



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, Likebehandling

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kurs- og undervisningstjenester. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som ifølge klager inneholdt vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Klagenemnda fant at valgte leverandør ikke hadde dokumentert at de reelt sett disponerte over samtlige tilbudte ressurser for undervisning ved kurstilbudet "Introstart". Klagenemnda fant at dette var et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget og valgte leverandørs tilbud på "Introstart" skulle vært avvist, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Klagers anførsler vedrørende manglende forpliktelseserklæring for underleverandør til undervisning og leie av lokaler i forbindelse med kurstilbudet "Helårlig drift" førte ikke frem. Klagers øvrige anførsler om brudd på kravet til likebehandling og manglende oppfyllelse av byggtekniske krav, førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 1.mars 2016 i sak 2015/148

Klager: Kommunikatoren AS

Innklaget: Tromsø kommune

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Marianne Dragsten og Jakob Wahl

Bakgrunn:

- (1) Tromsø kommune (heretter innklagede) kunngjorde 23. september 2015 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av kurs- og undervisningstjenester som skal inngå som tiltak i introduksjonsprogrammet til Tromsø kommune. Anskaffelsens verdi var estimert til 6 100 000 kroner. Tilbudsfrist var angitt til 3. november 2015.
- (2) Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 at det skulle anskaffes kurs og undervisningstjenester for nyankomne innvandrere som er bosatt i kommunen. Det var angitt at det kunne inngis deltilbud på de 8 ulike kursene som var etterspurt i konkurransegrunnlaget. Videre fremgikk det at *"Tiltaksarrangør må stille med lokaler for de aktuelle kursene/tiltakene, og kursstedet bør ligge i Tromsø sentrum"*.
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 3.3 fremgikk det at: *"[h]vis det i tilbudet er ment å avvike fra/ta forbehold mot de krav som er beskrevet i konkurransegrunnlaget og dets vedlegg, så skal dette beskrives i et eget vedlegg og prissettes. Tilbudet kan imidlertid ikke inneholde vesentlige avvik fra/forbehold mot konkurransegrunnlaget eller kontraktsvilkårene. Tilbud som inneholder vesentlige avvik eller forbehold vil avvises, jf. forskriftens § 20-13. Dersom tilbudet er ment å avvike fra konkurransegrunnlaget, skal dette klart fremgå av tilbudet. Avvikene skal spesifiseres i tilbudet, eventuelt med en henvisning til hvor i tilbudet avviket er beskrevet (sidetall og punktnummer). De skal være presise og entydige, og skal være beskrevet slik at oppdragsgiver kan vurdere avvikene uten kontakt med leverandør. (...)"*.

- (4) I konkurransegrunnlaget punkt 3.4, *"Underleverandører"*, under punkt 3, *"TILBUDET"*, var det angitt at: *"hvis tilbyder ønsker å inngi tilbud sammen med andre selskaper, skal dette fremgå tydelig. Det må videre vises at leverandøren reelt sett disponerer over samtlige ressurser som tilbys. En måte å dokumentere at tilbyder disponerer over andre selskapers ressurser på, er å fremlegge en signert forpliktelserklæring fra underleverandører/samarbeidspartner"*.
- (5) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede to tilbud. Disse var fra Tromsprodukt (heretter valgte leverandør) og fra Kommunikatoren AS (heretter klager).
- (6) Valgte leverandør inngav tilbud på kurs nr. 1, *"Introstart"*, og kurs nr. 8, *"Helårlig program"*.
- (7) I tilbudet på *"Introstart"* fremgikk det at valgte leverandør ville benytte underleverandører til å utføre undervisningen. Videre fremgikk det at valgte leverandør ville *"bruke januar og februar til [å] etablere kontrakter med underleverandører"*. Under punktet *"Organisering og koordinering"* var dette nærmere beskrevet, og det fremgikk her at i *"[f]ørste del av 2016 etablerer vi avtaler med underleverandører som kan dekke undervisning. Eksempler på underleverandører er bank, advokatfirma og kommunale aktører. Gjennom avtalen vil vi sikre at underleverandør forplikter seg til å stille med kursansvarlig, også ved ferie/sykdom etc. Om det likevel skulle skje at underleverandør ikke kan stille med personell, har leverandør på kort varsel mulighet til å stille med egen leveranse, knyttet opp mot læreplan i norsk og samfunnsfag for voksne innvandrere eller VOX basisferdigheter. (...)"*.
- (8) I tilbudet på *"Helårlig program"* fremgikk det at: *"Leverandør eier og leier flere bygg som er tilpasset til gjennomføring av kurs, gruppeundervisning og veiledning. Lokalene er godkjent med universell utforming og tilfredsstiller gjeldene HMS-krav. Tjenesten vil leveres/utføres i egnede lokaler. Aktuelle lokasjoner hos Leverandør: Evjenvegen 116 har Tromsprodukt undervisningsrom med plass til inntil 40 deltakere. Lokalet er lett tilgjengelig med buss. I Skippergata 23 har leverandør et undervisningsrom med plass til inntil 14 deltakere. I Storgata 30 har leverandør et undervisningsrom med plass til inntil 20 deltakere. [...] Leverandør har også avtale med Voksenopplæringa om å kunne bruke deres lokaler"*.
- (9) Det fremgikk av anskaffelsesprotokollen at tilbudene under *"Introstart"* og *"Helårlig program"* ble evaluert på bakgrunn av følgende tildelingskriterier: *"Pris 60 %" og "Kvalitet og gjennomføring 40 %"*.
- (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 14. desember 2015.
- (11) Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse avventes inntil klagenemnda har behandlet saken. Saken er derfor prioritert.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 29. februar 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

Avvik fra konkurransegrunnlaget

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 bokstav d, e og f ved å unnlate å avvise valgte leverandørs tilbud som inneholdt vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Klager har vist til at valgte leverandør verken har fremlagt forpliktelseserklæring som dokumenterer leie av lokalene som var tilbudt, eller forpliktelseserklæring som dokumenterer rådighet over underleverandørene som skal benyttes ved undervisningen. Som følge av dette skulle valgte leverandørs tilbud for både "Introstart" og "Helårlig program" vært avvist.

Kravet til likebehandling

- (14) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å tillate at valgte leverandør kunne tilby undervisning i lokaler som innklagede selv eier. I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det angitt at "*Tiltaksarrangør må stille med lokaler for de aktuelle kursene/tiltakene og kursstedet bør ligge i Tromsø sentrum*". Valgte leverandør oppgav i sitt tilbud at lokalene til "*Voksenopplæringa*" kunne bli benyttet til undervisning. Ettersom innklagede selv er eier av disse lokalene har ikke valgte leverandør stilt egne lokaler til disposisjon, men blant annet tilbudt innklagedes lokaler. Leie av disse lokalene er for øvrig heller ikke priset inn i valgte leverandørs tilbud.

Manglende oppfyllelse av krav til universell utforming

- (15) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å godta tilbudet til valgte leverandør som etter klagers syn ikke oppfyller offentligrettslige krav som stilles til et undervisningsbygg, herunder krav til universell utforming av byggverk (TEK 10 - § 12-3 krav om heis i byggverk).

Innklagede har i det vesentlige anført:

Avvik fra konkurransegrunnlaget

- (16) Innklagede bestrider at det foreligger avisningsplikt for valgte leverandørs tilbud. Ingen av tilbudene inneholder vesentlige avvik. Det var ikke angitt som et krav at forpliktelseserklæring, eller annen dokumentasjon som viste at tilbyder disponerte over underleverandører, måtte fremlegges. Dette var ikke angitt som et kvalifikasjonskrav og heller ikke inntatt som et krav i kravspesifikasjonen.

Kravet til likebehandling

- (17) Innklagede mener at konkurransegrunnlagets krav om å stille med lokaler for de aktuelle kursene/tiltakene ikke er til hinder for at leverandører på samme vilkår som valgte leverandør kunne inngått avtale om leie av "*Voksenopplæringa*" sine lokaler. Å godta lokaler som er basert på en leieavtale for disse, er ikke i strid med likebehandlingsprinsippet i loven § 5.

Manglende oppfyllelse av krav til universell utforming

- (18) Innklagede bestrider klagers anførsel. Det var ikke angitt noe krav om at undervisningsbygget skulle oppfylle byggeteknisk forskrift TEK 10. Det vises i den forbindelse til at denne forskriften gjelder bygg som er prosjektert etter 1. juli 2011. Lokalene i Storgata 30 er eldre enn dette og faller ikke inn under bestemmelsen i forskriften.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av kursprogrammer og undervisning, som er en uprioritert tjenesteanskaffelse i kategori 24. Anskaffelsens verdi er estimert til 6 100 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen i utgangspunktet forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2. I både kunngjøringen og konkurransegrunnlaget har innklagede imidlertid gitt uttrykk for at anskaffelsen følger forskriften del III. I slike tilfeller har klagenemnda tidligere, ut fra kravet til forutberegnelighet i loven § 5, lagt til grunn at forskriften del III kommer til anvendelse.

Avvik fra konkurransegrunnlaget

- (20) Klager anfører at innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav d, e og f ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud som ifølge klager inneholdt vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget. Klager viser til at det ikke er innlevert forpliktelseserklæring eller annen dokumentasjon som viser at valgte leverandør råder over ressursene/underleverandørene som skal brukes ved undervisningen i kurstilbudene på "Introstart" og "Helårlig program". Til dette har innklagede uttalt at det ikke var angitt som et krav å innlevere verken forpliktelseserklæring eller annen dokumentasjon.

- (21) Oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud som inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at forskriften § 17-9 (2), som gjelder kravet om dokumentasjon for rådighet over underleverandørs ressurser etter forskriften III, kun gjelder kvalifikasjonskrav, og ikke kan anvendes analogisk i tildelingsfasen, jf. sak 2012/248 premiss (49) flg. I det foreliggende tilfellet har innklagede imidlertid i konkurransegrunnlaget punkt 3.4, under hovedpunktet "3 TILBUDET", oppstilt følgende krav til tilbudet:

"hvis tilbyder ønsker å inngi tilbud sammen med andre selskaper, skal dette fremgå tydelig. Det må videre vises at leverandøren reelt sett disponerer over samtlige ressurser som tilbys. En måte å dokumentere at tilbyder disponerer over andre selskapers ressurser på, er å fremlegge en signert forpliktelseserklæring fra underleverandører/samarbeidspartner".

- (22) Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget på dette punktet, skal tilbydere som i sitt tilbud oppgir at ressurser fra underleverandører skal benyttes ved utførelsen av tjenestene, dokumentere at tilbyder *"reelt sett disponerer over samtlige ressurser som tilbys"*. Hvorvidt dette gjøres ved å fremlegge forpliktelseserklæring eller gjennom annen dokumentasjon vil ikke være avgjørende såfremt tilbyder viser reelt sett å disponere over samtlige tilbudte ressurser.
- (23) Ettersom det var adgang til å innlevere deltilbud, finner klagenemnda det hensiktsmessig å først vurdere hvorvidt valgte leverandør *"reelt sett disponerer over samtlige ressurser som tilbys"* under kurstilbudet "Introstart".
- (24) Valgte leverandør har i tilbudet opplyst at det er en rekke aktuelle aktører som skal stå for undervisning under "Introstart". Det fremgikk i tillegg at valgte leverandør ville

"bruke januar og februar til [å] etablere kontrakter med underleverandører". Under punktet "Organisering og koordinering" var dette nærmere beskrevet, og det fremgikk her at i "[f]ørste del av 2016 etablerer vi avtaler med underleverandører som kan dekke undervisning. Eksempler på underleverandører er bank, advokatfirma og kommunale aktører. Gjennom avtalen vil vi sikre at underleverandør forplikter seg til å stille med kursansvarlig, også ved ferie/sykdom etc. Om det likevel skulle skje at underleverandør ikke kan stille med personell, har leverandør på kort varsel mulighet til å stille med egen leveranse, knyttet opp mot læreplan i norsk og samfunnsfag for voksne innvandrere eller VOX basisferdigheter. (...)".

- (25) Dette betyr at valgte leverandør skal benytte underleverandører til å utføre de tilbudte undervisningstjenester under kurset *"Introstart"*, men at valgte leverandør på tidspunktet for tilbudsinngivelse, ennå ikke hadde etablert noen kontrakter med underleverandører. At valgte leverandør på kort varsel vil kunne stille med eget personell knyttet opp mot læreplan i norsk og samfunnsfag kan ikke forstås på den måten at valgte leverandør kan stille med tilsvarende personell som er opplistet under *"aktuelle aktører"* for de kurs som tilbys under *"Introstart"*. Dette må utelukkende forstås slik at valgte leverandørs eget personell på kort varsel kan stille egne ansatte til disposisjon ved eksempelvis sykdom eller lignende hos underleverandørene. Ettersom valgte leverandør på tilbudstidspunktet ikke hadde inngått noen kontrakter med de underleverandørene som skulle benyttes til å undervise, kunne valgte leverandør naturlig nok heller ikke dokumentere i sitt tilbud at selskapet *"reelt sett disponerer over samtlige ressurser som tilbys"*. Dette krav i konkurransegrunnlaget var derfor ikke oppfylt.
- (26) Siden valgte leverandør skal benytte underleverandører til å utføre all undervisning som er tilbudt under *"Introstart"*, må avviket fra å dokumentere at selskapet *"reelt sett disponerer over"* disse ressursene anses som et vesentlig avvik fra konkurransegrunnlaget, jf. forskriften § 20-13 (1) bokstav e. Innklagede har dermed brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e, ved ikke å avvise tilbudet *"Introstart"*.
- (27) Som følge av den konklusjon klagenemnda her har kommet til, verken gjengis eller behandles klagers øvrige anførsler knyttet til valgte leverandørs tilbud på kurset *"Introstart"*.
- (28) Når det gjelder kurstilbudet *"Helårlig program"*, har valgte leverandør vedlagt en liste over egne ansatte og deres kompetanse. Tilbudet inneholdt ikke opplysninger om at valgte leverandør under dette kurstilbudet skulle støtte seg på underleverandører eller andres ressurser i forbindelse med undervisningen. Klagenemnda forstår det dermed slik at den vedlagte listen var en komplett oversikt over egne tilbudte ressurser som skulle benyttes til å gjennomføre den tilbudte undervisningen under dette kurset. Dvs. at valgte leverandør ikke skal benytte andres ressurser til å utføre den tilbudte undervisning.
- (29) Når det derimot gjelder de lokaler valgte leverandør skal benytte for å gjennomføre den tilbudte undervisning, fremgår det under tilbudet på *"Helårlig program"* at *"Leverandør eier og leier flere bygg som er tilpasset til gjennomføring av kurs, gruppeundervisning og veiledning. Lokalene er godkjent med universell utforming og tilfredsstillende gjeldene HMS-krav. Tjenesten vil leveres/utføres i egnede lokaler. Aktuelle lokasjoner hos Leverandør: Evjenvegen 116 har Tromsprodukt undervisningsrom med plass til inntil 40 deltakere. Lokalet er lett tilgjengelig med buss. I Skippergata 23 har leverandør et undervisningsrom med plass til inntil 14 deltakere. I Storgata 30 har leverandør et*

undervisningsrom med plass til inntil 20 deltakere. [...] Leverandør har også avtale med Voksenopplæringa om å kunne bruke deres lokaler".

- (30) Slik klagenemnda oppfatter det, hadde ikke valgte leverandør fremlagt leieavtalen med "Voksenopplæringa" på leie av undervisningslokale før innklagede innstilte på å tildele kontrakten til selskapet. Både innklagede og klager har imidlertid opplyst at "Voksenopplæringa" er lokaler som eies av innklagede. Det må derfor legges til grunn at innklagede er kjent med leieavtalen med valgte leverandør. Når det gjelder de øvrige lokalene valgte leverandør omtaler i tilbudet, er det uklart hvilke av disse som eies av valgte leverandør og hvilke av disse som leies. Dette siden valgte leverandør ikke har spesifisert dette. Klagenemnda legger imidlertid til grunn at noen av de tre nevnte lokalene må eies av valgte leverandør siden selskapet uttaler at noen av lokalene eies og noen leies. Klagenemnda finner også under noe tvil at valgte leverandør, basert på den kunnskap innklagede selv har om utleie av Voksenopplæringens lokaler, har godtgjort at selskapet også "reelt sett disponerer over" over disse lokalene. Siden det i konkurransegrunnlaget ikke var angitt noen minstekrav til kapasiteten til de lokaler som skulle tilbys, og klagenemnda heller ikke har noen holdepunkter for at lokalene hos Voksenopplæringen og de lokalene valgte leverandør selv eier, ikke er tilstrekkelige, finner nemnda at valgte leverandør totalt sett må anses for å ha godtgjort at selskapet disponerer over lokaler til bruk for den tilbudte undervisning. Innklagede har dermed ikke brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e, ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud på "Helårlig program".

Kravet til likebehandling

- (31) Klager anfører at innklagede har brutt kravet til likebehandling i loven § 5 ved å tillate at valgte leverandør kunne tilby undervisning i lokaler som innklagede selv var eier av. Klager har i tillegg anført at det foreligger brudd på kravet til likebehandling ved at leie av kurslokaler etter klagers syn ikke var priset inn i valgte leverandørs tilbud.
- (32) I konkurransegrunnlaget punkt 1.2 var det angitt at "Tiltaksarrangør må stille med lokaler for de aktuelle kursene/tiltakene og kursstedet bør ligge i Tromsø sentrum".
- (33) Slik konkurransegrunnlaget var utformet var kravet om å stille med undervisningslokaler, ikke til hinder for å kunne tilby undervisning i leide lokaler. Kravet som var angitt var kun at tilbyder skulle tilby lokaler for de aktuelle kursene/tiltakene. Innklagede har dermed ikke brutt kravet til likebehandling ved å godta at valgte leverandør tilbød undervisning i både eide og leide lokaler, herunder leide lokaler hos "Voksenopplæringa".
- (34) Når det gjelder klagers anførsel om prising av leie av kurslokaler er dette et forhold som utelukkende reguleres i leieavtalen mellom "Voksenopplæringa" og valgte leverandør. Klagenemnda tar derfor ikke stilling til dette.

Manglende oppfyllelse av krav til universell utforming

- (35) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å godta tilbudet til valgte leverandør som etter klagers syn ikke oppfyller offentligrettslige krav som stilles til et undervisningsbygg, herunder krav til universell utforming av byggverk (TEK 10 - § 12-3 krav om heis i byggverk).

- (36) Så vidt klagenemnda kan se, var det eneste kravet som var stilt knyttet til undervisningslokale, at tilbyderen skulle tilby dette, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.2. Det var altså ikke stilt noen konkrete krav til disse lokalene. Basert på dette, kan klagers anførsel ikke føre frem.

Konklusjon:

Innklagede har brutt forskriften § 20-13 (1) bokstav e, ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud på kurset "*Introstart*".

Klagers anførsler vedrørende manglende forpliktelseserklæring/dokumentasjon for underleverandør til undervisning og leie av lokaler i forbindelse med kurstilbudet "*Helårlig drift*" førte ikke frem.

Klagers øvrige anførsler om brudd på kravet til likebehandling og manglende oppfyllelse av byggtekniske krav, førte heller ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Marianne Dragsten

Dokumentet er godkjent elektronisk