



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagerne deltok i en åpen anbudskonkurranse om nybygg ved Haugaland videregående skole. Valgte leverandørs underleverandør avlønnet selskapets ansatte med en lønn som etter Arbeidstilsynets vurdering var i strid med allmenngjøringsforskriften. Klager anførte at valgte leverandør måtte avvises på bakgrunn av dette, men klagers anførsler førte ikke frem. Klagenemnda fant imidlertid at valgte leverandør måtte avvises på grunn av mangelfull HMS-egenerklæring.

Klagenemndas avgjørelse 23. mai 2011 i sak 2011/79

Klager: Risanger og Sønn AS og RB Johannessen AS

Innklaget: Rogaland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud.

Bakgrunn:

- (1) Rogaland fylkeskommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. november 2010 en åpen anbudskonkurranse om nybygg ved Haugaland videregående skole. Konkurransen var delt opp i flere entrepriser, herunder entreprise E203 – Murer- og flisarbeider, og entreprise E206 – Gulvlegger-, maler- og tapetserarbeider. Innklagede har opplyst at totale kostnader for alle entreprisene i prosjektet overstiger 100 millioner kroner.
- (2) Av konkurransegrunnlagets kontraktsbestemmelser fremgikk følgende:
*"2. ILO-konvensjonen nr 94
Tilbydere må oppfylle kravene som stilles i ILO konvensjonen nr 94 om arbeidsklausuler i offentlige kontrakter.*

Tilbydere må innen kontraktsinngåelse bekrefte at følgende kontraktsklausul vil bli etterlevet, jf. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter § 5:

Tilbydere skal sørge for at ansatte i egen organisasjon og ansatte hos eventuelle underleverandører ikke har dårligere lønns- og arbeidsforhold enn det som følger av tariffavtaler, regulativ eller det som er normalt for sted og yrke. Dette gjelder både

for ansatte hos leverandør og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten.

Tilbydere skal på anmodning legge frem dokumentasjon om lønns- og arbeidsvilkårene til de ansatte. Alle avtaler tilbyder inngår som innebærer utføring av arbeid under denne kontrakten, skal inneholde tilsvarende bestemmelser.

Dersom leverandøren ikke innen 10 virkedager fremlegger dokumentasjon på lønns- og arbeidsvilkår eller unnlater å etterleve klausulens krav til lønns- og arbeidsvilkår har oppdragsgiver rett til å kreve dagmulkt/holde tilbake deler av kontraktssummen tilsvarende kr. 3.000,- pr dag inntil det er dokumentert at forholdene er brakt i orden.

3. Tilbyder skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning, eller være kvalifisert og villig til å knytte seg til en slik ordning under kontraktsgjennomføringen, dersom det er naturlig å ha lærling for gjeldende fag."

- (3) Innklagede mottok fire tilbud i konkurransen, herunder fra Risanger og Sønn AS, og RB Johannessen AS (heretter i felleseide kalt klager eller klagerne), som innleverte tilbud for henholdsvis entreprise E203 og E206. Norwegian Service Team Byggservice AS (heretter kalt valgte leverandør) inngav 7. desember 2010 også tilbud for disse entreprisene.
- (4) Av valgte leverandørs to tilbudsbrev var det inntatt enkelte generelle forutsetninger for tilbudet, og det var inntatt en tekst om at disse forutsetningene hadde presedens foran tilbudsgrunnlaget. Av tilbudsbrevene fremgikk det også følgende:
"Skulle det på et tidspunkt etter at tilbud er gitt, fremkomme opplysninger som tidligere ikke er gjort kjent og som påvirker vår prosess eller økonomi i prosjektet på noen måte, er dette tilbud å anse som bortfalt og våre standard rater gjelder, dersom det ikke oppnås enighet om noe annet."
- (5) I skjemaene som i henhold til konkurransegrunnlaget skulle fylles ut dersom det var tatt forbehold, stod det "Ingen". Valgte leverandør hadde også innlevert HMS-egenerklæringer. Disse var imidlertid ikke datert, og var ikke den gjeldende versjonen av HMS-egenerklæringen i vedlegg 2 til forskrift om offentlige anskaffelser. Den inngitte versjonen inneholdt ikke noe krav om organisasjonsnummer for virksomheten, og dette var derfor heller ikke oppgitt. Navnet på ansatterepresentanten som hadde signert, var Ronny Dahle.
- (6) Av to brev datert 14. januar 2011 som ble sendt til klagerne fremgikk det at innklagede hadde tildelt kontrakt til Norwegian Service Team Byggservice AS for entreprise E203 og entreprise E206. Begrunnelsen var at dette tilbudet var det økonomisk mest fordelaktige.
- (7) Den 29. mars 2011 ble det gjennomført et avklaringsmøte med valgte leverandør. Innklagede har forklart at møtet var foranlediget av den publisitet som hadde vært om valgte leverandørs lønns- og arbeidsvilkår. Av møtereferatet fremgår følgende:

