



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud. Kvalifikasjons-/dokumentasjonskrav.

Helse Sør-Øst RHF kunngjorde en konkurranse for kjøp av behandlingstilbud innen tverrfaglig spesialisert rusbehandling (TSB). Klager leverte tilbud, men ble avvist fra konkurransen grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet «tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet». Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved utformingen av kvalifikasjonskravet, og ved å avvise klagers tilbud. Klagers anførsler førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2024 i sak 2023/0737

Klager: Mestringshusene Allos AS

Innklaget: Helse Sør-Øst RHF

Klagenemndas

medlemmer: Bjørn Berg, Hallgrim Fagervold og Wenche Sædal

Bakgrunn:

(1) Helse Sør-Øst RHF (heretter *innklagede*) kunngjorde 13. januar 2023 en konkurranse for inngåelse av rammeavtale om levering av tverrfaglig spesialisert rusbehandling (TSB). Rammeavtalen skulle ha en varighet på 1 år og 7 måneder med en opsjon på forlengelse i 1 år. Anskaffelsens maksimale verdi var estimert til 165 millioner kroner.

(2) Formålet med anskaffelsen var beskrevet slik:

«Oppdragsgiver har ansvar for å sørge for et behandlingstilbud innen tverrfaglig spesialisert rusbehandling (TSB) til innbyggerne i regionen. I tillegg til de tjenester som egne helseforetak og sykehus leverer, ønsker Oppdragsgiver å inngå avtaler med private leverandører av helsetjenester om leveranse av behandlingstilbud innen tverrfaglig spesialisert rusbehandling (TSB). Sammen skal dette bidra til å oppfylle Oppdragsgiver sitt sørge-for-ansvar i regionen.»

(3) Konkurransen var delt inn i to delkontrakter. Innklagede forbeholdt seg retten til å inngå rammeavtale med én leverandør for begge delkontraktene.

(4) Et av kvalifikasjonskravene var:

«Tilbyder skal ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene.»

Oppdragsgiver vil i vurderingen bl.a. vektlegge om tilbyder har lønnsom drift, tilstrekkelig likviditet og positiv egenkapital.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

(5) Det tilhørende dokumentasjonskravet lød slik:

«Tilbyder må fremlegge følgende dokumentasjon:

- *Siste avlagte årsregnskap med noter inkludert revisorerklæring, samt årsberetning dersom dette er avgitt. Dersom det i tillegg er passert et årsregnskap etter dette, må resultatregnskap og balanse for dette regnskapsåret også fremlegges.*
- *Resultatregnskap og balanse hittil i år (siste avsluttende regnskapsperiode).*
- *Budsjett for inneværende driftsår.*
- *Redegjørelse fra Tilbyder for sin økonomiske og finansielle kapasitet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene.*

Utover dette står Tilbyder fritt til å godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling ved ethvert annet dokument, herunder for eksempel ved en morselskapsgaranti. Dersom tilbyder ønsker å dokumentere sin økonomiske og finansielle stilling ved en bankgaranti og/eller morselskapsgaranti og/eller erklæring om at det vil stilles bankgaranti, skal tilbyder benytte seg av malene for dette. (Vedlegg 7-9 til konkurransegrunnlaget)

Oppdragsgiver vil selv ta ut ratingrapport på www.soliditet.no (levert av Bisnode Credit AS) for å verifisere at tilbyder har tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet.»

- (6) Tildelingen av rammeavtale per delkontrakt skulle skje på grunnlag av hvilket tilbud som var økonomisk mest fordelaktig ut fra tildelingskriteriene kvalitet og totalkostnad. I tillegg skulle det tas hensyn til den sammensetningen av leverandører i delkontrakt A og delkontrakt B som totalt sett ga det økonomiske mest fordelaktige tilbudet.
- (7) To av tre leverandører stilte spørsmål knyttet til størrelsen på garantien i kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet. Innklagede viste til det aktuelle kravet, og uttalte at det var opp til hver enkelt leverandør å vurdere om det var nødvendig å stille en garanti.
- (8) Innklagede mottok tilbud fra Mestringshusene Allos AS (heretter *klager*), Blå Kors klinikk Loland (heretter *valgte leverandør*) og Vitalis Helse Kragerø avdeling Holmen Gård.
- (9) Klager leverte årsregnskap, resultatrapport, balanserapport og budsjett for å dokumentere sin økonomiske og finansielle kapasitet. Innklagede innhentet selv kredittvurdering av selskapet gjennom Bisnode Credit AS. I rapporten ble klagers betalingsevne definert som «*upåklagelig*», mens økonomien ble vurdert som «*svak*».
- (10) Innklagede foretok en vurdering av klagers økonomiske og finansielle stilling 15. februar 2023. I vurderingen viste innklagede blant annet til:

«Allos har ikke hatt aktivitet verken i 21 el 22 og er i prinsippet et tomt selskap.

Datterselskapene som skal utføre tjenestene er så å si tomme selskap Det er gitt en garanti fra Morselskap verdt 2 MNOK(!), men morselskapet er heller ikke i en særlig god

finansiell situasjon. Morselskapet har negativ likviditet og mye av verdiene i morselskapet er knyttet opp mot eiendeler i Bolkesjø som ikke er spesielt solid. Jeg mener det er en vesentlig finansiell risiko ved om dette selskapet klarer å innfri avtalen.

Morselskapsgarantien på 2 MNOK er vel ikke særlig betryggende?»

- (11) Samme dag ble det foretatt en vurdering av de andre leverandørene. I vurderingen av om valgte leverandør oppfylte kravet til «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet*» ble det vektlagt at morselskapet hadde god likviditet og en solid egenkapital. Morselskapet hadde også stilt en garanti på 165 millioner kroner, noe som tilsvarte anskaffelsens verdi. Når det gjaldt Vitalis Helse Kragerø avdeling Holmen Gård la innklagede vekt på at selskapet hadde god likviditet og en positiv resultatmessig drift de siste fire årene. Morselskapet hadde også stilt en garanti på 5 millioner kroner.
- (12) Under henvisning til manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet*» ble klagers tilbud avvist 7. mars 2023, jf. forskriften § 24-2 (1) bokstav a. Avvisningen ble blant annet begrunnet med liten bankbeholdning og svak økonomi i selskapet. Innklagede la også vekt på at det ikke hadde vært aktivitet i selskapet i 2021 og 2022. Sammenholdt med morselskapsgarantien på 2 millioner kroner og morselskapets økonomiske situasjon kom innklagede til at klager ikke hadde tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene.
- (13) Avvisningen ble påklaget 9. mars 2023. Klager viste til at selskapet hadde kredittrating A og at morselskapet hadde kredittrating AA. Klager anførte at avvisningen var i strid med anskaffelsesreglementet og at konkurransen skulle vært avlyst. Innklagede fastholdt avvisningsbeslutningen 31. mars 2023.
- (14) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 2. august 2023.
- (15) Saken ble klaget inn til Klagenemda for offentlige anskaffelser 4. september 2023.
- (16) Nemndsmøte i saken ble avholdt 5. februar 2024.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (17) Innklagede har brutt regelverket ved utformingen av kvalifikasjonskravet «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet*». Kravet er ikke tilstrekkelig klart, tydelig og presist. Kvalifikasjonskravet oppfyller ikke kravet til forutberegnelighet og etterprøvnbarhet i loven § 4. Kravet står ikke i forhold til konkurransen, og konkurransen skulle vært avlyst.
- (18) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Vurderingen av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet «*tilstrekkelig og finansiell kapasitet*» er usaklig og vilkårlig. Innklagede har feiltolket morselskapets økonomiske situasjon. Klager er urettmessig avvist fra konkurransen.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (19) Kvalifikasjonskravet «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet*» var klart og forutsigbart. Det er adgang til å stille skjønnsmessige kvalifikasjonskrav. Kravet til «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet*» innebærer at skjønnsutøvelsen må

praktiseres innenfor rammer som er fornuftige sett i lys av kontraktens størrelse, karakter og risiko. Skjønnnet er utøvd innen et lovlig innkjøpsfaglig skjønn, og dette skaper den påkrevde forutsigbarheten og etterprøvbarheten.

- (20) Størrelsen på garantien burde ikke vært avklart i forhandlingene. Kravet er ikke uklart formulert i konkurransegrunnlaget. Det er tydelig at det er opp til hver enkelt leverandør å vurdere om garanti er nødvendig for å oppfylle kravet.
- (21) Klager ble ikke utsatt for usaklig eller vilkårlig forskjellsbehandling. Innklagede foretok en helhetsvurdering av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet. Vurderingen var ikke utelukkende basert på størrelsen av morselskapsgarantien. Det vises til vurderingene som er gjort og dokumentert. Vurderingene er gjort innenfor det innkjøpsfaglige skjønn.

