreprenøren dokumentere tilknytning til lærlingordning og vise til hvilke lærlinger som deltar aktivt i utførelsen av kontraktsarbeidet.»
- (4) Innklagede mottok fem tilbud innen tilbudsfristen, herunder fra SP Maskin AS (klager) og EN Entreprenør AS (valgte leverandør).
- (5) I forbindelse med evalueringen av tilbudene kontaktet innklagede valgte leverandør i e-post 8. august 2017, med forespørsel om å få oversendt dokumentasjon på at konkurransegrunnlagets lærlingekrav var oppfylt. Valgte leverandør svarte på henvendelsen samme dag:

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

«Se vedlagte erklæring, viser også til at det ikke er noe lærlingprogram for miljøsanering pr dags dato i utdanningsplanen.

Videre viser vi til forskrift om offentlige anskaffelser, Både sum og lengde på denne anskaffelsen er under verdiene på anskaffelser hvor krav om lærlinger skal benyttes.»

- (6) Av det vedlagte egenerklæringsskjemaet fremgikk følgende:

«Egenerklæring om tilknytning til offentlig godkjent lærlingeordning

Vi har ansatt maskinfører med fagbrev og er i pågående dialog med opplæringskontoret ved Hordaland Fylkeskommune hvor vi nå har bestått krav til å bli lærlingebedrift og hvor vi [vil] ansette en lærling innenfor maskinførerfaget så snart det lar seg fremskaffe en.

Vi gjør dog oppmerksom på at vårt hovedvirke som er sanering ikke er et spesifisert fagfelt og at det derfor ikke foreligger muligheter å ta inn lærlinger i vår bedrift som saneringsarbeidere. Faggruppene som skal utføre rivningsarbeidet omfattes ikke av utdanningsprogrammet for bygg- og anleggsteknikk. Dette må legges til grunn for bruk av lærlinger i utførelsen»

- (7) Innklagede meddelte at valgte leverandør var tildelt kontrakten i brev 9. august 2017.
- (8) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 24. august 2017. Oppdraget ble satt i gang umiddelbart og var ferdigstilt 11. september 2017.
- (9) Klager henvendte seg til innklagede 24. oktober 2017 med påstand om at valgte leverandør skulle ha vært avvist, og at innklagede ikke hadde etterlevd plikten til å følge opp kontrakten lærlinge krav.
- (10) Innklagede besvarte henvendelsen den 30. oktober 2017:

«Vi viser til deres brev datert 24.10.2017 med spørsmål om kontraktskrav i Kystverkets entreprise «Sanering av forurensset grunn på Skomvær fyrstasjon».

Kravet til bruk av lærlinger er verken et kvalifikasjonskrav for å få delta i konkurransen, eller et tildelingskriterium for å få tildelt kontrakten. Kravet er angitt i konkurransegrunnlagets del II - som, i konkurransegjennomføringsverktøyet (TendSign) er angitt som «oppdragsbeskrivelser med kontraktsbestemmelser».

Kontraktsarbeidene inkluderer transport av masser til vanns, se mengdebeskrivelsens pkt. 01.02.6. For dette kontraktsarbeidet har lærlinger deltatt aktivt, riktignok lærlinger fra underleverandør som var tilknyttet lærlingeordning.

Kystverket oppfatter saken slik at kontraktskravet er oppfylt.

Likevel vil ordlyden bli endret i våre kontraktsbestemmelser slik at det kommer klarere frem at dette kravet ikke gjelder i kontrakter med lavere verdi enn kr. 1.1 mil., og som varer kortere enn 3 måneder- hvilket var tilfelle i denne saken, jf. forskrift om plikt til bruk av lærlinger i offentlige kontrakter § 5, første ledd.»

- (11) Klager opprettholdt sin påstand i brev 31. oktober 2017. Innklagede redegjorde ytterligere for sitt syn på saken i brev 15. november 2017, og fastholdt at det var benyttet lærlinger i kontraktsarbeidet.
- (12) Ved e-poster samme dag kontaktet klager to av underleverandørene til valgte leverandør, Reno-Vest AS og Boreal Offshore AS, med spørsmål om disse hadde benyttet lærlinger i arbeidet. Boreal Offshore AS opplyste at de ikke hadde lærlinger, mens Reno-Vest AS besvarte henvendelsen som følger:

«Vi har ikke lærling knyttet opp mot Bremnes men vi har lærling i konsernet som vi benytter ved behov».
- (13) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 20. desember 2017.
- (14) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. oktober 2018

