



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse vedrørende byggearbeider på Ulsrud videregående skole i Oslo. Ved vurdering av om klager var rettmessig avvist fant klagenemnda at innklagede ikke hadde vektlagt all dokumentasjon ved vurderingen av klagers finansielle stilling, og at dette utgjorde et brudd på kravet til forutberegnelighet, jf. lovens § 5. Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

Klagenemndas avgjørelse 23. november 2009 i sak 2009/111

Klager: Aktaion AS

Innklaget: Undervisningsbygg Oslo KF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av leverandør, kravet til forutberegnelighet.

Bakgrunn:

- (1) Undervisningsbygg Oslo KF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 17. februar 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende byggearbeider på Ulsrud videregående skole. Tilbudsfristen var 13. mars 2009.
- (2) Av konkurransegrunnlaget fremkommer kvalifikasjonskravene i punkt 12. Fra underpunkt 12.3 fremgår blant annet følgende:

"Oppdragsgiver vil vurdere hvorvidt den fremlagte dokumentasjon gir et godt nok finansielt og økonomisk sikkerhetsnivå. Oppdragsgiver vil vurdere om det er synliggjort et tilstrekkelig fagmessig nivå og tilstrekkelig kapasitet til å kunne utføre oppdraget. Oppdragsgiver vil bemerke at oppdragets kompleksitet og størrelse vil være retningsgivende for kvalifikasjonsnivået, men at det gjennomgående kreves meget gode kvalifikasjoner på alle de etterspurte områder for alle typer oppdrag.

Følgende kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav vil bli lagt til grunn ved vurdering av tilbyderne:

[...]

Økonomiske / finansielle kvalifikasjoner:

Krav	Dokumentasjon
God nok soliditet	• Årsregnskap, total omsetning de siste 2 regnskapsår. • Annet som dokumenterer at kvalifikasjonskravet er oppfylt. <i>Dersom leverandør av gyldige grunner ikke kan godtgjøre sin økonomiske stilling i tråd med ovennevnte dokumentasjonskrav, vil oppdragsgiver kunne vurdere annen egnet dokumentasjon."</i>

- (3) Innen fristen ble det inngitt tilbud fra syv leverandører, blant annet fra Aktaion AS (heretter kalt klager) og Alliero Holding AS (valgte leverandør).
- (4) Ved sitt tilbud, la klager blant annet ved årsregnskap med noter for regnskapsårene 2006 og 2007, foreløpig resultatregnskap for 2008, attest fra Undervisningsbygg for tilsvarende utført arbeid på Bolteløkka skole, samt referanseliste med kontaktpersoner for tidligere utførte bygge- og anleggsarbeider.
- (5) Fra bilag til klagers tilbud hitsettes:

"Regnskap for perioden 2005-2007 er vedlagt.

Grunnet negativt resultat i 2007 vedlegges også regnskap for 2008 som viser at resultatet er snudd og Aktaion AS leverer positivt resultat for 2008."

- (6) Av årsregnskapene for 2007 fremgår det at klager dette året hadde et årsresultat på 72 101,- kroner, og en negativ egenkapital på 271 909,- kroner. Av det foreløpige resultatregnskapet for 2008 fremgår det at klager dette året hadde et årsresultat på 639 754,- kroner.
- (7) Vedlagt klagers tilbud var også en referanseliste over tidligere utførte oppdrag, med kontaktperson og angivelse av oppdragenes kontraktverdi.
- (8) Ved brev 3. april 2009 meddelte innklagede til klager og en annen av tilbyderne, at de ble avvist fra konkurransen grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet knyttet til økonomisk soliditet. Fra brevet hitsettes:

"Avvisningen begrunnes i at dere ikke har synliggjort at selskapet har en god nok soliditet til å utføre oppdraget. Av tilbudsinnbydelsens punkt 12.3 (side 5 -6) fremgår de krav som er stilt til deltakelse i konkurransen.

Deres årsregnskap for 2007 viser at selskapet har en negativ egenkapitalandel på 21,2 %. På bakgrunn av dette er dere vurdert til å ikke oppfylle kravet til god nok soliditet.

Tilbudet avvises på grunn av at det ikke er godtgjort at selskapet oppfyller de krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen."