Klagenemndas vurdering:

- (22) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder en rammeavtale om levering av behandlingstilbud innen tverrfaglig spesialisert rusbehandling, som er en helse- og sosialtjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til maksimalt 165 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og IV, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.
- (23) Klagenemnda tar først stilling til spørsmålet om kvalifikasjonskravet «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet*» er klart nok formulert.
- (24) Kvalifikasjonskrav må utformes på en klar, presis og utvetydig måte, slik at enhver rimelig opplyst og påpasselig tilbyder forstår den nøyaktige rekkevidden av kravene og tolker dem på samme måte, jf. eksempelvis Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-1964-A avsnitt 50 og EU-domstolens avgjørelse i C-368/10 (Max Havelaar).
- (25) Enkelte kvalifikasjonskrav kan likevel få en skjønnsmessig utforming. Ved vurderingen av om slike kvalifikasjonskrav er oppfylt, vil oppdragsgiver ha et handlingsrom. Vurderingen må imidlertid skje innenfor de rammene som kvalifikasjonskravene angir og være i samsvar med de grunnleggende prinsippene i loven § 4, se Høyesteretts avgjørelse i HR-2022-1964-A avsnitt 54.
- (26) Det aktuelle kvalifikasjonskravet var formulert slik:

«Tilbyder skal ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene.

Oppdragsgiver vil i vurderingen bl.a. vektlegge om tilbyder har lønnsom drift, tilstrekkelig likviditet og positiv egenkapital».

- (27) En naturlig språklig forståelse av «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet*» gir anvisning på en skjønnsmessig terskel for oppfyllelse av kravet. Klagenemnda forstår kvalifikasjonskravet slik at det skal foretas en helhetsvurdering av leverandørenes økonomiske og finansielle stilling, sett opp mot anskaffelsens verdi og størrelse. Ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt skal det «*bl.a.*» legges vekt på om leverandørene har en lønnsom drift, tilstrekkelig likviditet og positiv egenkapital. Formuleringen «*bl.a.*» viser også at andre forhold vil kunne vektlegges i vurderingen av

om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravet. Det tilhørende dokumentasjonskravet presiserer innholdet i kvalifikasjonskravet ytterligere, ved å liste opp hvilke dokumenter som er av betydning for vurderingen.

- (28) Kontraktsforpliktelsene er grundig beskrevet i konkurransegrunnlaget. Den aktuelle rammeavtalen har en varighet på 1 år og 7 måneder, med en opsjon på 1 års forlengelse. Anskaffelsens verdi er estimert til 165 millioner kroner. Avtalens størrelse og varighet tilsier derfor at leverandørene må ha en solid økonomi for å kunne gjennomføre forpliktelsene etter avtalen.
- (29) To av leverandørene stilte spørsmål til størrelsen på garantien. Innklagede svarte ved å vise til kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet, og uttalte at det var opp til hver enkelt leverandør å vurdere om det var nødvendig å fremlegge garanti for å oppfylle kravet og hvor stor garantien måtte være. Klagenemnda bemerker at det er vanlig at potensielle leverandører stiller avklaringsspørsmål og at dette i seg selv ikke medfører at kvalifikasjonskravet er uklart. Nemnda er derfor kommet til at kvalifikasjonskravet var klart nok angitt, til tross for leverandørenes spørsmål om manglende forhåndsangivelse av garantiens størrelse.
- (30) Innklagede har tydeliggjort kvalifikasjonskravet gjennom dokumentasjonskravet ved å vise til hvilke opplysninger og dokumenter som vil bli vektlagt i vurderingen. Klagenemnda forstår kravet slik at om leverandørene trenger en garanti og hvor stor den vil være, avhenger av økonomien i selskapet. En forhåndsangivelse av størrelsen på en eventuell morselskapsgaranti vil derfor ikke være hensiktsmessig. Nemnda mener videre at kravet ikke er for skjønnsmessig formulert ettersom dokumentasjonskravet, anskaffelsens verdi og kontraktsforpliktelsene i tilstrekkelig grad angir rammene for vurderingen. Kravet er dermed ikke i strid med det grunnleggende prinsippet om forutberegnelighet i loven § 4. Klagers anførsel om at kvalifikasjonskravet er uklart fører dermed ikke frem.
- (31) Det neste spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er om innklagede har foretatt en usaklig eller vilkårlig vurdering av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet, og dermed urettmessig har avvist klager fra konkurransen.
- (32) Utgangspunktet for tolkingen av kvalifikasjonskravene er hvordan en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør vil forstå kravene. Det kan ikke legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget gir grunnlag for, og det kan ikke innfortolkes et krav som ikke fremgår av konkurransegrunnlaget, jf. HR-2022-1964-A avsnitt 51, og EU-domstolens avgjørelse C-27/15 (Pippo Pizzo) avsnitt 35 flg.
- (33) Forskriften § 24-2 (1) bokstav a bestemmer at oppdragsgiver «skal» avvise en leverandør «som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene».
- (34) Innklagede foretok en vurdering av leverandørenes økonomi, hvor de vurderte driften i selskapene og leverandørenes likviditet og egenkapital. I tillegg ble det sett på størrelsen av morselskapsgarantien, og om den var stor nok til å bære eventuelle tap. I vurdering av klager la innklagede vekt på at selskapet ikke hadde hatt drift de to siste årene, og at det var en negativ likviditet i morselskapet som stilte garanti på 2 millioner kroner. På bakgrunn av dette kom innklagede til at det var en finansiell risiko om klager ville klare

å innfri avtalen. Innklagede kom derfor til at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om «*tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet*».

- (35) Klager har vist til at innklagede ved vurderingen av kvalifikasjonskravet burde innhentet kredittsjekk av både klager og morselskap, og at innklagede burde tatt hensyn til de ettersendte opplysningene som viste at morselskapet hadde kredittrating AA.
- (36) Slik klagenemnda forstår dokumentasjonskravet var innklagede forpliktet til å innhente kredittsjekk av hovedleverandør, men ikke eventuelle morselskap, jf. «*tilbyder*». Nemnda vil også bemerke at leverandørenes kredittrating kun var et av flere momenter i vurderingen av om leverandørene hadde tilstrekkelig gjennomføringsevne. Nemnda kan derfor ikke se at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i loven § 4 at innklagede kun innhentet kredittsjekk av klager. På bakgrunn av dette og sett hen til det lave garantibeløpet er nemnda kommet til at innklagede ikke var forpliktet til å innhente kredittrating av morselskapet.
- (37) Klagenemnda vurderer videre at innklagede, i tråd med kvalifikasjons- og dokumentasjonskravet, har foretatt en helhetsvurdering av leverandørens økonomiske og finansielle stilling. Etter nemndas oppfatning var det størrelsen på morselskapsgarantien som var avgjørende for vurderingen til innklagede, og ikke økonomien i morselskapet. Innklagede har vist til at en garanti på 2 millioner kroner ikke var særlig betryggende. Anskaffelsen gjelder en rammeavtale hvor deler av kontrakten skulle utføres a-konto, noe som tilsier at innklagede har et større behov for økonomisk og finansiell sikkerhet hos valgte leverandør. Hvorvidt klager eller morselskapet hadde bedre økonomi enn det klager dokumenterte er derfor ikke relevant for vurderingen.
- (38) Klager har også vist til at innklagede har endret argumentasjon underveis i konkurransen. Klagenemnda ser at fokus har endret seg noe, fra morselskapets økonomiske stilling i avvinningsbeslutningen til størrelsen på garantien ved vurderingen av klagen. I lys av den vurdering som innklagede foretok i notat 15. februar 2023 er det imidlertid ingen tvil om at det lave garantibeløpet har vært en viktig del av begrunnelsen hele veien, og ikke har tilkommet som en type etterrasjonalisering. Nemnda kan derfor ikke se at innklagedes utvidende argumentasjon er usaklig eller vilkårlig, ettersom innklagede har foretatt en helhetsvurdering av klagers gjennomføringsevne. Nemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke har foretatt en usaklig eller vilkårlig vurdering av om klager oppfylte kvalifikasjonskravet.
- (39) Det siste spørsmålet klagenemnda skal ta stilling til er om innklagedes vurdering er etterprøvbar. I den foreliggende sak har innklagede dokumentert vurderingen av leverandørenes økonomiske gjennomføringsevne gjennom brev og notat. Etter nemndas syn er innklagedes vurdering etterprøvbar, og klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (40) Klagenemnda er på bakgrunn av dette kommet til at klager er rettmessig avvist fra konkurransen.

Konklusjon:

Helse Sør-Øst RHF har ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise Mestringshusene Allos AS.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Bjørn Berg

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur