



## Klagenemnda for offentlige anskaffelser

*Innklagede gjennomførte en anskaffelse av transporttjenester for skoleelever. I følge kunngjøring og konkurransegrunnlag ble det stilt krav om god soliditet som økonomisk kvalifikasjonskriterium. Klager ble avvist fra deltakelse i konkurransen fordi man ikke oppfylte vilkåret om god soliditet. Klagenemnda kom til at det var klagers soliditet som var avgjørende – ikke soliditeten til morselskapet. Innklagede hadde foretatt en forsvarlig vurdering av deltakerne i forhold til dette kriteriet, og nemnda fant ikke grunnlag for å konstatere usaklig forskjellsbehandling. Innklagede hadde brutt anskaffelsesforskriften § 3 -8 (1) ved å meddele klager om avvisningsvedtaket tre dager før kontrakt ble inngått.*

### Klagenemndas avgjørelse 09.10.05 i sak 2005/213

**Klager:** Norgestaxi Oslo AS

**Innklaget:** Oslo kommune v/ utdanningsetaten

**Klagenemndas medlemmer:** Svein Dahl, Bjørg Ven, Per Christiansen

**Saken gjelder:** Avvisning – finansielt kvalifikasjonskrav.

#### Bakgrunn:

- (1) Oslo kommune kunngjorde den 30.03.05 åpen anbudskonkurranse om transport av skoleelever. Kontraktens omfang var i kunngjøringen forutsatt å være hovedsakelig ca 117.000 ordinære passasjerturer pr skoleår, samt ca 20.000 passasjerturer med rullestol. Kontraktperioden var 5 år med opsjon på ytterligere 1 + 1 år, jf kunngjøringen pkt II.2.1.
- (2) Av kunngjøringen pkt III.2.1.2 om økonomisk og finansiell kapasitet fremgår det :  
*"Kvalifikasjonskrav : Det kreves god soliditet."*
- (3) Kravet er gjentatt i konkurransegrunnlaget pkt 4.1. Det ble krevd dokumentasjon i form av foretakets siste årsberetning til Brønnøysundregisteret, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall. Det ble også krevd erklæring om foretakets omsetning de siste 3 årene med relevans til denne kontrakten.
- (4) Tilbudsfristen ble forskjøvet til 30.05.05, jf brev av 27.04.05, inntatt i klagen som bilag 3. Klager innleverte tilbud den 30.05.05. Klager er et datterselskap av Norgestaxi AS, som igjen er eiet av Taxi Kurir AB.

- (5) I tillegg til klager leverte også Oslo Taxi AS og Djupvik Bil og Transport tilbud innen fristen.

- (6) Av klagers tilbudsbrief på s 2 fremgår det :

*"I praksis er det Norgestaxi AS som har ansvar for driften av alle selskapene innen Norgestaxi."*

- (7) Vedlagt klagers tilbud var bl.a. årsberetninger for 2003 og 2004. Sistnevnte er inntatt i klagen som bilag 8. Av årsberetningene fremgår det at egenkapitalen er tapt. Av årsberetningen for 2004 (klagens bilag 8) hitsettes:

*"Norgestaxi AS styre har besluttet å dekke negativ egenkapital. Styre og hovedaksjonær arbeider sammen for å bedre kapital situasjonen i selskapet og anser det derfor riktig å legge fortsatt drift til grunn ved utarbeidelsen av regnskapet."*

- (8) Av anskaffelsesprotokollen s 3 (tilsvaret bilag 6) fremgår :

*"I vedlegg til regnskapet for Norgestaxi Oslo AS skriver bl.a. revisor Price Waterhouse Coopers DA : ...Uten at det har betydning for konklusjonen i avsnittet over, vil vi presisere at det er vesentlig usikkerhet om fortsatt drift. Vi viser til nærmere omtale i årsberetning."*

- (9) Som ledd i vurderingen av leverandørenes finansielle og økonomiske kapasitet ble det også innhentet en kredittvurdering. Vurderingen, datert 08.06.03, er inntatt som bilag 3 til tilsvaret, og konkluderer med at klager ble vurdert "Ikke kredittverdig". Av anskaffelsesprotokollen s 3 fremgår det at de to andre tilbyderne ble vurdert som kredittverdige, og ble dermed valgt ut til å delta i anbudskonkurransen.

- (10) I brev av 17.06.05 (klagens bilag 5) ble klager avvist fra deltakelse i konkurransen. Begrunnelsen var manglende soliditet basert på innsendte regnskaper og innhentet kredittvurdering.

- (11) Kontrakten ble den 22.06.05 tildelt Oslo Taxi AS (skolegruppe A – E) og Djupvik Bil og Transport AS (skolegruppe F), jf kommunens brev av 05.07.05 (klagen bilag 6).

- (12) Den 8. juli 2005 innleverte Norgestaxi Oslo AS klage til KOFA over avvisningsvedtaket.

#### **Anførsler:**

##### *Klagers anførsler:*

- (13) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser. Avgjørelsen om å avvise selskapets tilbud bygger på en grov feilvurdering. Oslo kommune har basert sin avgjørelse på galt faktum når det er lagt til grunn at Norgestaxi Oslo AS soliditet ikke er tilfredsstillende. I et konsern som Norgestaxi er det konsernets soliditet som er avgjørende. Reelt sett er det soliditeten hos Norgestaxi AS som er avgjørende. Norgestaxi AS har en meget god soliditet.

Kommunen var kjent med konsernstrukturen, jf bla. tilbuds brevet s 2 og brev av 29.04.05 til Oslo kommune, samferdselsetaten (prosesskrift av 30.09.05 bilag 1)

- (14) Den positive utviklingen i Norgestaxi Oslo AS og Norgestaxi AS må tas i betraktning. Det vises til beretninger og regnskaper for 2005 inntatt som bilag 1 – 6 til prosesskrift av 29.06.06. Norgestaxi Oslo AS er à jour med alle offentlige skatter og avgifter. Dette vitner om god soliditet. Kommunen hadde uansett et alt for tynt grunnlag til å avvise tilbudet fra Norgestaxi Oslo AS pr 17.06.05, uten å ha foretatt ytterligere undersøkelser av faktisk art omkring selskapets og konsernets økonomiske stilling. Det bemerkes at Norgestaxi Oslo AS er underleverandør for Oslo Kommunes kontraktspart Djupvik transport AS som ble tildelt kontrakt. Det har i den forbindelse ikke blitt reist innvendinger mot klagers soliditet.
- (15) Subsidiært anføres at kravet til soliditet som innklagde har stilt er i strid med forholdsmessighetskriteriet i anskaffelsesforskriften § 5-5 (2) og det EU-rettslige proporsjonalitetsprinsipp. Kravet som stilles er unødvendig strengt og soliditeten i Norgestaxi Oslo AS er utvilsomt god nok til å levere den tjenesten som denne konkurransen gjelder.
- (16) Videre anføres at Oslo Taxi AS som ble tildelt kontrakten, ikke kan anses for å ha god soliditet basert på fremlagte regnskapsopplysninger. Avgjørelsen om å avvise Norgestaxi Oslo AS er dermed et utslag av usaklig forskjellsbehandling.
- (17) Det anføres at kommunen ikke har overholdt bestemmelsene i anskaffelsesforskriften § 10 – 3 (1) og (2) ved at klager først mottok avvisningsvedtaket tre dager før kontrakt ble inngått.
- (18) Klager mener seg berettiget til erstatning for de utgifter Norgestaxi Oslo AS har hatt ved å delta i konkurransen.

*Innklagedes anførsler:*

- (19) Innklagede bestrider å ha brutt regelverket for offentlige anskaffelser.
- (20) Prinsipalt anføres at spørsmålet om klager hadde god soliditet er et innkjøpsfaglig spørsmål der nemnda ikke har kompetanse til å vurdere kommunens skjønnsutøvelse. Saken skal dermed avvises i medhold av saksbehandlingsforskriftens § 6.
- (21) Hvis saken likevel realitetsbehandles skal nemnda utvise tilbakeholdenhet med å overprøve kommunens forsvarlige innkjøpsfaglige skjønnsutøvelse.
- (22) Vurderingen av klagers soliditet må bygge på den dokumentasjon som var inntatt i tilbudet og forelå på avvisningstidspunktet. Det er klager som har risikoen for denne dokumentasjonen.
- (23) Klagers årsberetninger for 2003 og 2004 vedlagt tilbudet viser at klager hadde en negativ egenkapital. Revisor gav i vedlegg til regnskapet uttrykk for at det var vesentlig usikkerhet knyttet til videre drift. Videre ble klager vurdert som "Ikke kredittverdig" i henhold til innhentet kredittvurdering. Basert på den foreliggende dokumentasjon kunne klager ikke anses for å ha god soliditet. Selv om det fremgår

av årsberetningene at Norgestaxi AS har vedtatt å dekke klagers negative egenkapital, er det nærmere innhold i vedtaket ikke kjent. Dekning av den negative egenkapitalen ville uansett ikke vært tilstrekkelig til at klager kunne anses for å ha god soliditet. Kommunen plikter dermed å avvise klager fra konkurransen, jf anskaffelsesforskriften § 8 – 12 (1) bokstav a.

- (24) Til klagers anførsel om at soliditeten må vurderes i lys av konsernstrukturen og morselskapets/morselskapenes finansielle stilling og de nye bevisene som er fremlagt, jf bilag 7, 9, 10 og 11 til klagen, bemerkes at denne dokumentasjonen ikke var inntatt i tilbudet og er dermed irrelevant.
- (25) Selv om bevisene skal anses relevante, er klager et selvstendig aksjeselskap, og det er ikke godtgjort at konsernstrukturen og konsernets finansielle stilling samlet sett innebærer at klager har god soliditet. Dette måtte forutsatt klare garantiforpliktelser fra morselskap eller annet selskap i konsernet som kunne forfølges rettslig.
- (26) Når det gjelder dokumentasjon om klagers økonomiske situasjon i tid etter vurderingen av avvisningsspørsmålet, eller dokumentasjon forøvrig fremlagt etter tilbudsfristens utløp, så anføres det at kommunen ikke har anledning til å vektlegge dette. Senere fremlagt dokumentasjon som vedrører klagers og Norgestaxi AS økonomiske situasjon pr 01.01.06 medfører ikke at klager skulle anses for å ha god soliditet på tidspunktet for avvisningen.
- (27) En aksept av klager som underleverandør til Djupvik Transport AS innebærer ingen innrømmelse av at klager skulle ha vært vurdert til å ha god soliditet som kontraktsmotpart.
- (28) Vedrørende anskaffelsesforskriften § 10 – 3 anføres at på det tidspunkt kontrakten ble tildelt var ikke klager lenger deltaker i konkurransen, og hadde dermed ikke krav på meddelelse etter § 10 – 3 (1).

#### **Klagenemndas vurdering:**

- (29) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin verdi forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II.

#### *Vedrørende avvisning :*

- (30) Saksbehandlingsforskriften § 9, 1. pkt om avvisning av klage fastslår at sekretariatet kan avvise klage som er uhensiktsmessig for behandling. Nemnda kan imidlertid prøve om oppdragsgiver har evaluert leverandørens kvalifikasjoner i tråd med de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5 og anskaffelsesforskriften § 3 – 1 om likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbare osv. Nemnda kan også prøve om oppdragsgivers skjønn er basert på korrekt faktum, og om vurderingen er saklig og forsvarlig. Når klager her bl.a. anfører at kommunens vurdering er basert på uriktig faktum og at det er utøvet usaklig forskjellsbehandling finner nemnda ikke grunnlag for avvisning av saken.

#### *Klagers soliditet :*

- (31) Klagenemnda finner ikke grunnlag for å overprøve kommunens vurdering med hensyn til Norgestaxi Oslo AS soliditet slik den fremsto *isolert sett* på tidspunktet for avvisningsvedtaket. Regnskapsmaterialet og den innhentede kredittvurderingen tyder på svak soliditet, og kommunens vurdering fremstår som forsvarlig. Nemnda legger til grunn at det er kvalifikasjonene slik de foreligger på tidspunktet for evalueringen som skal legges til grunn. På dette tidspunktet var det ikke fremlagt materiale som tydet på en forbedring av Norgestaxi Oslo AS økonomiske situasjon, og etterfølgende regnskaper og rapporter anses som irrelevante for kommunens vurdering.
- (32) Når det gjelder anførselen om at kommunen plikter å foreta ytterligere undersøkelser omkring klagers finansielle stilling er nemnda ikke enig i det. Det vises til konkurransegrunnlaget på s 10 der det fremgår at tilbyderne skal legge frem siste årsberetning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall. Etter nemndas oppfatning må det være tilbyders ansvar å sørge for at innkjøper får tilgang på nødvendig informasjon for å kunne foreta en forsvarlig vurdering. Særlig må det gjelde når den informasjon som vedlegges tilbudet må antas å så tvil om hvorvidt kvalifikasjonskriteriene er oppfylt.
- (33) Nemnda er for øvrig enig med kommunen i at selv om kommunen ikke har reist innsigelser mot klager som underleverandør til en kontraktspart så innebærer det ikke en aksept av at klagers soliditet er tilstrekkelig til å opptre direkte som kontraktspart.

#### *Forholdet til konsernmodellen :*

- (34) Spørsmålet er da om kommunen har bygget sin vurdering på feil faktum ved ikke å ta hensyn til morselskapets, Norgestaxi AS' soliditet i vurderingen av klagers soliditet. Nemnda legger til grunn at kommunen var kjent med konsernmodellen, jf tilbuds brevet s 2 sammenholdt med årsberetningen for 2004 der det fremgår at Norgestaxi AS vil dekke den negative egenkapitalen. Kjennskap til konsernmodellen er etter nemndas oppfatning likevel ikke tilstrekkelig til å fastslå at det er Norgestaxi AS soliditet som er avgjørende. Nemnda er enig med kommunen i at det ikke er dokumentert klare garantiforpliktelser fra morselskap eller annet selskap i konsernet som kunne følges rettslig. Etter nemndas oppfatning kan ikke morselskapets soliditet være avgjørende med mindre slike klare forpliktelser dokumenteres. I denne saken har klager vist til at Norgestaxi AS faktisk har dekket negativ egenkapital, og det er vist til generelle utsagn fra Norgestaxi Oslo AS i tilbuds brev og korrespondanse om at Norgestaxi AS i praksis har ansvar for driften også i Norgestaxi Oslo AS. Etter nemndas oppfatning er dette ikke tilstrekkelig. Verken i tilbuds brevet, eller i brevet av 29.04.05 til samferdselsetaten, fremgår det at morselskapet stiller garanti for Norgestaxi Oslo AS forpliktelser i fremtiden. Nemnda viser for øvrig til kommunens anførsler på dette punkt. Nemnda legger dermed til grunn at kommunen ikke trengte å vurdere morselskapets soliditet.

#### *Innholdet i soliditetskravet :*

- (35) Klager har subsidiært anført at kravet til soliditet som kommunen har stilt er for strengt, slik at kravet er uforholdsmessig tyngende i forhold til den målsetting som skal oppnås. Nemnda bemerker innledningsvis at et krav til soliditet i en kontrakt av denne typen generelt må anses egnet til å sikre at kontraktsforpliktelsene blir oppfylt ved at kravet bidrar til å forhindre at kommunen kommer i den situasjon at

leverandøren går konkurs eller ikke kan oppfylle sine forpliktelser av andre finansielle årsaker. Når det gjelder hvor strengt kravet til soliditet skal vurderes har innkjøper et vidt skjønn både med hensyn til hvilke kvalifikasjonskrav som skal stilles, og hvor strenge de skal være. Nemnda overprøver kun skjønnsutøvelsen her når den er usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig. I dette tilfellet kan nemnda ikke se at det er fremkommet forhold som danner grunnlag for overprøving på et slikt grunnlag, jf også om anførselen om usaklig forskjellsbehandling nedenfor.

*Usaklig forskjellsbehandling :*

- (36) Klager har påpekt at Oslo Taxi AS hadde et driftsunderskudd på ca kr 5 millioner i 2004, og at det av årsberetningen fremgår at det skulle avholdes bokettersyn hvis utfall var usikkert, og som det ikke var avsatt midler til. Klager har også påpekt at det ikke var avsatt penger til å dekke et negativt utfall av pågående rettssak mot tidligere adm. dir. På denne bakgrunn mener klager at Oslo Taxi AS ikke kunne anses for å ha god soliditet. Vurderingen av Oslo Taxi AS soliditet primært må anses å høre under innkjøpers faglige skjønn. Av årsregnskapet for 2004 fremgår det at Oslo Taxi AS hadde en egenkapital på 17.176.082,-. Av årsberetningen fremgår at underskuddet for 2004 på ca kr 5 millioner er foreslått dekket av egenkapitalen. Det fremgår videre at det var gjort spesifikke tiltak for å rette opp i den resultatmessige ubalansen, og at det var budsjettert med et mindre overskudd i 2005. Videre ble det foretatt en kredittvurdering av samtlige tilbydere der Oslo Taxi AS ble vurdert til å ha best kredittverdighet av de tre. Nemnda kan på denne bakgrunn ikke se at kommunen har foretatt en uforsvarlig vurdering når Oslo Taxi AS soliditet er vurdert som god. Dermed er det heller ikke grunnlag for å fastslå at det har forekommet en usaklig forskjellsbehandling i forhold til soliditetsvurderingen i forhold til Norgestaxi Oslo AS.

*Meddelelse etter anskaffelsesforskriften § 10-3 :*

- (37) Kontrakt ble inngått tre dager etter at klager mottok avvisningsvedtaket, den 22.06.06. Nemnda er enig med kommunen i at en avvist klager ikke omfattes av retten til informasjon etter § 10 – 3. Nemnda oppfatter likevel klagers anførsel som at det påpekes at meddelelse om avvisning er skjedd for sent. En avvist tilbyders rett til meddelelse følger av anskaffelsesforskriften § 3 – 8 (1). Melding og begrunnelse skal skje snarest mulig for at leverandøren skal ha anledning til å få behandlet en klage, eller ta ut begjæring om midlertidig forføyning. Tre dager mellom meddelelse og kontraktsinngåelse er for kort tid til at dette formålet kan nås, og det foreligger dermed brudd på anskaffelsesforskriften § 3 -8 (1).
- (38) Ut fra det resultat nemnda har kommet til når det gjelder rettmessig avvisning av klager, kan det ikke sees at den feil som er gjort med hensyn til meddelelse har fått betydning for resultatet. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å gå inn på erstatningsspørsmålet.
- (39) Ved prosesskrift av 6. oktober 2006, innkommet samme dag som nemndsmøtet til behandling av saken ble holdt, har klager fremkommet med nye anførsler vedrørende Djupvik Bil & Transport. Klagenemnda bemerker at dersom klager ønsket å påpeke forhold knyttet til soliditeten til dette selskapet kunne det vært gjort langt tidligere. Nemnda har derfor valgt å ikke legge vekt på prosesskriftet her. Nemnda vil allikevel

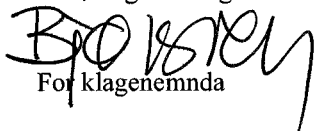
bemerke at regnskapstall fra 2001 og 2002 uansett ikke ville hatt noen betydning for utfallet i saken.

\*\*\*

**Konklusjon:**

Oslo kommune har brutt anskaffelsesforskriften § 3 – 8 (1) ved å gi for sen meddelelse om avvisning.

For øvrig har klagers anførsler ikke ført frem.

  
For klagenemnda

Bjørge Ven  
9. oktober 2006