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (15) Innklagede skulle ha avvist tilbudet fra valgte leverandør fordi det ikke oppfylte et absolutt krav om bruk av lærlinger.
- (16) Innklagedes manglende oppfølging av at det ikke ble brukt lærlinger medfører at kontrakten er vesentlig endret, og at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (17) Nemnda bes ta stilling til om vilkårene for erstatning for den positive, subsidiært negative, kontraktsinteressen er oppfylt.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede bestrider at valgte leverandør skulle vært avvist. Kravet til lærlinger var et kontraktskrav, og trengte dermed ikke å være oppfylt før gjennomføringen av oppdraget. Innklagede hadde for øvrig ingen holdepunkter for at kravet ikke ville bli oppfylt.
- (19) Det har ikke skjedd noen vesentlig endring av kontrakten all den tid den er fulgt opp på en forsvarlig måte. Innklagede hadde ikke i forbindelse med gjennomføringen av oppdraget grunn til å tro at det ikke ble benyttet lærling, og kan heller ikke se at håndhevelsen er mangelfull som følge av at det i ettertid ikke er krevet prisavslag. Et eventuelt prisavslag ville uansett utgjort et begrenset beløp som ikke er egnet til å forskyve balansen i kontraktsforholdet.
- (20) For øvrig var valgte leverandørs tilbudssum under terskelverdi. Det kan derfor uansett ikke være tale om en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder sanering av forurenset grunn på Skomvær fyr som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi var estimert til 1 300 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger konkurransen derfor forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og II, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3. Det er heller

ikke tvilsomt at også spørsmålet om innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse må avgjøres ut fra bestemmelsene i forskriften del II. Selv om valgte leverandørs tilbudssum ikke oversteg den terskelverdien som da gjaldt, ble det utført tilleggsarbeider i et omfang som innebar at valgte leverandør ble betalt et vederlag som oversteg terskelverdien.

Avvisning av valgte leverandør

- (22) Klager hevder at kravet om lærlinger var et absolutt krav, slik at oppdragsgiver var forpliktet til å avvise tilbud som ikke oppfylte kravet på tilbudstidspunktet, jf. forskriften § 9-6 første ledd bokstav b.
- (23) Det følger av denne bestemmelsen at oppdragsgiver «*skal avvise et tilbud som (..) inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene*». Dette beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget.
- (24) Konkurransegrunnlagets lærlingekrav gjaldt gjennomføringen av kontrakten, og det var ikke stilt noe krav om dokumentasjon knyttet til dette kravet. Det stod heller ikke noe om hvilket omfang lærlinger måtte benyttes i forbindelse med arbeidene.
- (25) Oppdragsgiveres plikt til å bruke lærlinger i henhold til «*Forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter*» (lærlingforskriften) § 5 gjelder for kontrakter med varighet over tre måneder. Nemnda forstår det slik at bakgrunnen for at lærlingekravet ble inntatt i konkurransegrunnlaget i denne saken, på tross av at oppdraget skulle ferdigstilles på en drøy måned, er at kravet er en standardformulering i innklagedes konkurransegrunnlag. Dette synes også å være forklaringen på at det ikke fremstår som helt gjennomtenkt å operere med et lærlingekrav for denne kontrakten.
- (26) Selv om innklagede ikke hadde plikt til å benytte lærling, er lærlingforskriften § 4 utformet på en måte som tilsier at forskriften også kan være anvendelig ut over de situasjoner hvor det er plikt å bruke lærling. Lærlingforskriften er videre utformet slik at den er forutsatt å skulle supplere avtaler hvor det stilles krav om lærling. Se i denne forbindelse § 9, som blant annet inneholder følgende bestemmelse: «*En leverandør som er tilknyttet en lærlingordning og som kan dokumentere reelle forsøk på å inngå lærekontrakt uten å lykkes, skal av oppdragsgiver anses å ha oppfylt kravet om bruk av lærling.*»
- (27) Når innklagede har benyttet en standardformulering om bruk av lærling som er forutsatt utfylt av bestemmelsene i lærlingforskriften, legger nemnda derfor til grunn at kravet kan tolkes i lys av disse bestemmelsene selv om innklagede ikke hadde plikt til å oppstille krav om lærling.
- (28) I valgte leverandørs tilbud var ikke bruken av lærlinger omtalt. Innklagede innledet imidlertid en dialog med valgte leverandør med hensyn til å få dokumentert oppfyllelsen av kravet, og fikk til svar at selskapet «*er i pågående dialog med opplæringskontoret ved Hordaland Fylkeskommune hvor vi nå har bestått krav til å bli lærlingebedrift.*» Selv om denne siden av saken ikke er opplyst av partene, forstår nemnda det slik at dette innebærer at det kun var formaliteter som gjenstod før valgte leverandør var godkjent som lærlingebedrift. Valgte leverandør opplyste også at selskapet ville «*ansette en lærling innenfor maskinførerfaget så snart det lar seg fremskaffe en.*»

- (29) Valgte leverandørs svar ble avgitt ved e-post 8. august 2017, ti dager før kontraktens planlagte oppstart. Det var også tale om en kontrakt med begrenset varighet, arbeidene skulle være ferdig den 30. september 2017, altså en drøy måned senere. Med dette som bakgrunn er det lett å se for seg at kravet til å bruke lærlinger i forbindelse med gjennomføringen av prosjektet ville kunne by på utfordringer for valgte leverandør.
- (30) Valgte leverandørs bekreftelse på at selskapet ville ansette en lærling så snart det lot seg fremskaffe en, er imidlertid naturlig å forstå som en forpliktelse til å gjøre reelle forsøk på å få ansatt en lærling innen oppdragets oppstart. Når konkurransegrunnlagets regulering suppleres med bestemmelsene i lærlingforskriften, inneholder dermed ikke klagers tilbud et avvik eller forbehold mot lærlingekravet. Dette innebærer at valgte leverandørs tilbud ikke inneholdt noe avvik fra anskaffelsesdokumentene, og klagers anførsel om avvísning fører derfor ikke frem.

Ulovlig direkte anskaffelse

- (31) Klager har i tiden etter at oppdraget var ferdigstilt fremskaffet dokumentasjon som gjør at det kan stilles spørsmål ved om valgte leverandør faktisk benyttet lærlinger i kontraktsarbeidene. Klager hevder i den forbindelse at innklagede ved ikke å følge opp bruken av lærlinger i kontraktsarbeidene har endret kontrakten vesentlig, slik at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (32) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til lov om offentlig anskaffelser § 12 i Prop.51 L (2015-2016) og klagenemndas avgjørelse i sak 2017/33 premiss (17). Det følger av forskriften § 11-2 (1) at oppdragsgiver kan foreta *«endringer som ikke er vesentlige i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse etter forskriften»*. Dersom oppdragsgiver vesentlig endrer kontrakten, skal dette anses som en ny anskaffelse som må kunngjøres i henhold til regelverket, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2015/57 premiss (24), med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 presstext. Mangelfull håndhevelse av kontrakten kan etter omstendighetene anses som en vesentlig endring av kontrakten, se klagenemndas avgjørelse i sak 2015/27.
- (33) Slik saken er opplyst legger nemnda til grunn at valgte leverandør verken hadde ansatt lærling ved gjennomføringen av oppdraget, eller dokumentert overfor oppdragsgiver *«reelle forsøk på å inngå lærekontrakt uten å lykkes»*. Det er opplyst at en av valgte leverandørs underleverandører er godkjent lærlingebedrift, og har en ansatt lærling, men slik saken er opplyst må det anses sannsynliggjort at det ikke ble brukt lærling ved utførelsen av kontraktsarbeidene ved Skomvær fyr. Nemnda legger på denne bakgrunn til grunn at valgte leverandør misligholdt kontraktens krav om bruk av lærling.
- (34) For at en leverandørs mislighold av kontrakten skal kunne anses som en ulovlig direkte anskaffelse forutsetter det imidlertid at oppdragsgivers oppfølging av kontrakten har vært mangelfull, og at dette må kunne likestilles med at kontrakten er vesentlig endret, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2015/27 premiss (39) flg.
- (35) Innklagede tok som nevnt kontakt med valgte leverandør før kontraktstildeling for å forsikre seg om at det ville bli benyttet lærlinger. I tillegg er det opplyst at innklagede ved befaring i forbindelse med utførelsen av oppdraget fikk bekreftet at det ble benyttet lærling i forbindelse med kontraktsarbeidet, men at det var snakk om en lærling ansatt hos en av underleverandørene.

- (36) Slik saken ligger an har innklagede dermed ved to anledninger fulgt opp lærlingekravet overfor valgte leverandør, og fått svar som man fant tilfredsstillende. Selv om det i valgte leverandørs tilbud var lagt opp til bruk av egen lærling, ikke underleverandørers, kan nemnda ikke se at det er grunnlag for å konstatere at oppfølgingen av kontrakten har vært mangelfull, når det ses hen til oppdragets begrensede verdi og varighet og at lærlingekravet ikke stilte krav med hensyn til omfanget av bruken av lærlinger.
- (37) Det gjenstår å ta stilling til betydningen av at klager etter at oppdraget var gjennomført har kommet med dokumentasjon som sannsynliggjør at det ikke ble brukt lærling i kontraktsarbeidet. Den eneste misligholdsbeføyelsen som fremstår aktuell i denne forbindelse er et prisavslag, som i og med at det ikke var stilt krav til omfanget av bruken av lærlinger, ville være av helt beskjeden størrelse. Nemnda kan ikke se at det ut fra anskaffelsesregelverkets forbud mot vesentlige endringer, kan utledes et krav om at en slik misligholdsbeføyelse skulle vært gjort gjeldende.

Konklusjon:

Kystverket Nordland har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk