



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Tapper & Co Advokatfirma DA
v/Eline Aarskog/Frode Henning Antonsen
Postboks 444
7404 TRONDHEIM
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2011/0281-14

Dato:
05.06.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 14. oktober 2011 vedrørende anskaffelse av rehabilitering av tak på Devle gård. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er delvis at klagen klart ikke kan føre fram, og delvis at klager mangler saklig klageinteresse for avgjørelse av en anførsel, jf. klagenemndsforordningen § 6. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Sekretariatets vurdering:

- (1) Asplan Viak AS kunngjorde 14. mars 2011, på vegne av Trondheim kommune (heretter kalt innklagede), en åpen anbudskonkurranse for rehabilitering av tak på Devle gård. Anskaffelsen er en bygge- og anleggsanskaffelse, og det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt B.1.1 at anskaffelsen fulgte forskriften del I og II, da den var antatt å ligge under terskelverdien. Tilbudsfrist var angitt til 8. april 2011.
- (2) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede 8 tilbud, herunder fra Bioconsult AS (heretter kalt klager). Ved brev datert 15. april 2011 ble klager avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav om godkjent lærlingeordning. Det er opplyst at innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 30. mai 2011. Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev datert 14. oktober 2011. Klagen er dermed rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 6 (2).
- (3) Klager har anført at kvalifikasjonskravet om godkjent lærlingeordning er ulovlig, og at klager uansett hadde dokumentert at kravet ville bli oppfylt på kontraktgjennomføringstidspunktet.
- (4) I kunngjøringens punkt III.2.1 var det satt kvalifikasjonskrav til tilbyders organisatoriske og juridiske stilling, og det var blant annet stilt dokumentasjonskrav om

"[e]rklæring fra foretaket om tilknytning til offentlig godkjente lærlingeordninger som gjelder ved kontraktsgjennomføring". I konkurransegrunnlaget fremgikk krav til tilbyder under punkt B2, hvor det blant annet var stilt krav om at "[t]ilbyder skal være godkjent som lærlingebedrift". Det var vist til tilbudsskjema i kapittel E.1 hvor det var angitt hvordan oppfyllelse av kravene skal dokumenteres. I kapittel E.1 "Dokumentasjon fra tilbyder" var det inntatt en matrise hvor det fremgikk at det ble krevd dokumentasjon for "godkjent lærlingebedrift".

- (5) Klager har for det første hevdet at det generelt sett er ulovlig å stille krav om lærlingeordning ved offentlige anskaffelser. Det fremgår imidlertid eksplisitt av forskriften § 3-11 (3) at "*[f]or arbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at norske leverandører skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning.*" Det kan dermed ikke oppstilles noe generelt forbud mot å stille krav om offentlig godkjent lærlingeordning, og klagers anførsel på dette punkt kan derfor klart ikke føre frem.
- (6) Etter forskriften § 3-11 (3) følger det imidlertid at betingelse om godkjent lærlingeordning "*kan likevel kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje*". Klager har hevdet at dette kravet ikke var oppfylt i det foreliggende tilfellet. Det vises til at det ikke er dokumentert at innklagede hadde positiv kunnskap om behov for lærlingplasser innenfor taktekkerfaget på tidspunktet for gjennomføringen av konkurransen.
- (7) Innklagede har forklart at det var "*knapphet på lærlingplasser i distriktet*". Til støtte for sitt synspunkt har innklagede også vedlagt blant annet en e-post fra Opplæringskontoret for Bygg- og Anleggsteknikk (opplæringskontoret) av 10. november 2011, hvor det fremgikk at "*[i] Trøndelagsfylkene er det et stort behov for lærlinger*". Riktignok er e-posten datert etter gjennomføringen av konkurransen, men sammenholdt med innklagedes opplysninger om at det var behov for lærlingplasser, anses dette for tilstrekkelig for å sannsynliggjøre at det var "*et klart definert behov for lærlingplasser*" også på tidspunktet for gjennomføringen av konkurransen. Klagers anførsel kan derfor heller ikke føre frem på dette punkt.
- (8) Videre har klager anført at kravet om lærlingeordning er i strid med regelverket fordi det ikke kun er rettet mot norske tilbydere, jf. betingelsen om dette i forskriften § 3-11 (3). Klager er imidlertid en norsk tilbyder, og selv om manglende uttrykkelig angivelse av at kravet kun gjaldt norske leverandører skulle representere en feil, vil ikke dette ha hatt noen betydning for klager. Klager har derfor ikke saklig klageinteresse i få avgjort spørsmålet, jf. klagenemndsforordningen § 6.
- (9) Klager har videre anført at det ikke var anledning til å oppstille krav om godkjent lærlingeordning som et kvalifikasjonskrav.
- (10) Forskriften § 3-11 (3) gjelder direkte bare at krav om godkjent lærlingeordning kan stilles som et kontraktsgjennomføringskrav. I forskriften del II reguleres rammene for kvalifikasjonskravene til leverandørene av § 8-4. Oppdragsgiver er i første ledd gitt adgang til å "*stille minimumskrav til leverandørene, herunder til leverandørens tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling*". Videre følger det av bestemmelsens annet ledd at "*kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelsen som skal leveres.*"

- (11) Utover disse begrensningene er utformingen av kvalifikasjonskravene i utgangspunktet opp til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. I motsetning til hva som er tilfellet for forskriften del III, er det ikke eksplisitt angitt hvilke dokumentasjonskrav som kan stilles etter forskriften del II. Ved utformingen av kvalifikasjonskravene og de tilhørende dokumentasjonskravene har oppdragsgiver derfor et relativt vidt skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan kun overprøve oppdragsgivers skjønnsutøvelse dersom de oppstilte kravene er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften § 3-1, eller skjønnsutøvelsen ved fastsettelsen av kravene er usaklig, vilkårlig eller sterkt urimelig, jf. blant annet klagenemndas sak 2011/239 premiss 29.
- (12) Klager har hevdet at kravet er i strid med forbudet mot forskjellsbehandling i LOA § 5, og kravet til proporsjonalitet som følger av forskriften § 8-4. Anførselene er i all hovedsak begrunnet med at et krav om at tilbyderne må være godkjent som lærlingebedrift på tilbudstidspunktet innebærer en unødvendig konkurransebegrensning ovenfor bedrifter som ikke har slik godkjenning, men som kan skaffe slik godkjenning innen arbeidet starter. Klager hevder at det er i strid med kravet til proporsjonalitet å kreve at leverandør er lærlingebedrift allerede på tilbudstidspunktet.
- (13) Som nevnt er utformingen av kvalifikasjonskravene underlagt innklagedes skjønn. Oppdragsgivere må som utgangspunkt kunne stille krav om at kvalifikasjonene er oppfylt på tilbudstidspunktet, se i denne retning klagenemndas avgjørelse i sak 2010/209 premiss (30), hvor dette antas å være hovedregelen dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget.
- (14) Slik kvalifikasjonskravet til lærlingeordning var utformet, er det ikke helt klart om dette relaterer seg til tilbydernes kvalifikasjoner ved tilbudstidspunktet, eller om det var mulig å oppfylle kravet ved å sannsynliggjøre at leverandøren ville bli godkjent før kontraktgjennomføringen. Grunnen er trolig at innklagede ikke utformet kvalifikasjonskravet med henblikk på denne problemstillingen. Det nevnes her at perioden mellom tilbudsfrist og igangsetting av arbeidene var ca. 1,5 måned, slik at det var forutsatt oppstart kort tid etter kontraktsignering. At kvalifikasjonskravet ikke var utformet med henblikk på spørsmålet om når kvalifikasjonskravet skulle være oppfylt, skaper likevel ikke tvil om kvalifikasjonskravets lovlighet.
- (15) Klager hadde ikke vedlagt dokumentasjon i tilbudet som viste at de var tilknyttet en godkjent lærlingeordning på tilbudstidspunktet. I klagers tilbud var det imidlertid vedlagt en bekreftelse fra Opplæringskontoret for Bygg-og Anleggsteknikk (Opplæringskontoret) datert 12. august 2010, hvor det ble bekreftet at klager var medlem i opplæringskontoret, og at opplæringskontoret hadde *"godkjent bedriften som lærebedrift, og formell søknad vil bli sendt Sør-Trøndelag fylkeskommune"*. Videre fremgikk at klager hadde *"intensjon om å ta inn lærling fra neste år"*.
- (16) Til tross for at klager ikke hadde dokumentert at de var tilknyttet lærlingeordning foretok innklagede undersøkelser for å kunne vurdere hvorvidt klager ville oppfylle kvalifikasjonskravet ved kontraktgjennomføringen. Innklagede sendte en forespørsel til fylkeskommunen 13. april 2011, hvor på det ble bekreftet samme dag at klager *"er ikke per dags dato godkjent som lærebedrift i Sør-Trøndelag fylkeskommune"*. Innklagede tok deretter kontakt med Opplæringskontoret på telefon, hvor det ble opplyst at bedriften heller ikke av dem var godkjent som lærebedrift.

- (17) Innklagede har opplyst at Opplæringskontoret ikke godkjenner og sender søknad før det foreligger avtale med minst en lærling. Arbeidet skulle startes ca. 1,5 måned etter tilbudsfristen, og ved kvalifikasjonsvurderingen ble det derfor vektlagt at arbeidene skulle startes kort tid etter kontraktstildeling. Basert på informasjonen som fremkom av tilbudet var det uklart hvorvidt klager ville oppfylle kvalifikasjonskravet på kontraktgjennomføringstidspunktet. På bakgrunn av de avklaringer innklagede foretok, fremstod det som mest nærliggende at klager ikke ville kunne tilknyttes en offentlig godkjent lærlingeordning på den korte tiden som gjenstod før kontrakten skulle gjennomføres. Denne vurderingen fremstår som fullt ut forsvarlig. Klager er derfor også rettmessig avvist, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Klagers anførsler kan derfor klart ikke føre frem.
- (18) På denne bakgrunn avvises saken derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9.

Jonn Sannes Ramsvik
Seniorrådgiver/gruppeleder (e.f.)

Linn Håland Vetaas
rådgiver

Kopi til:

Advokatfirma
Steenstrup
Stordrange DA

Postboks 1243
Pirsenteret

7462 TRONDHEIM

Norge Britt Nergård