



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Reservert kontrakt

Innklagede gjennomførte en åpen tilbudskonkurranse for inngåelse av en rammeavtale med én leverandør for middagslevering til helse- og omsorgssektoren. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av avvik fra kravet om at konkurransen skulle gjennomføres som en reservert kontrakt etter forskriften § 8-8. Klagenemnda kom til at det ikke var grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kravet, og klagers anførsel førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 22. november 2017 i sak 2017/133

Klager: Hardanger AKS

Innklaget: Kvam herad

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Tone Kleven og Kristian Jåtog Trygstad

Bakgrunn:

- (1) Kvam herad (innklagede) kunngjorde 27. mai 2017 en åpen tilbudskonkurranse¹ for inngåelse av en rammeavtale med én leverandør for middagslevering til helse- og omsorgssektoren. Rammeavtalen hadde en varighet på to år, med opsjon på forlengelse i to år. Anskaffelsens verdi var estimert til ca. 12 til 16 millioner kroner. Tilbudsfrist var 26. juni 2017. Fristen ble senere endret til 30. juni 2017.
- (2) I kunngjøringen punkt II.2.4 var det blant annet angitt at "*[k]onkurransen skal gjennomførast som ein reservert kontrakt, noko som betyr at konkurransen er avgrensa til verksemdar som fell inn under anskaffingsforskrifta § 8-8*".
- (3) Kontraktsgjenstanden var beskrevet i konkurransegrunnlaget som "*levering av kjølte/vakuumpakka middagar og dessert/suppe 2 gonger i veka til dei ulike leveransepunkta i Kvam herad. Desse omfattar mellom anna institusjonar/omsorgsbustader med heildøgns omsorgsteneste, dagsenter, arbeidsstader for eldre/uføre og heimebuande i Kvam herad. Avtalen inneber også opplæring av tilsette i helse- og omsorgssektoren i korrekt handsaming av leveranse*".
- (4) Det var også angitt i konkurransegrunnlaget punkt 3.2, at konkurransen skulle gjennomføres som en reservert kontrakt:

"Konkurransen skal gjennomførast som ein reservert kontrakt, noko som betyr at konkurransen er avgrensa til verksemdar som fell inn under anskaffingsforskrifta § 8-8.

¹ I kunngjøringen uriktig angitt som en åpen anbudskonkurranse

Tilbydar må dokumentere at kravet er oppfylt, jf. pkt. 6.3.²

§ 8-8. Kontrakter som reserveres for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer

Oppdragsgiveren kan begrense konkurransen til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette gjelder bare når minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har en funksjonshemming eller er vanskeligstilte. Dersom oppdragsgiveren bruker denne muligheten, skal han angi dette i kunngjøringen. [...]"

- (5) I konkurransegrunnlaget punkt 6.4 var det angitt et kvalifikasjonskrav kalt "Godkjent utføringsbedrift, jf. FOA § 8-8":

Krav	Dokumentasjonskrav
<i>Konkurransen skal gjennomførast som ein reservert kontrakt, noko som betyr at konkurransen er avgrensa til verksemdar som fell inn under FOA § 8-8, jf. pkt. 3.2 ovanfor. Leverandøren må vera ei godkjent utføringsbedrift, jf. FOA § 8-8.</i>	<i>Tilbydar må dokumentera at kravet er oppfylt.</i>

- (6) En leverandør stilte spørsmål til innklagede vedrørende valget om reservering av konkurransen:

"Spørsmål på e-post 30.05.2017 kl. 07:28:

Vi viser til anbudskonkurranse i forbindelse med middagslevering i helse- og omsorgssektoren. Vårt spørsmål er:

- Hva er bakgrunnen for at Kvam Herad velger å reservere denne anbudskonkurransen for virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer?

- Det er få virksomheter som oppfyller dette kravet, og dermed er det liten konkurranse om oppdraget. Økt konkurranse vil stimulere til høyere kvalitet på tjenestene, større grad av innovasjon og miljøeffektive løsninger samt lavere pris.

- Vi ber kommunen vurdere å utelate dette kravet og med det sikre økt konkurranse om oppdraget.

