



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager ønsket å delta i en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale for kjøp av juridiske tjenester, men oppfylte ikke minstekravet om at leverandør måtte ha ansatte med advokatbevilling. Klagenemnda fant at minstekravet ikke var i strid med kravet i forskriftens § 3-1 (5), om at oppdragsgiver "skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen". Minstekravet ble heller ikke funnet å være i strid med kravene til likebehandling og konkurranse i lovens § 5.

Klagenemndas avgjørelse 10. november 2008 i sak 2008/84

Klager: Webjuristene AS

Innklaget: BIR AS

Klagenemndas medlemmer: Per Christiansen, Bjørg Ven og Jakob Wahl.

Saken gjelder: Minstekrav, proporsjonalitet, likebehandling og konkurranse.

Bakgrunn:

- (1) BIR AS (Bergen interkommunale renholdsverk AS – heretter kalt innklagede) kunngjorde 24. januar 2008 en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale for kjøp av juridiske tjenester.
- (2) Fra konkurransegrunnlagets punkt 2, "Tilbudsbestemmelser", hitsettes punkt 8 "Formelle krav":

"Følgende krav må innfries:

- 1. Forpliktende tilbudsbrev innholdende at krav er oppfylt, eventuelle forbehold, samt underskrift av daglig leder/ bemyndiget person.*
- 2. Maler som er vedlagt dette tilbud skal utfylles der dette er bedt om. Her prisskjema i del 4.*
- 3. Firmaattest skal vedlegges*
- 4. Skatteattest for skatt og arbeidsgiveravgift skal vedlegges og ikke være eldre enn 6 mnd.*
- 5. Skatteattest for betalt mva skal vedlegges og ikke være eldre enn 6 mnd.*
- 6. HMS attest, ikkje eldre enn 6 mnd*
- 7. Komplette årsregnskap for siste år samt utdrag av regnskapet hittil i år skal vedlegges*
- 8. Referanseliste skal være skriftlig og min inneholde 3 oppdrag. Referansegrunnlaget skal ikke være eldre enn 1 år og omfatte:*
Oppdragsbeskrivelse, varighet, verdi i NOK pr år, navn på kundekontakt.
Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å kontakte oppgitte referanser.
Referansegrunnlaget bør i størst mulig grad være beslektet med den virksomhetsområde BIR AS driver.

8. Firmapresentasjon, herunder organisasjonsplan inneholdende geografisk tilhørighet, stillingstyper og tilhørende fullmakter. Herunder inngår også kopi av ulike sertifikater m.v.

9. Kopi av gyldig ansvarsforsikring.

10. Rutiner for kvalitetsstyring. Relevante utdrag av IK/ kvalitetshåndbok vedlegges.

11. Beskrivelse av tilbyders faglige ressurser skal vedlegges. Herunder skal oppgis:

- Antall ansatte og tilhørende kompetanse som inngår i oppdraget (CV'er vedlegges)
- De serviceløsninger som tilbys for at oppdragsgivers behov kan løses på en optimal måte

12. Morselskapsgaranti: Dersom tilbyder eies med mer enn 50 % av et annet selskap, skal tilbyder vedlegge morselskapsgaranti.

13. Avtale om solidaransvar skal vedlegges dersom oppdragstaker benytter underleverandører eller inngår samarbeid med andre selskap.

Det forutsettes for øvrig at leverte varer/tjenester, produksjonsutstyr, produksjonslokaler m.v tilfredsstiller offentlige myndigheters krav og pålegg. ”

- (3) Fra konkurransegrunnlagets punkt 2, ”Tilbudsbestemmelser”, hitsettes videre punkt 21 ”Tilbudsvurdering”:

”Tilbydere som ikke er utelukket, (ref pkt 18 og 19) vil bli vurdert i forhold til følgende krav for egnethet:

Økonomiske og finansielle evner. Herunder vil soliditet og lønnsomhet bli vurdert.

Organisatoriske evner. Herunder vil faglig kompetanse, ressursgrunnlag, serviceløsninger, referanser, IK og kvalitetssystemer bli vurdert.”

- (4) Fra konkurransegrunnlagets punkt 2, ”Tilbudsbestemmelser”, hitsettes videre punkt 22 ”Tildelingskriterier”:

”Oppdragsgiver vil velge det tilbud som fremstår som det mest økonomisk fordelaktige tilbud. Følgende vektete kriterier er satt opp:

Pris: Vekt 60 %

Tilbudets faglige og organisatoriske innhold Vekt 40 %

Herunder inngår forhold som: - Responstid og oppfølging

- Kompetanseomfang og nettverkløsninger

- Løsningens funksjonalitet og hvordan denne er tilpasset BIR AS krav og behov”

- (5) Fra konkurransegrunnlagets punkt 3, ”Oppdragsbeskrivelse m/tilhørende krav”, hitsettes fra punkt 2.1 ”Nærmere om tjenesten som ønskes levert”:

”I 2007 kjøpte BIR AS juridiske tjenester for ca NOK: 500.000 ekskl. mva. Det tas forbehold om at mengden kan endres ut fra interne behov i BIR.

Oppdragsgiver ønsker leveranse av juridiske tjenester fortrinnsvis innen følgende rettsområder, men det tas forbehold om at også andre rettsområder kan bli aktuelle hvis behovet skulle oppstå:

A. Kontraktsrett, inkludert kontrakter om tjenestekjøp, varekjøp, konkurranseutsetting, reforhandling mv.

B. EØS rett med særlig vekt på offentlige anskaffelser, offentlige regler / forskrifter m.v.

C. Etablering av selskapsform/ nye selskaper/ eierskifte, salg, organisasjonsendringer/ utvikling m.v.

D. Informasjonsteknologi med tilhørende utfordringer m.v. Herunder nevnes spesielt områdene E-handel/ E-faktura, IKT - kontrakter, SLA avtaler samt avtaler vedr. konsulentbistand på IKT området

E. Arbeidsrett, inkludert problematikk rundt virksomhetsoverdragelse, pensjon, oppsigelse og avskjed.

F. Erstatningsrett inkludert erstatningskrav fra leverandører, ansatte, kunder, m.v.

G. Bygnings og entrepriserett.

H. Eiendomsrett, aksjeloven, skatterett samt området finansielle transaksjoner

Annen juridisk rådgivning innen det "forretnings- juridiske området."

Leverandør må for å tilfredsstille kravene dokumentere sin kompetanse innen ovennevnte rettsområder.

Leverandør må oppgi navn og faglige kvalifikasjoner for de medarbeidere som skal utføre tjenesten.

For disse medarbeiderne skal følgende garantier ytes.

- Normal responstid (i timer) på skriftlige henvendelser. (respons utføres enten pr. tlf eller via email)*
- Normal leveringstid (i dager) på den del som gjelder skriftlig "oppdragsforståelse"*
- Hvilken prioritet BIR vil ha hos dedikerte medarbeidere/ fra tilbyder*

Det stilles krav om at leverandør, i tillegg til norsk også behersker engelsk / skriftlig og muntlig.

Det er videre ønskelig at leverandør innehar et bredt juridisk fagmiljø som grunnlag for oppdragsgivers behov, og det er dessuten ønskelig at leverandør har tilgang til et tverrfaglig miljø, f.eks innen økonomiske, tekniske, innkjøpsfaglige og arbeidsrettslige disipliner.

Det er videre en fordel at leverandør har solid erfaring fra arbeid internasjonalt og at leverandør som et resultat av dette innehar et nettverk utenfor Norge.

Leverandør må videre ha personell ansatt med bevilgning til å drive advokatvirksomhet, jmf Lov om domstolene § 220.

Leverandør må dessuten inneha kompetanse, erfaring og kapasitet til generell rådgivning samt å kunne avholde kurs, foredrag og seminarer innen de ulike rettsområdene, såvel som innen nærliggende og beslektede disipliner.”

