



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale for hofteproteser. Klagenemnda fant at innklagede rettmessig hadde avvist klagers tilbud med hjemmel i forskriftens § 20- 12 (1) bokstav a. Klager ble heller ikke hørt med at innklagede pliktet å innhente supplerende opplysninger i foreliggende tilfelle.

Klagenemndas avgjørelse 10. august 2009 i sak 2009/142

Klager: Link Norway AS

Innklaget: Sykehuspartner Helse Sør-Øst RHF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Bjørg Ven, Jakob Wahl.

Saken gjelder: Avvisning av klager. Plikt til å innhente supplerende opplysninger.

Bakgrunn:

- (1) Sykehuspartner Helse Sør-Øst RHF med underliggende helseforetak (heretter kalt innklagede) kunngjorde den 29. desember 2008 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale for kjøp av hofteproteser.
- (2) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.0, "Oppdragsgiver" fremgår det at de underliggende helseforetakene til Helse Sør-Øst RHF er: Oslo Universitetssykehus HF, Sykehuset Buskerud HF, Blefjell Sykehus HF, Ringerike sykehus HF, Sykehuset i Vestfold HF, Sykehuset i Telemark HF, Sørlandet sykehus HF, Sunnås Sykehus HF, Sykehuset Innlandet HF, Sykehuset Østfold HF, Akershus universitetssykehus HF, Sykehuset Asker og Bærum HF, Diakonhjemmets sykehus AS, Martina Hansen hospital og Lovisenberg Diakonale Sykehus AS.
- (3) Av konkurransegrunnlagets punkt 3.2.1 fremgikk det følgende kvalifikasjonskrav til tilbyderens økonomiske og finansielle stilling, samt hvordan dette skulle dokumenteres:

"Kredittverdigheten som vil legges til grunn for å bli kvalifisert for denne konkurransen vil være AA. I vurderingen av ovennevnte vil oppdragsgiver i sin evaluering bruke Dun & Bradstreet "Standard rapport". Oppdragsgiver vil selv innhente kredittvurdering som underlag for vurderingen angitt over. Andre kredittrapporter vil ikke bli tatt hensyn til. For nystartede selskaper, selskaper med for dårlig rating, eller foretak som ikke blir kredittvurdert, kan det i stedet inngis morselskapsgarantier, bankgaranti, eller lignende som gir en tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen.

[...]

<i>Leverandøren skal ha en økonomisk og finansiell soliditet som gir oppdragsgiver</i>
--

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

trygghet for at leverandøren vil være økonomisk levedyktig i hele avtaleperioden, og fullt ut i stand til å ivareta sine forpliktelser gitt de anslåtte rammene for avtalen."

- (4) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.4, "Utvelgelse", fremgikk:

"Oppdragsgiver vil kvalifisere de leverandører som tilfredsstiller kvalifikasjonskravene for videre deltakelse i konkurransen."

- (5) Link Norway AS (heretter kalt klager) innleverte innen tilbudsfristen 17. mars 2009 tilbud. Fra tilbudets punkt 3.2.1 hitsettes:

"3.2.1 Økonomiske og tekniske minstekrav

Link Norway AS har høy leverandørgjeld i forhold til omsetning som følge av flere års investeringer for å etablere seg på det norske markedet. All leverandørgjeld er til søsterselskapet Waldemar Link GmbH & Co KG som er med i Link Norway AS sin satsing på det norske markedet. Waldemar Link GmbH & Co KG vil derfor ikke kreve inn denne gjelden raskere enn det som er fornuftig for Link Norway AS.

For å oppnå kredittverdighet AA etter Dun & Bradstreet "Standard Rapport" har Link Norway AS nylig foretatt en kapitalforhøyelse. Relevante papirer i forhold til kapitalforhøyelsen er sendt Foretaksregisteret i Brønnøysund for registrering. Vedlagt i dette kapittel er bekreftelse fra revisor på utført kapitalforhøyelse.

Link Norway AS har solide eiere som har økonomiske midler og er motivert til å satse langsiktig på det norske markedet."

- (6) Kvalifikasjonssøknaden var i tillegg vedlagt en bekreftelse på foretatt kapitalforhøyelse fra klagers revisor datert 4. februar 2009:

"Link Norway AS 971 126 418 – kapitalforhøyelse

Vi bekrefter at aksjekapitalen i selskapet er forhøyet med NOK 500.000 fra NOK 500.000 til NOK 1.000.000 samtidig som det til overkursfond er innbetalt NOK 4.840.000. Beløpet totalt NOK 5.340.000 er innbetalt til selskapets bankkonto."