Svar 30.05.2017:

Kvam herad har vedteke ein innkjøpsstrategi for 2017-2020 (HST-sak 067/16, den 27.9.2016). Eit av hovudmåla i denne er å ta samfunnsansvar, der kommunen m.a. skal vurdere bruk av reserverte kontraktar som gjer det mogleg å avgrensa konkurransen til

² Feilskrift for 6.4.

verksemder der fleirtalet av dei tilsette har ei funksjonshemming som gjer at dei ikkje kan arbeida på ordinære vilkår.

Kvam herad har for denne anskaffinga vald å nytta reservert kontrakt. Dette er eit val kommunen står fritt til å ta, og er og i tråd med vedtaket nemnt ovanfor. Kvam herad er klar over at konkurransen vert mindre, men det er nettopp for å sikra at arbeidsmarknadstiltaka vert konkurransedyktige.

Kvam herad står difor fast på kravet om reservert kontrakt."

- (7) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra Hardanger AKS AS (klager) og A2G Logistikk AS (valgte leverandør).
- (8) I valgte leverandørs tilbud var A2G Gruppen AS og Matvarehuset AS angitt som underleverandører. Det var angitt følgende om samarbeidet mellom valgte leverandør og underleverandørene:

"[...] A2G Gruppen AS med datterselskaper inngikk ultimo 2016, en samarbeidsavtale med Matvarehuset AS vedr. arbeidspraksis hos Matvarehuset AS. I dette tilbudet vil A2G, ved A2G Logistikk AS, stå som tilbyder med Matvarehuset AS som underleverandør. Matvarehuset AS er en velrenommert leverandør for produksjon og levering av middag mm. både til institusjoner og direkte til hjemmeboende tjenestemottakere. A2G Gruppen AS stiller seg helt og fullt bak A2G Logistikk AS, dersom A2G Logistikk blir valgt som leverandør.

A2G er en Nav godkjent Tiltaksarrangør for gjennomføring av arbeidsmarkedstiltak og seneste godkjenning er utstedt 8. mai 2017. A2G har over 6 års erfaring innen utføring og som leverandør av arbeidsmarkedstiltak."

- (9) Valgte leverandørs tilbud inneholdt en egenerklæring om at "A2G Gruppen AS og A2G er en «verksemd som fell inn under FOA § 8-8. Leverandøren må vera ei godkjent utføringsbedrift, jf. FOA §8-8.» A2G er godkjent utføringsbedrift". Her var det lagt ved godkjenningsbrev fra NAV for A2G Gruppen AS (valgte leverandørs morselskap).
- (10) Valgte leverandør hadde også fremlagt sin firmaattest, hvor det vedtektsfestede formålet fremgikk:

"Logistiktjenester og hermed beslektet virksomhet samt å skape grunnlag for sysselsetting og kompetanseutvikling av yrkeshemmede og andre med behov for opplæring."

- (11) Valgte leverandørs tilbud var også vedlagt en forpliktelseserklæring fra A2G Gruppen AS (valgte leverandørs morselskap), hvor det var angitt:

"A2G Gruppen AS inngår som underleverandør i forbindelse med A2G Logistikks tilbud på middagslevering til helse- og omsorgssektoren i Kvam heard (sak: 17/598).

Det bekreftes at A2G Gruppen AS forplikter seg til å stille nødvendige ressurser til disposisjon for A2G Logistikk AS sine kontraktsforpliktelser ved gjennomføring av kontrakten."