"Kontraktsvilkår 2

- ILO 94 og allmenngjøringsforskriften

JT [representant for valgte leverandør] presiserer at tilbyder ikke tar forbehold mot kontraktsvilkåret.

Spørsmålet da er hvordan kontraktsvilkåret forstås av NST

JT redegjorde for NSTs tolkning og forståelse av allmenngjøringsforskriften, og hvordan NST forholder seg til denne. I den sammenheng ble det vist til saken mot Arbeids- og inkluderingsdepartementet vedrørende gyldigheten av Arbeidstilsynets pålegg, som er behandlet av Oslo tingrett.

JT fremholder at NST praktiserer avlønning på samme måte som i saken som stod for retten. Dette vil NST gjøre frem til det foreligger rettskraftig dom som slår fast at dette er i konflikt med gjeldende regelverk.

Det foreligger pålegg fra Arbeidstilsynet, men dette er gitt utsatt iverksettelse i påvente av rettskraftig dom. Oslo tingretts dom slår fast at Arbeidstilsynets vedtak er gyldig, og at NSTs praksis er i strid med gjeldende rett. Dommen er ikke rettskraftig og lagmannsretten avventer behandling av annen sak med beslektet tema, som forventes å gi prinsipielle føringer for ankesaken.

NST forstår allmenngjøringsforskriften dit hen at det ikke er plikt til å betale kost, losji og reise, i tillegg til tarifflønn i deres tilfelle. NST betaler reise, bolig og strøm for arbeidere bosatt i Litauen. Disse kostnadene legges til timelønnen og utenlandstillegget. Etter dette mener NST at arbeiderne kommer bedre ut enn tarifflønnen tilsier og unntaket i forskriftens § 8 kommer således til anvendelse.”

- (8) Som det fremkommer i referatet ovenfor foreligger det en dom i en sak anlagt av Norwegian Service Team Baltija UAB (som etter det opplyste er valgte leverandørs underleverandør) mot Staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet. Dommen gjaldt gyldigheten av et vedtak fattet av Direktoratet for arbeidstilsynet den 25. november 2008 som stadfestet pålegg gitt av Arbeidstilsynet Vestlandet den 8. juli 2008 og den 3. september 2008, rettet mot Norwegian Service Team Baltija UAB. Påleggene er gjengitt slik i tingrettens dom:

”1) Virksomheten må sørge for at lønnutbetalingene er i samsvar med lønnsbetingelsene etter allmenngjøringsloven (skal korrekt være ”-forskriften”, rettens merknad”) § 4.

2) Virksomheten må sørge for at utsendte arbeidstakere får dekket kost, losji og reise når de reiser mer enn 60 km fra bosted til arbeidssted, jf allmenngjøringsforskriften § 6. Pålegget anses oppfylt ved fremleggelse av inngåtte avtaler mellom de to kontrollerte arbeidstakerne og arbeidsgiver i henhold til allmenngjøringsforskriften. Det samme gjelder for de øvrige ansatte i bedriften som er utsendte.”

- (9) I domsslutningen ble Staten v/Arbeids- og inkluderingsdepartementet frifunnet. Dommen er påanket. Ankesaken er stanset i påvente av en avgjørelse i en annen sak vedrørende EØS-forenligheten av allmenngjøring av tariffavtaler som er anlagt av en rekke verft mot Staten ved Tariffnemnda. I den saken besluttet Borgarting lagmannsrett å forelegge de EØS-rettslige spørsmål for EFTA-domstolen, hvor saken er under behandling som sak E-2/11. Den 8. januar 2009 besluttet Arbeidstilsynet å

utsette iverksettingen av det omstridte vedtaket mot valgte leverandørs underleverandør.

- (10) I tillegg til referatet fra avklaringsmøtet er det fremlagt enkelte andre dokumenter som viser at representanter for valgte leverandør har uttalt at den omstridte avlønningen vil fortsette inntil det foreligger en rettskraftig dom som slår fast at avlønningen er i strid med regelverket.
- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser i klage datert 7. mars 2011.
- (12) Innklagede avventer kontraktsinngåelse til klagenemnda har ferdigbehandlet saken.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å la være å avvise valgte leverandørs tilbud. Den prisen valgte leverandør har tilbudt må forstås på den måten at selskapet vil lønne sine ansatte og underleverandørers ansatte i strid med gjeldende minstelønn frem til en rettskraftig dom fastslår at avlønningen er rettsstridig.
- (14) I tillegg må etterfølgende uttalelser fra valgte leverandør også forstås slik at valgte leverandør i realiteten tar et forbehold mot kontraktsbetingelsene. Dette må anses som et vesentlig forbehold til punkt 2 i spesielle kontraktsregler, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav d.
- (15) Det vil føre til fullstendig uholdbare anbudstilstander dersom en anbyder skal nekte å overholde kontraktsvilkår og offentlige regler med den begrunnelse at vedkommende anbyder er uenig i eller bestrider lovligheten av disse reglene uten at det skal kunne tillegges vekt ved kontraktstildelingen. Både allmenngjøringsforskriften og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter av 8. februar 2008 er gjeldende rett i Norge per dags dato. Arbeidstilsynets beslutning om å utsette iverksettelse av pålegget NST fikk relatert til byggesak Banken Hotell i Haugesund, som er faktum i saken for Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett, har ingen betydning i denne relasjonen.
- (16) Aktuell avvisningshjemmel er at tilbudet er unormalt lavt, jf. forskriften § 20-13 (2) bokstav c.
- (17) Det er også et krav etter kontrakten at tilbyderne skal oppfylle kravene i ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige kontrakter. ILO-konvensjonen stiller like strenge krav til en anbyder som allmenngjøringsforskriften. Dette kontraktsvilkåret tilsier at valgte leverandørs motstand mot allmenngjøringsforskriften uansett ikke gir selskapet anledning til å benytte underleverandør fra Litauen med lønns- og arbeidsvilkår som avviker fra vanlig nivå.
- (18) Valgte leverandør har etter det opplyste hittil ikke vært tilknyttet noen lærlingordning. Dette er en kontraktsforpliktelse i denne sak og manglende lærlingordning vil også være i strid med ILO-konvensjon nr. 94.
- (19) Valgte leverandørs avgitte HMS-erklæringer i tilbudene er udatert og signert av Ronny Dahle, som avvirket sitt ansettelsesforhold i NST for flere år siden, og som i dag er ansatt i et konkurrerende malerfirma. Da disse HMS-erklæringer klart er uriktige, skulle tilbudene vært avvist alene av denne grunn.

Innklagedes anførsler:

