



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avlysning. Feil i/uklart konkurransegrunnlag

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om håndverkertjenester til Universitetssykehuset Nord-Norge HF. Etter tildeling av kontrakt, avlyste innklagede konkurransen for delkontrakt nummer to – «Maling og belegg Tromsø» på bakgrunn av en oppfatning om at konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til oppfyllestidspunktet for kravet om tilknytning til lærlingeordning. Klagenemnda fant at konkurransegrunnlaget var tilstrekkelig klart, og at innklagede ikke hadde gitt en saklig grunn for å avlyse konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 26. april 2021 i sak 2021/424

Klager: Schwenke & Sønn AS

Innklaget: Sykehusinnkjøp HF

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Bjørn Berg og Marianne Dragsten

Bakgrunn:

- (1) Sykehusinnkjøp HF (heretter *innklagede*) kunngjorde 8. oktober 2020 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale om håndverkertjenester til Universitetssykehuset Nord-Norge HF. Tilbudsfristen var 11. november 2020.
- (2) Anskaffelsen var delt inn i 20 delkontrakter etter ulike fagområder og regioner. Rammeavtalene skulle ha en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i inntil ytterligere to år. Estimert årlig omfang samlet for alle fagområder og alle regioner utgjorde om lag 56 millioner kroner ekskl. mva. Denne saken dreier seg om delkontrakt nummer to – «*Maling og belegg Tromsø*». For denne delkontrakten var den årlige verdien estimert til 5,5 millioner kroner.
- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 6.1 fremgikk det at tildeling av kontrakt i delkonkurranse nummer 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 17, 16, 18 og 19 ville skje på basis av hvilket tilbud som hadde lavest pris.
- (4) Av punkt 6.2 i konkurransegrunnlaget, fremgikk det at tildelingskriteriene for delkontrakt nummer 3, 6, 12, 13, 14, 15, 17 og 20 var «*Pris*» (80 prosent) og «*Tilknytning til lærlingordning*» (20 prosent).
- (5) Av kravspesifikasjon punkt 1.7 fremgikk det at «*[t]ilbyder bør være godkjent lærebedrift og kunne dokumentere at de har læringer. Dette kravet gjelder deltilbud 3, 6, 12, 13, 14, 15, 17.*» Det var presisert at dette kravet var et evalueringskrav, tilknyttet tildelingskriteriet «*Tilknytning til lærlingeordning*».

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

- (6) Av punkt 1.8 i kravspesifikasjonen fremgikk følgende:

«Læringer og hjelpearbeidere skal ikke være uten tilsyn av maler med fagbrev ved utførelse av arbeid»

- (7) Av kontrakten punkt 10.2 «Krav om bruk av læringer» fremgikk følgende:

«(gjelder for deltilbud 1,2,4, 5, 7, 8, 9, 10, 17, 16, 18 og 20 (kravet gjelder også for de andre deltilbud hvis den valgte leverandør er tilknyttet en lærlingordning)

Leverandøren skal være tilknyttet en lærlingordning

Leverandøren skal benytte seg av læringer i arbeidet med å oppfylle avtalen. Læringer skal benyttes etter nærmere avtale med oppdragsgiver.»

- (8) Fra en av leverandørene ble det stilt følgende spørsmål ved innklagedes valg om å premiere bruk av læringer bare for noen av delkontraktene:

«Er det noen spesiell grunn til at ikke tilknytning til lærlingeordninger er vektet for elektrotjenester Tromsø? Siden den er vektet for Narvik og Harstad.»

- (9) Innklagede ga 28. oktober 2020 følgende svar:

«Delkonkurransen 18 og 19, hhv Harstad og Tromsø har en anskaffelsesverdi (over kr 2,05 mill.) som gir en plikt til bruk av læringer i offentlige kontrakter. At leverandører tilknyttet lærlingeordning er derfor et obligatorisk krav for disse delkonkurransene.

I delkonkurransene under verdien nevnt over skal læringer evalueres som tildelingskriterium (for eksempel elektrotjenester i Narvik) fordi vi ønsker å oppfordre markedet til bruk av læringer i disse kontraktene selv om at det ikke er et obligatorisk krav. Leverandørene er tilknyttet lærlingeordning vil derfor få uttelling for dette i disse delkonkurransene.

For oversikt over hvilke delkonkurranser der tilknytning til lærlingeordning skal evalueres og hvilke delkonkurranser der det er et obligatorisk krav se s. 12 i konkurransegrunnlaget.»

- (10) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud på delkontrakt 2, herunder fra Schwenke & Sønn AS (heretter klager) og Malermester Tore L. Albrigtsen AS.

- (11) I brev av 23. november 2020 avviste innklagede Malermester Tore L. Albrigtsen AS fra konkurranse med følgende begrunnelse:

«Vi viser til konkurransegrunnlaget pkt. 6.1 og 6.3.2 «Tilknytning til lærlingeordning» og rammeavtalen pkt. 10.2. For delkonkurransen 1 er det et kontraktskrav og en forutsetning for tildeling av rammeavtalen at leverandør er tilknyttet lærlingeordning. Det er derfor pris vektet 100% i denne delkonkurransen. Siden pkt. 1.8 i kravspesifikasjonen ikke er besvart og tilbudet ikke inneholder informasjon om tilknytning til lærlingeordning eller utfylt informasjon om læringer i Vedlegg 6 – «Kompetanseskjema», legger Oppdragsgiver til grunn at leverandøren har bekreftet å ikke oppfylle kravet.

På bakgrunn av dette har Sykehusinnkjøp HF vurdert manglende tilknytning til lærlingeordning som et vesentlig avvik jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b. Dette medfører at tilbudet må avvises.»

- (12) Tore L. Albrigtsen AS påklaget avvisningen. Innklagede omgjorde deretter avvisningsbeslutningen i brev av 8. desember 2020 med følgende begrunnelse:

«[...] Sykehusinnkjøp har i likhet med klager kommet til at kravet om tilknytning til lærlingeordning i rammeavtalen punkt 10.2 må forstås som et kontraktskrav som ikke kan kreves oppfylt på tilbudstidspunktet. Det vil si at brudd på kravet på tilbudstidspunktet ikke medfører avvisningsplikt, og at eventuelt fremtidig brudd skal håndheves etter bestemmelsene i kontrakten.

Etter Sykehusinnkjøps vurdering er det ikke tilstrekkelig klart ut fra en sammenheng mellom beskrivelsen i konkurransegrunnlaget punkt 6 og kravspesifikasjonen punkt 1.8, sett i lys av punkt 1.7, at kravet om tilknytning til lærlingeordning skulle vært oppfylt på noe tidligere tidspunkt enn ved utførelsen av arbeid under rammeavtalen. En slik uklarhet kan derfor ikke føre til avvisningsplikt. Ved vurderingen har Sykehusinnkjøp lagt vekt på at det er oppdragsgiver som har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget, jf. anskaffelsesforskriften § 14-1 (5).

Etter denne nye vurderingen legger Sykehusinnkjøp til grunn at tilbudet fra Tore L. Albrigtsen er gitt uten forbehold.»

- (13) Av tildelingsbrev datert 11. desember 2020 fremgikk det at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Malermester Tore L. Albrigtsen AS (heretter *valgte leverandør*). Tilbyderne ble gitt følgende poengscore:

Tilbydere	Totalsum poeng	Poengscore Pris
Schwenke & Sønn AS	8,95	8,95
Bogstrand AS	7,83	7,83
Malermester Tore L. Albrigtsen AS	10,00	10,00

- (14) Det var gitt følgende begrunnelse for tildelingen:

«Tore L. Albrigtsen AS er vurdert som best for tildelingskriteriene pris. Tore L. Albrigtsen AS er vurdert kvalifisert og oppfyller alle krav.

I denne delkonkurransen er tilknytning til lærlingeordning et obligatorisk krav.

Etter dette tildeles kontrakt for delkonkurranse 2 til Tore L. Albrigtsen AS som samlet har best pris.»

- (15) Klager begjærte deretter innsyn i valgte leverandørs tilbud. I oversendelsen av sladdet versjon av tilbudet, skrev innklagede følgende:

«I delkonkurranse 2 er det inntatt krav om tilknytning til lærlingeordning i rammeavtalen punkt 10.2. Dette er et kontraktskrav som skal være oppfylt ved utførelse av tjenesten. Malermester Tore L. Albrigtsen AS har inngitt tilbud uten forbehold og er slik sett bundet av dette kravet.

Brudd på kravet om tilknytning til lærlingeordning vil være et mislighold som kan føre til sanksjoner.

Kontrakten har også bestemmelser om seks måneders prøvetid med ensidig rett til oppsigelse som kan benyttes dersom kravet ikke blir oppfylt.»

- (16) Klager påklaget tildelingen i brev av 21. desember 2020. Innklagede avlyste deretter konkurransen i brev av 15. januar 2021. Det ble gitt følgende begrunnelse for avlysningen:

«I denne delkonkurransen foreligger det etter oppdragsgivers vurdering en rettslig usikkerhet som gir saklig grunn for avlysning av konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 25-4. Den rettslige usikkerheten knytter seg til dokumentasjonskrav til og oppfyllestidspunkt for tilknytning til lærlingeordning.»

- (17) Innklagede kunngjorde 26. januar 2021 en ny konkurranse om maling- og beleggstjenester til Universitetssykehuset Nord-Norge HF Tromsø (tilsvarende delkontrakt 2 i den opprinnelige konkurransen). I denne konkurransen var pris det eneste tildelingskriteriet. I konkurransegrunnlaget punkt 7 var det angitt at det ikke var stilt krav om tilknytning til lærlingeordning.
- (18) Innklagede har opplyst at denne konkurransen ble avlyst 12. mars 2021 som følge av klagenemndas behandling av krav knyttet til den forutgående konkurransen.
- (19) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage datert 25. februar 2021.
- (20) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse vil utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor behandlet som en prioritert sak.
- (21) Nemndsmøte i saken ble avholdt 19. april 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (22) Vilkårene for avlysning av anbudskonkurransen i henhold til forskriften § 25-4 er ikke oppfylt. Det foreligger ikke slik rettslig usikkerhet som påberopt som grunnlag for avlysning. Eventuelle feilvurderinger av rettslige spørsmål kan ikke under noen omstendighet danne grunnlag for avlysning.
- (23) Det anføres at konkurransegrunnlaget av 6. oktober 2020 oppstiller tilknytning til lærlingeordning som et obligatorisk krav for deltagelse i konkurransen. Manglende oppfyllelse av dette krav må lede til at valgte leverandørs tilbud må avvises i medhold av forskriften § 24-1. Antagelse av valgte leverandørs tilbud vil videre være uforenlig med anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav til likebehandling, forutberegnelighet og konkurranse, jf. anskaffelsesloven § 4.

- (24) Det anføres ikke å være korrekt å vurdere kravet om tilknytning til lærlingeordning som en del av kontraktsvilkårene. Under enhver omstendighet vil også en slik vurdering måtte lede til at tilbudet avvises, da kravene til likebehandling og konkurranse må medføre at Sykehuskjøp ikke lovlig kan inngå kontrakt med en leverandør når de har positiv kunnskap om at denne ikke oppfyller krav til leverandøren som de selv har betegnet som obligatoriske. Konkurranses grunnlaget gir ingen åpning for at en slik forpliktelse kan oppfylles på et senere tidspunkt etter at kontraktstildeling har funnet sted.
- (25) Det foreligger etter dette verken plikt eller rett til avlysning. En eventuell avlysningsrett må også under enhver omstendighet være tapt som følge av at oppdragsgiver valgte å gå videre med kontraktstildeling etter å ha evaluert tilbudene.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (26) Innklagede anfører at man hadde plikt til å avlyse delkonkurranse 2 på grunnlag av uklarheter i konkurransegrunnlaget som førte til at det oppsto en rettslig usikkerhet med hensyn til om kontrakten lovlig kunne tildeles valgte leverandør. Denne uklarheten knyttet seg til spørsmålet om innklagede hadde plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen fordi kravet om tilknytning til lærlingeordning ikke var oppfylt på tilbudstidspunktet.
- (27) Kravet om tilknytning til lærlingeordning for delkonkurranse 2, kommer kun direkte til uttrykk i kontrakten. Etter innklagedes oppfatning, er det etablert en uklarhet i anbudsdocumentene med hensyn til når kravet om lærlingeordning skal være oppfylt. Av hensyn til forutberegnelighet måtte en uklarhet i konkurransegrunnlaget tolkes i oppdragsgivers disfavør. Det innebærer at uklarheten som ble skapt om tidspunktet for tilknytning til lærlingeordningen i utgangspunktet må tolkes i valgte leverandørs favør. Dette tolkingsresultatet innebærer at valgte leverandør kan tildeles kontrakt uten å være tilknyttet lærlingeordning, men at manglende tilknytning under kontraktsarbeidet vil være mislighold. Dette var grunnlaget for at beslutningen om å avvise tilbudet fra valgte leverandør ble omgjort.
- (28) Oppdragsgiver har ikke mulighet til å rette uklarheter i konkurransegrunnlaget etter utløpet av tilbudsfristen. Når uklarheten i konkurransegrunnlaget skulle tolkes i leverandørenes favør, oppsto det en kollisjon mellom grunnleggende prinsipper om forutberegnelighet og likebehandling. Denne feilen kunne ikke repareres innenfor rammene av konkurransegrunnlaget. Feilen ville etter sin art enten påvirket utfallet av konkurransen for klager eller for valgte leverandør.
- (29) For alle tilfeller anfører innklagede at man hadde rett til å avlyse konkurransen på samme grunnlag.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av en rammeavtale om håndverkertjenester til Universitetssykehuset Nord-Norge HF, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens estimerte årlige omfang samlet for alle delkontraktene var 56 millioner kroner ekskl. mva. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73, følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del III, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

- (31) Saken gjelder spørsmål om lovligheten av avlysningen av konkurransen for delkontrakt nummer to. Begrunnelsen som innklagede ga for avlysningen på avlysningstidspunktet, var at det forelå en «*rettslig usikkerhet*» som ifølge innklagede ga saklig grunn for avlysning av konkurransen, jf. forskriften § 25-4. Den rettslige usikkerheten knyttet seg ifølge begrunnelsen til «*dokumentasjonskrav til og oppfyllestidspunkt for tilknytning til lærlingeordning.*»
- (32) I prosesskriftene til klagenemnda, har innklagede imidlertid primært anført at innklagede hadde *plikt* til å avlyse konkurransen. Denne anførselen bygger på en oppfatning om at konkurransegrunnlaget inneholder en uklarhet om oppfyllestidspunktet for kravet om å være tilknyttet en lærlingeordning. Denne uklarheten kunne ifølge innklagede medføre at man hadde plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (33) Oppdragsgiver har plikt til å avlyse konkurransen der det er begått en feil ved gjennomføringen av konkurransen som ikke kan rettes opp på annen måte enn ved avlysning, og der denne feilen kan ha påvirket utfallet av konkurransen eller påvirket deltakerinteressen, jf. eksempelvis Borgarting lagmannsretts kjennelse i LB2019-85112, med videre henvisninger.
- (34) Oppdragsgiver har rett til avlysning dersom det foreligger «*saklig grunn*», jf. forskriften § 25-4. Om det foreligger «*saklig grunn*» til å avlyse, avhenger av en konkret helhetsvurdering av de relevante omstendighetene på tidspunktet for avlysningen, jf. Rt. 2001 side 473, Rt. 2007 side 983 og HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen-saken). I Fosen-Linjen-saken ble det også lagt til grunn at en reell rettslig usikkerhet rundt spørsmålet om det foreligger avlysningsplikt, kan utgjøre en «*saklig grunn*» til avlysning.
- (35) I denne saken bygger anførselene om avlysningsplikt- og rett på en påstand om at konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til oppfyllestidspunktet for kravet om å være tilknyttet en lærlingeordning. Klagenemnda tar derfor først stilling til om konkurransegrunnlaget var uklart.
- (36) Klagenemnda har i en rekke saker uttalt at konkurransegrunnlaget må utformes slik at det – for en alminnelig aktsom tilbyder – fremstår som klart hva det skal leveres tilbud på og hvordan dette skal gjøres. Det avgjørende er hvordan konkurransegrunnlaget mest naturlig må forstås, ikke hva innklagede har ment, jf. også forskriften § 14-1 (5) hvor det fremgår at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget. Se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2019/146, premiss 32 med videre henvisninger til blant annet EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/00 *SIAC Construction*.
- (37) Slik klagenemnda har forstått saken, er partene enige om at det var et obligatorisk krav at man var tilknyttet en lærlingeordning. Den påståtte uklarheten knytter seg til om kravet skulle forstås som et kvalifikasjonskrav, som måtte være oppfylt på tilbudstidspunktet, eller et kontraktkrav, som skulle oppfylles først ved kontraktsoppstart.
- (38) I konkurransegrunnlaget er det angitt en rekke kvalifikasjonskrav. Tilknytning til lærlingeordning, er ikke blant disse. Det er heller ikke angitt et dokumentasjonskrav for kravet om tilknytning til lærlingeordning. For delkontraktene med lavere estimert verdi, er tilknytning til lærlingeordning angitt som et tildelingskriterium.
- (39) I kontrakten er det imidlertid oppstilt et krav om at leverandørene, i de større kontraktene – herunder delkontrakt nummer to – er tilknyttet en lærlingeordning.

- (40) Under spørsmål- og svarrunden ble det stilt spørsmål om hvorfor tilknytning til lærlingeordning ikke var oppstilt som tildelingskriterium også for de større delkontraktene. Innklagede svarte her at man ikke evaluerte dette, ettersom tilknytning til lærlingeordning var et «*obligatorisk krav*» for de større delkontraktene. Slik klagenemnda forstår dette svaret, bekrefter innklagede her at kravet om lærlingeordning kun er et tildelingskriterium for de mindre delkontraktene. Betegnelsen av kravet – i de største delkontraktene – som et «*obligatorisk krav*», kan etter nemndas oppfatning ikke forstås slik at kravet i disse delkonkurransene er å anse som et kvalifikasjonskrav.
- (41) Kvalifikasjonskrav skal angis på en utvetydig måte. Hvis meningen med kravet om tilknytning til lærlingeordning var å oppstille et kvalifikasjonskrav, har det formodningen mot seg at dette ikke ble angitt tydeligere, og sammen med de øvrige kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene. Kravet om lærlingeordning for delkontrakt nummer to, er som nevnt angitt i selve kontrakten. Dette er for øvrig i tråd med det som fremgår av forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter (lærlingforskriften). Det følger av § 6 i denne forskriften at oppdragsgiver skal stille krav om tilknytning til en lærlingordning «*i sine kontrakter*».
- (42) For en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør må det på denne bakgrunn ha fremstått tilstrekkelig klart at kravet om tilknytning til lærlingeordning var et kontraktskrav, som skulle oppfylles først ved kontraktsoppstart. Det forelå dermed ingen feil eller uklarhet i konkurransegrunnlaget på dette punktet. Vilkårene for avlysningsplikt er dermed ikke oppfylt. Klagenemnda kan heller ikke se at det forelå noen reell rettslig usikkerhet om dette. Innklagede hadde dermed ikke saklig grunn til avlysning på dette grunnlaget, jf. forskriften § 25-4.
- (43) Så vidt klagenemnda kan se, var det dermed heller ikke riktig å avvise valgte leverandør fra den første konkurransen med henvisning til at leverandøren ikke var tilknyttet en lærlingordning. Omgjøringen av denne avvisingsbeslutningen, var derfor i tråd med bestemmelsen i forskriften § 25-1 (4).

Konklusjon:

Sykehusinnkjøp HF har brutt regelverket ved å avlyse konkurransen for delkontrakt nummer to – «*Maling og belegg Tromsø*».

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er godkjent elektronisk