- (12) Valgte leverandørs tilbud inneholdt et brev fra Matvarehuset AS, adressert til både A2G Gruppen AS og innklagede, hvor det blant annet var angitt at *"Matvarehuset AS har med dette gleden av å presentere vårt tilbud på levering av middag m.m. til A2G Gruppen AS og Kvam Herad. Vi er klare for å betjene oppdraget, og tilpasse oss de krav og forventninger som Kvam Herad, helse Norge og brukerne har til fremtidens matomsorg."*
- (13) Samarbeidsavtalen for utplassering av kandidater i arbeidstrening var også beskrevet:
- "A2G og Matvarehuset etablerte ultimo 2016 en samarbeidsavtale vedrørende utplassering av kandidater i arbeidstrening i ordinær virksomhet. Per dags dato er det 9 deltakere i arbeidspraksis hos Matvarehuset. Videre har to deltakere fått tilbud om ansettelse og en person vurderes per dags dato for ansettelse. Antall personer i arbeidspraksis er avhengig av aktuelle kandidater for det området som samarbeidsavtalen tilbyr. Samarbeidsavtalen ble etablert med 13 praksissteder."*
- (14) Valgte leverandørs tilbud inneholdt også en forpliktelseserklæring der det ble bekreftet at Matvarehuset AS *"forplikter seg til å stille nødvendige ressurser til disposisjon, samt tilgjengelig arbeidstreningsssteder, for A2G Gruppen AS og A2G Logistikk AS i det omfang det er nødvendig for å oppfylle A2G Logistikk sine kontraktsforpliktelser ved gjennomføring av kontrakten"*.
- (15) En del av tilbudet til valgte leverandør bestod av et tilbud fra Matvarehuset AS. Der var det angitt at *"[b]emanning for gjennomføring av denne leveransen marginalbetruktet vil være totalt ca. 3 årsverk hvorav minimum 1 årsverk er en attføringsbedrift (A2G Gruppen AS) som deltar i gjennomføringen i de ulike delområder av oppdraget ihht. krav jf. FOA § 8-8"*.
- (16) Ved brev av 7. august 2017 opplyste innklagede å ha til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør.
- (17) Klager påklaget tildelingsbeslutningen ved brev av 14. august 2017. Innklagede avviste klagen ved brev av 18. august 2017. Ved brev 23. august 2017 fremmet klager en ny og utvidet klage.
- (18) Innklagede tok kontakt med valgte leverandør i e-post 28. august 2017. Her ble det spurt om antall ordinære arbeidsplasser, VTA-plasser, AFT-plasser og eventuelle andre arbeidsmarkedstiltaksplasser hos valgte leverandør. Avslutningsvis ble det spurt om hvor mange av de ansatte på arbeidsmarkedstiltaksplasser som skulle jobbe med leveransen til innklagede. De samme spørsmålene ble stilt vedrørende underleverandørene Matvarehuset og Matlyst.
- (19) Valgte leverandørs advokat svarte på innklagedes henvendelse i e-post av samme dag:
- "[...] Så langt vi kan forstå, oppfyller A2G Logistikk AS alle kvalifikasjonskravene på egenhånd."*
- Videre er over 30 % av de ansatte i A2G Logistikk AS personer med en funksjonshemming eller vanskelighetstilte."*

A2G Logistikk AS har inngått en samarbeidsavtale med Matvarehuset, der personer ansatt i A2G får praksisplass hos Matvarehuset. I arbeidet med produksjon av maten, vil Matvarehuset benytte over 30 % av de årsverk som går med til produksjonen blant ansatte fra A2G, som er funksjonshemmede eller vanskeligstilte. Samarbeidsavtalen mellom Matvarehuset og A2G er således et «program», som også oppfyller vilkårene i § 8.8.

Slik vi ser det, vil derfor A2G oppfylle kravene i konkurransegrunnlaget, og må anses kvalifisert. Uansett vil samarbeidsavtalen som Matvarehuset arbeider under i denne avtalen, måtte anses for et program som omfattes av § 8-8. Det er derfor vanskelig å forstå relevansen av de spørsmål som stilles. [...]"

- (20) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 8. september 2017.
- (21) Innklagede avholdt et møte med valgte leverandør 15. september 2017. Valgte leverandør opplyste følgende om sine ansatte og sitt samarbeid med underleverandøren Matvarehuset AS:

"A2G konsernet har ca. 810 tilsette totalt inkludert tiltaks-deltakere. A2G Logistikk har 4 ordinært tilsette. Det er pt. 18 personer på ulike tiltak. A2G har VTA-plasser som omfatter flere personer, alle plassene er innen psykiatri.

A2G har utplassert 8-9 personer hjå Matvarehuset pr. i dag på ulike område. Disse jobber på tvers av Matvarehuset og Matlyst. I 2018 vil Matvarehuset og Matlyst fusjoneres. Matvarehuset har ikke et vedtektsfesta formål om sysselsetting og kompetanse-utvikling av yrkeshemma og andre med behov for opplæring, slik som for A2G, men samfunnsansvar er del av firmaets sin strategi.

Konkret for dette oppdraget vil det være tilstrekkelig med 3 personer, derav 1 vil være utplassert fra A2G. Tiltaksdeltaker fra A2G vil være i samsvar med krav gjeve i konkurransegrunnlaget («har ei funksjonshemming eller er vanskelegstilte»)."

- (22) Innklagede har opplyst at kontrakt ikke er inngått, og at kontraktsinngåelse avventes til klagenemnda har behandlet saken. Nemndsmøte i saken ble avholdt 20. november 2017.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (23) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av avvik fra kravet om at konkurransen skulle gjennomføres som en reservert kontrakt etter forskriften § 8-8. Det fremgår ikke av tilbudet at valgte leverandør oppfyller kravene i forskriften. Valgte leverandør vil ikke være en reell leverandør ved kontraktsutførelsen. Avviket gir valgte leverandør en markant konkurransefordel. A2G Gruppen AS er kun tilbudt som underleverandør. Dette er ikke tilstrekkelig til å oppfylle vilkårene i bestemmelsen. Slik klager forstår det, er det uomstridt at Matvarehuset AS ikke oppfyller vilkårene i forskriften § 8-8. Tilbyderkonstellasjonen mellom A2G Logistikk AS, A2G Gruppen AS, Matvarehuset AS og Matlyst AS er en pro forma-ordning som søker å omgå dette sentrale premisset i konkurransegrunnlaget.
- (24) Innklagede har ikke anledning til å legge til grunn at organiseringen av kontraktsarbeidene utgjør et "program" etter forskriften § 8-8. Oppdragsgivere kan etter bestemmelsen "begrense konkurransen til virksomheter eller programmer", og Kvam

kommune har ikke valgt å inkludere programmer. Under alle omstendigheter vil ikke en konkret organisering av arbeid for denne spesifikke kontrakten kvalifisere som et "program" etter forskriften. Personen fra A2G Gruppen AS, som skal være utplassert hos Matvarehuset, er ikke ansatt hos Matvarehuset. Å være utplassert hos en bedrift er ikke det samme som å være ansatt i bedriften.

- (25) Valgte leverandør og Matvarehuset misligholder sin kontrakt med Bergen kommune i et kontraktsforhold med en tilnærmet lik kontraktsforpliktelse, noe som gir både en rett og en plikt til å avvise valgte leverandør fra konkurransen.
- (26) Innklagede har både en plikt og rett til å endre tildelingsbeslutningen, og tildele kontrakten til klager. Subsidiært anføres det at konkurransegrunnlaget var uklart, da det ikke fremgikk tilstrekkelig klart at det var åpnet for tilbyderkonstellasjoner som valgte leverandørs. Innklagede har da plikt til å avlyse konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (27) Det er dokumentert at valgte leverandør oppfyller kvalifikasjonskravet om å være en godkjent utførelsesbedrift. Det følger ikke av konkurransegrunnlaget at underleverandører må være en godkjent utførelsesbedrift. A2G-konsernet har ca. 810 ansatte totalt, inkludert tiltaksdeltakere. Valgte leverandør har fire ordinært ansatte. Det er per nå 18 personer på ulike tiltak. Det er altså over 30 % av de ansatte hos valgte leverandør som er personer med en funksjonshemming eller som er vanskeligstilt.
- (28) Tilbyderkonstellasjonen mellom valgte leverandør og Matvarehuset AS tilfredsstiller kravene i forskriften § 8-8. Matvarehuset AS har ikke et vedtektsfestet formål om sysselsetting og kompetanseutvikling av yrkeshemmede og andre med behov for opplæring, men samfunnsansvar er en del av firmaets strategi. Innklagede er enig i valgte leverandørs vurdering av at deres samarbeidsavtale med Matvarehuset AS utgjør et "program". Kvalifikasjonskravet er dermed vurdert å være oppfylt ut fra den samlede kompetansen til valgte leverandør og Matvarehuset AS.
- (29) Konkurransegrunnlaget er i tråd med vanlig praksis når det gjelder bruk av underleverandører, og at det er tilbyder som skal oppfylle kravene i konkurransen. Dersom underleverandørene også skulle oppfylle kravet i forskriften § 8-8 burde dette være uttrykt eksplisitt. Konkurransegrunnlaget er ikke uklart, og det foreligger dermed ikke avlysningsplikt.

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 matleveringstjenester som er en særlig tjeneste. Anskaffelsens verdi var estimert til ca. 12 til 16 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I og del II, jf. forskriften §§ 5-1 (2) bokstav b. Ettersom verdien overstiger EØS-terskelverdien for særlige tjenester, jf. forskriften § 5-3 (2), gjelder også kunngjøringsplikten i TED-databasen i medhold av forskriften § 21-1, jf. forskriften § 8-17 (4).
- (31) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud, som følge av avvik fra kravet om at konkurransen skulle gjennomføres som en

reservert kontrakt etter forskriften § 8-8. Klager fremholder for det første at det ikke fremgår av tilbudet at valgte leverandør selv oppfyller kravet i forskriften.

- (32) Konkurranses grunnlaget inneholdt en henvisning til forskriften § 8-8, og et kvalifikasjonskrav om å være en godkjent utførelsesbedrift.
- (33) Det følger av forskriften § 8-8 at *"[o]ppdragsgiveren kan begrense konkurransen til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette gjelder bare når minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har en funksjonshemming eller er vanskeligstilte. Dersom oppdragsgiveren bruker denne muligheten, skal han angi dette i kunngjøringen."*
- (34) Oppdragsgiver har ikke konkretisert hvordan kravet skal oppfylles, men kun henvist til forskriftsbestemmelsen. Forskriften § 8-8 gir heller ikke anvisning på hvordan tilbyderne skal dokumentere oppfyllelse av kravet. Dette er det altså eventuelt opp til oppdragsgiver å konkretisere ytterligere. For å dokumentere oppfyllelse av kravet, stilte oppdragsgiver krav om at tilbyderne skulle dokumentere å være en godkjent utførelsesbedrift. Utover dette har ikke innklagede stilt ytterligere dokumentasjonskrav.
- (35) Valgte leverandør valgte å dokumentere oppfyllelsen av kravet gjennom en egenerklæring hvor det ble bekreftet at valgte leverandør selv er en virksomhet som faller innunder forskriften § 8-8, og er en utførelsesbedrift. Valgte leverandør har senere, ved flere anledninger, bekreftet og utdypet hvordan selskapet oppfylte kravet om at minst 30 % av de ansatte skulle være vanskeligstilte eller funksjonshemmede.
- (36) Tilbudet inneholdt for øvrig også en forpliktelseserklæring fra morselskapet, og dennes godkjenning som tiltaksarrangør fra NAV. Valgte leverandør valgte også å beskrive samarbeidet med Matvarehuset AS, som ville innebære at av bemanningen for kontrakten på ca. tre årsverk, ville minimum ett årsverk bli utført av en person med funksjonshemming eller en vanskeligstilt.
- (37) Slik kravet var formulert i konkurranses grunnlaget, hadde en rimelig opplyst og normalt påpasselig tilbyder ikke grunn til å tro at oppfyllelse av kravet krevde mer dokumentasjon enn det valgte leverandør la frem. Under enhver omstendighet har valgte leverandør senere utdypet oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet på en slik måte at det ikke er grunnlag for å underkjenne innklagedes vurdering av at valgte leverandør oppfylte kravet.
- (38) Klager fremholder at valgte leverandør ikke vil være reell leverandør ved kontraktsutførelsen, og at underleverandøren Matvarehuset AS, ikke oppfyller kravene i forskriften § 8-8. Tilbyderkonstellasjonen er ifølge klager en pro forma-ordning som søker å omgå reservasjonen av kontrakten til funksjonshemmede eller vanskeligstilte.
- (39) Det er imidlertid ingen holdepunkter for dette. Konkurranses grunnlaget inneholdt for øvrig ikke noe forbud mot bruk av underleverandører. At valgte leverandør ville samarbeide med Matvarehuset AS, hvor minimum ett av de tre årsverkene ville utføres av en person som forskriften § 8-8 omhandler, gir da ikke grunnlag for avvisning av valgte leverandør. Det representerer heller ikke noen uklarhet at muligheten for å inngi et slikt tilbud ikke var omtalt i konkurranses grunnlaget.

- (40) Det at valgte leverandør og Matvarehuset AS eventuelt har misligholdt sine kontraktsforpliktelser i henhold til en kontrakt med Bergen kommune, kan heller ikke føre til en plikt til å avvise valgte leverandør.
- (41) Innklagede har etter dette ikke brutt regelverket.

Konklusjon:

Kvam herad har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk