



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. De generelle kravene i § 4.

Innklagede gjennomførte en konkurranse for etablering av VA-ledninger. Klager anførte prinsipielt at tilbudet fra valgte leverandør skulle ha vært avvist i medhold av loven § 4. Klager anførte også at innklagede hadde akseptert en «vesentlig endring» av kontrakten. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. juni 2020 i sak 2019/368

Klager: ØPD AS

Innklaget: Nissedal kommune

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Elisabeth Wiik, Kjersti Karlstrøm

Bakgrunn:

- (1) Asplan Viak publiserte 11. desember 2018 en åpen tilbudskonkurranse for etablering av VA-ledninger fra Nissedal til Ånundsbuoddane på vegne av Nissedal kommune (heretter *innklagede*). Konkurransen ble publisert i konkurransegjennomføringsverktøyet EU-Supply. Tilbudsfrist ble i konkurransebeskrivelsen punkt 4.4.2 angitt til 31. januar 2019.
- (2) Anskaffelsesdokumentene besto av en konkurransebeskrivelse, et kontraktsgrunnlag, en presentasjon av «*Skiensmodellen*» og en SHA-plan.
- (3) Oppdraget var planlagt å skulle påbegynne januar/februar 2019, og ferdigstilles innen utgangen av 2019.
- (4) Kontrakt skulle tildeles tilbyderen med lavest pris.
- (5) Av kontraktsgrunnlaget punkt G-1 fremgikk følgende:

«G OPPDRAGSGIVERS YTELSE OG VILKÅR

[...]

Byggherrevilkår:

• Kommunen har reglement for å hindre sosial dumping, og denne er basert på "Skiensmodellen". Denne skal følges av tilbydere.»

- (6) I presentasjonen av Skiensmodellen var det inntatt en 14-punktsplan, først vedtatt av Skien kommune i 2014, med «*særskilte kontraktsbestemmelser som skjærer kravene ved utlysning av offentlige anbud innenfor bygg- og anleggskontrakter*». Skiensmodellen er senere adoptert av flere kommuner og Telemark fylkeskommune. Dette gjelder også

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

innklagede, som – ved kommunestyrevedtak av 5. oktober 2017 – vedtok samtlige av Skiensmodellens 14 punkter.

- (7) Av relevans for saken er først og fremst Skiensmodellens punkt 6 om lærlinger:
«Tilbyder og underentreprenører som skal engasjeres i prosjektet skal være godkjente og aktive lærlingebedrifter. Når størrelsen på prosjektet tilsier det kan oppdragsgiver kreve at det skal være lærlinger i prosjektet (Gjelder norske bedrifter).»
- (8) Under punktet *«Timepriser for regningsarbeider»* i konkurransebeskrivelsen, var det bedt om pris for bruk av fagarbeider, hjelpearbeider, lærling og formann/ingeniør.
- (9) Innklagede mottok tre tilbud innenfor tilbudsfristen, herunder fra Telemark Seaworx AS (heretter *valgte leverandør*) og ØPD AS (heretter *klager*). Det fremgikk av tilbudsvurderingen datert 5. februar 2019 at klager tilbød nest laveste pris etter valgte leverandør.
- (10) Valgte leverandør ble tildelt kontrakten 8. februar 2019.
- (11) Klager påklaget tildelingen 12. februar 2019, og anførte at valgte leverandør ikke var en *«godkjent og aktiv lærlingebedrift»*.
- (12) Innklagede besvarte klagen 13. februar 2019, og fremholdt at henvisningen til Skiensmodellen var for å hindre sosial dumping, og at det ikke var oppstilt noe krav til lærlingordning i kontraktsgrunnlaget.
- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 1. mars 2019.
- (14) Ved attest datert 18. mars 2019 fikk innklagede bekreftet at valgte leverandør var tilknyttet Opplæringskontoret for teknologifag i Telemark, og at de jobbet med å knytte til seg lærlinger.
- (15) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. juni 2019.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 22. juni 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Valgte leverandør skulle ha vært avvist ettersom selskapet ikke oppfylte kravet i konkurransegrunnlaget om at tilbyderne måtte være *«godkjente og aktive lærlingebedrifter»*. Valgte leverandørs tilbud viste at valgte leverandør ikke var en godkjent lærlingebedrift, og tilbudet inneholdt dermed et forbehold mot en vesentlig kontraktsbestemmelse. Alternativt skulle valgte leverandør ha vært avvist fordi det var klart ut fra tilbudet at lærlingekravet ikke ville bli oppfylt i kontraktsperioden (antesipert mislighold).
- (18) Subsidiært anføres det at innklagede har brutt regelverket ved å foreta en vesentlig endring av kontrakten, ettersom misligholdet av Skiensmodellens krav om å være en godkjent og aktiv lærlingebedrift, ikke ble sanksjonert.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Henvisningen til Skiensmodellen innebar ikke at konkurransegrunnlaget stilte et kontraktsvilkår iht. modellens punkt 6. Dersom det var tvil om dette, må denne uklarheten gå utover oppdragsgiver, ikke tilbyderne. Skiensmodellen stiller krav om at oppdragsgiver skal treffe en egen beslutning om lærlinger, og en slik beslutning ble ikke truffet i denne anskaffelsen.
- (20) Valgte leverandør har uansett ikke tatt forbehold mot pkt. 6 i Skiensmodellen. Valgte leverandør var på tilbudstidspunktet i en posisjon tilsvarende formelt godkjente lærlingebedrifter ettersom de var medlem i Oppføringskontoret for teknologifag (OTEK).
- (21) Det forelå ingen avvisningsplikt som følge av antesipert mislighold. På tidspunktet før signering av kontrakt var det ingenting som tilsa at valgte leverandør ikke ville oppfylle pkt. 6 i Skiensmodellen i kontraktsfasen.
- (22) Kontrakten er heller ikke vesentlig endret som følge av manglende håndhevelse. Kommunen har gjort det som kan forventes for å få valgte leverandør til å bli en «*godkjent og aktiv lærlingebedrift*». Det er ingen aktuelle sanksjonsmuligheter som ikke er brukt.

Klagenemndas vurdering:

- (23) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder etablering av VA-ledninger, som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsen gjelder aktiviteter som er omfattet av forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 12. august 2016 nr. 975 (forsyningsforskriften) § 1-5, jf. § 1-1 bokstav c. Anskaffelsens estimerte verdi er ikke angitt i anskaffelsesdokumentene. De innkomne tilbudene er imidlertid i størrelsesorden 20 000 000 kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen dermed forsyningsforskriften del I, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-2 (1) bokstav b.
- (24) Klager anfører prinsipielt at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra konkurransen. Subsidiært anfører klager at innklagede har brutt de grunnleggende prinsippene i loven § 4 ved ikke å håndheve valgte leverandørs mislighold av kontrakten, og at kontrakten dermed er vesentlig endret.
- (25) Anførlene bygger på at valgte leverandør ikke oppfylte punkt 6 i den såkalte Skiensmodellen.
- (26) Av kontraktsgrunnlaget fremgikk det at kommunen hadde et reglement for å hindre sosial dumping, og at denne var basert på Skiensmodellen. Det var angitt at «*[Skiensmodellen] skal følges av tilbydere*».
- (27) Kravet i Skiensmodellen punkt 6 er at:

«Tilbydere og underentreprenører som skal engasjeres i prosjektet skal være godkjente og aktive lærlingebedrifter. Når størrelsen på prosjektet tilsier det kan oppdragsgiver kreve at det skal være lærlinger i prosjektet (Gjelder norske bedrifter).»
- (28) Slik klagenemnda leser konkurransegrunnlaget, kan det vanskelig forstås slik at innklagede – med den generelle henvisningen til Skiensmodellen – mente å oppstille et krav om at leverandørene måtte være «*godkjente og aktive lærlingebedrifter*». Slik

Skien modellen punkt 6 er utformet, er dette noe den konkrete oppdragsgiveren vil vurdere fra anskaffelse til anskaffelse, herunder med hensyn til «*størrelsen på prosjektet*», jf. for så vidt også denne systematikken i anskaffelsesloven § 7 andre ledd og § 6 tredje ledd i forskriften om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter.

- (29) Innklagede har forklart at et krav om bruk av lærlinger ble vurdert, men at dette ikke ble ansett som hensiktsmessig. Begrunnelsen for dette var at det ikke er mange bedrifter i og rundt Nissedal kommune som tilbyr den type arbeid som er etterspurt, som samtidig er godkjente lærlingebedrifter.
- (30) Det kan med rette stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av innklagedes valg om å vise til Skien modellen i konkurransegrunnlaget, og formuleringen om at modellen «*skal følges av tilbyderne*». Som nevnt ovenfor, forstår imidlertid klagenemnda konkurransegrunnlaget slik, at det ikke gir grunnlag for å konstatere at innklagede med dette stilte krav om at tilbyderne skulle være «*godkjente og aktive lærlingebedrifter*».
- (31) Klagers anførsler om avvisning og vesentlig endring som følge av at valgte leverandør ikke er en godkjent lærlingebedrift, kan dermed ikke føre frem.

Konklusjon:

Nissedal kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Karin Fløistad

Dokumentet er godkjent elektronisk