



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Absolutte krav. Avklaringsplikt.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om innleie av personell til Regjeringens representasjonsanlegg. Klager anførte at innklagede hadde brutt anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b) ved å avvise klagers tilbud som følge av at det inneholdt vesentlige avvik. Klager anførte også at innklagede hadde brutt anskaffelsesloven § 4 ved ikke å avklare med klager om alle de absolutte kravene var akseptert. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. september 2021 i sak 2021/1130

Klager: RestaurantAssistanse AS

Innklaget: Utenriksdepartementet

Klagenemndas

medlemmer: Kjersti Holum Karlstrøm, Arnt Skjefstad og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) Utenriksdepartementet (heretter *innklagede*) kunngjorde 19. februar 2021 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om innleie av personell til Regjeringens representasjonsanlegg. Anskaffelsens verdi ble estimert til 5 millioner kroner over fire år. Tilbudsfrist ble satt til 25. mars 2021.
- (2) Anskaffelsen gjaldt innleie av personell i forbindelse med arrangementer som avholdes i regi av Regjeringens representasjonsanlegg. Oppgavene personellet skulle utføre var blant annet oppdekning, servering, forberedelser til arrangement, rydding underveis og i etterkant, oppvask, stenging av lokalet og bistand til forefallende arbeid. Gjester kunne være embetsverket fra de ulike departementene, politisk ledelse, kongelige, statsoverhoder og viktige politiske aktører fra inn- og utland.
- (3) Kontrakt skulle tildeles på bakgrunn av tildelingskriteriene «Pris», som talte 30 prosent, og «Kvalitet», som talte 70 prosent. Kvalitetskriteriet var inndelt i underkriteriene «Oppdragsforståelse» og «Kompetanse og erfaring hos personell som forestår rekruttering og oppdragshåndtering».
- (4) Bilag 1 til konkurransegrunnlaget var «Oppdragsgivers kravspesifikasjon». I kravspesifikasjonen punkt 1 («Innledning») var følgende opplyst:

«I dette vedlegget beskrives alle Oppdragsgivers krav til servitørene. Kravene gjøres gjeldende for alle avrop under avtalen.

Alle kravene anses er å anse som et absolutt krav (A-krav) som ikke er gjenstand for relativ vurdering. Det vil si at kravene må tilfredsstilles og aksepteres av leverandøren.»

- (5) I punkt 2 var det inntatt tabeller med krav til tjenesten, som delvis så slik ut:

2.1 Overordnede krav

Oppdragsgivers krav				Leverandørens besvarelse	
Nr.	Beskrivelse	Type dokumentasjon	Type krav	Tilbys (Ja/Nei)	Ytterligere dokumentasjon
2.1.1	Leverandøren skal ha faste medarbeidere som er oppdragsgivers kontaktpersoner ved bestilling av vikartjenester. Det skal tilbys én hovedkontaktperson og én reserve.	Bekreft at kravet aksepteres. Navn på én hovedkontaktperson og én reserve skal angis under «ytterligere dokumentasjon».	A		

2.2 Krav til personell

Oppdragsgivers krav				Leverandørens besvarelse	
Nr.	Beskrivelse	Type dokumentasjon	Type krav	Tilbys (Ja/Nei)	Ytterligere dokumentasjon
2.2.1	Minimum 20 år.	Bekreft at kravet aksepteres.	A		
[...]					
2.2.3	Personellet må inneha et høyt presisjonsnivå og være profesjonell og tillitsvekkende. I tillegg er diskresjon og personlig egnethet viktig.	Bekreft at kravet aksepteres.	A		
2.2.4	Personellet må muntlig og skriftlig beherske skandinavisk eller engelsk.	Bekreft at kravet aksepteres	A		
[...]					

- (6) I konkurransegrunnlaget punkt 6.1 («Tilbudsstruktur») var det opplyst at «Tilbudet skal inneholde følgende dokumenter i tillegg til at leverandørene skal fylle ut ESPD-skjemaet i EU-supply»:

Dokument	Vedlegg
Eventuell forpliktelseserklæring dersom leverandør støtter seg på andre foretak for å oppfylle kvalifikasjonskrav til økonomisk og finansiell kapasitet og/eller tekniske og faglige kvalifikasjoner.	Vedlegg 1
Dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav	Se punkt 4.3
Dokumentasjon som etterspurt under tildelingskriteriet kvalitet	Se punkt 5.1

- (7) Innen utløpet av tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra fire leverandører, herunder fra Personalhuset Staffing Group AS og RestaurantAssistanse AS (heretter *klager*).
- (8) Klager hadde ikke fylt ut og levert inn kravspesifikasjonen (Bilag 1) sammen med tilbudet.
- (9) I tildelingsbrev datert 7. mai 2021 fremgikk det at rammeavtalen ble tildelt klager.
- (10) I innklagedes brev 31. mai 2021 ble tildelingsbeslutningen omgjort, og rammeavtalen ble i stedet tildelt Personalhuset Staffing Group AS (heretter *valgte leverandør*). Det ble opplyst at klagers tilbud skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av minstekravene i konkurransen.
- (11) I brev samme dag ble klagers tilbud avvist fra konkurransen som følge av at det etter en fornyet vurdering av tilbudene, ble avdekket vesentlige avvik i klagers tilbud.
- (12) Klager fikk en nærmere begrunnelse for avvisningen 4. juni 2021, der det blant annet fremgikk at innklagede i denne anskaffelsen, hadde uttrykkelig stilt krav om at visse absolutte krav til tjenesten måtte aksepteres. Innklagede hadde etter en grundig gjennomgang av klagers tilbud kommet til at det var holdepunkter for at enkelte av de absolutte kravene i kravspesifikasjonen var akseptert, men at det ikke var holdepunkter for aksept av krav nr. 2.2.1 (minstekrav til alder), krav nr. 2.2.3 (presisjonsnivå, profesjonell og tillitsvekkende opptreden, diskresjon og personlig egnethet) og nr. 2.2.4 (skriftlige og muntlige språkferdigheter).
- (13) Klager påklaget avvisningen 14. juni 2021. Innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen i brev datert 21. juni 2021.
- (14) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 24. juni 2021.
- (15) Innklagede har bekreftet at kontraktsinngåelse utsettes til klagenemnda har behandlet saken. Saken prioriteres derfor av nemnda.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 6. september 2021.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har brutt anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b) ved å avvise klagers tilbud. Tilbudet inneholder ikke vesentlige avvik. All den tid konkurransegrunnlaget ikke oppstilte krav om at Bilag 1 skulle vedlegges tilbudet, og kravene fremstod som åpenbare for en profesjonell aktør i serveringsbransjen, antok klager at inngivelse av tilbud var ensbetydende med aksept av kravene. Klagers tilbud inneholder en rekke uttalelser som viser at alle kravene i Bilag 1, inkludert de kravene avvisningen gjelder, var akseptert. Det var også slik innklagede opprinnelig forstod tilbudet, gitt at klager først ble tildelt kontrakten.
- (18) Klager har ikke ment å fravike konkurransegrunnlagets krav og presumsjonsprinsippet må anvendes til å støtte den mest nærliggende tolkningen av tilbudet, som er at klagers tilbud samsvarer med konkurransegrunnlaget.
- (19) Innklagede har brutt prinsippet om likebehandling i loven § 4 ved ikke å avklare om klager hadde akseptert de absolutte kravene i Bilag 1. Konkurransegrunnlaget var uklart med hensyn til hvordan leverandørene skulle behandle kravene i Bilag 1. Det var urimelig og uforholdsmessig at innklagede avviste tilbudet, i stedet for å foreta en nærmere avklaring. Manglende eksplisitt bekreftelse av de omtalte kravene skaper i høyden en uklarhet som oppdragsgiver både har rett, og plikt, til å avklare i medhold av forskriften § 23-5. En avklaring ville ikke ha forbedret tilbudet, men fungert som en ren bekreftelse på at klager aksepterte de omtvistede krav.
- (20) Tildelingsbeslutningen må omgjøres og kontrakten må tildeles klager.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (21) Det bestrides at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud fra konkurransen som følge av at tilbudet inneholdt vesentlige avvik. Klager har unnlatt å besvare punkter som innklagede eksplisitt ba leverandørene akseptere. Det er ikke holdepunkter i klagers tilbud for at krav nr. 2.2.1 (minstekrav til alder), krav nr. 2.2.3 (presisjonsnivå, profesjonell og tillitsvekkende opptreden, diskresjon og personlig egnethet) og krav nr. 2.2.4 (skriftlige og muntlige språkferdigheter) er akseptert. Kravene er absolutte og konkurransegrunnlaget åpner ikke for en vurdering av hvorvidt avviket er vesentlig eller ikke. Grunnlaget for avvisningen er ikke manglende utfylling av kravspesifikasjonen, men manglende aksept av de absolutte kravene.
- (22) Bruk av presumsjonsprinsippet på en slik måte som klager synes å legge til grunn vil innebære at risikoen for slike uklarheter som foreligger i denne saken forskyves, og at uklarhetsregelen langt på vei tolkes bort. Et for vidt anvendelsesområde vil dessuten stride mot likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 4.
- (23) Innklagede hadde ikke plikt til å avklare med klager hvorvidt de absolutte kravene var akseptert, jf. anskaffelsesforskriften § 23-5. Det var ikke uklart at de absolutte kravene i kravspesifikasjonen skulle aksepteres i tilbudet. Det var ikke tilstrekkelige holdepunkter for at klagers tilbud oppfylte de absolutte kravene, eller at klager hadde ment å akseptere disse. En avklaring ville derfor ikke svare til det øvrige innholdet i tilbudet, men innebære et nytt tilbud. Unnlatelse av å avklare med klager innebærer ikke et brudd på likebehandlingsprinsippet i loven § 4. Når det er uklart om leverandøren har forpliktet

seg til å oppfylle de absolutte kravene er det en uklarhet leverandøren selv må bære risikoen for, jf. anskaffelsesforskriften § 23-3 annet ledd.

Klagenemndas vurdering:

- (24) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder innleie av personell til arrangementer som avholdes i regi av Regjeringens representasjonsanlegg, som er en tjenesteanskaffelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 5 millioner kroner over fire år. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og del III jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (25) Det følger av forskriften § 25-1 fjerde ledd at dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør er *«i strid med forskriften»*, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått.
- (26) Spørsmålet er dermed om den opprinnelige beslutningen om å tildele rammeavtalen til klager, var i strid med forskriften.
- (27) Etter forskriften § 24-8 første ledd bokstav b) *«skal»* oppdragsgiveren avvise et tilbud som inneholder *«vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene»*.
- (28) I kravspesifikasjonen (Bilag 1) var det blant annet stilt krav om at servitørene måtte være minimum 20 år (nr. 2.2.1), inneha et høyt presisjonsnivå og være profesjonell og tillitsvekkende (nr. 2.2.3) og beherske skandinavisk eller engelsk muntlig og skriftlig (nr. 2.2.4).
- (29) Kravene var angitt som absolutte krav («A-krav»). Kravene var ikke gjenstand for relativ vurdering og måtte tilfredsstilles og aksepteres av leverandøren. Kolonnen ved siden av beskrivelsen av kravet hadde overskriften «Leverandørens besvarelse», med åpne felt under «Tilbys (Ja/Nei)», og «Ytterligere dokumentasjon».
- (30) Konkurranses grunnlaget ga klart uttrykk for at alle kravene i Bilag 1 måtte tilfredsstilles og aksepteres. Dersom dette ikke ble gjort ved utfylling og levering av Bilag 1, måtte derfor aksept og oppfyllelse av kravene fremgå av tilbudet på andre måter.
- (31) Nemnda finner ikke holdepunkter for at konkurranses grunnlaget var uklart med hensyn til hvordan leverandørene skulle forholde seg til kravene i Bilag 1. Klagers anførsel på dette punktet fører derfor ikke frem.
- (32) Det er ikke omtvistet at kravene i kravspesifikasjonen var absolutte krav. Avvik fra disse vil normalt automatisk lede til avvísning av tilbudet uten noen nærmere vurdering av avvíkets størrelse og betydning, jf. LE 2014-96767 og KOFA sak 2019/567.
- (33) Klager er uenig i at tilbudet inneholder avvik fra krav nr. 2.2.1 (minstekrav til alder), nr. 2.2.3 (presisjonsnivå mv.) og nr. 2.2.4 (skriftlige og muntlige språkferdigheter), og viser til at tilbudet måtte tolkes slik at disse var tilfredsstilt og akseptert.
- (34) Når det gjelder alderskravet har klager vist til at det stod i tilbudet at alle kandidatene måtte ha minst to års tilsvarende arbeidserfaring, og at klager vurderer personlig

modenhet, evne til å jobbe på en strukturert og ansvarlig måte, evne til å samarbeide, kommunisere (herunder språk), service og fleksibilitet.

- (35) Beskrivelsene i klagers tilbud er etter nemndas syn ikke ensbetydende med at klagers personell vil være minimum 20 år. Som også innklagede har vist til, kan arbeidserfaring som servitør oppnås før fylte 18 år. Nemnda er heller ikke enig med klager i at alkohollovgivningens krav om at skjenking av visse alkoholholdige drikker krever 20 års grense, automatisk tilsier at alderskravet var oppfylt.
- (36) Klager mener at presumsjonsprinsippet i denne saken leder til at klagers tilbud må anses å oppfylle de absolutte kravene.
- (37) Det følger av LB-2014-156469 at presumsjonsprinsippet har et snevert anvendelsesområde, jfr også forenklingsutvalgets uttalelse i NOU 2014:4, s. 202-203.
- (38) Forskriften § 23-3 annet ledd slår fast at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet. Når det er uklart om klagers tilbud tilfredsstilte og aksepterte alle de absolutte kravene i Bilag 1, kan ikke nemnda se at presumsjonsprinsippet i denne saken skal lede til at tilbudet må antas å være i samsvar med konkurransegrunnlaget. Klager kunne enkelt ha unngått uklarheten ved å krysse av «Ja» på alle kravene i Bilag 1, eller å skrive i tilbudet at alle kravene var akseptert/oppfylt.
- (39) Klagers tilbud inneholder etter dette «*vesentlige avvik*» fra anskaffelsesdokumentene, jf. forskriften § 24-8 (1) bokstav b). Nemnda tar derfor ikke stilling til klagers øvrige anførsler knyttet til avvik fra krav nr. 2.2.3 (presisjonsnivå mv.) og 2.2.4 (skriftlige og muntlige språkferdigheter).
- (40) Klager har videre anført at innklagede har brutt prinsippet om likebehandling i loven § 4 ved ikke å avklare med klager om de absolutte kravene var akseptert.
- (41) Det følger av forskriften § 23-5 første ledd at en oppdragsgiver «*kan*» be leverandørene avklare mottatte opplysninger og dokumentasjon dersom opplysningene synes å inneholde feil eller uklarheter, så lenge det ikke medfører at tilbudet forbedres.
- (42) I spesielle tilfeller kan oppdragsgiver ha en avklaringsplikt, jf. eksempelvis lagmannsrettens dom i LB-2018-147988. Det fremgår av dommen at en avklaringsplikt kan foreligge dersom «*[...] det i lys av de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene kan fremstå som urimelig, uforholdsmessig eller i strid med likebehandlingsprinsippet at ikke oppdragsgiver foretar avklaring. Dette kan for eksempel gjelde der uklarhet i tilbudet skyldes uklarhet i konkurransegrunnlaget.*»
- (43) Som klagenemnda har kommet til ovenfor var det ikke uklart at de absolutte kravene måtte tilfredsstilles og aksepteres av leverandørene, og at dette måtte gjøres enten ved utfylling og levering av Bilag 1 eller gjennom beskrivelser i tilbudet. Den mangelfulle besvarelsen i klagers tilbud, er dermed ikke et resultat av at konkurransegrunnlaget var uklart.
- (44) Klagers anførsel kan derfor ikke føre frem.
- (45) Den opprinnelige beslutningen om å tildele rammeavtalen til klager, var etter dette «*i strid med forskriften*», jf. § 25-1 fjerde ledd, og innklagede har ikke brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud.

Konklusjon:

Utenriksdepartementet har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Elisabeth Wiik

Dokumentet er godkjent elektronisk