- (9) Fra anbudsprotokollens del om avvisning av leverandører, fremkommer blant annet følgende:

"Tilbuds/ løpenummer	Leverandørens navn	Grunnen til avvisning	Begrunnelse sendt den
4	Aktaion AS	For dårlig soliditet, negativ egenkapital på 21,2 %	03.04.2009
5	Mesterfarge Kongsvinger AS	For dårlig soliditet, negativ egenkapital på 32,6 %	03.04.2009"

- (10) Klager påklaget avvisningen til innklagede ved brev av 3. april 2009. Avvisningen ble opprettholdt av innklagede i brev av 14. april 2009. Fra innklagedes brev hitsettes:

"Deres regnskaper viser en ustabil økonomi i hele den tiden selskapet har vært i drift og dårlig økonomi i tider hvor bransjen for øvrig hadde gode vilkår (2007). I lys av det finansielle og økonomiske sikkerhetsnivå som er dokumentert i tilbudet deres mener

oppdragsgiver at Aktaion ikke har en soliditet som gir oppdragsgiver tilstrekkelig sikkerhet for at oppdraget vil kunne gjennomføres i henhold til forutsetningene."

- (11) Det har i etterkant av innklagedes opprettholdelse av avvisningen, vært en del korrespondanse mellom klager og innklagede. Fra e-post av 22. april 2009 fra innklagede til klager fremgår blant annet:

"Beklager om det ikke har kommet tydelig nok frem, men soliditet vurderes i forhold til godkjente regnskaper, ikke i forhold til tidligere utførte prosjekter. Svaret er derfor at tidligere prosjekter ikke vektlegges i denne sammenheng."

- (12) Klager innga klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev av 11. mai 2009. Kontrakt med valgte leverandør ble inngått 27. mai 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører at resultatet av soliditetsvurderingen kunne blitt annerledes dersom innklagede ikke bare hadde sett hen til regnskapene fra 2006 og 2007, men også tatt med øvrige relevante opplysninger som forelå. Klager viser til at det ved vurderingen av økonomiske soliditet, også skulle vært lagt vekt på det vedlagte foreløpige regnskap for 2008, som viser et positivt resultat.
- (14) Det vises videre til at klager utførte tilsvarende arbeid for innklagede på Bolteløkka skole, et arbeid som hadde en totalverdi på ca. 4 millioner kroner. Dette viser at innklagede nylig har lagt til grunn at klager har tilstrekkelig økonomisk soliditet til å gjennomføre større prosjekter.
- (15) Det vises dessuten til at det ved tilbudet også var vedlagt en referanseliste, som ga innklagede mulighet til å kontakte tidligere oppdragsgivere for en vurdering av om klager hadde hatt soliditetsproblemer ved gjennomføringen av andre prosjekter.
- (16) Avslutningsvis vises det til at klager hadde oppført Bamble og Langesund sparebank som garantiutsteder. Ordningen med entreprenørers sikkerhetsstillelse er innført blant annet for å sikre byggherren for entreprenørens kontraktsforpliktelse. Innklagede er således gjennom denne ordningen sikret mot eventuelle soliditetsproblemer.

Innklagedes anførsler:

- (17) Innklagede bestrider at det er foretatt en uriktig avvisning av klager, jf. forskriften § 11-10 første ledd a. Avgjørelsen av hvorvidt kvalifikasjonskravet er oppfylt, ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.
- (18) Klager har levert godkjente regnskaper for 2006 og 2007. Regnskapene for regnskapsåret 2007 viser en negativ egenkapital på 271 909 kroner, hvilket innebærer en negativ egenkapitalandel på 21,2 prosent. Foreløpige regnskaper for 2008 viser et positivt resultat. Regnskapet er imidlertid ikke godkjent av revisor. Ettersom siste godkjente regnskap viser et negativt resultat, er innklagede av den oppfatning at klager ikke oppfylte kravet til god nok soliditet. Egenkapitalandelen sier noe om soliditeten, også definert som evnen til å tåle tap. Den kan vanskelig karakteriseres som god nok, all den tid den er negativ og dermed manglende. I revisjonsberetningen for 2007 heter det at "*det er vesentlig usikkerhet om fortsatt drift*". Denne var ikke vedlagt tilbudet, og var ikke kjent da innklagedes beslutning om å avvise tilbyder ble tatt. Den viser imidlertid at innklagedes vurdering av soliditeten er riktig.

- (19) Innklagede viser dessuten til at de foreløpige regnskapene for 2008, som altså viser et positivt resultat, er tatt med i vurderingen av klagers soliditet. Ettersom regnskapene ikke er godkjent av revisor, og dessuten sett hen til det svake resultatet fra 2007, fant ikke innklagede dette tilstrekkelig til å konkludere med at kvalifikasjonskravet var oppfylt. Klagers opplysninger om at firmaet har hatt en kraftig vekst ved at de har utført flere tilsvarende oppdrag, er forhold som vurderes under de tekniske kvalifikasjonskravene. Det gir imidlertid ingen sikkerhet for at leverandøren har den økonomiske styrke til å påta seg prosjektet. At klager kunne fremskaffe bankgaranti er heller ikke relevant i denne sammenheng. Slik sikkerhetsstillelse er ikke forelagt innklagede. Sikkerhetsstillelse vil heller aldri kunne avhjelpe forsinkelser som eventuelle soliditetsproblemer, og i verste fall gjeldsforhandlinger eller konkurs, kan medføre.
- (20) Det vises dessuten til begrunnelsene innklagede har gitt klager, hvor det fremkommer at det er vektlagt at klagers regnskaper viser en ustabil økonomi i hele den tiden selskapet har vært i drift. Det var også dårlig økonomi i 2007, da bransjen for øvrig hadde gode vilkår. Selv om klager har utført prosjekter for innklagede i 2008, er ikke dette dokumentasjon for at klager har god nok soliditet. Den økonomiske soliditeten vurderes på bakgrunn av godkjente regnskaper, ikke tidligere utførte prosjekter.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1266 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (22) Klagenemnda forstår klager slik at det anføres at han er urettmessig avvist etter forskriften § 11-10 første ledd bokstav a, ettersom innklagede, ved sin vurdering av om kvalifikasjonskravet "*God nok soliditet*" er oppfylt, etter klagers oppfatning, ikke har hensyntatt flere relevante opplysninger som klager dokumenterte i sitt tilbud.
- (23) Klager anfører for det første at innklagede ikke har tatt hensyn til regnskapet for 2008 i sin vurdering av om klager hadde oppfylt kvalifikasjonskravet "*God nok soliditet*", herunder at dette er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.
- (24) Klagenemnda etterprøver om kvalifikasjonskravene er i samsvar med forskriften, og om oppdragsgiver har anvendt kriteriene i tråd med det som er kunngjort, men etterprøver ikke utøvelse av det innkjøpsfaglige skjønn, jf. klagenemndas sak 2008/92 premiss (81). Klagenemnda kan også prøve om en oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i lovens § 5. Av kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 følger det blant annet at oppdragsgiver må vurdere om kvalifikasjonskravene er oppfylt på bakgrunn av dokumentasjonskravene som stilles i konkurransegrunnlaget.
- (25) Det første som må vurderes er om innklagede, hadde plikt til å ta hensyn til det foreløpige, ikke revisorgodkjente regnskapet for 2008 ved vurderingen av om kvalifikasjonskravet "*God nok soliditet*" var oppfylt.
- (26) Av konkurransegrunnlaget fremkommer at som dokumentasjon på at kvalifikasjonskravet er oppfylt, kan det blant annet fremlegges "*Årsregnskap, total omsetning de siste to regnskapsår.*" og "*Annet som dokumenterer at kvalifikasjonskravet er oppfylt*". Det sistnevnte dokumentasjonskravet åpner altså for at leverandører kan dokumentere sin finansielle stilling også gjennom annen

dokumentasjon enn årsregnskaper. Oppdragsgiver har da plikt til å ta denne type dokumentasjon i betraktning ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt.

- (27) Ettersom det ikke er stilt krav i konkurransegrunnlaget om at regnskap som fremlegges skal være godkjent av revisor, har innklagede plikt til også å ta det foreløpige regnskap for 2008 med i vurderingen av om kvalifikasjonskravet er oppfylt.
- (28) Det neste spørsmålet blir da om innklagede har tatt hensyn til det foreløpige regnskapet for 2008 i sin vurdering av om klager hadde oppfylt kvalifikasjonskravet knyttet til soliditet.
- (29) Av anskaffelsesprotokollen fremkommer at bakgrunnen for avvisningen er at klager har: *"For dårlig soliditet, negativ egenkapitalandel på 21,2 %"*. Ettersom det er dette som fremkommer av årsregnskapet for 2007, taler det for at innklagede bare har tatt hensyn til regnskapet fra 2007 ved vurderingen av kvalifikasjonskravet. Av avvisningsbrevet innklagede sendte klager 3. april 2009 fremkommer det blant annet at: *"Avvisningen begrunnes i at dere ikke har synliggjort at selskapet har en god nok soliditet til å utføre oppdraget. [...] Deres årsregnskap for 2007 viser at selskapet har en negativ egenkapital på 21,2 %. På bakgrunn av dette er dere vurdert til å ikke oppfylle kravet til god nok soliditet."* I tillegg fremkom det av innklagedes brev 14. april 2009, hvor det ble meddelt at avvisningen ble opprettholdt, blant annet at klagers regnskap viser ustabil økonomi i hele selskapets levetid, også i tider hvor bransjen generelt har hatt gode økonomiske tider. I en senere e-post korrespondanse mellom partene, uttaler innklagede ved e-post 22. april 2009 at *"Beklager om det ikke har kommet tydelig nok frem, men soliditeten vurderes i forhold til godkjente regnskaper, ikke i forhold til tidligere utførte prosjekter. Svaret er derfor at tidligere prosjekter ikke vektlegges i denne sammenheng."* På denne bakgrunn er klagenemnda kommet til at det bare er regnskapet for 2007 som er vektlagt, slik at verken det foreløpige regnskapet for 2008, eller andre av klagers dokumenterte opplysninger ble hensyntatt i vurderingen av om kvalifikasjonskravet var oppfylt.
- (30) På bakgrunn av ovenstående er klagenemnda kommet til at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 når innklagede ikke har hensyntatt de foreløpige regnskapene for 2008 i sin vurdering av om kvalifikasjonskravet *"God nok soliditet"* er oppfylt.
- (31) Klager anfører videre at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 når innklagede, i sin vurdering av om kvalifikasjonskravet *"God nok soliditet"* var oppfylt, ikke tok hensyn til den vedlagte referanselisten.
- (32) Klagenemnda viser til ovenstående, hvor det fremkommer at innklagede bare har vektlagt årsregnskapet for 2007 ved sin vurdering av om kvalifikasjonskravet var oppfylt, og således ikke den vedlagte referanselisten.
- (33) Vurderingen av om leverandører oppfyller kvalifikasjonskravene, må skje på bakgrunn av de dokumentasjonskrav som er oppstilt i konkurransegrunnlaget. Hvilke krav som oppstilles, og hva som anses som tilstrekkelig finansiell soliditet, vil kunne variere avhengig av anskaffelsens omfang og karakter.
- (34) Av konkurransegrunnlaget fremkommer det i punkt 12.3 at kvalifikasjonskravet blant annet kan dokumenteres ved inngivelse av *"Annet som dokumenterer at kvalifikasjonskravet er oppfylt."* En referanseliste med opplisting av tidligere utførte arbeider, samt kontraktsverdi på disse, er ikke egnet til å belyse hvorvidt klager har god nok soliditet. En slik referanseliste kan imidlertid eventuelt gi en angivelse av leverandørens faglige kvalifikasjoner. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til

at det ikke foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet, jf. lovens § 5. Klagers anførsel kan på dette punkt ikke føre frem.

- (35) Klager anfører videre at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 når innklagede, i sin vurdering av om kvalifikasjonskravet "*God nok soliditet*" var oppfylt, ikke så hen til at man, i forbindelse med et annet entreprisedoppdrag gjennomført i 2008, vurderte klager som tilstrekkelig økonomisk solide.
- (36) I foreliggende sak gir konkurransegrunnlaget ikke anvisning på at innklagede ville se hen til tidligere vurdering av tilbyderens økonomiske stilling. Det er heller ikke opplyst hvilke kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørers økonomiske stilling, som ble stilt ved den forrige konkurransen. Det er uansett ikke slik at innklagede er bundet av at man tidligere har vurdert klagers økonomiske stilling som tilfredsstillende. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at det ikke foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved ikke å ta i betraktning hvordan klagers finansielle stilling tidligere er vurdert av innklagede.
- (37) Klager anfører videre at det er i strid med kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 når innklagede, i sin vurdering av om kvalifikasjonskravet "*God nok soliditet*" er oppfylt, ikke har lagt vekt på at klager har oppført Bamble og Langesund sparebank som garantiutsteder.
- (38) Av konkurransegrunnlaget punkt 12.3 følger som nevnt at leverandørene kunne inngi som dokumentasjon "*Annet som dokumenterer at kvalifikasjonskravet er oppfylt.*". Klagenemnda bemerker at en bankgaranti har som formål å sikre oppdragsgiver ved eventuelle fremtidige soliditetsproblemer hos valgte leverandør. En bankgaranti vil imidlertid ikke kunne sikre innklagede mot alle tap som vil kunne oppstå for eksempel ved en konkurs. Klagenemnda bemerker videre at innklagede uttaler at man aldri fikk oversendt den aktuelle bankgarantien. Klagenemnda er på denne bakgrunn kommet til at det ikke foreligger brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.

Konklusjon:

Undervisningsbygg Oslo KF har brutt lovens § 5 om kravet til forutberegnelighet ved ikke å hensynta det foreløpige regnskapet fra 2008 ved vurderingen av om kvalifikasjonskravene var oppfylt.

Klagers øvrige anførsler har ikke ført frem.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

23. november 2009



Tone Kleven