



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for inngåelse av en rammeavtale for det arbeidsrettede tiltaket "oppfølging". Klager anførte at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav e ved ikke å avvise Friskgården Grong på bakgrunn av at A var rettskraftig dømt for bedrageri. Klagenemnda kom til at det ikke forelå et tilknytningsforhold mellom A og Friskgården Grong som ga grunnlag for identifikasjon, og klagers anførsel førte derfor ikke frem. Klagers anførsler om at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise Friskgården Grong som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om "metoder for kvalitetssikring", og for ikke å ha dokumentert rådighet over ressurser, førte heller ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 5. oktober 2016 i sak 2016/121

Klager: Driv Karriere AS

Innklaget: NAV Nordland

Klagenemndas

medlemmer: Arve Rosvold Alver, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) NAV Nordland (innklagede) kunngjorde 1. oktober 2015 en konkurranse med forhandling for inngåelse av en rammeavtale for det arbeidsrettede tiltaket "oppfølging". Rammeavtalen hadde en varighet på tre år med opsjon på forlengelse i ytterligere ett år. Rammeavtalen var delt inn i ni delkontrakter, og leverandørene kunne inngi tilbud på én eller flere delkontrakter. Anskaffelsens verdi ble estimert til 162,6 millioner kroner. Tilbudsfrist var 23. november 2015.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2.4 var det oppstilt et kvalifikasjonskrav om "metoder for kvalitetssikring". Oppfyllelse av kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres med "[b]eskrivelse av metoder for kvalitetssikring og/eller attest utstedt av sertifiseringsorgan som bekrefter oppfyllelse av kvalitetssikringsstandarder (ISO 9000 eller tilsvarende)".
- (3) Konkurransegrunnlaget punkt 2.5 gjaldt "Dokumentasjon for rådighet over ressurser for tredjepart ifm kvalifikasjonskrav" hvor det fremgikk:

"Dersom en leverandør har til hensikt å støtte seg på andre foretaks kapasitet vedrørende finansiell/økonomisk styrke (punkt 2.3) og/eller tekniske/faglige kvalifikasjoner (punkt 2.4), skal det fremlegges dokumentasjon på at leverandøren vil ha rådighet over nødvendige ressurser hos det aktuelle foretaket/underleverandøren, f. eks. ved en skriftlig forpliktelseserklæring eller skriftlig samarbeidsavtale om dette mellom leverandør og det aktuelle foretaket/underleverandøren. Dokumentasjonen må være undertegnet av person med fullmakt til å binde foretaket/underleverandøren. I vedlegg 1 har oppdragsgiver vedlagt et eksempel på et skjema som kan benyttes for å

dokumentere rådighet over nødvendige ressurser hos det aktuelle foretaket/underleverandøren."

- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede ti tilbud for tjenesteområde 5 (Mo i Rana), herunder fra Driv Karriere AS (klager). Ved brev av 6. juli 2016 ble det meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med Friskgården Grong AS (heretter Friskgården Grong).
- (5) I Friskgården Grongs tilbud var det inntatt en *"Beskrivelse av metoder for kvalitetssikring"*. Her er det opplyst at Friskgården Grong har utviklet et velfungerende kvalitetssystem, og at Friskgården Grong har en egen kvalitetsleder som jevnlig deltar på ulike former for faglig oppdatering. Det er opplyst at kvalitetslederen har ansvaret for opplæring og gjennomgang av sjekkliste i hver leveranse. Kvalitetslederen har også ansvar for overvåking og dokumentasjon av både velfungerende praksis og avvik, og håndtering av avvik. Videre er det opplyst at alle fagpersoner i leveransen har høy utdanning, og at det i tillegg gjennomføres Friskgårdens sertifiseringsprogram med *"innføring og trening i ledelse av læringsprosessen og bruk av de smarte verktøyene"*. Det er videre opplyst at *"Friskgården leverer med godkjenning"*. Det er imidlertid uklart hva denne godkjenningen gjelder og hvem som eventuelt har denne godkjenningen, da denne delen av tilbudet er sladdet for klagenemnda.
- (6) Klager klaget på tildelingsbeslutningen ved brev til innklagede av 15. juli 2016. Det ble her blant annet fremholdt at Friskgården Grong skulle vært avvist i medhold av forskriften § 11-10 (1) bokstav e. Dette begrunnet klager med at Friskgården Grong måtte identifiseres med A, som er rettskraftig dømt for bedrageri. Det ble vist til lagmannsrettens kjennelse i sak LB-2016-016753 av 10. mars 2016. I denne saken kom lagmannsretten til at det forelå plikt til å avvise selskapet Frisknett AS som følge av identifikasjon med A.
- (7) A eier 50 % av selskapet Klingen Vekst AS, hvor han også er daglig leder og styreleder. Hans kone eier de resterende 50 % av dette selskapet. Klingen Vekst AS eier 90 % av aksjene i Frisknett AS. A var frem til 13. oktober 2015 styreleder og daglig leder i Frisknett AS. A er fortsatt ansatt i Frisknett AS. As kone er styremedlem i Frisknett AS.
- (8) Det foreligger en nettverksavtale mellom Frisknett AS og Friskgården Grong. Denne nettverksavtalen er innhentet av innklagede i forbindelse med klagebehandlingen for klagenemnda. Avtalen er datert 22. januar 2012. Det fremgår av avtalen at den dekker ulike former for oppfølging fra Frisknett AS i kjedekonseptet, som omfatter metodeutvikling og dokumentasjon, deltakelse på temakonferanse og forum, strategisk planlegging og ledelse, samfunnskontakt, utdanninger og system for kvalitetssikring av fagteam og administrative fellestjenester. Det er angitt at Friskgården Grong kjøper oppfølgingstjenester i henhold til bestilling, som faktureres månedlig. Det er videre angitt at avtalen skal følges opp i dialog mellom daglig leder i Frisknett AS og Friskgården Grong. Det er A som har signert avtalen på vegne av Frisknett AS.
- (9) A var ett av fem styremedlemmer hos Friskgården Grong frem til 24. oktober 2015. As kone er styremedlem i selskapet.
- (10) Ved brev 27. juli 2016 opplyste innklagede at tildelingen av kontrakt til Friskgården Grong ble opprettholdt.

- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 2. august 2016. Innklagede har opplyst at kontraktsinngåelse avventes inntil klagenemnda har behandlet saken.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 3. oktober 2016.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav e ved ikke å avvise Friskgården Grong. Friskgården Grong må identifiseres med As handlinger på samme måte som A har blitt identifisert med selskapet Frisknett AS i LB-2016-16753.
- (14) Det forhold at Frisknett AS har en nettverksavtale med Friskgården Grong, og ikke eier selskapet, er av underordnet betydning. Eksempelvis likestiller aksjeloven § 1-3 andre ledd innflytelse i form av "avtale" med å være "eier av aksjer". Premissene for driften av Friskgården Grong ligger hos Frisknett AS, slik at Frisknett AS' innflytelse kan likestilles med eierskap.
- (15) Frisknett AS utvikler konseptet som Friskgården Grong baserer sin virksomhet på. Videre fremstår Frisknett AS og de ulike Friskgårdene som en organisatorisk enhet. De har samme hjemmeside og facebookside, og det utarbeides felles årsrapport. En lang rekke personer går igjen i styrene i de ulike selskapene. A er også felles nettverksleder for Friskgårdene. I den foreliggende saken har det vært et samarbeid mellom Friskgården Grong og Friskgården Rana AS, ved at disse skal samlokaliseres i sistnevntes lokaler. Friskgården Rana AS er et 100 % eid datterselskap av Frisknett AS. Så vidt klager forstår, skal Friskgården Grong i betydelig grad spille på andre ressurser i Frisknett-kjeden, blant annet ved at man skal videreføre koordineringen opp mot NAV gjennom Frisknett AS sentralt på samme måte som før.
- (16) Det er Frisknett AS som har fremstått som kontraktsmotpart for det offentlige ved tidligere konkurranser. Det at man nå går over til Friskgården Grong som kontraktspart synes utelukkende å være motivert av bedrageridommen.
- (17) A har fratrådt som styreleder og daglig leder i Frisknett AS, og som styremedlem hos Friskgården Grong. Hans forbindelse til selskapene er likevel fortsatt av en slik karakter at det er grunnlag for identifikasjon mellom A og Friskgården Grong. Gjennom sitt eierskap på 50 % i Klingen Vekst AS, utøver A fortsatt kontroll på Frisknett AS. Med et eierskap i Frisknett AS på 90 %, utøver Klingen Vekst AS den øverste myndigheten i selskapet gjennom generalforsamlingen. Videre er As kone fortsatt styremedlem hos Friskgården Grong og Frisknett AS. Dette medfører at A fortsatt er å anse som nærstående til begge disse selskapene.
- (18) Innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise Friskgården Grong. Friskgården Grong har ikke sannsynliggjort metoder for kvalitetssikring, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.4. Friskgården Grong er ikke ISO-godkjent. Friskgården Grong må da beskrive "*metoder for kvalitetssikring [...] som bekrefter oppfyllelse av kvalitetsstandarder (ISO 9000 eller tilsvarende)*".
- (19) Friskgården Grong har heller ikke dokumentert rådighet over ressurser, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.5. Det fremstår som klart at Friskgården Grong skal

