



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Mottaker
Codex Advokat Oslo AS
Postboks 8744 St. Olavs plass
0028 OSLO
Norge
Vegard M. Lund

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0371-11

Saksbehandler: Peter Aadland

Dato: 06.08.2019

Avgjørelse - klage over avvisningsvedtak

Klagenemndas sekretariat avviste 15. juli 2019 en klage fra Manpower AS (heretter klager) av 4. juni 2019 i en åpen anbudskonkurranse vedrørende Bærum kommunes inngåelse av en rammeavtale om kjøp av bemanningstjenester i kategori 1 «*Oppvekst*». Avvisningen ble begrunnet med at klagen klart ikke kunne føre frem, og at den dermed var uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndsforordningen) § 9.

Bakgrunnen for saken var at klager 16. mai 2019 ble avvist fra deltakelse i konkurransen med den begrunnelse at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget om betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag. Oppdragsgiver var Bærum kommune (heretter innklagede) på vegne av en rekke andre kommuner.

Klageren har i rett tid påklaget avvisningsbeslutningen til klagenemndas leder, som er klageinstans i dette tilfellet, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Klager har i korthet anført:

Konkurransegrunnlaget inneholder vilkår i strid med anskaffelsesforordningen § 16-3 om hvilke krav oppdragsgiver kan stille til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet, ved at det er stilt krav om erfaring fra minimum to tilsvarende oppdrag av minimum 20 millioner kroner pr. år pr. oppdrag/avtale innen kategori 1 «*oppvekst*».

Kravet er ulovlig i relasjon til anskaffelsesforordningen § 16-3, og det har ikke sekretariatet realitetsvurdert. Det kan ikke være så enkelt å overkjøre de strenge kravene i § 16-3.

Avvisningsvedtaket må omgjøres slik at klagenemnda kan få vurdert uforholdsmessighetsvurderingen av kravet i § 16-5 opp mot hva den nye regelen i § 16-3 gir av begrensninger.

Sekretariatets premiss 21 er ellers feil siden det der fremgår at konkurransegrunnlaget skal åpne for å tildele rammeavtale til bare én leverandør. Det fremgår av grunnlaget at det for

Postadresse:

Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00

post@knse.no

www.klagenemndssekretariatet.no

angjeldende tjenestekategori vil bli tildelt flere parallelle rammekontrakter, selv om én leverandør kan bli valgt som hovedleverandør for alle kategorier.

Det har betydning for kravet om proporsjonalitet siden flere parallelle leverandører gir oppdragsgiver tilleggsikkerhet langt ut over det å stille et krav om at hver av disse skal ha erfaring fra kontrakter av 20 millioner kroners verdi.

Sekretariatet har vektlagt nødvendigheten av konkret erfaring på store kontrakter og ikke av eksisterende kapasitet for perioden. Det er det sistnevnte som skal bære nødvendigheten av nivået på kravet om økonomisk og finansiell kapasitet i anskaffelsesforskriften § 16-3. Det er derfor i denne sammenheng uforholdsmessig å kreve erfaring fra helt spesifikke kontrakter på et område.

I uforholdsmessighetsvurderingen må det legges til grunn at rammeavtaler vil bli tildelt flere parallelle leverandører, ikke bare én leverandør slik sekretariatet uriktig har forutsatt. Videre bør det vektlegges at erfaring med store kontrakter på andre området kan sikre godt nok leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet.

Bemerkninger fra klagenemndas leder:

Nemndas leder, Nyhus, har gått gjennom sakens dokumenter, herunder den opprinnelige klagen, avvisningsvedtaket og klagen over sekretariatets avvisningsvedtak.

Klagers anførsler er hovedsakelig knyttet til anskaffelsesforskriften § 16-3 (1), ved at det er anført at kravet om minimumsomsetning begrenset til to oppdrag, innebærer en omgåelse av bestemmelsen i bokstav a.

Det fremgår imidlertid av konkurransegrunnlaget, som også fremhevet i sekretariatets avvisning premiss 15, at oppdragsgivers krav om minimumsomsetning under kategori 1, angitt til «*minimum 20 mill. pr år pr. oppdrag/avtale*», er et krav som er stilt for å sikre leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. anskaffelsesforskriften § 16-5, og ikke for å sikre leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet.

