



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse. De generelle kravene i § 4.

Innklagede har inngått en rammeavtale med to leverandører for arbeidsmarkedsopplæring (etablererkurs). Klagenemnda kom til at dette var en helse- og sosialtjeneste, jf. forskriften § 4-1 bokstav g jf. vedlegg 3. Ettersom kontraktsverdien ikke oversteg EØS-terskelverdien for helse- og sosialtjenester, gjaldt ikke kunngjøringsplikten i TED-databasen. Anskaffelsen fulgte derfor forskriften del I, og det forelå ikke en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 4 ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for valget av hvilke leverandører som ble invitert til å delta i den nye konkurransen.

Klagenemndas avgjørelse 13.mars 2018 i sakene 2017/118 og 2017/121

Klager: Kreativt Næringscenter AS og Vaardal-Lunde AS

Innklaget: NAV Tiltak Rogaland

Klagenemndas medlemmer: Marianne Dragsten, Karin Fløistad og Tone Kleven

Bakgrunn:

- (1) Saken gjelder hvorvidt NAV Tiltak Rogaland (innklagede) har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse av rammeavtaler om arbeidsmarkedsopplæring (etablererkurs). Rammeavtalene gjelder to tjenesteområder: Nord-Rogaland og Sør-Rogaland. Rammeavtalene har en varighet på to år, med opsjon for å forlenge avtalene i ytterligere ett år.
- (2) En konkurranse om anskaffelse av arbeidsmarkedsopplæring (etablererkurs) ble for første gang kunngjort i Doffin i desember 2015. Innklagede avlyste denne konkurransen 20. mai 2016 på grunn av utløpt vedståelsesfrist. Leverandørene Kreativt Næringscenter AS og Vaardal-Lunde AS (klagerne) deltok i denne konkurransen.
- (3) Anskaffelse av etablererkurs ble på nytt kunngjort 23. mai 2016. Klagerne deltok også i denne konkurransen. Rammeavtalen ble først tildelt Aktiv Læring AS. Etter en klagerunde valgte imidlertid innklagede å avlyse konkurransen ved brev 22. november 2016, med den begrunnelse at flere av leverandørene skulle ha vært avvist fra konkurransen. Det var angitt i avlysningen at «[t]il orientering vil ny konkurranse bli utlyst i løpet av 1. kvartal 2017». Klagenemnda avgjorde i sak 2016/173 at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse denne konkurransen.
- (4) Innklagede gjennomførte deretter en konkurranse i henhold til lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016, og forskrift om offentlig anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I. Konkurransen ble ikke kunngjort, men seks leverandører ble invitert til å delta i konkurransen. Klagerne var ikke blant leverandørene som ble invitert.

- (5) Det var angitt i konkurransegrunnlaget punkt 1.3 at formålet med etablererkurset var «*å øke deltakernes kompetanse på etableringsfaglige emner for at de skal bli i stand til å etablere egen virksomhet og gjøre den levedyktig. Målet er at deltakerne ved kursslutt har en komplett forretningsplan og er godt i gang med etablering av egen virksomhet*». Anskaffelsens verdi var i konkurransegrunnlaget punkt 1.4 angitt å være 1 950 000 kroner for tjenesteområdet Nord-Rogaland, og 3 900 000 kroner for tjenesteområdet Sør-Rogaland.
- (6) Leverandøren Næringshagen Rogaland Ressurssenter ble valgt som leverandør for tjenesteområdet Nord-Rogaland. Aktiv Læring AS ble valgt som leverandør for tjenesteområdet Sør-Rogaland.
- (7) Av anskaffelsesprotokollen fremgår at utvelgelsen av leverandører som ble invitert til å delta konkurransen «*er basert på tidligere erfaring og kjennskap til markedet*». Det var også oppgitt at leverandørene som var invitert til å delta i konkurransen var Vinn, Invito Inspire, Næringshagen Rogaland Ressurssenter, Jæren Produktutvikling og Aktiv Læring.
- (8) Rammeavtalen mellom innklagede og Næringshagen Rogaland Ressurssenter ble inngått 10. juli 2017, og rammeavtalen med Aktiv Læring AS ble inngått 4. juli 2017.
- (9) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved klage fra Kreativt Næringscenter AS av 9. august 2017, og klage fra Vaardal-Lunde av 18. august 2017.
- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 12. februar 2018.

Anførsler:

Klagerne har i det vesentlige anført:

- (11) Klager anfører at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, da anskaffelsen ikke gjelder en helse- og sosialtjeneste. Anskaffelsen skulle derfor vært kunngjort etter forskriften § 21-2. De særtrekk som begrunner særregler for helse- og sosialtjenester er ikke treffende for anskaffelsen av et arbeidsrettet tiltak i form av etablererkurs, og det er heller ikke andre grunner til at denne anskaffelsen bør reguleres av særlige regler. Ordlyden i CPV-kodene er vidt formulert og gir få retningslinjer for grensedragningen, og kan derfor ikke tillegges avgjørende betydning for tolkningen. I vurderingen av hvorvidt en anskaffelse faller inn under den relevante CPV-koden som begrunner unntak, må det derfor ses hen til om formålet med unntaket er tilstede. Det synes som om innklagede selv ikke har et bevisst forhold til hvilken CPV-kode som er anvendelig.
- (12) Subsidiært anfører klager at innklagede har brutt de grunnleggende kravene til etterprøvbarhet, forutberegnelighet og likebehandling ved utvelgelsen av leverandører til deltakelse i konkurransen. Klagerne skulle vært invitert til å inngi tilbud.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (13) Tjenesten er en helse- og sosialtjeneste etter definisjonen i forskriften § 4-1 bokstav g jf. vedlegg 3, og det var ikke et krav om kunngjøring. De anvendelige CPV-kodene for anskaffelsen er 80590000 Opplæringstjenester, 80000000 Trening og utdanning og 80400000 Voksenundervisning og undervisning for øvrig.

- (14) Innklagede har ikke brutt prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet ved utvelgelsen av leverandører til deltakelse i konkurransen. Utvelgelsen var heller ikke uforsvarlig, usaklig eller ikke-objektiv. Innklagede har ikke brutt prinsippet om etterprøvbarhet. Det vises til klagenemndas avgjørelse i sak 2009/71 om et tilsvarende tilfelle.

Klagenemndas vurdering:

- (15) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Etter forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a, er det ikke et krav om saklig klageinteresse i saker som dette. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder arbeidsmarkedsopplæring (etablererkurs), som er en tjeneste. Anskaffelsen følger lov om offentlige anskaffelser av 17. juni 2016 nr. 73.
- (16) Klagerne anfører prinsipalt at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dette begrunnes med at anskaffelsen ikke gjelder en helse- og sosialtjeneste og derfor skulle vært kunngjort etter forskriften § 21-2.
- (17) En ulovlig direkte anskaffelse er *«en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt»*, se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser § 12 i Prop.51 L (2015-2016).
- (18) De aktuelle rammeavtalene har en verdi som samlet sett ikke overskrider EØS-terskelverdien på 6,3 millioner kroner for kontrakter om helse- og sosialtjenester i forskriften § 5-3 (2). Etter forskriften § 5-1 (2) bokstav a, er kontrakter om helse- og sosialtjenester unntatt den nasjonale kunngjøringsplikten i forskriften del II. Avgjørende er altså hvorvidt de aktuelle tjenestene skal klassifiseres som helse- og sosialtjenester.
- (19) Det følger av forskriften § 4-1 bokstav g at helse- og sosialtjenester er tjenester angitt i vedlegg 3. Vedlegg 3 omfatter blant annet CPV-kodene 80000000–80660000, *«Tjenester i forbindelse med trening og utdanning»*. De aktuelle CPV-kodene er 80590000 Opplæringstjenester, 80000000 Trening og utdanning og 80400000 Voksenundervisning og undervisning for øvrig. De tjenestene rammeavtalene gjelder, inngår altså i de CPV-kodene som forskriften definerer som helse- og sosialtjenester.
- (20) Anskaffelsen av arbeidsmarkedsopplæring utgjør etter dette helse- og sosialtjenester i forskriftens forstand.
- (21) Foranlediget av klagers anførsler finner nemnda grunn til å nevne at bakgrunnen for at blant annet *«utdannelsesmæssige tjenesteydelser»* er underlagt reglene for helse- og sosialtjenester, omtales i fortalen til 2014-direktivet premiss 114. Her vises det til at slike tjenester etter sin natur har en begrenset grenseoverskridende dimensjon, og at disse tjenesteytelsene *«leveres i en særlig sammenheng»* som er forskjellig fra medlemsstat til medlemsstat som følge av forskjellige kulturelle tradisjoner. Som det fremgår ovenfor, er det ikke oppstilt en nasjonal kunngjøringsplikt for anskaffelser av slike tjenester i forskriften.
- (22) Ettersom kontraktsverdien ikke overstiger EØS-terskelverdien for helse- og sosialtjenester, jf. forskriften § 5-3 (2), gjelder ikke kunngjøringsplikten i TED-databasen i medhold av forskriften § 30-5. Anskaffelsen følger etter dette forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 del I, jf. forskriften § 5-1 (2) bokstav

b. Klagernes anførsel om ulovlig direkte anskaffelse kan på denne bakgrunn ikke føre frem.

(23) Klagerne anfører også at innklagede har brutt kravet til likebehandling ved ikke å invitere klagerne til å inngi tilbud i konkurransen. Klagerne viser til at de ble rangert som nummer 2 og nummer 3 for delområdet Sør-Rogaland i den tidligere konkurransen. Klagerne anfører også at innklagede har brutt det grunnleggende kravet til etterprøvbarhet, ved at vurderingen som ligger til grunn for utvelgelsen av leverandører til deltakelse i konkurransen verken er begrunnet eller dokumentert.

(24) Loven og forskriften oppstiller få konkrete krav for gjennomføringen av anskaffelser etter forskriftens del I. Ut over noen få bestemmelser i forskriften legger regelverket opp til at det er bestemmelsen i loven § 4 som skal regulere slike anskaffelser. Denne angir følgende:

«Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet.»

(25) Som fremholdt i NOU 2014:4 på side 73 har disse grunnleggende prinsippene i hovedsak to funksjoner, hvor det først og fremst er følgende som er relevant for vår sak: Prinsippene kan danne selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører. I NOU 2014:4 på side 63 fremgår imidlertid at det ikke bør innfortolkes detaljerte prosedyrekrav som ellers ikke følger av regelverket.

(26) Ved valget av hvor mange og hvilke leverandører som blir invitert til å inngi tilbud, er det klart at oppdragsgiver nyter en betydelig grad av skjønnsfrihet. Dette er altså ikke en situasjon hvor det kan utledes noen detaljerte prosedyrekrav basert på de grunnleggende prinsippene.

(27) I foreliggende sak er det tale om to avtaler, med en anslått verdi på 1 950 000 kroner for tjenesteområdet Nord-Rogaland og 3 900 000 kroner for tjenesteområdet Sør-Rogaland. Som nevnt var klagerne rangert som nummer 2 og nummer 3 for delområdet Sør-Rogaland i den tidligere konkurransen. Det var til sammen 14 leverandører som deltok i konkurransen. Ut ifra et ønske om å reduserte de administrative byrdene ved gjennomføringen av konkurransen, valgte innklagede å begrense antall inviterte leverandører til seks.

(28) En oppdragsgivers valg om å invitere et utvalg av aktuelle leverandører, er et utslag av at de grunnleggende prinsippene ikke alltid peker i samme retning. Slik loven § 4 er utformet, er det i utgangspunktet overlatt til oppdragsgivers skjønn å foreta en avveining av hvordan de ulike prinsippene skal forenes i et slikt tilfelle. Sentralt ved denne avveiningen vil være å fremme lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Hvordan avveiningen skal skje kan det neppe gis et generelt svar på.

(29) Etter omstendighetene kan det for eksempel være en mer langsiktig strategi som begrunner utvelgelsen, slik at oppdragsgiver ikke inviterer de samme leverandørene hver gang. At klagerne deltok i den avlyste konkurransen gir dem derfor ikke uten videre en berettiget forventning om å delta i den neste.

(30) Selv om oppdragsgiver nyter en betydelig grad av skjønnsfrihet, innebærer det likevel ikke at skjønnnet er helt fritt. Det eneste innklagede har valgt å meddele om hvordan

utvelgelsen har skjedd, er at utvelgelsen «er basert på tidligere erfaring og kjennskap til markedet», og at valget har skjedd basert på en helhetsvurdering.

- (31) I tilfelle som dette, hvor det har vært en tidligere konkurranse om anskaffelsen som har blitt avlyst, vil det kunne fremstå relevant at oppdragsgiver ser hen til den foregående rangeringen ved valget av hvem som skal inviteres. Den omstendighet at klagerne ble rangert høyt i den forutgående konkurransen men ikke funnet aktuelle å invitere i den nye, gir etter klagenemndas syn innklagede en særlig foranledning til å gi en mer konkret begrunnelse for valget av de seks leverandørene som ble invitert til å delta. Etter nemndas syn skulle innklagede i dette tilfellet derfor gitt en mer konkret begrunnelse for utvelgelsen som gjorde det mulig å etterprøve om oppdragsgivers valg var saklig begrunnet.
- (32) Innklagede har på denne bakgrunn brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 4 ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for valget av hvilke leverandører som ble invitert til å delta i den nye konkurransen.

Konklusjon:

NAV Tiltak Rogaland har brutt kravet til etterprøvbarhet i loven § 4 ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse for valget av hvilke leverandører som ble invitert til å delta i den nye konkurransen.

Klagers øvrige anførsler fører ikke frem.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Tone Kleven

Dokumentet er godkjent elektronisk