basere seg på ressurser fra andre foretak, blant annet ved å benytte Frisknett AS' felles servicesenter og kompetanse for øvrig, og ved å benytte Friskgården Rana AS' lokaler. Det er også uklart hvorvidt Friskgården Grong ønsker å benytte Frisknett AS' eventuelle ISO-godkjenning.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (20) Innklagede har ikke brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav e ved ikke å avvise Friskgården Grong. Det var ikke grunnlag for å identifisere Friskgården Grong med A.
- (21) Det er ikke grunnlag for å si at avtaleforholdet mellom Frisknett AS og Friskgården Grong gir en bestemmende innflytelse over Friskgården Grong. Avtalegrunnlaget som motparten henviser til er ikke dokumentert i saken, og avtalen har heller aldri vært fremlagt for NAV. Videre ble As handlinger begått på hans fritid og hadde ikke noen tilknytning til Frisknett AS.
- (22) A har ingen roller i Friskgården Grong i dag. Han har verken en lederstilling eller noen eierposisjon. Det er klart at A ikke kan utøve kontroll over eller treffe beslutninger på vegne av Friskgården Grong. Forholdene klager påpeker er ikke relevant for identifikasjonsvurderingen. Videre finnes det grunn til å kommentere at Frisknett AS og Friskgården Grong ikke har felles årsrapport.
- (23) Det kan ikke ha betydning for identifikasjonsspørsmålet at As ektefelle er styremedlem hos Friskgården Grong og i Frisknett AS. Dersom leverandører skal identifiseres med nærstående til nøkkelpersoner i bedriften, vil det medføre at regelen blir svært vanskelig for oppdragsgiver å etterleve.
- (24) Forutsatt at A kan identifiseres med Friskgården Grong, har Frisknett-kjeden gjort reelle "self cleaning" tiltak som viser at virksomheten har tilstrekkelig integritet og evne til å gjennomføre kontrakten. A er ikke lengre daglig leder eller styreleder i Frisknett AS. A er heller ikke lengre styremedlem hos Friskgården Grong. Det er videre sikret at A ikke skal ha noe med tilbudsinngivelsene for NAV å gjøre, gjennom at Friskgården Grong nå inngir tilbud på selvstendig grunnlag.
- (25) Innklagede har ikke brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise Friskgården Grong. Ordlyden i kvalifikasjonskravet om at "[d]et kreves metoder for kvalitetssikring" tilsier at kravet ikke er særlig strengt. Det stilles ikke krav til attest utstedt av et sertifiseringsorgan slik klager synes å mene. Friskgården Grong har ikke levert slik attest, men har levert en beskrivelse av de metoder og det system for kvalitetssikring som bedriften anvender.
- (26) Når det gjelder kravet om å dokumentere rådighet over ressurser, gjelder dette kun dersom leverandøren støtter seg på andre foretaks kapasitet for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Friskgården Grong oppfyller alle kvalifikasjonskrav som er stilt uten å støtte seg på andre foretaks kapasitet.

Klagenemndas vurdering:

- (27) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder det arbeidsrettede tiltaket "oppfølging" som er en uprioritert tjeneste i kategori 24. Anskaffelsens verdi er estimert til 162,6 millioner kroner. 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 II, jf. forskriften §§ 2-1 (5) og 2-2 (1).

Avvisning av leverandør som følge av identifikasjon med person rettskraftig dømt for bedrageri

- (28) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise Friskgården Grong på bakgrunn av at A ble rettskraftig dømt for bedrageri i mars 2016.
- (29) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav e at *"Oppdragsgiver skal avvise leverandører som [...] oppdragsgiver kjenner til er rettskraftig dømt for deltakelse i en kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger, og hvor ikke allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren"*.
- (30) Klager viser til LB-2016-16753, hvor lagmannsretten kom til at blant annet NAV-Nordland (innklagede i foreliggende sak) rettmessig hadde avvist selskapet Frisknett AS som følge av identifikasjon med A som er rettskraftig dømt for bedrageri.
- (31) Forskriften § 11-10 (1) bokstav e retter seg mot forsømmelser begått av leverandøren, altså det rettssubjektet som inngir tilbud. Det er ubestridt at Friskgården Grong ikke har foretatt forsømmelser som gir plikt til avvisning. Spørsmålet er om det er grunnlag for identifikasjon mellom Friskgården Grong og A, som er rettskraftig dømt for bedrageri.
- (32) I tilfeller der leverandøren ikke selv har begått forsømmelser som beskrevet i forskriften § 11-10 (1) bokstav e, kan det i visse tilfeller foreligge en avvisningsplikt på grunn av forsømmelser begått av andre enn leverandøren. Avvisningsplikt kan oppstå som følge av identifikasjon mellom leverandøren og straffedømte juridiske personer som for eksempel mor-, søster- eller datterselskaper, jf. forutsetningsvis klagenemndas sak 2013/69 premiss (38) følgende. Identifikasjon kan også skje mellom leverandøren og straffedømte fysiske personer, jf. for eksempel sak 2011/206.
- (33) Etter ordlyden retter forskriften § 11-10 e bokstav e seg mot forsømmelser begått av leverandøren, og forsømmelser begått av andre enn leverandøren vil ikke uten videre innebære at en leverandør kan eller skal avvises, jf. til sammenligning Førsteinstansrettens avgjørelse i sak T-457/10, premiss (48) følgende og klagenemndas sak 2013/111 premiss (23). Verken loven eller forskriften regulerer identifikasjonsspørsmålet, og hvem som identifiseres med leverandøren i relasjon til § 11-10 (1) bokstav e, beror på en konkret vurdering.
- (34) Klagenemnda har tidligere lagt til grunn at identifikasjon kan foreligge der det er *"tette bånd mellom formell leverandør og fysiske eller juridiske personer"*, se for eksempel sak 2013/111 premiss (24) og sak 2011/206 premiss (24) med videre henvisninger.
- (35) A har vært styremedlem hos Friskgården Grong, men fratrådte vervet 24. oktober 2015, om lag en måned før tilbudsfristen i konkurransen. A har heller ikke noe ansettelsesforhold i selskapet. Han hadde altså ingen roller i selskapet da tilbud i konkurransen ble inngitt. A har heller ikke et eierforhold til Friskgården Grong.
- (36) A eier 50 % av selskapet Klingen Vekst AS, og dette selskapet eier 90 % av aksjene i Frisknett AS. Frisknett AS har en nettverksavtale med Friskgården Grong, men eier ikke noen av aksjene i selskapet. Nettverksavtalen omfatter ulike former for oppfølging i kjedekonseptet fra Frisknett AS. Det er angitt at Friskgården Grong kjøper oppfølgingstjenester i henhold til bestilling, som faktureres månedlig.

- (37) Klagenemnda er ikke enig med klager i at Frisknett AS gjennom denne avtalen har en innflytelse på Friskgården Grongs drift som kan likestilles med eierskap. Slik saken er opplyst, mener klagenemnda at Frisknett AS rolle i et fremtidig oppdrag vil være for fjern og avledet til at Friskgården Grong skal identifiseres med As rettskraftige dom.
- (38) På denne bakgrunn har klagenemnda kommet til at As tilknytningsforhold til Friskgården Grong ikke gir grunnlag for identifikasjon. Klagers anførsel fører ikke frem.

Avvisning av leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

- (39) Klager anfører også at innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise Friskgården Grong. Dette har klager begrunnet med at Friskgården Grong ikke har sannsynliggjort metoder for kvalitetssikring, jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.4.
- (40) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise en leverandør som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen"*.
- (41) Kvalifikasjonskravet var at tilbyderne skulle ha *"metoder for kvalitetssikring"*. Slik kravet er formulert, angir det ikke hvor strengt det skal forstås. Terskelen for oppfyllelse av kravet fulgte dermed ikke av kravet. Innklagedes vurdering av om leverandørene oppfylte kravet, kan da i utgangspunktet bare overprøves om vurderingen er usaklig eller uforsvarlig, eller om den er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. blant annet klagenemndas sak 2013/52 premiss (23).
- (42) Klager har vist til at oppfyllelse av kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres med *"[b]eskrivelse av metoder for kvalitetssikring og/eller attest utstedt av sertifiseringsorgan som bekrefter oppfyllelse av kvalitetssikringsstandarder (ISO 9000 eller tilsvarende)"*. Det er uomtvistet at Friskgården Grong ikke leverte attest for ISO 9000 eller tilsvarende. Klager fremholder at i tilfeller hvor leverandøren mangler ISO-godkjenning, måtte det i henhold til dokumentasjonskravene beskrives *"metoder for kvalitetssikring [...] som bekrefter oppfyllelse av kvalitetsstandarder (ISO 9000 eller tilsvarende)"*.
- (43) Klagenemnda har i flere saker lagt til grunn at det nærmere innholdet av et kvalifikasjonskrav etter omstendighetene må fastlegges også i lys av det tilhørende dokumentasjonskravet. I dette tilfellet forstår klagenemnda konkurransegrunnlaget slik at det var oppstilt to alternative måter å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravet på. Formuleringen om *"ISO 9000 eller tilsvarende"* henviser til attester utstedt av sertifiseringsorganer som var én måte oppfyllelse av kvalifikasjonskravet kunne dokumenteres på. Den alternative måten tilbyderne kunne dokumentere oppfyllelse på, var ved en *"[b]eskrivelse av metoder for kvalitetssikring"*. Når dokumentasjonskravet leses i sammenheng med kvalifikasjonskravet, er klagenemnda ikke enig med klager i at denne beskrivelsen fullt ut måtte bekrefte oppfyllelse av kvalitetsstandarder i ISO 9000 eller tilsvarende.
- (44) I Friskgården Grongs tilbud var det opplyst at Friskgården Grong har utviklet et velfungerende kvalitetssystem, og at selskapet har en egen kvalitetsleder som jevnlig deltar på ulike former for faglig oppdatering. Arbeidsoppgavene til kvalitetslederen var også beskrevet. Videre var det opplyst at alle fagpersoner i leveransen har høy utdanning, og at det i tillegg gjennomføres Friskgårdens sertifiseringsprogram med *"innføring og trening i ledelse av læringsprosessen og bruk av de smarte verktøyene"*.

- (45) Innklagede anså denne informasjonen som relevant og tilstrekkelig til at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Klagenemnda har ikke grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av at Friskgården Grong oppfylte kvalifikasjonskravet.
- (46) Klager anfører også at innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise Friskgården Grong som følge av at Friskgården Grong ikke har dokumentert rådighet over ressurser jf. konkurransegrunnlaget punkt 2.5.
- (47) Det følger av konkurransegrunnlaget punkt 2.5 at "*[d]ersom en leverandør har til hensikt å støtte seg på andre foretaks kapasitet vedrørende finansiell/økonomisk styrke (punkt 2.3) og/eller tekniske/faglige kvalifikasjoner (punkt 2.4), skal det fremlegges dokumentasjon på at leverandøren vil ha rådighet over nødvendige ressurser hos det aktuelle foretaket/underleverandøren*".
- (48) Innklagede har forklart at Friskgården Grong selv oppfylte alle kvalifikasjonskrav som var stilt uten at det var nødvendig å støtte seg på andre foretaks kapasitet.
- (49) Klager viser til at Friskgården Grong skal benytte Frisknett AS' felles servicesenter og kompetanse for øvrig, og at Friskgården Rana AS' lokaler skal benyttes. Klager har imidlertid ikke konkret begrunnet hvordan dette innebar at Friskgården Grong ikke oppfylte ett eller flere av kvalifikasjonskravene.
- (50) Klager viser også til at det er uklart hvorvidt Friskgården Grong ønsker å benytte Frisknett AS' eventuelle ISO-godkjenning. Sett hen til drøftelsen over i premiss (39) til (45) kan heller ikke dette begrunne at innklagede har brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav a ved ikke å avvise Friskgården Grong.
- (51) Klagers anførsel fører på denne bakgrunn ikke frem.

Konklusjon:

NAV Nordland har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk