



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Kluge Advokatfirma DA
Att. Gro Amdal
Postboks 277
4066 Stavanger

Deres referanse

Vår referanse
2007/58 - 20

Dato
17.09.2007

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

Odda kommune kunngjorde på vegne av Hardanger innkjøpssamarbeid (heretter kalt innklagede) 29. desember 2006 en åpen anbudskonkurranse vedrørende en rammeavtale for vaskeritjenester. I tilsvaret til klagenemnda av 23. mai 2007 ble det opplyst at innklagede bestod av kommunene Odda, Eidfjord, Ullensvang og Jondal. Videre het det at anskaffelsen ble lyst ut i samarbeid med Sunnhordland internasjonale innkjøpsforum, som bestod av kommunene Stord, Tysnes, Fitjar, Bømlo og Kvinnherad.

Kunngjøringen inneholdt i pkt. II.1.6) en angivelse av *"Kontraktens gjenstand"*:

"Rammeavtale for vask av institusjonstøy og beteningstøy til kommunane Odda, Jondal, Fitjar, Kvinnherad og Stord. Kjøpet omfattar og leige av tøy, samt transport til/frå alle institusjonane i alle kommunane. Kommunane Ullensvang, Tysnes og Bømlo har opsjon på å tiltre avtalen."

Videre het det i kunngjøringen pkt. III.2.1.2 *"Økonomisk og finansiell kapasitet – krav til dokumentasjon"*:

"En utskrift over foretakets totale omsetning og dets omsetning de 3 siste regnskapsår for de ytelser kontrakten omhandler"

Det fremgikk av konkurransegrunnlaget pkt. 7 *"Kvalifikasjonskrav"*:

"7.1 OBLIGATORISKE KRAV/UTVALSKRITERIUM

Ved vurderinga vil det bli lagt vekt på at tilbydaren har det faglege, tekniske og økonomiske grunnlaget som er nødvendig for å kunna oppfylle pliktene i kontrakten. Ved vurdering av om

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: +47 55 59 75 00 E-post:
postmottak@kofa.no
Faks: +47 55 59 75 99 Nettside: www.kofa.no

tilbyderen er eigna vil følgjande kriterium (dokumentasjon) vera avgjerande for om tilbodet vil gå vidare i konkurransen:

At tilbydar har tilstrekkeleg økonomisk status (soliditet, finansieringsevne m.m.) dokumentert gjennom framlagt revisorbekrefta årsrekneskap og årsmelding for dei 3 siste åra.

[...]

Tilbydarar som ikkje tilfredsstiller overnemnte kvalifikasjonskrav kan bli avvist.”

Det hitsettes fra konkurransegrunnlaget vedlegg B 2 ”KRAV TIL KOMMUNEN SINE LEVERANDØRAR”:

”Ein eventuell leverandør til kommunen skal:

Ha tilstrekkeleg økonomisk status (soliditet, finansieringsevne m.m.)”

Sentralvaskeriet for Rogaland AS (heretter kalt klager) innga tilbud 3. mars 2007. Det fremgikk følgende av tilbudets pkt. 1. ”Kvalifikasjonskrav”:

”1.1 Obligatoriske krav
Økonomisk status

[...]

Dokumentasjon:

Årsberetningene 2003, 4 og 5 viser negative resultater på bunnlinjen. Hovedårsaken er til dels store investeringer i materiell for å betjene inngått avtaler, samt investeringer i driftsutstyr som beskrevet under. Likevel viser regnskapene betydelig omsetningsøkning og kontantstrøm før leasingkostnader, av- og nedskrivninger.

År:	2006 (foreløpig)	2005	2004
Driftsinntekter	26 596 145	21 376 408	7 069 677
Driftsresultat	-1 043 756	-1 509 428	-1 511 958
Årsresultat	-1 534 537	-1 805 715	-1 741 977
Egenkapital (inkl. ansv.lånekapital)	-1 247 261	-1 212 724	592 991
Gjeld	19 075 780	12 964 057	10 095 514
Omløpsmidler	5 720 999	3 677 927	1 820 899
Driftsresultat i % av omsetning	-3,92 %	-7,10 %	-21,40
Likviditetsgrad (%)*	72,60 %	57,30 %	71,60 %
Egenkapitalandel (%)	-7,00 %	-10,30 %	5,50 %
Gjeldsgrad	107,0 %	110,30 %	94,50 %

SFR har siden oppstart i 2002 hatt en kraftig vekst i både omsetning og investeringer. Det gjaldt spesielt i årene 2005 og 2006. Årsaken var inngåelse av GRESS-avtalen i 2005 og ESS-avtalen senere i juli 2005. ESS Onshore kom inn sommeren 2006. Til tross for inngåelse av disse kontraktene har vaskeriet i dag betydelig ledig kapasitet.

Våren 2006 investerte eierne MNOK 5,5 i nytt utstyr for at bedriften skulle kunne ha en effektivitet og kostnadsnivå tilpasset dagens marked. SFR fremstår i dag som et moderne og miljøvennlig vaskeri. Vi har 40 fast ansatte. Etter tunge investeringer de første årene er vi nå i rute med den økonomiske utviklingen. Det er imidlertid avgjørende for bedriftens fremtid at man får tilgang på en større del av oppdragene i vår region.

Eierne av SRF er også eiere/deleiere av andre vaskerier i TPN-kjeden og har derigjennom betydelig kompetanse om vaskeridrift. Eierne har ved årets investeringer vist både vilje og økonomiske muskler til videre satsing til tross for negativt årsresultat. Eierne har gjennom investeringene vist tillit til at Sentralvaskeriet for Rogaland AS vil bli en lønnsom bedrift.”

Vedlagt klagers tilbud var årsberetning for 2003, 2004 og 2005. Det hitsettes følgende fra resultatregnskap fra 2003:

<i>”Driftsinntekter og driftskostnader</i>	<i>2003</i>
<i>Salgsinntekter</i>	<i>7.661.865</i>
<i>Annen driftsinntekt</i>	<i><u>464.556</u></i>
<i>Sum driftsinntekter</i>	<i><u>8.126.421</u></i>
<i>Varekostnader</i>	<i>384.330</i>
<i>Lønnskostnader m.m.</i>	<i>4.361.336</i>
<i>Ordinær avskrivninger</i>	<i>1.568.950</i>
<i>Annen driftskostnad</i>	<i><u>1.925.173</u></i>
<i>Sum driftskostnader</i>	<i><u>8.239.789</u></i>
<i>Driftsresultat</i>	<i><u>-113.368”</u></i>

Innklagede avviste klagers tilbud i brev av 22. mars 2007:

”Som det fremgår av tilbudsforespørselens VEDLEGG B2 KRAV TIL KOMMUNEN SINE LEVERANDØRER, første pkt. skal en eventuell leverandør til kommunen: ”Ha tilstrekkelig økonomisk status (soliditet, finansieringsevne).

I tilbudsforespørselen krever vi også – i h.h.t. forskrifter hjemlet i Lov om off. anskaffelser – at det skal innleveres skatteattester både fra kemner og skattefogd. Disse attestene fulgte deres tilbud sammen med regnskap for de 3 siste årene.

I tilbudsforespørselen vår under pkt. 7 Kvalifikasjonskrav, 7.1 obligatoriske krav/utvalskriterium, står flg. pkt.:

At tilbyder har tilstrekkeleg økonomisk status (soliditet, finansieringsevne m.m.) dokumentert gjennom framlagt revisorbekrefta årsrekneskap og årsmelding for dei 3 siste åra

Ovenstående kriterium (utvalskriterium) angir hvilke tilbydere vi kan gå videre med i vårt evalueringsarbeid. Dessverre har vi vurdert – ut fra tilsendte regnskap – ikke å kunne gå videre med deres firma.”

I brev av 27. mars 2007 anmodet klager innklagede om å omgjøre sin avvisningsbeslutning, under henvisning til at klager måtte anses kvalifisert for en anskaffelse av denne art og omfang.

Innklagede fastholdt sin avvisningsbeslutning i brev av 11. april 2007. Det hitsettes følgende fra brevet:

”I deres skriv sammenlikner de stadig vekk regnskapstall både for 2004 og 2005 med tall for 2006. Vi har vurdert firmaets økonomiske status ut fra de revisorbekreftede regnskapstall vi har mottatt – nemlig for årene 2003, 2004 og 2005.

[...]

Vår vurdert at Sentralvaskeriet for Rogaland AS sin økonomiske status ikke gir det nødvendige grunnlaget for å kunne oppfylle pliktene i en kontrakt verdt ca. 21 mill NOK og som skal gå over flere

år og omfatte inntil 8 kommuner. Kontrakten vil også høyst sannsynlig medføre behov for investering, bl.a. i 2 – 3.000 arbeidstøysett og kanskje i transportmidler.

Med henvisning til Lov om off. anskaffelser og forskrifter for klassisk sektor hjemlet i loven. DEL 1 – Alminnelige bestemmelser, § 3-8, pkt. 1 og deres henvendelse til oss, jfr. § 3-8, pkt. 4, meddeler vi herved at vi opprettholder vår beslutning om å avslå Sentralvaskeriet for Rogaland AS sitt tilbud.

Begrunnelse:

Vår analyse av de tilsendte regnskap viser at

Tilbyder over tid har drevet med betydelige årlige underskudd.

Tilbyder har negativ egenkapital (driver for kreditors regning)

Omløpsmidlene dekker ikke kortsiktig gjeld (stor avstand/teknisk konkurs).”

Klager sendte den 19. april 2007 garanti for at samtlige kontraktsforpliktelser ville bli oppfylt fra klagers eiere, henholdsvis Ole Kr. Ertsvik AS og Grøm & Manitowoc AS. Det ble også vedlagt økonomiske nøkkeltall for disse selskapene.

I brev av 24. april opprettholdt innklagede igjen sin avvisningsbeslutning.

Kontrakt ble tildelt Nor Tekstilservice Drift AS avd. Valen.

Klage ble inngitt til klagenemnda 8. mai 2007.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Forskriftens § 15-12 gir ikke hjemmel for avvisning av klagers tilbud. Avvisningsbeslutningen er i strid med anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav, jf anskaffelseslovens § 1 og § 5.

Klager har alene tilstrekkelig soliditet og finansieringsevne for å kunne håndtere en anskaffelse av denne art og omfang. Det foreligger saksbehandlingsfeil fra innklagedes side ved at sentrale og relevante momenter ved klagers økonomi ikke er tatt med ved kommunens skjønnsutøvelse. Det skjønnet som er utøvet er derfor ikke saklig og forsvarlig, og ligger utenfor rammen av det anskaffelsesregelverket tillater. Som det fremgår av klagers tilbud punkt 1.1.1 har det skjedd en kraftig vekst i både omsetning og investeringer i de siste årene. Innklagedes begrunnelse for avvisningsbeslutningen viser at det ikke er tatt hensyn til omsetningsutviklingen eller de store investeringene hos klager, noe som er relevante moment i innklagedes skjønnsutøvelse. Investeringene påvirker direkte klagers evne til å oppfylle en kontrakt av den aktuelle art og omfang, og klagers økonomiske overlevelsessevne på lengre sikt. Når det i kunngjøringen punkt III.2.1.2 utelukkende henvises til omsetningen som relevant dokumentasjonen på leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet, må det legges til grunn at dette momentet ved leverandørenes økonomi må tillegges avgjørende vekt i skjønnsutøvelsen. Innklagede har med andre ord innskrenket rammen for den skjønnsutøvelse som vil være lovlig i dette tilfellet.

Under enhver omstendighet må innklagede også tillegge den fremlagte garanti av 19. april 2007 fra klagers eierselskaper om solidaransvar for oppfyllelse av samtlige kontraktsforpliktelser vekt i sin vurdering av klagers kvalifikasjoner. Det er også fremlagt nøkkeltall for disse selskapene. Dette viser at klager reelt disponerer over tilstrekkelige økonomiske ressurser for å håndtere en anskaffelse av denne art og omfang. Leverandøren har rett til å vise til tredjemanns kvalifikasjoner, i dette tilfellet økonomiske kvalifikasjoner, hos klagers eierselskaper. Vilåret er at en leverandør kan bevise at selskapet reelt sett disponerer over disse ressurser i den aktuelle kontraktsperioden. Klager har, ved fremleggelsen av den ovenfor nevnte garanti og nøkkeltall, oppfylt denne bevisbyrden. En garanti som fremlagt må være mer enn tilstrekkelig, og det vises i den forbindelse til den nye forskriften om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 17-8 (2), hvor det fremgår at en ”forpliktelseserklæring” vil være tilstrekkelig. En selvskyldnergaranti må anses som en slik forpliktelseserklæring.

I henhold til praksis fra EF-domstolen, jf blant annet sak C-176/98, har leverandører som deltar i konkurranser om offentlige anskaffelser rett til å støtte seg på andre foretaks kapasitet i forbindelse med kvalifikasjonsvurderingen. Dette gjelder selv om innklagede har fastlagt i konkurransegrunnlaget at de økonomiske kvalifikasjoner vil bli vurdert etter leverandørens regneskaper. Bestemmelser om dette er nå også inntatt i den nye forskriften om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 17-8 (2), som omhandler dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling. I lys av at EF-domstolen allerede i 1999 har slått fast den ovenfor nevnte rettsregel, er det ingen tvil om at det også etter tidligere gjeldende forskrift gjaldt en tilsvarende bestemmelse. Dette er også fremmet i juridisk litteratur vedrørende den forskriften som regulerer den aktuelle anskaffelsen av vaskeritjenester.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet har også i sin veileder til anskaffelsesregelverket fremhevet at det avgjørende er at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, ikke hvordan denne evnen oppstår. I veilederen fremheves det at bestemmelsen om dette i det nye regelverket kodifiserer gjeldende rett etter EF-domstolens dom i sak C-176/98. Det vil si at retten til å vise til tredjemanns kvalifikasjoner også gjelder for denne konkurransen.

Av forskriftens § 16-2 om supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner fremgår det at oppdragsgiver kan *"innenfor reglene i § 12-5 (kvalifikasjonskrav) til § 12-8 (fast ansatte) anmode leverandøren om at fremlagte attester og dokumenter suppleres eller utdypes."* Forskriftens § 16-2 må, i en situasjon hvor det ellers bare vil gjenstå ett tilbud, gi rom for at det kan ettersendes en garanti knyttet til de økonomiske kvalifikasjoner, som er tilfellet i denne saken. Dersom man medtar garantien i den materielle kvalifikasjonsvurderingen av klager, er det hevet over tvil at klager må anses kvalifisert for denne anskaffelsen. Konsekvensen av dette vil være at det gjennomføres en reell og effektiv konkurranse, jf anskaffelseslovens § 5 og anskaffelsesforskriftens § 3-1 (1).

Ettersending av denne type dokumentasjon innebærer heller ikke brudd på forhandlingsforbudet. Forhandlingsforbudet er myntet på at det etter tilbudsfristens utløp ikke kan gjøres materielle endringer i tilbudets innhold. Kvalifikasjonsvurderingen og regelverkets bestemmelser om dette er helt uavhengig av innholdet i tilbudet på selve ytelsen. En ettersending av dokumentasjon vedrørende kvalifikasjoner medfører altså intet brudd på forhandlingsforbudet.

Det foreligger grunnlag for erstatning for den negative kontraktsinteresse. Dersom saksbehandlingsfeilene tenkes bort, ville klager ha fått delta videre i konkurransen.

Innklagedes anførsler:

I og med at prosedyren er åpen anbudskonkurranse er det ikke adgang for tilbydere til å forbedre sitt tilbud etter tilbudsfristens utløp. Innklagede ba om regnskap for de tre siste år, og de var vedlagt tilbudet fra klager. De innsendte regnskapsdokumenter er det innklagede avviser tilbudet på, i overensstemmelse med de obligatoriske krav innklagede har satt i konkurransegrunnlagets pkt. 7.1 og vedlegg B 2. At klager i etterkant gir en økonomisk garanti vurderer innklagede dit hen at klager prøver å forbedre sitt tilbud.

At innklagede står igjen med en tilbyder er irrelevant i forhold til klagen. Innklagde fant alternativet å fortsette anbudsprosessen som det mest redelige og etisk forretningsmessige i forhold til gjenstående tilbyder.

Sekretariatets vurdering:

Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en uprioritert tjeneste, jf forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 nr. 616 § 2-5 (27), og følger dermed forskriftens del I og III.

Forskriftens § 15-12 (1) bokstav a hjemler en plikt for oppdragsgiver til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen."* Ved

kvalifikasjonsvurderingen har oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen er saklig og forsvarlig, og i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling.

I henhold til kvalifikasjonskravene skulle tilbyderne blant annet ha *"tilstrekkelig økonomisk status"* som skulle være dokumentert gjennom årsregnskap og årsmelding for *"dei 3 siste åra"*, jf konkurransegrunnlagets pkt. 7.1. Konkurransen ble kunngjort 29. desember 2006, og innklagede har i vurderingen lagt til grunn klagers økonomiske situasjon for 2003, 2004 og 2005. Dette er i samsvar med kunngjøringen pkt. III.2.1.2 og konkurransegrunnlaget pkt. 7 *"Kvalifikasjonskrav"*, hvor det fremgikk at det var foretakets totale omsetning og dets omsetning de 3 siste regnskapsår som skulle legges til grunn for vurderingen.

Innklagede skrev i brev av 11. april 2007 at analysen av klagers regnskap viste at *"Tilbyder over tid har drevet med betydelige årlige underskudd"*, at *"Tilbyder har negativ egenkapital (driver for kreditors regning)"* og at *"Omløpsmidlene dekker ikke kortsiktig gjeld (stor avstand/teknisk konkurs)."* Innklagede kom på grunnlag av dette til at klagers status ikke gav det nødvendige grunnlaget for å kunne oppfylle pliktene i en kontrakt verdt ca. 21 millioner norske kroner som skulle gå over flere år og omfatte inntil 8 kommuner, samt dekke eventuelle ekstrakostnader.

Sekretariatet kan på grunnlag av den fremlagte dokumentasjon ikke se at innklagedes vurdering av klagers økonomiske status er basert på uriktig faktisk grunnlag. Det fremgår at klager hadde et negativt driftsresultat for de årene som i henhold til konkurransegrunnlaget skulle vurderes, og klagers økonomiske situasjon fremsto totalt sett som ustabil selv om det hadde vært en vekst i omsetning de siste årene. Sekretariatet kan dermed ikke se at innklagedes skjønn har vært usaklig eller uforsvarlig, eller i strid med de grunnleggende kravene i anskaffelseslovens § 5.

Klager anfører at innklagede ved vurderingen av klagers kvalifikasjoner skulle ha lagt til grunn garantien for at samtlige kontraktsforpliktelser ville bli oppfylt av klagers eierselskap. Oppdragsgiver kan som utgangspunkt tillegge garantierklæringer vekt i sin vurdering av klagers kvalifikasjoner dersom slik dokumentasjon er etterspurt av innklagede, jf. forskriftens § 16-2 om oppdragsgiver mulighet til å be om at *"fremlagte attester eller dokumenter suppleres eller utdypes"*. Innklagede hadde imidlertid ikke bedt om slik dokumentasjon. En følge av dette er at leverandøren ikke kan påberope seg anskaffelsesforskriftens § 16-2 som hjemmel for å sende inn dokumentasjon etter tilbudsfristens utløp.

Videre ble garantien sendt inn etter at tilbudsfristen gikk ut 5. mars 2007, og etter at kvalifikasjonsvurderingen var foretatt. Oppdragsgiver har ingen plikt til å revurdere kvalifiseringsvurderingen dersom beslutningen er tatt på saklig og forsvarlig grunnlag. Hvilken dokumentasjon oppdragsgiver trenger for å vurdere om tilbyderne oppfyller kvalifikasjonskravene er utelukkende opp til den enkelte oppdragsgiver å bestemme. Det ville videre være i strid med kravet til likebehandling av leverandører om oppdragsgiver tok hensyn til et ikke etterspurt dokument fra en leverandør uten at andre leverandører fikk tilsvarende mulighet til å ettersende dokumenter.

Sekretariatet har derfor kommet til at innklagede ikke har brutt regelverket verken i kvalifikasjonsvurderingen eller ved å unnlate å ta hensyn til garantien som ble sendt inn i ettertid.

Med vennlig hilsen

Ann Mari Bjørlo
Førstekonsulent