Oppdragsgiver har, som påpekt i sekretariatets avvisning, en betydelig skjønnsfrihet med tanke på hvor strenge kravene skal være for å skape sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse. Oppdragsgiver har videre en skjønnsfrihet ved den konkrete vurderingen av om leverandøren oppfyller de kvalifikasjonskravene som er oppstilt. Klagers anførsler gir i denne saken ikke grunnlag for å tilsidesette innklagedes vurdering om at klager ikke oppfylte det konkrete kvalifikasjonskravet til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Det at det konkrete kravet om omsetning, som er stilt, også *kan* ha en side til kravet i anskaffelsesforskriften § 16-3 (1) om økonomisk og finansiell kapasitet, hindrer ikke oppdragsgiver å stille et slikt vilkår i relasjon til anskaffelsesforskriften § 16-5 når oppdragsgiver mener at det er relevant. Nemndsleder er enig med sekretariatet i at en slik dokumentasjon vil kunne underbygge at leverandøren har erfaring, og dermed faglige kvalifikasjoner, som gjør den egnet til å utføre kontraktsforpliktelsene i den utlyste rammeavtalen.

Nemndsleder kan heller ikke se at et slikt krav om erfaring er uforholdsmessig strengt eller unødvendig konkurransebegrensende. Det vises her til premiss 20 til 22 i sekretariatets avgjørelse, som nemndsleder slutter seg til.

Nemndsleder kan videre ikke se at sekretariatets vedtak bygger på feil faktum i premiss 21. Det er riktig som det der fremgår, at det i konkurransegrunnlaget er åpnet for bare å tildele rammeavtale til én leverandør. Sekretariatet har samtidig uttalt at vilkåret heller ikke fremstår som uforholdsmessig strengt *«dersom det inngås parallelle avtaler, all den tid den valgte avropsmekanismen medfører at førsterangerte leverandør må ha kapasitet til å ta en vesentlig andel av oppdragene»*. Nemndsleder deler også dette syn.

Nemndsleder er etter dette enig med sekretariatet i at klagen klart ikke kan føre frem, og at den dermed er uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda. Klagen blir derfor å avvise, jf. klagenemndsforordningen § 9 første ledd.

Konklusjon:

Klagen tas ikke til følge, og avvisningsvedtaket blir å opprettholde.

Dette vedtak sendes klager via e-post. Kopi sendes innklagede til orientering.

Sverre Nyhus
Klagenemndas leder

Dokumentet er godkjent elektronisk

<i>Mottaker</i>	<i>Postadresse</i>	<i>Poststed</i>	<i>Kontakt/e-post</i>
Codex Advokat Oslo AS	Postboks 8744 St. Olavs plass	0028 OSLO Norge	oslo@codex.no
Codex Advokat Oslo AS	Postboks 8744 St. Olavs plass	0028 OSLO Norge	Vegard M. Lund vegard.lund@codex.no

Kopi til:

Bærum kommune	Rådhus torget 4	1337 SANDVIKA Norge	post@baerum.kommune.no
Bærum kommune	Rådhus torget 4	1337 SANDVIKA Norge	Marianne Amundsen marianne.amundsen@baerum.kommune.no



KLAGENEMNDSSEKRETARIATET

Mottaker
Codex Advokat Oslo AS
Postboks 8744 St. Olavs plass
0028 OSLO
Norge
Vegard M. Lund

Deres ref.:

Vår ref.: 2019/0371-8

Saksbehandler: Tora Holm

Dato: 15.07.2019

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Klagenemndas sekretariat viser til deres klage datert 4. juni 2019 på offentlig anskaffelse av rammeavtale for kjøp av bemanningstjenester i kategori 1 «Oppvekst». Vi har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem.

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

Bakgrunn:

(1) Bærum kommune (innklagede) kunngjorde 7. april 2019 på vegne av Asker kommune, Hurum kommune, Røyken kommune, Nye Drammen kommune og Asker og Bærum brannvesen IKS en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler for kjøp av bemanningstjenester. Klagen er begrenset til å gjelde rammeavtale for kjøp av bemanningstjenester i kategori 1 «Oppvekst». Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 estimert til 155 000 000 kroner. Tilbudsfrist var 15. mai 2019.

(2) For kategori 1 «Oppvekst» fulgte det av konkurransegrunnlaget punkt 1.7 at det om mulig ville inngås parallelle rammeavtaler:

«Det vil bli inngått tre parallelle rammeavtaler for kategori 1 – Skole, barnehage og SFO - forutsatt at det er et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud. For de øvrige kategoriene vil det vil inngått rammeavtale med kun én leverandør pr kategori.»

(3) Rammeavtalenes avropsmekanisme fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.7.1:

«Rammeavtaleleverandørene vil bli rangert i henhold til utfallet av konkurransen. Leverandøren som står øverst på prioriteringslisten skal alltid kontaktes først. Dersom leverandør nr. 1 ikke er i stand til å levere skal leverandør nr. 2 på listen kontaktes.»

Postadresse:
Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

Dersom heller ikke nr. 2 på listen kan levere skal leverandør nr. 3 på listen kontaktes. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å gå ut i markedet dersom rammeavtaleleverandørene ikke er i stand til å levere i henhold til kravene i kravspesifikasjonen ved bestilling.»

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3.4 «Leverandørens økonomiske og finansielle stilling» var det stilt følgende kvalifikasjonskrav:

«Krav 4 – Økonomi

Leverandøren skal ha en økonomisk og finansiell soliditet som gir oppdragsgiver trygghet for at leverandøren vil være økonomisk levedyktig i hele avtaleperioden.

Kredittverdigheten som legges til grunn for å bli kvalifisert for denne konkurransen er A (kredittverdig). Leverandører med lavere rating vil bli avvist.»

- (5) Kravet skulle dokumenteres ved en utvidet kredittvurdering som ikke var eldre enn tre måneder. For nystartede selskaper m.v. var det åpnet for å levere alternativ dokumentasjon.
- (6) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.5 «Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner» var det blant annet stilt følgende krav:

«Krav 5 - Erfaring

Det kreves betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag. Leverandør skal ha erfaring fra minimum 2 tilsvarende oppdrag av minimum samme størrelse innen den vikarkategori det leveres inn tilbud for. For kategori 1 stilles samme krav, men størrelsen på oppdragene skal være minimum 20 mill. pr år pr. oppdrag/avtale. For kategori 2 stilles samme krav, men størrelsen på oppdragene skal være minimum 5 mill. pr år pr oppdrag/avtale.

Med tilsvarende oppdrag menes at leverandør skal ha betydelig erfaring med å levere vikarer innen (ref. oppdragsgivers kravspesifikasjon):

Kategori 1: Oppvekst - barnehage og skole» (...).»

- (7) Kravet skulle dokumenteres ved å fylle ut konkurransegrunnlagets vedlegg 3 «Erfaringsskjema», og det var presisert at dokumentasjonen skulle leveres med tilbudet for å gi oppdragsgiver sikkerhet på at kravet var oppfylt.
- (8) Innklagede mottok åtte tilbud innen fristen, herunder fra Manpower AS (klager).
- (9) Klager ble avvist 16. mai 2019 med den begrunnelse at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag. Det samme gjaldt tre av de øvrige leverandørene.
- (10) Klager påklaget avvisningen i brev 23. mai 2019. Innklagede opprettholdt avvisningen i brev 24. mai 2019.
- (11) Saken ble bragt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. juni 2019. Innklagede har valgt å avvente evalueringen av de fire gjenværende tilbudene og saken har derfor vært prioritert.

Sekretariatets vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. klagenemndforskriften § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av rammeavtale for kjøp av

bemanningsjenester som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 estimert til 155 000 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter det opplyste forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

(13) Klager anfører at kvalifikasjonskravet om betydelig erfaring fra tilsvarende oppdrag er i strid med forskriften § 16-3 (1) bokstav a.

(14) Forskriften § 16-3 regulerer bruken av «*Krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet*». Formålet med å stille krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet er å sikre at leverandørene har tilstrekkelig finansiell styrke til å gjennomføre kontrakten. Av bestemmelsens første ledd fremgår følgende:

«Oppdragsgiveren kan bare stille krav som er relevante for å sikre at leverandøren har den økonomiske og finansielle kapasiteten til å utføre kontrakten, inkludert

a) krav om at leverandøren har en årlig minimumsomsetning, inkludert en årlig minimumsomsetning innenfor det området kontrakten gjelder. Kravet skal ikke overstige to ganger den anslåtte verdien av kontrakten. Oppdragsgiveren kan likevel stille strengere krav dersom han har en saklig grunn, for eksempel når det foreligger en særlig risiko på grunn av anskaffelsens karakter. Begrunnelsen for å stille strengere krav skal angis i anskaffelsesdokumentene»

(15) Klagers anførsel bygger på en forutsetning om at kravet til betydelig erfaring fra oppdrag av samme størrelse, presisert til «*minimum 20 mill. pr år pr. oppdrag/avtale*», er et krav til minimumsomsetning som er stilt for å sikre leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet. Som det fremgår av konkurransegrunnlaget er imidlertid kravet til erfaring stilt for å sikre leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner. Hensikten med kravet er dermed å sikre at leverandørene sitter på en erfaring som gjør dem egnet til å utføre kontraktsforpliktelsene i den utlyste rammeavtalen, ikke å sikre leverandørens levedyktighet i kontraktsperioden.