- (20) Det presiseres at klage er fremmet før kontraktsinngåelse. Innklagede avventer kontraktsinngåelse, i påvente av klagenemndas behandling av saken. For det tilfelle at det skal inngås kontrakt, må tilbyder bekrefte at kontraktsklausulen vil bli etterlevd, jf konkurransegrunnlagets kontraktsbestemmelser i punkt 2.
- (21) Ved å innlevere et tilbud uten forbehold har valgte leverandør bekreftet at det ikke tas forbehold til kontraktsvilkårene.
- (22) I etterkant av tildelingsbeslutningen er det gjennomført et avklaringsmøte med valgte leverandør, som en forberedelse til kontraktsinngåelse. Dette er foranlediget av den publisitet som har vært om valgte leverandørs lønns- og arbeidsvilkår. I møtet presiserte valgte leverandør at det ikke tas forbehold til kontraktsvilkåret. Videre ble det presisert at valgte leverandør vil fortsette å praktisere lønns- og arbeidsvilkår på samme måte som i saken som er behandlet av Oslo tingrett den 30. september 2009, der dommen ikke er rettskraftig. Valgte leverandør tolker allmenngjøringsforskriften slik at kost, losji og reiser skal være en del av den totale godtgjørelse for arbeidet. Legges denne forståelsen til grunn, mener valgte leverandør at arbeiderne samlet sett kommer gunstigere ut enn ved å følge forskriftens lønnssetser, og at unntaket etter allmenngjøringsforskriften § 8 kommer til anvendelse.
- (23) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist da det virker unormalt lavt i forhold til ytelsen som tilbys. Den aktuelle bestemmelse er en "kan" bestemmelse, hvor det i utgangspunktet er opp til den aktuelle oppdragsgiver å vurdere om et tilbud skal avvises eller ikke, i det tilfelle at tilbudet er unormalt lavt. Dette er omtalt i klagenemndas sak 2008/21, hvor premiss 41 hitsettes:
- "Forskriftens § 11-11 (2) angir tilfeller hvor det som utgangspunkt er opp til oppdragsgiver å bestemme om et tilbud skal avvises eller ikke. Selv om bestemmelsen gir oppdragsgiver en fakultativ adgang til å avvise tilbud, kan det stilles spørsmål ved om oppdragsgiver i visse tilfeller har plikt til å undersøke nærmere og eventuelt plikt til å avvise et tilbud dersom det vil være i strid med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, jf forskriftens § 3-1, å ta tilbudet i betraktning."*
- (24) Om plikten til å avvise i et slikt tilfelle uttaler også klagenemnda i sak 2009/57 premiss 83 følgende:
- (25) *"Klagenemnda vil presisere at kravet til "god forretningsskikk" i lovens § 5 og retningslinjen i § 1 om at alle offentlige anskaffelser skal baseres på forretningsmessighet leder til at oppdragsgiver etter omstendighetene kan måtte foreta undersøkelser når et tilbud i en priskonkurranse ligger oppsiktsvekkende lavt uten at årsaken til dette fremgår. Valgte leverandørs tilbudssum på 761,2 millioner kroner var om lag 376 millioner kroner billigere enn nest laveste tilbud på 1137 millioner kroner, dvs, om lag 33 prosent billigere. (...) Det er intet i saken som tilsier at valgte leverandør ikke skulle ha økonomisk evne til å gjennomføre kontrakten. Klagenemnda kan etter dette ikke se at innklagede i dette tilfellet var forpliktet til å foreta nærmere undersøkelser vedrørende valgte leverandørs tilbudspris. Dermed oppstår ikke spørsmålet om avvisningsplikt. Nemnda viser dessuten til forhandlingsforbudet i forskriftens § 21-1, som uansett ville stengt for en oppregulering av tilbudssummen ut fra de forhold valgte leverandør har gjort gjeldende. Klagers anførsel om avvisningsplikt fører etter dette ikke frem."*

- (26) I det foreliggende tilfellet opplyser klager at tilbudet fra valgte leverandør ligger henholdsvis 21 % og 13 % under tilbudene fra klager. Dette er prisforskjeller som er helt normale i en anbudsprosess, og kan på ingen måte betraktes som å ligge oppsiktsvekkende lavt. I den foreliggende sak er det etter dette ikke ulikheter i pris som gir oppdragsgiver en plikt til å foreta nærmere undersøkelser vedrørende valgte leverandørs tilbudspris. Følgelig foreligger det heller ingen plikt til å avvise tilbudet fra valgte leverandør.
- (27) Når det gjelder HMS-egenerklæringene, oppstiller ikke forskriften krav til at disse må være nyere enn 6 mnd, slik som kreves for attest for skatt og avgift, jf. § 17-14 tredje ledd.
- (28) Innklagede har vurdert HMS-egenerklæringene som at de oppfyller forskriftens krav. Dersom innklagede hadde kommet til et annet resultat, ville ny egenerklæring blitt etterspurt, jf. § 21-3.
- (29) Innklagede kjenner ikke til at Ronny Dahles ansettelsesforhold er opphørt. Videre har innklagede heller ingen holdepunkter for det motsatte. Innklagede kan i alle tilfeller ikke se at dette i seg selv vil være av betydning for saken. De dokumenter Dahle har undertegnet i kraft av å være ansattererepresentant, kan ikke være ugyldige i det han fratrer sin stilling.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klagerne har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggsanskaffelse, og følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og III, jf. forskriften § 2-1 (4), jf. 2-2 (1).
- (31) Klager har anført at valgte leverandør skulle vært avvist, da en underleverandør ikke oppfyller de lønns- og arbeidsvilkår som følger av allmenngjøringsforskriften. Innklagede har vist til at valgte leverandør ved å innlevere et tilbud uten å ta forbehold, har bekreftet at det ikke tas forbehold til kontraktsvilkårene. Klager har imidlertid anført at etterfølgende uttalelser må forstås slik at valgte leverandør i realiteten tar et forbehold mot kontraktsbetingelsene. Anførselen er av klager begrunnet i at valgte leverandørs underleverandør har mottatt et pålegg fra arbeidstilsynet om å sørge for at lønnutbetalingene er i samsvar med lønnsbetingelsene etter allmenngjøringsforskriften, et pålegg som er opprettholdt av tingretten, og at valgte leverandør og underleverandøren har uttalt at dagens avlønning vil fortsette.
- (32) Klagenemnda nevner innledningsvis at det ikke er riktig, som innklagede hevder, at det ikke var tatt forbehold i klagers tilbud. Selv om det i skjemaet med forbehold var skrevet "*Ingen*", var det i tilbudsbrevet inntatt enkelte generelle forutsetninger som skulle ha presedens foran tilbudsgrunnlaget. Disse forbeholdene gjelder imidlertid ikke spesielt de ansattes lønns- og arbeidsvilkår, og er ikke på selvstendig grunnlag påberopt av klager som grunnlag for anførselen om at valgte leverandør skulle vært avvist. Ettersom klagenemnda i henhold til klagenemndsforskriften § 12 er bundet av partenes anførsler tas det ikke stilling til hvorvidt disse forutsetningene i valgte leverandørs tilbud innebærer avvisningsplikt.

- (33) Problemstillingen etter dette blir hvorvidt det i valgte leverandørs tilbud er tatt forbehold vedrørende de ansattes lønns- og arbeidsvilkår, og hvorvidt dette medfører avvisningsplikt. De aktuelle bestemmelsene i forskriften § 20-13 (1) lyder som følger:

” (1) Et tilbud skal avvises når:

(...)

d. det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene,

(..)

f. det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.”

- (34) Avvisningsreglene i forskriften § 20-13 gjelder forhold ved tilbudet, og dette aktualiserer spørsmålet om hva som skal anses som valgte leverandørs tilbud. Konkurransereformen i foreliggende sak er en anbudskonkurranse, og etter forskriften § 21-1 (1) er *”det ikke tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger.”* Innenfor vedståelsesfristen, jf. forskriften § 19-6, er leverandørens tilbud bindende. Anbudsreglene bygger på at *”anbudsgrunnlag, inngitt anbud og aksept av dette fra byggherren medfører at avtale er sluttet mellom byggherre og vedkommende entreprenør”*, jf Rt. 1994 side 1222. I forskrift om offentlige anskaffelser § 22-3 (1) fremgår det riktig nok at kontrakt først er inngått på *”tidspunktet for signering av kontrakt ... av begge parter”*, slik at formell avtaleinngåelse først foreligger på dette tidspunkt, jf også forskriften 22-3 (2) som på nærmere vilkår gir oppdragsgiveren adgang til å annullere tildelingsbeslutningen før kontrakt er inngått. Dette representerer imidlertid ingen endring i det prinsipielle forholdet mellom anbudsgrunnlag, inngitt tilbud, og avtaleslutning etter alminnelig anbudsrett, og det er fortsatt leverandørens tilbud, slik det foreligger ved innlevering, som skal vurderes i henhold til § 20-13 (1). At valgte leverandør senere eller i andre sammenhenger har gitt uttrykk for at den omstridte avlønningen vil fortsette, er uten betydning for hvilke avtalerettslige forpliktelser leverandøren vil ha ved oppfyllelsen av kontrakten. Det kan i denne forbindelse ikke ha avgjørende betydning om kontraktsbetingelsene i foreliggende sak eventuelt må forstås slik at det kreves en ytterligere bekreftelse på at vilkårene om lønns- og arbeidsforhold vil bli etterlevd. Under henvisning til dette må det uten videre vært klart at så lenge valgte leverandørs oppfatning, når det gjelder avlønningen av de ansatte, ikke er kommet til uttrykk i tilbudet, så er det ikke et forbehold eller avvik som skal vurderes i henhold til avvisningsreglene i forskriften § 20-13 (1). At et slikt forbehold kunne leses utelukkende ut fra prisen, er det klart ikke grunnlag for. Når det ikke er tatt forbehold, vil tilbyder være kontraktsrettslig forpliktet til å følge konkurransegrunnlagets bestemmelser om lønns- og arbeidsforhold for alle ansatte som medvirker til å oppfylle kontrakten. Dette gjelder også ansatte hos eventuelle underleverandører. Det er på denne bakgrunn ikke nødvendig for spørsmålet om avvisningsplikt etter forskriften § 20-13 (1) å ta stilling til om den omstridte avlønningen vil representere et brudd på kontraktsbestemmelsene ved oppfyllelsen av kontrakten.

- (35) Klager har videre fremholdt at det vil føre til fullstendig uholdbare anbudstilstander dersom en anbyder skal nekte å overholde kontraktsvilkår og offentlige regler med den begrunnelse at vedkommende anbyder er uenig i eller bestrider lovligheten av disse, uten at det skal kunne tillegges vekt ved kontraktstildelingen. Selv om de aktuelle kontraktsbestemmelsene i konkurransen ikke bygger på allmenngjøringsforskriften, har kontraktsbestemmelsene i konkurransen og bestemmelsene i allmenngjøringsforskriften flere likhetstrekk.
- (36) Problemstillingen i foreliggende sak kan imidlertid mest treffende ses på som et spørsmål om potensiell uenighet mellom innklagede og valgte leverandør om innholdet i kontraktsbetingelsene. Det er da ingen hjemmel som uttrykkelig gir oppdragsgiver rett eller plikt til å avvise et tilbud fordi det er grunn til å tro at kontraktsbetingelsene ikke vil bli overholdt, selv om det kan tenkes at de fakultative avvisningsreglene etter omstendighetene vil kunne være aktuelle. I klagenemndas avgjørelse i sak 2006/66 er det også reist spørsmål ved hvorvidt *"en oppdragsgiver etter omstendighetene kan avvise et tilbud dersom det er usikkert om leverandøren kan oppfylle kontrakten som forutsatt i tilbudet, jf den kontraktsrettslige læren om antesipert mislighold."* I vår sak er det for øvrig ikke – som i saken fra 2006 – spørsmål om valgte leverandør vil ha evne til å oppfylle kontrakten, men om et uvisst utfall av en rettstvist, som kan bli avgjørende for hvordan leverandøren vil agere.
- (37) Klager har videre vist til avvisningshjemmelen for unormalt lave tilbud, jf. forskriften 20-13 (2) bokstav c. Men som innklagede har påpekt, er det høyst tvilsomt om denne bestemmelsen overhodet gir hjemmel for avvisning i denne saken. Det kan for øvrig også tenkes at en avvisningsrett kan hjemles i forskriften § 20-12 (2) bokstav d, som gir hjemmel for avvisning for leverandører som *"i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje"*.
- (38) De aktuelle avvisningsbestemmelsene gir innklagede en rett, men ingen plikt til avvisning. Klagenemnda har imidlertid for enkelte situasjoner forstått de fakultative avvisningsreglene slik at de også kan innebære en plikt til avvisning. Terskelen for å konstatere en slik plikt må naturligvis være høy, skjønnsutøvelsen ved unnlatt avvisning må være uforsvarlig, eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5. Etter klagenemndas oppfatning er det klart ikke grunnlag i foreliggende sak for på dette grunnlag å oppstille en plikt for innklagede til å avvise valgte leverandør. Selv om en avvisning muligens kan hjemles i forskriften § 20-12 (2) bokstav d, vil innklagede unektelig ta en risiko dersom dette gjøres. Valgte leverandør er som nevnt uansett forpliktet av konkurransegrunnlagets kontraktsvilkår. Ved brudd på disse vil innklagede kunne gjøre gjeldende de misligholdsbeføyelser kontrakten gir grunnlag for.
- (39) Når det gjelder klagers anførsler vedrørende ILO-konvensjon nr. 94, har valgte leverandør etter det opplyste heller ikke på dette punkt tatt forbehold. På samme måte som for eventuelle brudd på allmenngjøringsforskriften, kan det heller ikke oppstilles en plikt til avvisning for eventuelle brudd på de forpliktelser leverandørene har i henhold til kontraktens henvisning til ILO-konvensjon nr. 94.
- (40) Klager har også anført at valgte leverandørs to tilbud skulle vært avvist under henvisning til at de inngitte HMS-erklæringer ikke samsvarte med forskriftens krav. Av forskriftens § 20-12 (1) følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som:

”c. har unnlatt å levere egenerklæring i samsvar med § 17-15 (HMS-egenerklæring), med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter),”

(41) Forskriften § 17-15 lyder som følger:

”(1) For arbeid som skal utføres i Norge skal oppdragsgiver kreve at samtlige leverandører fremlegger en egenerklæring i samsvar med vedlegg 2 om at leverandøren oppfyller, eller vil oppfylle ved eventuell tildeling av kontrakt, lovbestemte krav i Norge innen helse, miljø og sikkerhet (HMS).

(2) Oppdragsgiver skal angi innleveringsmåte og tidspunktet for innlevering. Egenerklæringen må foreligge senest innen tilbudsfristens utløp ved åpen anbudskonkurranse, innen fristen for forespørsler om å delta i en begrenset anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling, og innen fristen for å levere veiledende tilbud i en dynamisk innkjøpsordning.

(3) Ved bygge- og anleggskontrakter skal entreprenøren tilsvarende kreve egenerklæring i alle underliggende entrepriseforhold ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget som overstiger en verdi på 500.000 kroner eksl. mva.”

(42) Det følger av ordlyden i bestemmelsene og klagenemndas praksis at det ikke bare er plikt til å avvise en leverandør som ikke har levert en HMS-egenerklæring, men også en leverandør som har levert en mangelfull erklæring. Som eksempel kan nevnes klagenemndas sak 2007/14, der klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen, fordi denne hadde levert en HMS-egenerklæring som ikke var signert av daglig leder, kun en representant for de ansatte. Innklagede har imidlertid anført at det vil være anledning til å innhente en ny egenerklæring i medhold av forskriften § 21-3. Av denne bestemmelsen følger det at oppdragsgiver kan fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av *”HMS-egenerklæring, skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon på at krav til leverandøren er oppfylt”*. Videre følger det av bestemmelsen at *”oppdragsgiver skal ikke vurdere de innkomne tilbud før tilleggsfristen er utløpt.”* Motsetningsvis følger det at bestemmelsen kun gir adgang til å anmode om ettersending av HMS-egenerklæring før tilbudene er evaluert. Denne muligheten er altså forspilt i foreliggende tilfelle. Klagenemnda kan heller ikke se at forskriften § 21-4 vil kunne forhindre avvisning. Bestemmelsen hjemler supplerende eller utdypende fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren. Klager har opplyst at Ronny Dahle har avsluttet sitt ansettelsesforhold hos valgte leverandør, uten at dette er bestridt av innklagede, og klagenemnda legger derfor dette til grunn. Ronny Dahle kan ikke lenger datere erklæringen i kraft av stillingen som ansattrepresentant. Videre mangler også datering av daglig leders signatur, og organisasjonsnummer er ikke oppgitt, fordi skjema i samsvar med forskriftens vedlegg 2 ikke er benyttet. Manglene ved HMS-egenerklæringen kan derfor ikke repareres på annen måte enn ved ettersending av en riktig og fullstendig utfylt HMS-egenerklæring, og dette gir ikke forskriften § 21-4 hjemmel for. Valgte leverandør må derfor avvises.

Konklusjon:

Rogaland fylkeskommune har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav c ved ikke å avvise tilbudene fra valgte leverandør.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser
23. mai 2011

Georg Fredrik Rieber-Mohn