



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokatene Lagem & Storberget DA
Per Storberget
Ullevålsveien 113
0359 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
2009/211

Dato
16.06.2010

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse ved brev 23. september 2009. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsvedtak kan påklages til klagenemndas leder innen tre dager etter at det er gjort kjent for klager.

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

Bakgrunn:

- (1) Bærum kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 15. juni 2009 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse totalentreprisekontrakt for rivearbeider i forbindelse med ombygging til boliger med service ved Capralhaugen sykehjem. Verdien på anskaffelsen var oppgitt til kr 2 000 000 eksklusiv merverdiavgift.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 2 "Kvalifikasjoner" ble det blant annet stilt krav om at tilbyderne skulle ha tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre kontrakten. Dette skulle dokumenteres ved:

"Foretakets årsregnskap (2008) eller utdrag fra dette. Utdrag fra årsregnskap de tre siste årene.

Bekreftelse fra bank (ikke konsern) på at garanti (NS 3431 pkt. 18.2) kan stilles."

- (3) Innen fristen kom det inn fire tilbud, herunder tilbud fra Aktaion AS (heretter kalt klager) og Betonmast Miljøsanering AS (heretter kalt valgte leverandør).

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

- (4) Fra klagers tilbud, datert 17. august 2009, gjengis følgende fra selskapets årsberetninger for henholdsvis 2006, 2007 og 2008:

"Selskapet har ikke hatt ansatt i 2006 [...] Selskapets hovedaksjonær arbeidet vederlagsfritt i 2006.

Styret mener det er riktig å legge forutsetningen for fortsatt drift av selskapet til grunn ved avleggelsen av årsregnskapet på tross av at egenkapitalen er tapt. Årsaken er at det forventes et overskudd i 2008.

Selskapets aksjekapital er tapt og styret er bevisst sin handleplikt. Styret og den daglige ledelse har satt i verk tiltak som medførte overskudd i 2008. Dette videreføres i 2009 og det er forhåpninger om at aksjekapitalen er intakt per 31.12.2009.

- (5) Av tilbudet fremgikk videre om *"Sikkerhetsstillelse for kontraktsforpliktelse"* at *"[a]lle slike garantier stilles av vår bankforbindelse Bamble og Langesund Sparebank"*.

- (6) Klager ble avvist ved innklagedes brev 24. august 2009. Fra brevet refereres følgende:

"Vi beklager å meddele at Deres tilbud avvises i henhold til Bærum kommunes reglement og i forhold til Forskrift om offentlige anskaffelser.

Begrunnelse for avvisningen er at foretaket ikke tilfredsstiller kravene til økonomisk og finansiell stilling slik det fremgår av konkurransegrunnlagets del 1, jf. tabell 2.1, kvalifikasjonskrav. For øvrig vises til forskriftens § 11-10.

Som grunnlag for vedtaket har Bærum kommune innhentet kredittopplysninger fra CreditInform. Ratingen viser en tallverdi på selskapet på 14 poeng, hvilket ligger under den grense Bærum kommune normalt setter som minimum for å inngå bygge- og anleggskontrakter. Videre er det innhentet parallelle opplysninger fra Dun & Bradstreet Norway AS samt utskrift av kunngjøringer fra Brønnøysundregistrene.

For ordens skyld er kopi av ovennevnt dokumentasjon vedlagt dette brevet."

- (7) Avvisningen ble påklaget av klager ved brev 31. august 2009. Fra brevet hitsettes:

Vår klage er grunnet i det vi mener er avvisningsvedtak fattet på mangelfulle premisser. [...]

Årsaken til selskapets noe dårlige rating tall skyldes at selskapet hadde et negativt resultat i 2007. Resultatet for 2008 er imidlertid mye bedre og viser positivt resultat samtidig som omsetningen er mer enn fordoblet. Ut i fra vedlagte referanseliste for 2009 kan det utledes at omsetningen fortsetter å stige kraftig.

Til tross for de dårlige tallene for 2007 ble vi allikevel godkjent som leverandør av følgende statlige

og kommunale foretak i 2008:

Oslo kommune, Rådhusets forvaltningstjeneste

Oslo kommune, Eiendoms- og byfornyelsesetaten

Hedmark fylkeskommune

Statsbygg
Oslo kommune, Undervisningsbygg
Asker kommune.

[...]

For regnskapsåret 2009 viser vi særskilt til utført entreprise for Kollektivproduksjon AS (tidligere Oslo Sporveier). Entreprisen hadde en vesentlig høyere kontraktsramme, og det er oppført kontaktperson som kan bekrefte at entreprisen er utført uten noen problemer med økonomisk og finansiell gjennomføringsevne. Avslutningsvis viser vi til pågående entrepriser for Tromsø kommune og Forsvarsbygg hvor det også er oppgitt kontaktpersoner som kan bekrefte at det ikke er problemer med gjennomføringsevnen. (kontraktssum Tromsø kommune ca 5 000 000,-)

Vi er av den oppfatning at dokumentasjon innlevert med anbudsdokumentene fullt ut dokumenterer at vi har den økonomiske og finansielle tyngde som er nødvendig for å utføre denne entreprisen.

Avslutningsvis ønsker vi også å peke på noen forhold i de oversendte kredittvurderinger. Vurderingen fra CreditInform viser at selskapet ikke er kredittverdig (14 poeng), imidlertid viser vurderingen fra D & B at selskapet er kredittverdig mot sikkerhet (rating B) Dersom man legger til grunn at D & B sin rating er korrekt kan selskapet teoretisk oppnå 29 poeng hos CreditInform.

Viser også til at begge selskaper oppgir betalingserfaringen som upåklagelig.”

- (8) Innklagede engasjerte Jon Barstad AS, partner i Collegium Management Center, til å foreta en økonomisk/finansiell analyse av tilbyderne. Fra rapporten datert 7. september 2009, refereres følgende konklusjon fra analysen av klagers foretak:

”Risikoen for at økonomiske/finansielle forhold fører til avbrudd eller andre komplikasjoner og tap for Kommunen synes således betydelig ved eventuelle oppdrag til denne tilbyderne.”

- (9) Innklagede opprettholdt avvisningen ved brev 8. september 2009. Fra brevet hitsettes:

”Vi har vurdert klagen. Vi understreker at vi ikke kan se hen til nye opplysninger oppgitt i Deres klagebrev, da vi kun kan evaluere opplysninger som var vedlagt Deres tilbudsdokumenter forelagt ved tilbudsfristens utløp.

Det er gjennomført en uavhengig vurdering av en ekstern konsulent som bekrefter vår avvisning. Det er i denne vurderingen foretatt en vurdering av likviditet, soliditet, resultat og resultatgrad samt finansiering.

Følgende ble konkludert:

Likviditeten er vurdert til lav

Soliditet – negativ egenkapital

Resultat og resultatgrad – positiv utvikling, men fortsatt lav likviditet i selskapet

Finansiering – behov for kapitalutvidelse for å få på plass en forsvarlig likviditet og soliditet.

Risikoen for at økonomiske forhold fører til avbrudd eller andre komplikasjoner og tap for kommunen synes således betydelig ved eventuelle oppdrag til Aktaion AS.”

- (10) Innklagede bekreftet avvisningen på ny ved brev 18. september 2009. Fra brevet refereres:

”Oppdragsgiver har foretatt en realitetsvurdering av klagen i vårt tilsvarebrev. Vi kan ikke se at de anførsler som er fremført har betydning for den vurdering som har blitt foretatt og som danner grunnlag for vår konklusjon. [...]

På bakgrunn av det ovennevnte vil oppdragsgiver inngå kontrakt med valgt leverandør etter september 2009.”

- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 23. september 2009.

- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 26. oktober 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (13) Klager anfører å ha blitt urettmessig avvist. Etter klagers oppfatning viser den begrunnelse som er gitt for avvisningen at innklagede har foretatt en vurdering som er basert på uriktig eller mangelfullt grunnlag. Det vises til at innklagede har en plikt til å vurdere all dokumentasjon som en tilbyder har vedlagt tilbudet, og ikke bare se hen til tidligere regnskapstall og eventuelle kredittvurderinger som baserer seg på disse.
- (14) Når det gjelder garantihold hos bankforbindelse, anføres at tilstrekkelig informasjon er gitt. For det tilfellet at innklagede oppfattet klagers dokumentasjon som mangelfull, har innklagede anledning til å sette en tilleggsfrist for innsendelse av supplerende informasjon. Klager finner det underlig at innklagede ikke benyttet seg av denne muligheten.
- (15) Klager anfører videre at innklagede har brutt forskriften § 8-4 (2), jf. § 3-1 (5) ved at det ikke er proporsjonalitet mellom den tjeneste som etterspørres og den ytelse som skal leveres. En naturlig konsekvens av dette er at innklagede ikke kan vurdere kvalifikasjonskravene uten å se hen til oppdragets størrelse og risiko.

Innklagedes anførsler:

- (16) Innklagede anfører at klager rettmessig er avvist, idet klager ikke kan sies å ha tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre kontrakten. Det vises blant annet til at overskuddet for 2008 ble på ca 260 000 kroner, og gikk i sin helhet med til å dekke tidligere tap. Balansen per 31. desember 2008 viste en kortsiktig gjeld på ca 2 100 000 kroner og negativ egenkapital. Klager har heller ikke vedlagt bekreftelse fra bank i henhold til kravet i konkurransegrunnlaget.
- (17) Kvalifikasjonskravet er i tråd med forholdsmessighetsprinsippet. Kravet til økonomi var først og fremst satt for å unngå en situasjon der leverandøren må innstille sin virksomhet

på grunn av økonomiske problemer. Dette får ringvirkninger i forhold til fremdriften og gjenoppbyggingen av sykehjemmet. I tillegg kommer verdien av å ha en god søkemotpart ved et eventuelt kontraktsbrudd.

Sekretariatets vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen er en bygge- og anleggskontrakt som etter sin verdi følger forskrift 7. april 2006 nr 402 om offentlige anskaffelser del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (19) Klager anfører at han er urettmessig avvist ettersom innklagede, ved sin vurdering av om kvalifikasjonskravet *"tilfredsstillende økonomisk stilling"* var oppfylt, kun har vurdert regnskapstall og kredittvurderinger som baserer seg på disse. Videre vises til at klager har gitt tilstrekkelige opplysninger om sine garantiforhold hos bankforbindelsen.
- (20) Av forskriften § 11-10 første ledd bokstav a følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen"*. Det følger videre av forskriften § 11-10 annet ledd bokstav g at oppdragsgiver har rett til å avvise leverandører som har *"unnlatt å gi opplysninger i henhold til [...] krav til leverandøren."* Det må således som et utgangspunkt skilles mellom konsekvensene ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og ved manglende oppfyllelse av krav til dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (21) Om sontringen mellom tilsvarende bestemmelsen i forskriftens del III, forskriften § 20-12, uttalte klagenemnda i sak nr. 2009/219 premiss (35) – (36):
- "(35) ...det [ble] i klagenemndas sak 2009/128 premiss (84) presisert at en leverandør skal avvises etter § 20-12 første ledd bokstav a dersom han ikke oppfyller det tilhørende dokumentasjonskravet "og ved dette viser at han ikke oppfyller kvalifikasjonskravet (eller som følge av dette ikke har dokumentert at han oppfyller kravet)". Dersom tilbyder "ellers" ikke oppfyller kravene til dokumentasjon, kan selskapet avvises etter § 20-12 andre ledd bokstav g, men i slike tilfeller har oppdragsgiver en betydelig skjønnsfrihet.*
- (36) Dette viser at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som ikke på noen måte har dokumentert at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Oppdragsgivers rett til å avvise en leverandør etter § 20-12 andre ledd bokstav g er dermed forbeholdt tilfeller der dokumentasjonskravet ikke er oppfylt, men leverandøren på annen måte likevel har vist at kvalifikasjonskravet er oppfylt, eller at dette fremstår som sannsynlig."*
- (22) Problemstillingen blir således om klager oppfylte dokumentasjons- og kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget punkt 2, jf. forskriften § 11-10 første ledd bokstav a og annet ledd bokstav g. Sekretariatet tar først stilling til hvorvidt dokumentasjonskravet er oppfylt.
- (23) Det fremgår av konkurransegrunnlaget punkt 2 at tilbyderne skal ha *"tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre kontrakten"*. For å dokumentere at kravet er oppfylt, skulle tilbyderne blant annet gi en *"bekreftelse fra bank (ikke konsern) på at garanti (NS 3431 pkt 18.2) kan stilles"*.

- (24) For klagers tilbud var det ikke vedlagt slik bekreftelse fra bank, men en bekreftelse fra klager om at ”[a]lle slike garantier stilles av vår bankforbindelse Bamble og Langesund Sparebank”.
- (25) Det er dermed uomtvistet at klager ikke oppfylte konkurransegrunnlagets dokumentasjonskrav. Etter sekretariatets oppfatning må dette innebære at klager rettmessig ble avvist fra konkurransen i medhold av forskriften § 11-10 første ledd bokstav a.
- (26) Klagers subsidiære påstand om at det forelå en plikt etter forskriften § 12-4 til å anmode om at det ble fremlagt supplerende dokumentasjon, kan heller ikke føre frem, all den tid bestemmelsen viser til innklagedes adgang til å fastsette tilleggsfrist for ettersending av offentlig tilgjengelig informasjon. Bankgaranti er ikke å anse som offentlig tilgjengelig informasjon.
- (27) Når klagers tilbud er å anse som rettmessig avvist, finner ikke sekretariatet det hensiktsmessig å behandle klagers øvrige anførsler.

Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i nemnda.

Med vennlig hilsen

Lene Kristin Hennø
rådgiver

Mottakere:
Advokatene Lagem & Storberget DA