



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygningsarbeider ved Åkrehamn videregående skole. Klager ble avvist fra konkurransen om delkontrakt vedrørende mur- og flisearbeider, med den begrunnelse at innklagede ikke anså det som pålitelig at klager ville oppfylle kontraktsvilkåret om lærlingordning i konkurransegrunnlaget, selv om klager i sitt tilbud hadde kryssset av for at kontraktsvilkårene var forstått og akseptert. Bakgrunnen for avvisningen var at klager hadde misligholdt et identisk kontraktsvilkår i en annen, løpende, kontrakt med innklagede. Klagenemnda fant at innklagede hadde hjemmel i forskriften § 20-12 (2) bokstav g til å avvise klager.

Klagenemndas avgjørelse 11. september 2014 i sak 2013/25

Klager: NST Byggservice AS

Innklaget: Rogaland fylkeskommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger, Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) Rogaland fylkeskommune (heretter innklagede) kunngjorde 26. september 2012 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av bygningsarbeider ved Åkrehamn Videregående skole. Ifølge kunngjøringen punkt II.1.8) og II.3) kunne det inngis deltilbud blant 14 delkontrakter. Anskaffelsen var kunngjort i Doffin og TED som en anskaffelse over EØS-terskelverdi. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 31. oktober 2012.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt C1 var det oppstilt kontraktsbestemmelser som tilbyderne i henhold til svarskjema måtte angi at var forstått og akseptert. Følgende kontraktsbestemmelse var oppført under C1.2 punkt 5:

"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) Innen tilbudsfristen ble det inngitt to tilbud på delkontrakt om Mur- og flisearbeider, fra NST Byggservice AS (heretter klager), og R B Johannessen AS (heretter valgte leverandør).
- (4) Klager hadde i sitt tilbud kryssset av for å ha forstått og akseptert kontraktsbestemmelsene i konkurransegrunnlaget punkt C1.
- (5) Tilbudsevalueringen ble foretatt av Vikanes Bungum arkitekter AS på vegne av innklagede. Tilbyderne ble 20. november 2012 meddelt at delkontrakten var tildelt klager, med forbehold om innklagedes godkjenning.

- (6) Tildelingen ble omgjort av innklagede 4. desember 2012, med den begrunnelse at klagers tilbud måtte avvises. Fra brevet hitsettes følgende:

"For fylkeskommunen og næringslivet i Rogaland er det påkrevd å ha læreplasser for elever i videregående skole. Dette er en av våre kjernevirksomheter som det arbeides målrettet med, spesielt innenfor byggfagene. [...]"

Avgjørelse om tildeling av kontrakt er basert på at alle kvalifikasjonskrav er oppfylt og at alle kontraktsvilkår er akseptert av tilbyder. I deres tilbud er det krysset av for at kontraktsbestemmelser er forstått og akseptert. (pkt C1)

Ut fra den informasjon vi i etterkant har innhentet må avkryssingen enten være feil eller misforstått.

Seksjon for fagopplæring i fylkeskommunen opplyser at NST Byggservice AS har søkt om godkjenning som lærebedrift i Murerfaget og fått avslag på søknad som selvstendig lærebedrift. Vedtaket er ikke påklaget av NST. Avslaget er datert 22.06.2012 og er da så ferskt at det ansees å være gjeldende for den nåværende situasjonen for firmaet.

Før kontraktsmøter ber vi vanligvis om en redegjørelse og dokumentasjon på punkter i kontraktsbestemmelsene. Hvis tilbyder ikke er lærebedrift gis en mulighet til å søke om å bli det hvis en er kvalifisert. Denne muligheten har NST Byggservice AS også fått, senest ved kontrakt for murerentreprisen ved Haugaland videregående skole i januar 2012."

- (7) Klager kontaktet innklagede med spørsmål om hvilken hjemmel som var grunnlag for avvisningen. Innklagede svarte følgende på e-post av 18. desember 2012:

"RFK har pt. en annen løpende kontrakt med NST hvor det samme kontraktsvilkår ligger til grunn og hvor dette ikke etterleves. Videre foreligger det vedtak fra juni på at NST ikke oppfyller kravene for å bli tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning.

Etter dette er RFK av den oppfatning at det foreligger antasipert mislighold som danner grunnlag for avvisning, jf. FOA § 20-13 (1) litra d.

Subsidiært foreligger det i alle tilfeller betydelig uklarhet i forhold til NST sin evne til å etterleve kontraktsvilkåret som gir grunnlag for avvisning, jf. FOA § 20-13 (2) litra a. Atter subsidiært vil RFK hevde at NST har gitt "grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger" i forhold til de krav som i det aktuelle kontraktsvilkår er stilt til leverandøren, jf. FOA § 20-12 (2) litra g."

- (8) Det aktuelle vedtaket fra seksjon for fagopplæring i fylkeskommunen av 22. juni 2012, som innklagede viser til, lyder som følger:

"Rogaland fylkeskommune finner pr. i dag ikke å kunne godkjenne NST Byggservice AS som selvstendig lærebedrift i murerfaget. Begrunnelsen er:

Med bakgrunn i uttalelsen fra Yrkesutvalget, og de punktene som kommer frem i rapporten, finner ikke Seksjon for Fagopplæring grunnlag for å kunne godkjenne NST Byggservice som lærebedrift innenfor murerfaget.

NST Byggservice kan imidlertid søke om samarbeid om inntak av lærlinger gjennom et opplæringskontor. Opplæringskontoret vil da tegne lærekontrakten med lærlingen, og ha

ansvar for at opplæringen er tilfredsstillende mens lærlingen er plassert i bedriften som gir opplæring, her NST Byggservice AS. [...]"

- (9) Av rapporten til Yrkesutvalget vedrørende klagers søknad om selvstendig lærebedrift, hitsettes:

"1. [...] Faglig leder som er oppført i søknaden er [...]. Fagkompetanse bevis som er vedlagt søknaden er Mester brev i Flislegging. Dette mesterbrevet tilsvarer ikke det samme som Norsk fagbrev i Murerfaget. Fylket må ta en grundig vurdering på om dette samsvarer med de krav som stilles til faglig leder i mur faget.

a. Faglig leder [...] har vært ansatt i NST Byggservice as i 5 år. [...] Vi har ikke mottatt dokumentasjon på hvilken rolle han har hatt i disse prosjektene.

2. Utfordringer for evt lærlinger vil i denne bedriften være språket. Det er pr dato opplyst at di har 6 stk ansatte murere i denne bedriften. Ingen av disse har Norsk som morsmål (dette kan føre til utfordringer). Ingen av disse har svennebrev i murerfaget. [...]."

- (10) Avvisningsbeslutningen og omgjøringen ble påklaget 20. desember 2012. Innklagede tok ikke klagen til følge, ved brev av 22. februar 2013.

- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 13. mars 2013.

- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. september 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klagers tilbud uten hjemmel.
- (14) Konkurranses grunnlaget stilte ikke krav om at tilbyderen måtte være selvstendig lærebedrift. Det var tilstrekkelig at tilbyderen var *"tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning"*, *"eller være kvalifisert og villig til å tilknytte seg en slik ordning"*, under kontraktsgjennomføringen. Det ble riktignok bestemt i vedtaket fra seksjon for fagopplæring at klager fikk avslag på søknad om å være selvstendig lærebedrift. Det følger imidlertid også av vedtaket at klager kunne søke om samarbeid om inntak av lærlinger gjennom et opplæringskontor, jf. premiss (8). Ettersom kravet om lærlingordning må anses som et kontraktskrav, måtte det være tilstrekkelig at klager kunne oppfylle kontraktsvilkåret ved kontraktsoppstart.
- (15) Klager krysset av for å ha forstått og godtatt kontraktsvilkåret om lærlingordning i konkurransegrunnlaget, og klagers tilbud inneholdt ikke forbehold mot kontraktsvilkårene. Tilbudet kunne dermed ikke avvises med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav d.
- (16) Klagers tilbud kunne ikke avvises med hjemmel i forskriften § 20-13 (2) bokstav a. Ettersom det i klagers tilbud var krysset av for at de ønsket å tilknytte seg en

lærlingordning, og kunne oppfylle kontraktsvilkåret ved kontraktsoppstart, kan ikke klager se at det foreligger *"avvik, forbehold, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende"*. Innklagede heller ikke foretatt *"forsøk på avklaring"* av eventuelle uklarheter, slik innklagede hadde plikt til i medhold av forskriften § 21-1 (2) bokstav a jf. § 20-13 (2) bokstav a.

- (17) Klagers tilbud kunne ikke avvises med hjemmel i forskriften § 20-12 (2) bokstav g. Bestemmelsen kommer for det første ikke til anvendelse fordi kravet om lærlingordning må anses som et kontraktskrav, og ikke et kvalifikasjonskrav. Det følger også av Dragsten s. 416 og Nærings- og handelsdepartementets høringsbrev av 22. desember 2000 at krav til lærlingordning ikke kan benyttes som kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier. Eventuelt manglende oppfyllelse av vilkåret ved kontraktsoppstart vil da være å anse som mislighold etter kontraktsrettslige regler. Videre kunne klager oppfylle kontraktskravet til lærlingordning i konkurransegrunnlaget punkt C1 ved kontraktsoppstart, og bestrider i alle tilfeller å ha gitt *"grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger"*, jf. § 20-12 (2) bokstav g.
- (18) Klagers tilbud kunne ikke avvises med hjemmel i den kontraktsrettslige læren om antesipert mislighold. Klager kan ikke se hvilket grunnlag innklagede har for å påstå at det foreligger kontinuerlig mislighold tilsvarende kontraktsvilkår i den eksisterende kontrakten. Innklagedes påståtte negative erfaringer med klager i en løpende kontrakt med klager, er ikke dokumentert på noen måte. Klager har aldri mottatt noen tilbakemelding fra innklagede på at manglende tilknytning til lærlingordning utgjør kontraktsbrudd under eksisterende kontrakt, verken skriftlig eller muntlig. Innklagede har heller ikke iverksatt misligholdsbeføyelser mot klager som følge av et slikt påstått kontraktsbrudd under det eksisterende kontraktsforholdet. Innklagede må stole på klagers avkrysning i tilbudet for at de ønsker å tilknytte seg en lærlingordning, og at dette er på plass innen kontraktsoppstart.

Likebehandling og etterprøvbarehet

- (19) Det anmodes om at klagenemnda tar stilling til hvorvidt innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å avvise klagers tilbud basert på antesipert mislighold.
- (20) Det anmodes om at klagenemnda tar stilling til om innklagede har brutt kravet til etterprøvbarehet i loven § 5, ved å avvise klagers tilbud med henvisning til antesipert mislighold, uten å dokumentere at antesipert mislighold foreligger.

Innklagedes anførsler:

Avvisning av klagers tilbud

- (21) Det var rettmessig av innklagede å avvise klagers tilbud.
- (22) Det bestrides ikke at kravet om tilknytning til lærlingordning i konkurransegrunnlaget punkt C1 punkt 5 først måtte oppfylles ved kontraktsoppstart. Det er også enighet om at leverandøren ikke trengte å være offentlig godkjent lærlingbedrift, så lenge den var villig og kvalifisert til å knytte seg til en slik ordning under kontraktsgjennomføringen.
- (23) Innklagede er eier og ansvarlig for alle videregående skoler i Rogaland. Av hensyn til behovet for lærlingplasser, er det viktig for innklagede at de selskap som utfører byggarbeid på vegne av innklagede er tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning og

tar inn lærlinger. Fra januar 2012 til mars 2013 hadde innklagede en kontrakt med klager som gjaldt mur- og flisentreprise på Haugaland videregående skole, der det var oppstilt identisk kontraktsvilkår angående lærlingordning. Dette ble også tydeliggjort under kontraktsmøtet, der referatet sier at *"NST Byggservice AS er godkjent for malerfaget og søker i murerfaget. Entreprenøren er villig til å knytte seg til en offentlig godkjent lærlingordning og ta inn lærlinger"*. I kontraktsperioden unnlot klager å knytte seg til en offentlig godkjent lærlingordning, og hadde følgelig ikke lærlinger i arbeid. Det var ikke grunn til å anta at det ville stille seg annerledes i kontrakten om mur- og flisearbeider ved Åkrehamn videregående skole. Det er klagers manglende etterlevelse av den løpende kontrakten innklagede hadde med klager på tidspunktet for tildelingen, som danner grunnlag for avvisning i foreliggende sak.

- (24) Klagers tilbud kunne avvises med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav d. På bakgrunn av klagers kontinuerlige mislighold av kravet til lærlingordning ved arbeid på Haugaland VGS, forventet innklagede at klager ville misligholde kontraktsbestemmelsen også ved den nye kontrakten. Tilbudet ble derfor ansett å inneholde et uuttalt forbehold vedrørende oppfyllelsen av kontrakten. Tilbydere kan få en vesentlig konkurransefordel ved bevisst å ekskludere kostnader til lærlingordning ved inngivelse av tilbudet. Formålet bak regelen om å utjevne konkurransefordeler tilsier derfor at forbehold som ikke er uttalt, men som kan påvises på annen måte, må kunne omfattes av regelen.
- (25) Klagers tilbud kunne avvises med hjemmel i forskriften § 20-13 (2) bokstav a, fordi tilbudet inneholdt et ikke ubetydelig avvik, forbehold, en feil eller lignende. Dette fremkommer riktignok ikke av tilbudet alene, men det fremkommer av erfaringen om at klager mangler vilje og/ eller evne til å etterleve kontraktsvilkåret, jf. ovenfor. Innklagede hadde ingen avklaringsplikt, grunnet forhandlingsforbudet i § 21-1.
- (26) Klagers tilbud kunne avvises med hjemmel i forskriften § 20-12 (2) bokstav g. Opplysningen i klagers tilbud om at kontraktsvilkåret kunne og ville overholdes fremstod som grovt misvisende og feilaktig ut fra den kunnskapen innklagede hadde om manglende etterlevelse av dette i den løpende kontrakten med klager. Bestemmelsen er også anvendelig på andre krav enn kvalifikasjonskrav, jf. ordlyden *"i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren"*.
- (27) Selv om innklagede trolig ikke har en generell plikt til å avvise klager eller klagers tilbud på grunnlag av de nevnte forhold, kan innklagede i alle tilfeller ikke være forpliktet til å inngå kontrakt med selskaper som erfaringsmessig ikke overholder kontrakten på et så vesentlig punkt. Videre taler hensynet til likebehandling for at innklagede må ha mulighet for avvisning. Dette fordi leverandøren kan spare utgifter ved ikke å oppfylle kravet til lærlingordning, slik at leverandøren vil kunne tilby en lavere pris i konkurransen ved å planlegge mislighold av kontraktsvilkåret. Av hensyn til likebehandling bør innklagede kunne utjevne denne konkurransefordelen, særlig ettersom hensynet til likebehandling er tungtveiende innenfor offentlige anskaffelser. Teorien gir også støtte til at oppdragsgivere vil kunne ha anledning til å utelukke leverandører basert på antasert mislighold av kontraktsvilkår, jf. blant annet Trygstad, *"Tildeling av offentlige kontrakter"* (2006) s. 104 og 105.

Likebehandling og etterprøvnbarhet

- (28) Innklagede bestrider å ha brutt kravet til likebehandling ved å avvise klagers tilbud. Tvert imot taler hensynet til konkurranse og likebehandling for avvisning, jf. premiss (27) ovenfor.
- (29) Innklagede har ikke brutt kravet til etterprøvnbarhet i loven § 5 ved å avvise klagers tilbud. Klagers anførsel fremstår som konstruert. Det kan ikke ha vært tvilsomt for klager hvilket kontraktsforhold det ble referert til som grunnlag for antasipert mislighold, og klager burde eventuelt etterspurt informasjon om hvilket kontraktsforhold det gjaldt.

Klagenemndas vurdering:

- (30) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av bygningsarbeider ved Åkrehamn Videregående skole, som er en bygg- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er ikke oppgitt, men den er kunngjort med skjema for anskaffelser over EØS-terskelverdi. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (31) Klager anfører at innklagede ikke hadde hjemmel til å avvise klagers tilbud.
- (32) Som vist til i premiss (5), ble tilbudsevalueringen foretatt av et arkitektfirma på vegne av innklagede. Klager ble først tildelt delkontrakten om mur- og flisarbeider, men med forbehold om innklagedes godkjenning. Innklagede godkjente ikke tildelingen, og avviste klagers tilbud med henvisning til forhold knyttet til kontraktsbestemmelsen i konkurransegrunnlaget punkt C1, jf. premiss (6). Innklagede viser til flere hjemmelsgrunnlag for avvisningen, deriblant forskriften § 20-12 (2) bokstav g, og 20-13 (2) bokstav a og b.
- (33) Det kan stilles spørsmål ved om innklagede hadde hjemmel til å anvende de fakultative avvisningsreglene, ettersom klager i utgangspunktet ble tildelt kontrakt. En tildelingsbeslutning kan etter forskriften § 22-3 (5) bare endres eller annulleres dersom den er i strid med regelverket, jf. blant annet klagenemndas sak 2013/49 premiss (33). Fakultative avvisningsregler kan derfor som utgangspunkt ikke brukes når kontrakt er tildelt, selv om det unntaksvis åpnes for dette, se klagenemndas saker 2006/153 premiss (112) og 2012/246 premiss (45).
- (34) I foreliggende sak er klagenemnda av den oppfatning at tildelingsbeslutningen til klager ikke var endelig, fordi den var gitt med forbehold om innklagedes godkjenning. Forskriften § 22-3 (5) forhindrer derfor ikke innklagede fra å avvise med hjemmel i de fakultative avvisningsreglene.
- (35) Av forskriften § 3-11 følger det at *"for 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. Slik betingelse kan likevel kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje"*.
- (36) Det var oppstilt en kontraktsbestemmelse om lærlingordning i konkurransegrunnlaget punkt C1.2 punkt 5. Klager hadde i sitt tilbud angitt at kontraktsbestemmelsene i punkt

C1 var forstått og akseptert, i henhold til svarskjema. Innklagede har avvist klager med den begrunnelse at klager misligholdt et identisk kontraktsvilkår til lærlingordning i en annen, pågående, kontrakt om mur- og flisearbeider med innklagede ved Haugaland videregående skole, og at dette tilsa at forpliktelsen heller ikke ville bli overholdt ved den nye kontrakten. Innklagede viser særlig til at klager fikk avslag på søknad om godkjenning som selvstendig lærebedrift i murerfaget, uten at dette vedtaket er påklaget eller at klager på annen måte var tilknyttet en lærlingordning.

- (37) Kontraktsbestemmelsen om lærlingordning i konkurransegrunnlaget punkt C1 er noe uklar. Det er enighet mellom partene om at bestemmelsen ikke krever at leverandøren er en offentlig godkjent lærlingbedrift. Det var derimot krav til at leverandøren var *"kvalifisert og villig"* til å *"knytte seg til en slik ordning under kontraktsgjennomføringen"*, under forutsetning av at det var *"naturlig å ha lærling for gjeldende fag"*. Klager har ikke bestridt at det var naturlig å ha lærlinger ved murarbeider. Selv om det fremstår noe uklart på hvilket tidspunkt leverandørene måtte være tilknyttet en slik lærlingordning, er det mest nærliggende å forstå regelen slik at den stilte krav til at leverandøren måtte kunne ta inn lærlinger i hele kontraktsperioden, og at leverandøren måtte være villig til å ta inn lærlinger.
- (38) Klager fikk avslag på sin søknad om å bli offentlig godkjent lærlingbedrift i murerfaget i juni 2012. Det fremgår av vedtaket at klager likevel kunne søke om samarbeid om inntak av lærlinger gjennom et opplæringskontor, og at opplæringskontoret da ville ha ansvaret for lærlingen. Det er enighet mellom partene om at opptak gjennom et slikt opplæringskontor ville oppfylle kontraktskravet. Klager bestrider ikke at de under kontraktsutførelsen ved Haugaland skole, heller ikke var tilknyttet lærlingordning gjennom et opplæringskontor. Klagenemnda legger derfor til grunn at klager misligholdt kontraktsvilkåret ved denne kontrakten. Ifølge innklagede tilsa erfaringen på tidspunktet for tildelingen, at klager enten ikke var villig eller kvalifisert til å kunne ta inn lærlinger, og derfor ville misligholde kravet til lærlingordning også ved den nye kontrakten.
- (39) Som nevnt hadde klager krysset av for å ha forstått og akseptert kontraktsbestemmelsene. Innklagede mener denne avkrysningen utgjorde en feil, basert på ovennevnte forhold.
- (40) Innklagede har vist til at tilbudet inneholder et uuttalt forbehold, og derfor skulle avvises med hjemmel i forskriften § 20-13 (1) bokstav d. Innklagede har også fremholdt at forskriften § 20-13 (2) bokstav a ga grunnlag for avvisning, fordi tilbudet inneholdt et ikke ubetydelig avvik, forbehold, en feil eller lignende. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at avvisningsreglene grunnet forhold ved tilbudet kun relaterer seg til tilbudet som sådan, jf. sak 2012/246 premiss (43) og 2011/79 premiss (34). Siden det fremgår av tilbudet at klager har forstått og akseptert kontraktsbestemmelsene, foreligger det isolert verken forbehold, avvik eller uklarheter i klagers tilbud. Reglene om avvisningsplikt i forskriften § 20-13 (1) er derfor ikke aktuelle her, også fordi oppdragsgiver som hovedregel skal kunne stole på informasjon som er gitt i tilbudet. Tilbyderen er bundet av sitt tilbud, og innklagedes interesser vil i utgangspunktet være beskyttet av reglene om kontraktsbrudd, og de øvrige tilbydernes interesser beskyttes av forbudet mot vesentlige endringer – som også vil kunne omfatte unnlatt oppfølging av kontrakten, jf. blant annet klagenemndas saker 2012/246 premiss (43) og 2011/79 premiss (34).
- (41) Selv om et potensielt mislighold av kontrakten i utgangspunktet må håndteres etter kontraktsretten, har likevel oppdragsgiver et behov for å kunne agere ved kunnskap om at konkrete tilbudsopplysninger er uriktige, jf. også klagenemndas sak 2011/356 premiss

(28). Det er derfor åpnet for at oppdragsgiver vil kunne vektlegge forhold utenfor tilbudet ved tilbudsevalueringen og som grunnlag for avvisning. I sak 2011/356 ble oppdragsgiver ansett berettiget til å unnlate å gi uttelling for instruktørressursene til en leverandør i tildelingsevalueringen, når de samme ressursene var tilbudt i en parallelt gjennomført konkurranse i ett tilbud som ble tildelt kontrakt. Det ble blant annet henvist til EU-domstolens avgjørelse i sak T-589/08 premiss (40) til (47), der det ikke ble funnet å foreligge feil ved tildelingsevalueringen som følge av at oppdragsgiver tok i betraktning at det forelå urealistiske estimat ved saksøkers tilbud. I klagenemndas praksis åpnes det videre for at de fakultative avvisningsreglene kan gi oppdragsgiver en rett, og i enkelte tilfeller plikt, til å avvise der det er grunn til å tro at leverandøren faktisk ikke vil levere i henhold til sine forpliktelser, jf. sakene 2011/79 premiss (36) og (38), 2012/246 premiss (44) til (50), og 2006/153 premiss (112). Videre kan læren om antesipert mislighold også tenkes å utgjøre et selvstendig hjemmelsgrunnlag for avvisning, jf. klagenemndas saker 2006/66 premiss (44) og 2012/246 premiss (45).

- (42) I en situasjon som den foreliggende, der oppdragsgiver tviler på en leverandørs pålitelighet basert på tidligere kontraktsbrudd, kan det være mest nærliggende å vurdere om forskriften § 20-12 (2) bokstav d gir grunnlag for avvisning, se Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 187 og 188, med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-465/11 (Forposta). Innklagede har ikke anført at § 20-12 (2) bokstav d gir hjemmel til avvisning, og klagenemnda tar derfor ikke stilling til dette.
- (43) Innklagede viste i avvisningen av klager til forskriften § 20-12 (2) bokstav g, som gir oppdragsgiver rett til å avvise leverandører som *"har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren"*. Klager mener denne regelen kun er anvendelig for opplysninger som gjelder oppfyllelsen av kvalifikasjonskrav. Klagenemnda kan ikke se at regelen har en slik avgrensning, og finner det naturlig å vurdere om denne gir hjemmel til avvisning.
- (44) Spørsmålet blir om klager har gitt *"grovt misvisende eller feilaktige opplysninger"*, om at de forstod og aksepterte kontraktsvilkåret om lærlingordning i konkurransegrunnlaget C1.2 punkt 5.
- (45) På det tidspunktet innklagede foretok tildelingsevaluering for mur- og flisearbeider ved Åkrehamn videregående skole, hadde kontrakten med innklagede om Haugaland videregående skole løpt i 11 måneder. Klager hadde således over et nokså langvarig tidsrom misligholdt et tilsvarende kontraktsvilkår om lærlingordning ved en tilsvarende kontrakt. I denne perioden hadde klager fått avslag på søknad om å bli selvstendig lærebedrift, og det er ingenting som tyder på at klager hadde søkt på nytt, eller søkt om samarbeid om lærlingordning gjennom et opplæringskontor når kontrakten om Åkrehamn videregående skole skulle tildeles. Da avvisningen ble foretatt, er det heller ikke opplyst at klager gjorde noe for å betrygge innklagede om at dette ville være på plass ved ny kontraktsinngåelse, og det var heller ikke lagt frem forklaring på hvorfor kontraktsvilkåret var misligholdt tidligere og hvorfor det eventuelt ville stille seg annerledes ved ny kontrakt. Selv om klager, så vidt klagenemnda kan se, muligens kunne oppfylle kontraktsvilkåret i den nye kontrakten ved å søke seg til en lærlingordning, forelå det samlet sett en rekke indikasjoner på at kontraktsvilkåret ikke ville oppfylles. Klagenemnda er kommet til at innklagede på dette grunnlaget hadde tilstrekkelige holdepunkter til at det var forsvarlig å legge til grunn at klager ikke ville oppfylle

kontraktsvilkåret. Opplysningen i klagers tilbud om at de ville oppfylle dette, fremstod derfor som misvisende og feilaktig. Innklagede hadde dermed rett til å avvise klager med hjemmel i forskriften § 20-12 (2) bokstav g, og klagers anførsler fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Rogaland fylkeskommune har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl