



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Fagforbundet
Att. advokat Einar Engh
Postboks 7003 St.Olavs plass
0130 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
2010/70

Dato
23.03.2011

Avvisningsbeslutning i klagesak

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 22. mars 2010 vedrørende anskaffelse av vaktmestertjenester og rammeavtale for brukertjenester/tilleggsbestillinger. Klagenemndas sekretariat 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 fram. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Askøy kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 6. oktober 2009 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av kontrakt om kjøp av vaktmestertjenester og rammeavtale for brukertjenester/tilleggsbestillinger. Av konkurransegrunnlaget punkt 1.4 fremgikk det at avtalen skulle ha tre års varighet med opsjon for forlengelse i ytterligere ett år. Den anslåtte verdien på kontrakten var mellom kroner 5 000 000 – 6 000 000 per år, totalt kroner 20 000 000 – 24 000 000 for tre pluss ett år, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.5. Frist for å inngi tilbud var 17. november 2009 klokken 12.00, jf. punkt 7.4 i konkurransegrunnlaget.

- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1 "Oppdraget" fremgikk det av underpunkt 1.3 "Anskaffelsen gjelder" at:

"Inngåelse av kontrakt for kjøp av vaktmestertjenester og rammeavtale for brukertjenester/tilleggsbestillinger til Askøy kommune som beskrevet i pkt. 4.0. Dette kan innebære virksomhetsoverdragelse. Pr. i dag er det 8,2 årsverk, herav 8 ansatte i 100 % stilling og 1 ansatt i 20 % stilling. Det er uvisst hvor mange av de ansatte som velger å følge med dersom det blir en ekstern leverandør som vinner konkurransen."

- (3) Videre fremgikk det av underpunkt 1.6 "Virksomhetsoverdragelse" at:

"Når den påtroppende leverandøren overtar vaktmestertjenesten fra Askøy kommune, gjelder reglene om virksomhetsoverdragelse, jf. arbeidsmiljøloven av 17.06. 2005 nr 62 kap. 16.

Det forutsettes at leverandøren er part i en tariffavtale."

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

- (4) Kvalifikasjonskravene var angitt i kunngjøringen punkt III.2) og konkurransegrunnlaget punkt 3, hvor det blant annet ble stilt krav til restansefri skateattest, HMS m.v. Ingen av punktene inneholdt krav til tariffavtale.
- (5) Det fremgikk av kunngjøringen punkt IV.2) at kontrakt ville bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av kriterier fastsatt i konkurransegrunnlaget. Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 5, hvor det fremgikk at valget ville bli foretatt ut fra en vurdering av "Fastpris", "Timepris", "Responstid" m.v. Det var heller ikke her stilt opp krav til tariffavtale.
- (6) Innklagede informerte tilbyderne i brev av 8. desember 2009 om at kommunen hadde til hensikt å inngå kontrakt med NEAS ASA (heretter kalt valgte leverandør).
- (7) Valgte leverandør hadde ikke tatt noen forbehold. Etter kontraktstildelingen ble innklagede kjent med at ingen ansatte hos valgte leverandør hadde fremsatt krav om at tariffavtale skulle tre i kraft. Innklagende ba derfor valgte leverandør om en redegjørelse for om valgte leverandør ville inngå tariffavtale ved en eventuell virksomhetsoverdragelse. Den 11. mars 2010 avga valgte leverandør en skriftlig erklæring som bekreftet at et krav om tariffavtale fra vaktmestre som eventuelt ville bli overført ville bli akseptert. Ved erklæring 22. mars 2010 bekreftet valgte leverandør skriftlig at dersom krav om tariffavtale ikke ble fremmet, ville selskapet selv fremme krav om tariffavtale for det tilfellet at det ville skje en virksomhetsoverdragelse ved at organiserte vaktmestre ble overdratt fra kommunen.
- (8) Fagforbundet (heretter kalt klager), som er LO sitt største forbund med cirka 315 000 medlemmer, brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 22. mars 2010. Kontrakt ble inngått med valgte leverandør 22. mars 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (9) Klager har anført at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å tildele kontrakten til en leverandør som ikke har tariffavtale. Det vises til at innklagede i konkurransegrunnlaget punkt 1.6 hadde oppstilt et kvalifikasjonskrav om at tilbyderen hadde tariffavtale. Valgte leverandør har ikke tariffavtale, og det har ingen betydning at virksomheten er medlem av NHO eller er villig til å inngå tariffavtale.
- (10) Klager viser videre til at det ikke har noen større praktisk betydning for saken om kravet til tariffavtale er et kvalifikasjonskrav eller ikke. Kravet fremgikk av konkurransegrunnlaget og var uansett en forutsetning for at oppdragstaker skulle få utføre kontraktsarbeidet.

Innklagedes anførsler:

- (11) Innklagede har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandør. Innklagende viser til at valgte leverandør oppfylte alle kvalifikasjonskravene for den aktuelle konkurransen, og det var ikke grunnlag for avvising. Kvalifikasjonskravene var uttømmende angitt i punkt 3 i konkurransegrunnlaget, og det var ikke grunnlag for å anse kravene i punkt 1.6 som kvalifikasjonskrav. Plikten til å oppfylle kravene i punkt 1.6 aktualiseres først dersom det oppstår en virksomhetsoverdragelse, og først på det tidspunkt tjenesten eventuelt overtas fra innklagede.
- (12) Innklagede viser også til at valgte leverandør ikke hadde tatt forbehold mot kravspesifikasjonene, og at valgte leverandør forpliktet seg eksplisitt til å oppfylle kravene i konkurransegrunnlaget punkt 1.6. Oppdragsgiver har ikke grunnlag for å anta at forpliktelsene vil bli misligholdt. Dersom valgte leverandør unnlater å oppfylle kravene i punkt 1.6 ved en eventuell virksomhetsoverdragelse, må et slikt hypotetisk kontraktsbrudd håndteres etter kontraktsrettslige sanksjonsregler.

- (13) Innklagende anfører subsidiært at avviket fra kravene i punkt 1.6 ikke var vesentlig, og at det derfor ikke foreligger avvisningsgrunn, jf. anskaffelsesforskriften § 20-13(1) bokstav e. Det vises også til at vurderingen av hva som utgjør et vesentlig avvik er overlatt til oppdragsgivers skjønn. Innklagendes vurdering var ikke usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig, og ikke i strid med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5.

Sekretariatets vurdering:

- (14) Sekretariatet bemerker innledningsvis at klager ikke deltok i konkurransen, og at klager heller ikke er en potensiell leverandør av de tjenester innklagede i dette tilfellet har etterspurt. Spørsmålet er derfor om klager har "saklig klageinteresse", jf. forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Sekretariatet viser til at Fagforbundet er LO sitt største forbund med cirka 315 000 medlemmer. Fagforbundet organiserer blant annet arbeidstakere i kommunale og fylkeskommunale virksomheter, og hovedoppgaven til Fagforbundet er å sikre medlemmenes lønns- og arbeidsvilkår. Klagen gjelder spørsmål om krav til tariffavtale, og således et forhold som ligger innenfor Fagforbundets formål og naturlige virkeområde.
- (15) Sekretariatet legger på denne bakgrunn til grunn at klager har "saklig klageinteresse", jf. forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen er kunngjort som en prioritert tjenestekontrakt i kategori 1. Anskaffelsens verdi er opplyst å være mellom kroner 20 000 000 og kroner 24 000 000. Etter sin opplyste art og verdi følger anskaffelsen således lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, og forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriftens § 2-1(1) og (2) smh. § 2-2(1).

Hvorvidt innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling ved å inngå kontrakt med valgte leverandør

- (16) Klager har anført at innklagede har brutt kravene til forutberegnelighet og likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5 ved å tildele kontrakten til en leverandør som ikke har tariffavtale. Det vises til at innklagede i konkurransegrunnlaget punkt 1.6 har oppstilt et kvalifikasjonskrav om at tilbyderen har tariffavtale. Innklagende har anført at valgte leverandør oppfyller alle kvalifikasjonskravene, og at det derfor ikke var grunnlag for avvisning.
- (17) Sekretariatet viser til at det ikke var stilt opp krav om tariffavtale under kvalifikasjonskravene slik disse fremgikk av kunngjøringen punkt III.2) og konkurransegrunnlaget punkt 3. Det var heller ikke henvist til andre punkter i konkurransegrunnlaget som skulle tilsi at tariffavtale var å anse som et kvalifikasjonskrav. Krav til tariffavtale var heller ikke stilt opp som minstekrav til tjenesten. Forutsetningen om tariffavtale fremkom derimot av konkurransegrunnlaget punkt 1.6 "Virksomhetsoverdragelse", og det fremkom av konkurransegrunnlaget underpunkt 1.3 "Anskaffelsen gjelder" at anskaffelsen kunne resultere i en virksomhetsoverdragelse.
- (18) Sekretariatet legger derfor til grunn at forutsetningen om tariffavtale kun var et kontraktrettslig vilkår som ville gjelde for det tilfelle at oppdraget resulterte i en virksomhetsoverdragelse.
- (19) Valgte leverandør tok ikke forbehold mot kontraktsvilkåret, men bekreftet tvert imot overfor innklagede at selskapet ville inngå tariffavtale dersom én eller flere ansatte ble overdratt fra innklagede, og dette uavhengig av om det ble fremsatt krav om dette fra de ansatte. Valgte leverandør var dermed kontraktsrettslig forpliktet til å følge konkurransegrunnlagets bestemmelser om tariffavtale for det tilfellet at en eller flere ansatte ble overdratt fra kommunen.
- (20) På denne bakgrunn finner sekretariatet at kravet til forutberegnelighet og likebehandling i lovens § 5 ikke er brutt ved kontraktsinngåelsen med valgte leverandør.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforakriften § 9.

Med vennlig hilsen

Raymond Solberg
seniorrådgiver

Kopi: Askøy kommune