- (6) I e-post av 8. februar 2008 bad Webjuristene AS (heretter kalt klager) om at innholdet i kravet til at leverandør måtte ha ansatte med advokatbevilling, ble endret. Dette for at også rettshjelpere skulle kunne inngi tilbud.
- (7) I e-post av 11. februar 2008 ble klager informert om at innklagede ikke ønsket å endre kravspesifikasjonen, og fra e-posten hitsettes:

”BIR ønsker ikke å endre vår kravspesifikasjon. Årsak skyldes at mange av våre saker har et innhold hvor vi erfaringsmessig har hatt behov for advokater m/bevilgning. M.a.o så er dette en økende del hos oss.

Vi er også av den oppfatning at våres saker vil bli best ivaretatt av advokater med bevilgning, da vi oppfatter disse vil kunne tilby oss en bedre assistanse enn en rettshjelper.”

- (8) I e-post av 20. februar 2008 gjentok klager oppfordringen om å endre innholdet i konkurransegrunnlaget. Innklagede opprettholdt imidlertid sin beslutning i e-post av 25. februar 2008.
- (9) Innen tilbudsfristens utløp 10. mars 2008 mottok innklagede 7 tilbud. Den 8. mai 2008 ble kontrakt inngått med Deloitte Advokatfirma DA.
- (10) Saken ble brakt inn for klagemennda i brev av 22. mai 2008.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Formålet med oppdragsgivers adgang til å stille kvalifikasjonskrav til leverandøren, er å sikre at minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere etterspurte tjenester er til stede slik at kontraktsoppfyllelse oppnås. Det skal videre være en forholdsmessighet mellom kvalifikasjonskravet og ytelsen som skal leveres, jf FOA §§ 8-4 og 17-4.
- (12) Innklagede hadde imidlertid ikke et objektivt og saklig grunnlag for å sette som minimumskrav at potensielle leverandører skulle ha ansatte med advokatbevilling. Det måtte være tilstrekkelig å sette som minimumskrav at leverandøren hadde rettshjelperkompetanse. Dette fordi det er liten eller tilnærmet ingen forskjell mellom yrkesgruppens kompetanse. Det vises til at advokater og rettshjelpere har samme grunnutdanning, begge yrkesgruppene må ha plettfri vandel, og må tegne ansvarsforsikring for å få tillatelse til å drive rettshjelp mot betaling, jf domstolloven § 218 (2). I de tilfellene der det oppstår behov for å prosedere en sak for domstolene, vil en rettshjelper kunne søke om tillatelse til å prosedere denne. Klager er ikke kjent med at noen rettshjelpere pt ikke har fått slik tillatelse. Det er også mulig for rettshjelpere å

samarbeide med advokater som overtar saken dersom det skulle være behov for en prosedyre/rettssak. En advokatbevilling gir uansett ingen garanti for at vedkommende er dyktigere i retten enn en rettshjelper.

- (13) Prosedyre må antas å kun gjelde en mindre del av oppdraget som konkurransen gjelder. I konkurransegrunnlaget fremgår det at det er mulig å inngi tilbud på deler av leveransen, f.eks å ta forbehold om at prosedyreoppdrag må utføres av andre. Ettersom klager samarbeider med advokater som kunne ført sakene videre ved behov for dette, ville klager være like faglig kompetent til å levere de etterspurte tjenestene som det et advokatfirma vil være. Med dagens internetteknologi er det fullt mulig å arbeide etter en nettverksmodell på en kostnadseffektiv måte, og klager tror dette vil bli svært vanlig i fremtiden.
- (14) Forskrift om offentlige anskaffelser åpner for at en leverandør kan støtte seg på andre foretaks finansielle og økonomiske styrke og tekniske eller faglige kvalifikasjoner, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem. Leverandøren skal i slike tilfeller kunne dokumentere at han har tilgang på disse andre foretakenes kapasitet. Dette gjør det blant annet enklere for nystartede og små selskaper å få mulighet til å levere til det offentlige. Det avgjørende er at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, ikke hvordan denne evnen oppstår.
- (15) Innklagedes kvalifikasjonskrav må også være i strid med grunnleggende prinsipper for offentlige anskaffelser, slik som at hensynene til effektiv konkurranse og likebehandling av leverandører ivaretas. At en leverandør som tilbyr juridiske tjenester til priser som i gjennomsnitt ligger langt under det som er vanlig i markedet utestenges fra å delta i konkurransen, bidrar til at konkurransen reduseres.
- (16) Ved å opprettholde et diskriminerende kvalifikasjonskrav uten å begrunne dette på en objektiv og saklig måte, har innklagede handlet i strid med kravet til likebehandling. At innklagede ikke åpnet for å justere konkurransegrunnlaget slik at klager kunne hatt mulighet for å inngi tilbud, resulterer i at rettshjelpere som yrkesgruppe ikke har samme muligheter som advokater til å få kontrakter med det offentlige.
- (17) Videre kan det ikke stemme, slik innklagede hevder, at innklagedes advokat kvalitetssikret innholdet i saken før klagers henvendelse ble besvart av innklagede i e-post av 11. februar 2008. Dette fordi det i brevet fra Kluge DA blir vist til en artikkel i Agderavisa lørdag 1. mars. Innklagede avviste således klagers anmodning uten å ha satt seg inn i hva en rettshjelper er. Til dette kommer at når innklagede først søkte informasjon om hva en rettshjelper er, ble informasjon innehentet fra et advokatfirma i stedet for f.eks det offentlige organet Tilsynsrådet for Advokatvirksomhet. Å søke informasjon om rettshjelperrollen fra den stand som utgjør hovedkonkurrentene til rettshjelperne, gir neppe noen objektiv tilbakemelding.

Innklagedes anførsler:

- (18) Før innklagede avsto klagers ønske om å endre kvalifikasjonskravet, ble svaret kvalitetssikret av innklagedes advokat. Når det gjelder forskjellen mellom en rettshjelper og en advokat, er det riktig at yrkesgruppene har samme grunnutdannelse (juridisk embetseksamen). Advokattittelen er imidlertid betinget av to års praksis som fullmektig, advokatkurs med egen eksamen og å ha prosedert tre saker for retten. Jurister som ikke er advokater kan søke Tilsynsrådet for Advokatvirksomhet om bevilling til å selge

juridisk rådgivning (rettshjelpbevilling), og kalles da rettshjelpere. Rettshjelperne er underlagt det samme regelverk og kontrollsystem som advokatene, og må på lik linje med advokater tegne ansvarsforsikring. Rettshjelperne har imidlertid ikke uten videre anledning til å opptre i retten som prosessfullmektig, men må få tillatelse av dommeren til å prosedere fra sak til sak, jf tvisteloven § 3-3 nr. 4. Innklagedes behov strekker seg vesentlig lenger enn kun juridisk rådgivning og bistand. Dersom det kun var juridisk rådgivning og bistand som var innklagedes behov, kunne man bare ansatt en intern jurist i organisasjonen.

- (19) I tillegg til juridisk rådgivning har innklagede et klart behov for assistanse fra en profesjonell tjenesteyter med god kjennskap til advokatrollen som sådan. Dette gjelder så vel representasjon overfor motparter i forhandlings- og konfliktsituasjoner, som behov for erfarne prosessfullmektiger ved tvistesaker. En rettshjelper har normalt ikke samme kompetanse og erfaring innen forhandlinger og prosesser som en advokat. På bakgrunn av innklagedes behov ville det vært misvisende å invitere andre enn advokater til å delta i anbudskonkurransen, da disse tilbyderne uansett ville måtte avvises – eller i hvert fall ikke ville komme med i betraktning – nettopp på grunnlag av et underliggende kriterium om særlig kjennskap/erfaring med advokatrollen.
- (20) Innklagede er av den oppfatning at det er oppdragsgiver som best kjenner sine egne behov. Hertil må innklagede kunne stille entydige krav til den type tjenester som ønskes etterspurt i markedet. *”At leverandører i ettertid skal kunne endre på slike krav, såfremt disse er forutsigbare og objektive”*, vil i følge innklagede virke svært uheldig både i forhold til marked samt intern behovsdekning.
- (21) Klager hevder at man fra oppdragsgivers side burde kunne akseptere at klager benyttet underleverandører ved behov. Slik oppsplitting/videreføring av oppdrag fra et selskap til et annet vil være svært uheldig. Herunder påpekes det at slike løsninger er uvanlige i dagens marked. Det vil virke både fordyrende, det vil være stor risiko for bortfall av kritisk sakskompetanse og erfaring, samt at potensielle tidsfrister muligens må forlenges. Innklagede aksepterer ikke at det er markedet, her representert ved klager, som skal angi hvilke behov innklagede har. Innklagede kan heller ikke akseptere at det er klager som skal definere både krav til kompetanse og til leveranse kvalitet.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager ønsket å delta i konkurransen og er således en potensiell leverandør som anses å ha saklig klageinteresse etter forskrift om Klagenemnda for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder juridiske tjenester, som er en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 vedlegg 6 kategori (21). Dette medfører at anskaffelsen følger reglene i forskriftens del I og II, jf forskriftens § 2-1 (5), 2-2 flg.
- (23) Klager har anført at innklagede ikke hadde et objektivt og saklig grunnlag for å kreve at leverandører skulle ha ansatte med advokatbevilling, og videre at kravet er i strid med grunnleggende krav til likebehandling, konkurranse og forholdsmessighet.
- (24) I konkurransegrunnlagets punkt 3 *”Oppdragsbeskrivelse m/tilhørende krav”* fremgår det at leverandør *”må ha personell ansatt med [bevilling] til å drive advokatvirksomhet”*. Kravet fremgår verken av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget som et kvalifikasjonskrav. Det er oppstilt som et krav under oppdragsbeskrivelsen som

nærmere definerer krav til tjenestene som ønskes levert. Etter klagenemndas oppfatning må kravet tolkes som et minstekrav til ytelsen slik det er fastsatt i konkurransegrunnlaget, jf uttrykket "må", og ikke som et kvalifikasjonskrav, slik klager hevder.

- (25) Minstekrav som stilles til den etterspurte ytelsen må, i likhet med andre krav, være i samsvar med lovens krav til konkurranse og likebehandling i lovens § 5, og med kravet til at oppdragsgiver skal *"gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen"*, jf forskriftens § 3-1 (5). Oppdragsgiver må imidlertid som utgangspunkt ha et betydelig skjønn ved vurderingen av hvilke krav som skal stilles til tjenesten. Klagenemnda har bare myndighet til å prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om vurderingen er basert på korrekt faktum og ellers er saklig og forsvarlig. I dette tilfelle har oppdragsgiver vurdert det aktuelle krav på ny etter anmodning fra klager.
- (26) Innklagede har anført at det er satt krav om ansatte med advokatbevilling i hovedsak fordi det vil kunne være aktuelt med bistand for domstolene og fordi man legger til grunn at innklagedes saker vil bli best ivaretatt av advokater med bevilling.
- (27) I tilsvaret til klagenemnda har innklagede forklart at innklagedes behov strekker seg vesentlig lenger enn til kun juridisk rådgivning og bistand. I tillegg til juridisk rådgivning har innklagede et klart behov for assistanse fra en profesjonell tjenesteyter med god kjennskap til advokatrollen som sådan. Dette gjelder representasjon overfor motparter i forhandlings- og konfliktsituasjoner og det er behov for erfarne prosessfullmektiger ved tvistesaker. Det vises til at en rettshjelper normalt ikke har samme kompetanse og erfaring innen forhandlinger og prosesser som en advokat.
- (28) Innklagede utelukker bruk av underleverandører med advokatbevilling. En oppsplitting/videreføring fra et selskap til et annet, vil være svært uheldig, fordi det vil virke fordyrende og det vil være stor risiko for bortfall av kritisk sakskompetanse og erfaring, samt at potensielle tidsfrister muligens må forlenges.
- (29) Klagenemnda kan ikke se at minstekravet om at leverandør må ha ansatte med bevilling som advokat er uforholdsmessig ut fra innklagedes skisserte behov og oppfatning om at bruk av underleverandører vil være uheldig både i forhold til pris, tid og praktiske forhold. Det foreligger således ikke brudd på forskriftens § 3-1 (5). Klagenemnda kan heller ikke se at minstekravet er usaklig eller i strid med kravene til likebehandling og konkurranse i lovens § 5.

Konklusjon:

BIR AS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
10. november 2008


Per Christiansen