- (7) Ved innklagedes kredittvurdering gjennom Dun & Bradstreets "Standard rapport" ble klager vurdert slik:

"B	(Kreditt mot sikkerhet)	Kreditt –limit (1000)	0
		Aktuell hendelse:	NEI

Delbedømmelser

Grunnfakta	Eier/juridisk	Økonomi	Betalingserfaring
Veletablert	Serios	Sterk	Upåklagelig
Etablert	Bra	God	Akseptabel
Nyetablert	Svak	Tilfredsstillende	Tvilsom
Ukjent	Tvilsom	Svak	Dårlig
Likvidert	Negativ	Dårlig	Insolvent
		Ingen info	Konkurs

- (8) I brev datert 18. mai 2009 ble klager meddelt at selskapet var blitt avvist. Det hitsettes følgende begrunnelse for dette i meddelelsesbrevet:

”Deres selskap er ikke ratet med AA. Det er i deres tilbud heller ikke inngitt noen morselskapsgaranti eller bankgaranti. Det er imidlertid dokumentert en kapitalforhøyelse som er bekreftet av revisor. Sistnevnte er imidlertid ikke satt opp som et alternativ for å godtgjøre at man oppfyller økonomiske minstekrav i konkurransegrunnlaget. Deres firma tilfredsstiller således ikke de kvalifikasjonskravene som er satt for konkurransen og er derfor ikke kvalifisert for videre deltakelse. På bakgrunn av reglene i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 20-12 (1) bokstav a) beklager vi derfor å måtte avvise Dem fra konkurransen.”

- (9) Klager påklaget avvisningsbeslutningen i brev datert 26. mai 2009. Av brevet fremgår det blant annet:

”Da Helse Sør- Øst sitt anbud på hofteproteser ble offentliggjort med et krav om AA-rating eller tilsvarende, gjennomførte Link Norway AS en forhøyelse av aksjekapitalen som bringer oss opp på et AA-nivå. For oss vil ikke denne type forhøyelse av aksjekapitalen komme til syne i en rating før etter at regnskapet i 2009 er avsluttet og innlevert. Situasjonen pr i dag er likevel tilsvarende AA-nivå ut fra tidligere vedlagt dokumentasjon fra revisor. Dette skulle gi nødvendig sikkerhet for gjennomføringsevnen. Kapitalforhøyelsen er også registrert i Brønnøysundregisteret i henhold til gjeldende regler.

[...]

Vi mener at [konkurransegrunnlaget] åpner for å inngi annen type dokumentasjon enn AA-rating, morselskapsgaranti og bankgaranti, noe vi da også helt klart har gjort.

Hvis dokumentasjonen vår oppfattes som uklar bør forskrift om offentlige anskaffelser(FOA) § 21-4 komme til anvendelse der oppdragsgiver kan gi leverandør mulighet til å komme med supplerende og utdypende opplysninger.

Link Norway AS kan da på en supplerende måte inngi ytterligere økonomisk dokumentasjon bekreftet av revisor samt også morselskapsgaranti.”

- (10) Innklagede besvarte klagen i brev datert 5. juni 2009. Det hitsettes fra innklagedes brev:

”Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 17-4 at oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene, herunder til deres finansielle- og økonomiske stilling, slik dette fremgår av konkurransegrunnlaget pkt. 3.2.1. Kravene skal sikre at leverandørene er egnet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene.

[...]

Dersom leverandørene som tildeles kontrakt skulle vise seg ikke å være levedyktige i hele avtaleperioden, vil dette få svært alvorlige konsekvenser for helseforetakene. Dette

er igjen bakgrunnen for at det er stilt så strenge krav om kredittverdighet at det kreves AA-rating eller bankgaranti/morselskapsgaranti/annen relevant dokumentasjon som gir en tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen.

Sykehuspartner har vurdert hvorvidt den kapitalforhøyelsen som er foretatt fra Deres side kan gi oss tilstrekkelig sikkerhet for gjennomføringsevnen når det gjelder disse kontraktene, men har dessverre kommet frem til at kapitalforhøyelsen ikke gir oss tilstrekkelig sikkerhet.

[...]

Det er leverandørenes ansvar og risiko å innlevere den etterspurte dokumentasjonen innen tilbudsfristens utløp. Vi som oppdragsgiver har en rett, men ingen plikt til å åpne opp for utdypning og supplering av den dokumentasjonen som allerede er sendt inn, slik dette fremgår av § 21-4. Det er i utgangspunktet kun de dokumenter som allerede er fremlagt innen tilbudsfristens utløp som kan utdypes og suppleres, og vi er av den oppfatning at en innsending av morselskapsgaranti på nåværende tidspunkt reelt sett vil være ny dokumentasjon. På denne bakgrunn mener vi det vil være i strid med likebehandlingsprinsippet å åpne for at Link ettersender morselskapsgaranti i dette tilfellet.”

- (11) Saken ble brakt inn for klagenemnda for offentlige anskaffelser den 29. juni 2009. Innklagede avventer kontraktsinngåelse frem til 28. august 2009, for å gi klagenemnda anledning til å ferdigbehandle saken innen dette tidspunkt.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at firmaet er urettmessig avvist fra konkurransen da avvisningen er basert på et uriktig eller mangelfullt grunnlag, og at selskapet etter kapitalforhøyelsen har godtgjort at det har tilsvarende sikkerhet som et selskap med AA- rating. Innklagede har etter klagers mening dermed ikke hjemmel til å avvise selskapet etter forskriftens § 20- 12 (1) bokstav a.
- (13) Klager anfører videre at innklagede i sin begrunnelse for avvisningen ikke synes å ha foretatt en forsvarlig vurdering av klagers fremlagte dokumentasjon. Oppdragsgiver tar utgangspunkt i tidligere års regnskapstall. Når det av konkurransegrunnlaget uttrykkelig fremgår at senere utvikling skal vektlegges såfremt dette kan dokumenteres, vil tidligere rating være av underordnet betydning for vurderingen av den økonomiske soliditeten. Momentet om at kapitalforhøyelsen ikke er tilstrekkelig da kapitalen kan brukes til andre formål, er også usaklig da ethvert selskap i prinsippet kan bruke midlene sine på den måten selskapet til enhver tid finner formålstjenelig. Selskap med kredittrating AA vil følgelig også kunne bruke kapitalen sin på en annen måte enn til å trygge gjennomføringen av kontraktsforpliktelsene overfor innklagede. Hvorvidt kapitalforhøyelsen innebærer ”tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen” som AA-rating, må etter klagers mening vurderes ut i fra de samme momentene som kredittratingen baseres på.
- (14) I klage på avvisningsbeslutningen åpnet klager for å oversende ytterligere dokumentasjon vedrørende den økonomiske situasjonen i selskapet. Innklagede avsto

dette, selv om forskriften § 21-4 åpner for en slik innhenting av supplerende opplysninger.

Innklagedes anførsler:

- (15) Innklagede bestrider at avvisningen er uriktig eller foretatt på mangelfullt grunnlag. Det er satt et krav til meget god økonomisk soliditet for å delta i konkurransen. Klager oppfyller ikke dette kravet. Avvisningsplikten følger dermed av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (1) bokstav a.
- (16) Selv om konkurransegrunnlaget åpner for at annen dokumentasjon enn morselskapsgaranti og bankgaranti kan innleveres av selskaper som har for dårlig rating, innebærer det på ingen måte at enhver dokumentasjon oppfyller kravet for deltakelse i konkurransen eller at en kapitalforhøyelse i dette tilfellet er tilstrekkelig for å oppfylle kravet til økonomisk soliditet i konkurransen. Klager har drevet med minustall i flere år, og oppnår kun B i Dun & Bradstreets rating, noe som betyr at selskapet ikke er kredittverdig uten sikkerhet. Den kapitalforhøyelsen som klager har foretatt, gir etter innklagedes mening ikke like god økonomisk sikkerhet som en AA rating ville ha gitt.
- (17) I denne konkurransen er bankgaranti og morselskapsgaranti angitt som to konkrete eksempler på hvilken dokumentasjon som kunne innleveres for å dokumentere kravet til solid økonomi. En kapitalforhøyelse innebærer etter innklagedes mening ingen garanti på lik linje med bank- eller morselskapsgarant. Kapitalforhøyelsen kan benyttes til helt andre formål enn å garantere for kontraktsforpliktelsene. Kapitalforhøyelsen gir heller ikke tilstrekkelig trygghet for gjennomføring av kontraktsforpliktelsene frem i tid på samme måte som en AA- rating ville ha gjort.
- (18) Det er klager som må bære risikoen for at selskapet velger en annen tilnærming til oppfyllelse av kvalifikasjonskravet enn det som er angitt i konkurransegrunnlaget. Dersom klager hadde innlevert en morselskapsgaranti eller bankgaranti i tilbudet sitt, ville klager hatt mulighet til å bli kvalifisert for deltakelse i konkurransen. Av fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder punkt 12.5.4, fremgår det at "*Det er i utgangspunktet kun de dokumenter som er fremlagt innen tilbudsfristens utløp som kan utdypes og suppleres.*" Det var ikke ønskelig å åpne for inngivelse av supplerende opplysninger da dette etter innklagedes mening kunne føre til brudd på likebehandlingsprinsippet da ettersending av morselskapsgaranti måtte betraktes som ny dokumentasjon.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager ønsket å delta 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 av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Avvisning av klager fra konkurransen

- (20) I følge forskriften § 20- 12 (1) bokstav a plikter oppdragsgiver å avvise leverandører som "*ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen*".
- (21) Det er på det rene at klager ikke tilfredsstilte konkurransegrunnlagets krav om kredittrating AA basert på den evaluering som foretas ved en "*Standard rapport*" fra Dun & Bradstreet. Klager mener imidlertid at selskapet etter kapitalforhøyelsen hadde

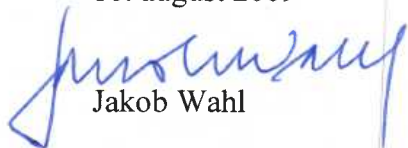
en kredittverdighet tilsvarende AA på kvalifikasjonstidspunktet, og dermed tilfredsstille konkurransens kvalifikasjonskrav til økonomisk og finansiell stilling.

- (22) Spørsmålet er om klagers kapitalforhøyelse ga innklagede en tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen av kontraktsforpliktelsene som en AA- rating ville ha gitt, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.2.1 hvor det presiseres at for *"selskaper med for dårlig rating [...] kan det i stedet inngis morselskapsgarantier, bankgaranti, eller lignende som gir en tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen."*
- (23) Etter klagenemndas oppfatning er klagers påstand om at selskapet ved den foretatte kapitalforhøyelsen kunne dokumentere en kredittrating tilsvarende AA, ikke verifiserbar. En eventuell AA rating i Dun & Bradstreets *"Standard rapport"* kan kun basere seg på oppgjorte og endelige regnskap. Ettersom kapitalforhøyelsen, slik klagenemnda har forstått det, ble foretatt i 2009 vil påstanden om at selskapet med denne kunne dokumentere kredittrating AA, først være etterprøvbart i 2010 når endelig regnskap for 2009 foreligger.
- (24) Ratingen i Dun & Bradstreet bygger på en vurdering av selskapets økonomi som helhet, hvor ikke bare egenkapitalen teller. I vurderingen inngår også selskapets lønnsomhet, likviditet og finansiering. Det er derfor ikke mulig å avgjøre hvorvidt klagers kapitalforhøyelse innebærer at selskapet p.t. har en økonomisk stilling som tilsvarende en AA rating, og klagers foretatte kapitalforhøyelse kan på denne bakgrunn ikke anses som *"morselskapsgaranti, bankgaranti, eller lignende som gir en tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen."*
- (25) Det må imidlertid tas stilling til hvorvidt innklagede i dette tilfellet hadde en plikt til å akseptere at klager fikk supplere sin kvalifikasjonssøknad med *"morselskapsgaranti, bankgaranti, eller lignende som gir en tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen."*, etter at det ble klart at klagers opprinnelige dokumentasjon ikke kunne godtas. Klager tilbød i sitt klagebrev av 26. mai 2009 å: *"inngi ytterligere økonomisk dokumentasjon bekreftet av revisor samt også morselskapsgaranti."*, noe som ble avslått av innklagede i brev av 5. juni 2009.
- (26) Av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (1) bokstav a følger at oppdragsgiver skal avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*. I konkurransegrunnlaget var det stilt krav til kredittverdighet "AA". For nystartede selskaper, selskapet med dårlig rating eller foretak som ikke blir kredittvurdert var det i stedet anledning til å inngi *"morselskapsgarantier, bankgarantier, eller lignende som gir en tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen"*. "Eller lignende" må forstås som en sikkerhetsstillelse som gir tilsvarende sikkerhet for oppdragsgiver som en morselskapsgaranti eller bankgaranti. En bekreftelse fra selskapets revisor om at det er foretatt kapitalforhøyelse gir ikke tilsvarende sikkerhet for gjennomføringsevnen som en morselskaps/bankgaranti. Innklagede hadde ingen plikt til å innhente supplerende opplysninger om klagers økonomiske situasjon. Klager hadde ved tilbudsfristens utløp ikke dokumentert at selskapet oppfylte de krav som var satt til deltakelse i konkurransen hva gjelder økonomiske minstekrav, jf. konkurransegrunnlagets punkt 3.2.1. Oppdragsgiver hadde ikke anledning til å innhente supplerende opplysninger om klager oppfylte kvalifikasjonskravet på dette punkt. Oppdragsgiver hadde således plikt til å avvise klager fra konkurransen.

Konklusjon:

Sykehuspartner Helse Sør-Øst RHF har ikke brutt lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,
10. august 2009

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Jakob Wahl', is written over the printed name.

Jakob Wahl