



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Maler og Byggtapetsermester Henriksen AS

Varabergstubben 12
4050 SOLA

Deres referanse

Vår referanse
2009/160

Dato
01.03.2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på anskaffelse av gulvleggingsarbeider til Solås skole. 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 klart ikke kan føre fram. 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:

- (1) Gjesdal kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 9. juni 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av 1 000 m² gulvbelegg til Solås skole, samt legging av gulvbelegget.
- (2) I konkurransegrunnlagets kapittel 5 fremgikk kvalifikasjonskrav for deltakelse i konkurransen:

"5 KVALIFIKASJONSKRAV"

Under er det listet opp hvilke minimumskrav som stilles til tilbyder for å kunne delta i konkurransen.

De opplysninger som etterspørres her er knyttet til leverandørens personlig stilling samt nødvendige opplysninger og formaliteter for å kunne evaluere minimumskrav knyttet til juridisk, økonomisk-, finansiell og teknisk kapasitet.

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

De leverandører som ikke oppfyller angitte kvalifikasjonskrav og krav til fremlagt dokumentasjon, vil bli avvist jfr. § 20-12 (1) bokstav a i Lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

[...]

5.1 Finansiell og økonomisk stilling

Entreprenøren skal ha tilstrekkelig økonomisk evne til å gjennomføre dette prosjektet.

Oppdragsgiverens kvalifikasjonskrav:	Dokumentasjon – bevis for at de stilte krav er oppfylt	Vedlagt (X):	Vedlegg nr:
---	---	-------------------------	--------------------

- | | | | |
|--|--|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Tilbyder skal ha tilstrekkelig økonomisk evne til å gjennomføre kontrakten | <ul style="list-style-type: none">• Foretakets siste års beretning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall• Skatteattest• Mva-attest• Revisorerklæring for 2007 og 2008• Entreprenøren skal vedlegge en uforbeholden erklæring fra bank eller annen godkjent finansinstitusjon om at denne vil stille sikkerhet som kreves i kontraktbestemmelsen dersom entreprenøren blir tildelt kontrakten. | | |
|--|--|--|--|

Attestene skal ikke være eldre enn 6 måneder regnet fra tilbudsfristens utløp."

- (3) Innen tilbudsfristen den 26. juni 2009 mottok innklagede to tilbud, deriblant fra Maler og Byggtapetsermester Henriksen AS (heretter kalt klager) og R. Olufsen Maler og Gulvservice AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (4) I sitt tilbud av 26. juni 2009 vedla klager følgende dokumentasjon tilknyttet kvalifikasjonskravene: egenerklæring HMS, skatte- og mva-attester og firmaattest. Av firmaattesten fra Brønnøysundregisteret fremgikk det at stiftelsesdatoen for selskapet var 22. mars 2009.
- (5) Av e-post av 30. juni 2009 fra innklagede til klager, sendt klokken 12:57, fremgår det at klagers tilbud er noe mangelfullt hva gjelder dokumentasjon tilknyttet leverandørens økonomiske og finansielle stilling. Under påminnelse om at tilbudet ville bli forkastet uten dokumentasjonen, ble det gitt en frist til neste dag klokken 12:00 for å ettersende følgende dokumentasjon:
 - "Foretakets siste årsberetning, samt nyere opplysninger som har relevans til foretakets regnskapstall.
 - Revisorerklæringer for 2007 og 2008.

- *Entreprenøren skal vedlegge en uforbeholden erklæring fra bank eller annen godkjent finansinstitusjon om at den vil stille sikkerhet som kreves i kontraktsbestemmelsen dersom entreprenøren blir tildelt kontrakten.*
 - *Oversikt over foretakets totale bemanning.*
- (6) Klager besvarte e-posten 1. juli 2009 klokken 10:43. Vedlagt svaret var blant annet bekreftelse fra revisor om at klager var registrert i Enhetsregistret, sentral godkjenning av foretak for ansvarsrett, klagers CV og bekreftelse fra Opplæringskontoret for Bygg og Anleggsteknikk på at klager var tilknyttet kontoret, men ikke hadde lærlinger for tiden. I e-posten forklarte klager også at bedriften var et aksjeselskap som nylig ble skilt ut av et annet selskap og derfor ikke hadde revisorerklæringer fra 2007 og 2008.
 - (7) I ny e-post senere samme dag skrev innklagede at klagers vedlegg ikke kunne godkjennes som svar på etterspurt dokumentasjon. Klager besvarte e-posten samme dag og fremholdt at de allerede fremlagte dokumenter måtte anses som tilfredsstillende bevis på at klagers bedrift drev i henhold til gjeldende regelverk. Videre skrev klager at det var umulig å oppfylle de resterende dokumentasjonskravene på så kort varsel under ferieavvikling.
 - (8) I innklagedes avvisningsmeddelelse av 2. juli 2009 fremgår det:
"På grunnlag av at det ikke er innlevert erklæring fra banken om at de ville stille garanti beslutter Gjesdal kommune at Maler og Byggtapetsermester Henriksen AS er avvist i fra konkurransen jfr. Lov og forskrift om offentlig anskaffelse § 20-12 (1) bokstav a."
 - (9) Klager påklaget avvisningen i e-post av 8. juli 2009. I e-post av 9. juli 2009 avslo innklagede klagen.
 - (10) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i e-post av 12. juli 2009.
 - (11) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandør ble inngått 14. juli 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (12) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved å stille dokumentasjonskrav knyttet til leverandørenes økonomiske stilling som nye selskaper ikke kan oppfylle, ettersom innklagede har etterspurt årsberetning og revisorerklæring fra perioden før klagers selskap ble stiftet.
- (13) Videre var avvisningen av klager i strid med lovens § 5, ettersom den dokumentasjonen klager faktisk fremla måtte anses fyllestgjørende i forhold til kvalifikasjonskravene stilt til klagers firma og økonomiske stilling. Avvisning grunnet manglende bankgaranti har skjedd på feil grunnlag, og innebærer regelbrudd.
- (14) Innklagede har brutt forskriftens § 12-3 ved å oppstille en urimelig kort tilleggsfrist for å fremlegge den manglende dokumentasjonen. Fristen var på mindre enn et døgn.

Urimeligheten forsterkes ved at tilleggsfristen var i typisk ferietid, og bare noen få timer av fristen var innenfor alminnelig kontortid.

- (15) Klager krever erstatning for det tap han er påført som følge av innklagedes brudd på regelverket for offentlige anskaffelser.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede bestrider å ha bedt om ulovlig dokumentasjon. Ettersom forskriften del II ikke har konkrete regler om hvilke dokumentasjonskrav som kan stilles, er dette overlatt til oppdragsgivers skjønn, som i følge juridisk teori må anses relativt vidt. Oppdragsgiver må kunne kreve den dokumentasjonen som anses egnet og ønskelig for å vurdere om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Under hensyntagen til likebehandlingsprinsippet kan ikke nystartede firmaer fritas fra å dokumentere sin økonomiske stilling.
- (17) Det bestrides at avvisningen av klager var i strid med regelverket for offentlige anskaffelser, ettersom § 11-10 (1) a pålegger avvisning av leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Dessuten har oppdragsgiver fakultativt avvisningsskjønn etter § 11-10 (2) g dersom leverandør unnlater å gi dokumentasjon som kreves i kvalifiseringsgrunnlaget. Klager har verken dokumentert tilstrekkelig økonomisk evne eller tekniske kvalifikasjoner i forbindelse med gulvleggerarbeidet klager har inngitt tilbud på. Innklagede har dermed rettslig adgang til å avvise. Skjønnets i denne vurderingen er verken usaklig, vilkårlig, kvalifisert urimelig eller i strid med de grunnleggende krav i loven § 5, og kan heller ikke overprøves av klagenemnda eller domstolene.
- (18) Det bestrides også at tilleggsfristen er urimelig kort, ettersom det følger av § 12-3 at oppdragsgiver "kan" gi "en kort" tilleggsfrist for innsending av dokumentasjon. Fristens lengde var begrunnet i prosjektets fremdrift og var ikke ment å utvide tilbudsfristen. Videre er fristen underlagt oppdragsgivers skjønn, og er verken usaklig, vilkårlig, kvalifisert urimelig eller i strid med loven § 5. Innklagedes beslutning kan verken overprøves av klagenemnda eller domstolene.
- (19) Det er ikke grunnlag for å kreve erstatning, verken for negativ eller positiv kontraktsinteresse.

Sekretariatets vurdering:

- (20) 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 II.

Hvorvidt avvisningen av klager var lovlig

- (21) I konkurransegrunnlaget kapittel 5 fremgikk det at "leverandører som ikke oppfyller angitte kvalifikasjonskrav og krav til fremlagt dokumentasjon, vil bli avvist jfr. §20-12 (1) bokstav a)". Sekretariatet legger til grunn at innklagede mener § 11-10 (1) bokstav a. Spørsmålet er om innklagede hadde plikt til å avvise klager fordi klager ikke innleverte erklæring fra bank om sikkerhetsstillelse.

- (22) Av forskriften § 11-10 (1) bokstav a følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller de kvalifikasjonskravene som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen.
- (23) Sekretariatet viser til at kvalifikasjonskravene er absolutte, og at oppdragsgiver ved vurderingen av om kravene er oppfylt, derfor vil kunne ha et relativt begrenset skjønn, jf sak 2009/128 premiss (84). Tilbyder skal avvises dersom han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet. Dersom tilbyder ikke oppfyller det tilhørende dokumentasjonskravet, og ved dette viser at han heller ikke oppfyller kvalifikasjonskravet (eller som følge av dette ikke har dokumenter at han oppfyller kravet), skal tilbyder også avvises. Det avgjørende i foreliggende sak er om klager har innlevert dokumentasjon som på fyllestgjørende måte tilfredsstiller dokumentasjonskravet, og slik viser at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Dersom dette ikke er tilfellet, har innklagede plikt til å avvise klager.
- (24) Kvalifikasjonskravet i punkt 5.1 var: *"Tilbyderen skal ha tilstrekkelig økonomisk evne til å gjennomføre kontrakten"*. Det aktuelle dokumentasjonskravet var: *"Entreprenøren skal vedlegge en uforbeholden erklæring fra bank eller annen godkjent finansinstitusjon om at denne vil stille sikkerhet som kreves i kontraktsbestemmelsen dersom entreprenøren blir tildelt kontrakten"*.
- (25) Sekretariatet forstår kravet slik at det skal fremlegges en erklæring fra bank eller lignende før kontraktstildeling, og at erklæringens innhold bare skal være en uttalelse fra banken om at denne påtar seg å stille finansiell sikkerhet dersom tilbyderen senere tildeles kontrakten. Klagers forståelse, slik sekretariatet oppfatter den, at det bare skal fremlegges erklæring / garanti fra bank i det tilfellet kontrakt vitterlig blir tildelt tilbyderen, kan derfor ikke legges til grunn.
- (26) Det er på det rene at klager ikke har innlevert erklæring fra bank eller lignende om at den stiller garanti dersom kontrakt tildeles. I mangel av årsberetninger og revisorerklæringer fra klager, må tredjemenns sikkerhetsstillelse anses svært viktig i oppdragsgivers vurdering av nyetablerte selskapers økonomiske evne. Sekretariatet har kommet til det ikke var dokumentert at klager hadde tilstrekkelig økonomisk evne til å gjennomføre kontrakten, og at kvalifikasjonskravet ikke er oppfylt. Avvisningen av klager er dermed rettmessig, og klagers anførsel fører ikke frem.
- (27) Klager anfører så at tilleggsfristen på 23 timer som ble gitt for å ettersende den dokumentasjonen som manglet, var for kort. I følge klager innebærer den korte fristen et regelbrudd og at avvisningen dermed var urettmessig. Sekretariatet peker på at det etter § 12-3 kan gis en kort tilleggsfrist for ettersending av *"HMS-egenerklæring, skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon"*. Det er klart at erklæring om bankgaranti ikke inngår i disse tre kategoriene. Følgelig kunne det i utgangspunktet ikke innrømmes tilleggsfrist for ettersending av bankerklæring, og klager skulle vært avvist allerede før fristen ble gitt. Klager kan ikke høres med sin anførsel her.
- (28) Da klager rettmessig er avvist fra konkurransen etter § 11-10 (1) bokstav a, er det ikke grunn til å drøfte om innklagede oppstilte ulovlige dokumentasjonskrav. Det er heller ikke grunnlag for erstatningskrav.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen ikke kan føre fram, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda.

Med vennlig hilsen


Kristian Strømsnes
førstekonsulent

Kopi til:

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA Postboks 1150 Sentrum

Mottakere:

Maler og Byggtapetsermester Henriksen AS