(16) Hvilke krav som kan stilles til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner reguleres av forskriften § 16-5, hvor det fremgår det at oppdragsgiver bare kan «*stille krav som er relevante for å sikre at leverandøren har de tekniske og faglige kvalifikasjonene, inkludert menneskelige og tekniske ressurser og erfaringer, til å utføre kontrakten*».

(17) Klagers innvendinger mot kravet til erfaring er hovedsakelig knyttet til forskriften § 16-3 (1), og underbygget med argumenter om at det å stille krav om minimumsomsetning begrenset til to oppdrag utgjør en omgåelse av bestemmelsen i bokstav a. Denne argumentasjonen er lite treffende for vurderingen av om kvalifikasjonskravet oppfyller kravene i § 16-5.

(18) Klager har imidlertid også innvendt at kravet om erfaring er uforholdsmessig strengt og unødvendig konkurransebegrensende.

(19) Innenfor rammene av regelverket har offentlige oppdragsgivere stor skjønnsfrihet når det gjelder hvor strenge kravene skal være for å skape sikkerhet for kontraktsmessig oppfyllelse. Denne skjønnsutøvelsen kan bare i begrenset grad overprøve rettslig. Det kan imidlertid prøves om kravet er uforholdsmessig strengt eller unødvendig konkurransebegrensende.

- (20) Innklagede har redegjort for flere forhold som ligger til grunn for at man har valgt å stille strenge krav til referanseoppdragenes størrelse og innhold. Det er blant annet vist til at oppdragene ofte bestilles tidlig på morgenen utførelsesdagen, og at konsekvensene av at leverandøren ikke har kapasitet til å dekke oppdragene vil være ødelagt undervisningsopplegg i skolen, og kunne medføre brudd på lovbestemte bemanningskrav i barnehage. Det er også vist til at rammeavtalen skal dekke behovene for oppdragsgivere spredt over et stort geografisk område.
- (21) Rammeavtalen har videre en antatt årlig omsetning på over 40 000 000 kroner, og det er i konkurransegrunnlaget åpnet for bare å tildele rammeavtale til én leverandør. I lys av dette fremstår det ikke uforholdsmessig strengt å stille krav om erfaring fra oppdrag med en årlig omsetning på 20 000 000 kroner. Dette gjelder for øvrig også dersom det inngås parallelle avtaler, all den tid den valgte avropsmekanismen medfører at førsterangerte leverandør må ha kapasitet til å ta en vesentlig andel av oppdragene.
- (22) Slik denne saken ligger an er det dermed ingen holdepunkter for at innklagedes skjønnsmessige vurdering av at det var nødvendig å kreve erfaring fra oppdrag med en årlig omsetning på 20 000 000 kroner går utover rammene av regelverket. All den tid det fortsatt er fire gjenværende leverandører i konkurransen er det heller ikke holdepunkter for at kravet er unødvendig konkurransebegrensende.
- (23) På denne bakgrunn er det sekretariatets vurdering at klagen klart ikke kan føre frem. Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndforskriften § 9.

Klageadgang:

Dere kan klage på avvisningsvedtaket til klagenemndas leder, som i så fall vil avgjøre om klagen likevel skal behandles av klagenemnda. Klagenemndas leder kan bare ta stilling til de faktiske forholdene som er vurdert i denne avvisningen, og det er ikke anledning til å fremme nye rettslige anførsler/påstander. Det holder derfor at du informerer sekretariatet om at du påklager avvisningsvedtaket.

En slik klage må foreligge senest tre virkedager etter at dere er blitt kjent med vårt avvisningsvedtak. Med virkedager menes her alle dager unntatt lørdager, søndager, offentlige helligdager og offentlige fridager. Klagefristen kan ikke forlenges.

Line Rakner
Seniorrådgiver

Tora Holm
rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk

Mottaker

Codex Advokat Oslo AS

*Postadresse*Postboks 8744 St. Olavs
plass*Poststed*0028 OSLO
Norge*Kontakt/e-post*Vegard M. Lund
vegard.lund@codex.no*Kopi til:*

Bærum kommune

Rådhuset 4

1337 SANDVIKA
Norgepost@baerum.kommune.
no