



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for levering av kjennemerker til kjøretøy. Klagenemnda fant at klagers anførsel om at valgte leverandør og Norske Regskilt AS skulle vært avvist fra konkurransen ettersom disse tilbyderne ikke var "skjermede virksomheter" etter forskrift 11. desember 2008 nr. 1320 om arbeidsmarkedstjenester, ikke kunne føre frem. Dette ettersom § 3-12 i forskrift om offentlige anskaffelser ikke kan anses å oppstille et krav om at tilbyderne må være "skjermede virksomheter". Heller ikke klagers anførsel om at innklagede hadde brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 førte frem.

Klagenemndas avgjørelse 4. februar 2013 i sak 2012/87

Klager: A2G Gruppen AS

Innklaget: Statens Vegvesen v/Vegdirektoratet

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Andreas Wahl

Saken gjelder: Forskriften § 3-12. Brudd på kravene til forutberegnelighet og likebehandling.

Bakgrunn:

- (1) Statens Vegvesen (heretter kalt innklagede) kunngjorde 29. mars 2011 en åpen anbudskonkurranse om av rammeavtale for levering av kjennemerker til kjøretøy. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i anskaffelsesprotokollen fra 6. juli 2011 angitt til å ha en årlig pris på mellom 19 og 33 millioner kroner. I kunngjøringens punkt II.1.4 fremkom det at rammeavtalens varighet var 48 måneder. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 11. mai 2011.
- (2) I kunngjøringen punkt III.2.4 hadde innklagede krysset av for at kontrakten var "reservert" og at den var forbeholdt "vernede virksomheter", og ikke "program for vernet arbeid".
- (3) Det fremkom av konkurransegrunnlaget punkt A.4.0 "Reservert kontrakt" at "konkurransen begrenses til virksomheter hvor flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede og arten eller omfanget av deres handicap innebærer at de ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår". Det fremgikk videre at dette kravet også gjaldt for hver enkelt av tilbyderne underleverandører, men ikke for leverandører av råvarer som aluminium og leveranser som refleksjonstape mv.
- (4) Innklagede hadde i konkurransegrunnlaget punkt A.4.0 "Reservert kontrakt" også inntatt en henvisning til forskriften § 3-12, og det fremgikk at dokumentasjon på oppfyllelse av kravene etter § 3-12 skulle vedlegges tilbudet. Det fremkom også at "for norsk bedrift kan dokumentasjon på godkjent attførings- og/eller vekstbedrift utstedt av

NAV som viser at flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede og arten eller omfanget av deres handicap innebærer at de ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår godtas. Annen dokumentasjon som er utstedt av kompetent, relevant myndighet og som viser at flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede og arten eller omfanget av deres handicap innebærer at de ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår kan også godtas."

- (5) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt A.5 at kontrakt ville bli tildelt basert på lavest pris.
- (6) I dokument med spørsmål og svar datert 13. april 2011 ble det bedt om en nærmere redegjørelse og presisering av hvordan organiseringen av tilbyder og underleverandører måtte være for å godtas. Til dette svarte innklagede at "[i] konkurransegrunnlagets punkt A.4.0. Reservert kontrakt, fremgår det at i de virksomhetene som vil delta i konkurransen om kontrakten for kjennemerkeleveransen, må flertallet av de berørte ansatte være funksjonshemmede".
- (7) I dokument med spørsmål og svar fra innklagede som ble publisert 15. april 2011 ble det stilt spørsmål om kontrakten var forbeholdt "vernede virksomheter". Til dette svarte innklagede følgende: "konkurransen er begrenset til virksomheter som tilfredsstiller § 3-12 i forskrift om offentlige anskaffelser. Vi bekrefter at dokumentasjon på godkjent utførings- og/eller vekstbedrift fra NAV anses som bekreftelse på at § 3-12 er tilfredsstilt. Dokumentasjon fra annen relevant myndighet som viser at § 3-12 er oppfylt aksepteres også. Konkurransegrunnlaget stiller ingen krav til at tilbyderne skal ha bestemte støtteordninger eller tilfredsstille bestemte krav fra det offentlige, kun at § 3-12 er oppfylt. Hvorvidt ordinære virksomheter kan delta i konkurransen, avhenger dermed av om de kan dokumentere i henhold at § 3-12 er oppfylt for kjennemerkeleveransen."
- (8) I dokument med spørsmål og svar fra innklagede som ble publisert 3. mai 2011 ble det i spørsmål 2 b) spurt om kravet om at over 50 % av de ansatte som ville bli berørt av leveransen skulle være funksjonshemmet refererte seg til alle ansatte sett under ett (hos både leverandøren og eventuelle underleverandører), eller til ansatte hos leverandøren og hos hver enkelt underleverandør vurdert separat for hver enkelt leverandør. Til dette svarte innklagede at antallet berørte ansatte funksjonshemmede skulle være på over 50 % både hos hver enkelt underleverandør og hos hovedleverandøren, vurdert separat for hver enkelt leverandør.
- (9) Innen tilbudsfristen den 11. mai 2011 mottok innklagede fire tilbud, heriblant fra A2G Gruppen AS (heretter kalt klager), Scandinavian Motorcenter og Norske Regskilt AS.
- (10) I brev datert 6. juli 2011 ble klager meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Scandinavian Motorcenter (heretter kalt valgte leverandør). Begrunnelsen for valg av leverandør var at valgte leverandør tilbød den laveste prisen.
- (11) Klager sendte 21. juli 2011 en klage på tildelingsbeslutningen. I denne klagen ble det påpekt at innklagede hadde brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a ved ikke å avvise valgte leverandør og Regskilt AS fra konkurransen da disse tilbyderne etter klagers syn ikke oppfylte vilkårene i forskriften § 3-12. Innklagede svarte på klagen 17. august 2011, og tok ikke klagen til følge.

- (12) Klager sendte 19. august 2011 en e-post til innklagede og ba om en bekreftelse på at innklagede ikke ville inngå kontrakt før begjæring om midlertidig forføyning ble tatt ut og vurdert av retten. Innklagede bekreftet dette i e-post datert 19. august 2011. I kjennelse avsagt av Bergen tingrett 7. oktober 2011 ble klagers begjæring om midlertidig forføyning avvist, med den begrunnelse at forskriften § 3-12 ikke kan anses for å reservere kontrakten for "*skjermede virksomheter*".
- (13) Innklagede signerte kontrakt med valgte leverandør 7. oktober 2011.
- (14) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 30. mars 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Valgte leverandør og Norske Regskilt AS skulle vært avvist fra konkurransen

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a og kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise valgte leverandør og Norske Regskilt AS fra konkurransen da disse ikke er "*skjermede virksomheter*". Det vises til at det i forskriften § 3-12, i lys av direktiv 2004/18 artikkel 19, må innfortolkes et krav om at konkurransen kun kan begrenses til "*beskyttede verksteder*". Uttrykket "*beskyttede verksteder*" må så i norsk rett forstås å ha det samme innhold som "*skjermede virksomheter*" i forskrift 11. desember 2008 nr. 1320 om arbeidsmarkedstjenester. Uttrykket "*virksomheter*" i forskriften § 3-12 må altså leses som om det stod "*skjermede virksomheter*". Det må etter dette også sees bort fra forskriftens krav om at "*flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handicap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår.*", da dette relaterer seg til direktivets andre alternativ om "*arbeidsprogram*", som ikke kan anses inntatt i den norske bestemmelsen.
- (16) Klager hevder at valgte leverandør og Norske Regskilt AS ikke kan kvalifiseres gjennom sine underleverandører, selv om disse underleverandørene i seg selv kan synes å oppfylle vilkårene for å være "*skjermede virksomheter*". Dette ville i realiteten være en omgåelse av forskriften § 3-12 ved at tilbyderne kom i posisjon til å bli tildelt kontrakten selv om tilbyderne ikke oppfylte vilkårene for å kunne tildeles reserverte kontrakter.

Brudd på kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5

- (17) Klager anfører subsidiært at dersom innklagedes tolking av forskriften § 3-12 legges til grunn, har innklagede brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 ved at det i kunngjøringen var krysset av for at konkurransen var begrenset til å gjelde for "*vernede virksomheter*", mens det i konkurransegrunnlaget fremgikk at alle virksomheter kunne delta i konkurransen, så lenge flertallet av de berørte ansatte var funksjonshemmet.

Innklagedes anførsler:

Valgte leverandør og Norske Regskilt AS skulle vært avvist fra konkurransen

- (18) Innklagede bestrider å ha brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a og kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise valgte leverandør og Norske Regskilt

AS fra konkurransen under henvisning til at disse ikke er "*skjermede virksomheter*". Innklagede viser til at ordlyden i forskriften § 3-12 stiller krav om at den enkelte virksomhet må ha et flertall av funksjonshemmede berørte arbeidere, men ikke om at tilbyderne må være "*skjermede virksomheter*".

- (19) Innklagede hevder at selv om klagenemnda skulle komme til at klagers forståelse av forskriften § 3-12 er riktig, slik at tilbyderne måtte være "*skjermede virksomheter*", så oppfyller likevel valgte leverandør og Norske Regskilt AS dette via sine underleverandører. Det vises til at det følger av forskriften § 17-9 at en leverandør kan støtte seg på en underleverandør for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Både valgte leverandør og Norske Regskilt AS har underleverandører som oppfyller kravene til å være "*skjermede virksomheter*".

Brudd på kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5

- (20) Innklagede bestrider å ha brutt kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 ved at det i kunngjøringen var krysset av for at konkurransen var begrenset til å gjelde for "*vernede virksomheter*", mens det i konkurransegrunnlaget fremgikk at alle virksomheter kunne delta i konkurransen. Det vises til at årsaken til at innklagede krysset av for "*vernede virksomheter*" i kunngjøringen skyldtes Doffins utforming av nettsiden for utfyllingen av kunngjøringen. Det var ikke mulig å gå videre i kunngjøringsskjemaet uten å krysse av for enten "*vernede virksomheter*" eller "*program for vernet arbeid*". Innklagede kontaktet Doffin om dette, og fikk da opplyst at Doffin var klar over problemet, men at det ikke var noe de kunne gjøre med det. Innklagede presiserte videre i konkurransegrunnlaget punkt A.4.0 og senere i spørsmål og svar i avklaringsrunden at kontrakt ble reservert etter forskriften § 3-12, altså for virksomheter som har et flertall av funksjonshemmede berørte arbeidere.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder rammeavtale for levering av kjennemerker til kjøretøy, og er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke opplyst i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, men de mottatte tilbudene var i anskaffelsesprotokollen fra 6. juli 2011 angitt til å ha en årlig pris på mellom 19 og 33 millioner kroner. I kunngjøringens punkt II.1.4 fremkom det at rammeavtalens varighet var 48 måneder. Klagenemnda legger dette til grunn for verdiberegningen av anskaffelsen. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen da etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Valgte leverandør og Norske Regskilt AS skulle vært avvist fra konkurransen

- (22) Klager har anført at innklagede har brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a og kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise valgte leverandør og Norske Regskilt AS fra konkurransen, ettersom disse tilbyderne ikke var "*skjermede virksomheter*" med det innhold dette begrepet har i forskrift 11. desember 2008 nr. 1320 om arbeidsmarkedstjenester. Det vises til at det i forskriften § 3-12, i lys av direktiv 2004/18 artikkel 19, må innfortolkes et krav om at konkurransen kun kan begrenses til "*beskyttede verksteder*". Uttrykket "*beskyttede verksteder*" må så i norsk rett forstås å ha det samme innhold som "*skjermede virksomheter*" i forskriften om arbeidsmarkedstjenester. Uttrykket "*virksomheter*" i forskriften § 3-12 må altså leses

som om det stod *"skjermede virksomheter"*. Det må etter dette også sees bort fra forskriftens krav om at *"flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handicap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår."*, da dette relaterer seg til direktivets andre alternativ om *"arbeidsprogram"*, som ikke kan anses inntatt i den norske bestemmelsen.

- (23) Det fremkommer av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter).
- (24) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget og dokumentene med spørsmål og svar at konkurransen var begrenset til virksomheter som oppfylte kravene i forskriften § 3-12. I kunngjøringen var det krysset av for at konkurransen gjaldt en *"reservert kontrakt"* og at kontrakten var forbeholdt *"vernede virksomheter"*. For å kunne ta stilling til om innklagede skulle avvist valgte leverandør og Norske Regskilt AS, må klagenemnda først vurdere om forskriften § 3-12 må forstås slik at med *"virksomheter"* så menes i realiteten *"skjermede virksomheter"* med det innhold klager anfører.
- (25) I forskriften § 3-12 heter det at *"[o]ppdragsgiver kan begrense konkurransen til virksomheter hvor flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handicap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår. Dersom oppdragsgiver benytter denne muligheten, må det opplyses om dette i kunngjøringen."*
- (26) En naturlig språklig forståelse av forskriftens ordlyd tilsier at alle bedrifter hvor flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handicap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår, omfattes av bestemmelsen, uavhengig av om bedriften er *"skjermet"* eller ikke. Etter å ha gjennomgått forskriften om arbeidsmarkedstiltak og forarbeidene til forskriften § 3-12, kan klagenemnda ikke se at det er noen sammenheng mellom disse to som skulle tilsi at *"virksomhet"* i forskriften § 3-12 må leses som *"skjermet virksomhet"* med det innhold dette begrep har i arbeidsmarkedstiltaksforskriften. Klager har heller ikke fremlagt noen form for dokumentasjon som skulle tyde på at så er tilfellet. Basert på dette, finnes det ingen holdepunkter for at begrepet *"virksomheter"* i forskriften § 3-12 må tolkes i lys av forskrift 11. desember 2008 nr. 1320 om arbeidsmarkedstjenester og *"skjermede virksomheter"*, slik at *"virksomheter"* i § 3-12 må forstås som *"skjermede virksomheter"*.
- (27) Forskrift om offentlige anskaffelser er ment å være en implementering av Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vare- og tjenestekontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter. Etter EØS-avtalen er Norge forpliktet til å innføre regelverket i tråd med EUs direktiver. Det fremkommer av EØS-avtalen art. 1(1) og dens fortale premiss 16 at et av formålene med avtalen er å sikre like konkurransevilkår og overholdelse av samme regler i hele EØS-området, samt en lik fortolking og opprettholdelse av EØS-retten. Dette innebærer at tolkningen av forskriften må skje i lys av direktivet.
- (28) I Direktiv 2004/18 heter det i artikkel 19 at *"[m]edlemsstaterne kan lade kontrakter være forbeholdt beskyttede værksteder eller beslutte, at de udføres i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse, når flertallet af de berørte arbejdstagere er handicappede, som på grund af arten eller omfanget af deres handicap ikke kan udøve"*

erhvervsmæssig beskæftigelse på normale vilkår. Udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysninger herom."

- (29) Direktivet artikkel 19 oppstiller altså en adgang for medlemsstatene til å bestemme at oppdragsgivere kan forbeholde kontrakter enten for "*beskyttede verksteder*" eller at de utføres i forbindelse med "*programmer for beskyttet beskæftigelse*" der flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handikap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår.

- (30) Begrepet "*beskyttede verksteder*", er ikke definert i direktivet og det er heller ikke gitt noen nærmere forklaring på hvordan dette begrepet skal forstås. Tvert imot uttaler Europaparlamentet i EU-kommisjonens endringsforslag A5-0378/2001 at:

"Der bør imødeses en passende styring bl.a. gennem fastlæggelsen af en passende definition af begrebet program for beskyttet beskæftigelse og beskyttet værksted, således at man undgår mulige misbrug. Det er således vigtigt, at tildelingen af disse kontrakter forbeholdes "beskyttede værksteder", men åbnes for beskyttede værksteder overalt i Fællesskabet og ikke udmønter sig i en afart af regionale eller lokale præferencer. Følgelig er det vigtigt, at disse kontrakter kan forbeholdes bestemte værksteder, men der bør stilles garanti for at der finder en konkurrence sted på fællesskabsplan. Løsningen er, at disse kontrakter indgås i overensstemmelse med direktivet."

- (31) Det uttales altså kun at det "*bør imødeses*" en "*passende styring*" og en "*passende definition*" av begrepene i direktivet, og det overlates dermed til den enkelte medlemsstat å fastsette det nærmere innholdet av begrepene.

- (32) Norsk rett inneholder ikke noen uttrykkelig definisjon eller forklaring av begrepet "*beskyttede verksteder*". Når en leser forskriftens § 3-12, i lys av, og i sammenheng med, direktivets artikkel 19, er det imidlertid nærliggende å tolke forskriften § 3-12 slik at i norsk rett anses virksomheter som "*beskyttede verksteder*" i direktivets forstand, dersom flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handikap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår. En slik forståelse av forskriftens bestemmelse er i samsvar med den adgang til å reservere kontrakter som oppstilles i direktivet artikkel 19.

- (33) Innklagede har etter dette ikke brutt forskriften § 20-12 (1) bokstav a og kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved ikke å avvise valgte leverandør og Norske regskilt AS med den begrunnelse at tilbyderne ikke var "*skjermede virksomheter*" med det innhold dette begrep har i arbeidsmarkedstiltaksforskriften.

Brudd på kravene til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5

- (34) Klager anfører subsidiært at dersom innklagedes tolking av forskriften § 3-12 legges til grunn, har innklagede brutt kravet til likebehandling og forutberegnelighet i loven § 5 ved at det i kunngjøringen var krysset av for at konkurransen var begrenset til å gjelde for "*vernede virksomheter*", mens det i konkurransegrunnlaget og spørsmål-svar dokumentene fremgikk at alle virksomheter kunne delta i konkurransen, så lengre kravet om at flertallet av de berørte ansatte var funksjonshemmede, var oppfylt.

- (35) Det følger av klagenemndas praksis at det i utgangspunktet vil være i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling å oppgi motstridende opplysninger i

kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, jf. for eksempel. klagenemndas sak 2010/233 premiss (33).

- (36) Slik kunngjøringsskjemaet til Doffin er utformet i dag må oppdragsgivere som ønsker å begrense konkurransen til reserverte kontrakter etter å ha krysset av for at en kontrakt er "reservert" krysse av for at kontrakten gjelder "vernede virksomheter" eller "program for vernet arbeid" for å komme videre i kunngjøringsskjemaet. Klagenemnda legger til grunn at begrepene "vernede virksomheter" og "program for vernet arbeid" i Doffins kunngjøringsskjema er en norsk oversettelse av begrepene "beskyttede verksteder" og "programmer for beskyttet beskæftigelse" i direktivet artikkel 19.
- (37) Det fremkommer av drøftelsen over at forskriften § 3-12 tolket i lys av direktivet artikkel 19 må forstås slik at i norsk rett omfatter begrepet "beskyttede verksteder" alle virksomheter der flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede, og arten eller omfanget av deres handicap innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår. Det er dermed ikke motstrid mellom kunngjøringsskjemaets uttrykk "vernede virksomheter" og opplysningen i konkurransegrunnlaget om at konkurransen er begrenset til de virksomheter som omfattes av forskriften § 3-12, ettersom forskriften § 3-12 må tolkes som en angivelse av hva som skal regnes som "beskyttede verksteder" jf. drøftelsen over.
- (38) Klagenemnda vil imidlertid bemerke at ettersom verken begrepet "vernede virksomheter" eller begrepet "program for vernet arbeid" benyttes i forskriften § 3-12, eller andre steder i forskriften, er det egnet til å skape uklarhet for tilbydere at oppdragsgiver må krysse av for et eller begge disse alternativene i kunngjøringsskjemaet. Dette er imidlertid en uklarhet som alene skyldes utformingen av kunngjøringsskjemaet, og som oppdragsgiver ikke kan klandres for.

Konklusjon:

Statens Vegvesen har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Bergen, 4. februar 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl