



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Myhre & Co Advokatfirma AS
v/advokat Tone Friberg Skaug
Rådhusgt. 9a
0151 Oslo

E-post: tfs@mcadvokat.no

Deres referanse

Vår referanse
2010/126

Dato
25. mars 2011

**KLAGE OVER AVVISNINGSVEDTAK: PEDAGIGISK VIKARSENTRAL AS -
BERGEN KOMMUNE**

Sekretariatet besluttet ved brev av 07.03.2011 å avvise klagen etter forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15.11.2002 § 9 som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda med den begrunnelse at klagen klart ikke kan føre frem. Klage over avvisningsbeslutninger skal etter samme forskriftsbestemmelse foreligge innen tre virkedager etter at klager ble kjent med avgjørelsen. Klage ble rettidig inngitt den 10.03.2011.

Klager anfører at en klage bare kan avvises etter klagenemndforskriften § 9 dersom

- klager har grepet feil fordi han mangler oversikt over regelverket og den riktige løsningen kan leses direkte ut av reglene, eller
- det kan vises til en tilsvarende sak som klagenemnda allerede har tatt stilling til, eller
- det kan vises til en fast etablert praksis gjeldende et generelt rettslig spørsmål, og hvor svaret dekker problemstillingene i saken.

Det anføres videre at denne saken ikke dekkes av noen av disse alternativene. Saken reiser et prinsipielt spørsmål som ikke har vært vurdert av klagenemnda tidligere, og som fortjener behandling og avgjørelse av nemnda. Å avvise denne saken vil innebære en skjerpet praksis som hever terskelen for behandling i nemnda, hvilket vil være uheldig.

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00

Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Til realiteten i saken fremholder klager at i henhold til konkurransegrunnlaget vil valgte leverandør være forpliktet til å betale de vikarer som skal leies ut til Bergen kommune m.fl., lønn etter hovedtariffavtalen fra KS. Når tilbyderne ble bedt om å fylle inn ”lønssats”, ”lovpålagte sosiale kostnader” og ”dekningsbidrag” i prisskjemaet som fulgte med som Vedlegg V til konkurransegrunnlaget, kan det ikke være særlig tvil om at det var minstelønssatsen i henhold til tariffavtalen som måtte fylles inn. Timelønn måtte også beregnes på den måten det er gitt anvisning på i hovedtariffavtalens punkt 12.5, hvor det ikke opereres med de vanlige 1950 arbeidstimer på årsbasis, men 1400 timer, hvilket fører til en annen omregningsfaktor.

Klager fastholder at når de fire andre tilbydere som i likhet med klager ble funnet kvalifiserte, hadde fylt ut en lavere lønssats i prisskjemaet enn den som følger av tariffens satser og beregningsmåte, skulle de alle vært avvist. Etter klagers syn må man kunne forvente av stat og kommune at de opptre ansvarlig og medvirker til at kontraktsforpliktelser faktisk etterleves.

Etter at klagen innses, er saksdokumentene sendt til klagenemndas leder, som etter klagenemndeforskriften § 9 skal behandle klager over sekretariatets avvisningsvedtak. Pga reisefravær har det tatt noen tid å få behandlet klagen.

Klagenemndas leder har gått gjennom samtlige dokumenter i saken og er kommet til samme resultat som sekretariatet.

For det første må det fastslås at klagenemndas adgang til å avvise saker brukes i langt større utstrekning enn hva klager synes å legge til grunn. Muligheten for å avvise saker etter klagenemndeforskriften § 9 beror på typisk skjønnspregede momenter, og denne adgangen benyttes i relativt stor utstrekning, fordi det anses nødvendig ut fra klagenemndas arbeidssituasjon og tilgjengelige ressurser. Det vises for så vidt til de mange avvisningsbeslutninger som foreligger og er publisert på klagenemndas hjemmeside.

I nærværende sak er det på det rene at alle tilbyderne har bundet seg til å sørge for at de vikarer som benyttes overfor oppdragsgiver ikke har dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av tariffavtale. Samtidig er ”pris”, sammensatt av lønn, sosiale utgifter og dekningsbidrag, benyttet som det ene av to tildelingskriterier i saken, og tillagt 45 % vekt. Et tildelingskriterium skal være egnet til å skille ut det eller de ”økonomisk mest fordelaktige tilbud”. Dersom alle tilbyderne skulle være forpliktet til å oppføre den samme beregning av minstelønn her, slik klager hevder, hadde det ført til at to av bestanddelene i priskriteriet ikke ville være egnet til å skille mellom leverandørene. Lovpålagte sosiale kostnader er jo bare en

funksjon av lønnen. Dermed ville bare det tredje elementet, dekningsbidraget, være egnet og lovlig som tildelingskriterium og burde vært oppført alene. Det er det imidlertid ikke, hvilket må åpne for forskjellige oppføringer også på "lønn". Både dette forhold og uttalelsen i Ot. prp. 7 for 2007-2008 side 11 tilsier at den lønssats som fylles ut i prisvedlegget ikke nødvendigvis behøver å være den samme lønn som tilbyder er forpliktet til å betale etter bestemmelsen om minstelønn. Lønnen som oppføres i prisvedlegget har den funksjon at den vil danne grunnlag for timeprisen som skal evalueres i konkurransen, og dessuten være utgangspunktet for de lønnsreguleringer som skal kunne foretas etter kontraktens bestemmelser.

Det er derfor leverandøren som har risikoen for at den lønn som føres opp i prisskjemaet er riktig beregnet ut fra de forpliktelser han ved kontrakten påtar seg, og dermed også leverandøren som må bære mellomlegget dersom den oppførte "lønn" ikke holder til å oppfylle kravet om minstelønn. Oppdragsgiver kan ikke ha noen plikt til å undersøke dette nærmere, eller foreta egne beregninger rundt dette før tilbudsevalueringen, så lenge den kontraktsmessige forpliktelse om minstelønn er akseptert.

På denne måten blir alle deler av priskriteriet gjenstand for konkurranse mellom tilbyderne, slik det åpenbart har vært ment – og også er blitt oppfattet av de fire andre tilbyderne, som opererer med forskjellige lønssatser i prisskjemaet. Nemndsleder kan heller ikke se at det ved en slik forståelse foreligger noe brudd på anskaffelsesregelverket og er enig med sekretariatet i at klagen åpenbart ikke kan føre frem.

Sekretariatets avvisningsbeslutning blir dermed å opprettholde.

Avgjørelsen sendes klager pr. e-post og i ordinær postgang. Kopi sendes innklagede til orientering.

Björg Ven
Klagenemndas leder