



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Klager deltok i en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale vedrørende vintervedlikehold (brøyting) av arealer rundt et sykehus. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriftens § 11-10 første ledd bokstav a ved å unnlate å avvise valgte leverandør.

Klagenemndas avgjørelse 18. januar 2010 i sak 2009/235

Klager: Per og Arilds Graveservice AS

Innklaget: Sykehuset Telemark HF

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Georg Fredrik Rieber-Mohn og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør.

Bakgrunn:

- (1) Sykehuset Telemark HF (heretter kalt innklagede) kunngjorde 27. august 2009 en åpen anbudskonkurranse om rammeavtale vedrørende vintervedlikehold (brøyting) av arealer rundt sykehuset. Tilbudsfristen var 30. september 2009.
- (2) I kunngjøringens punkt 6 fremkommer blant annet følgende om kvalifikasjonskravene:

"6. KVALIFISERING AV LEVERANDØR

Kvalifikasjonskravene ved denne forespørselen er listet opp nedenfor, og hvilken dokumentasjon som kreves framlagt for å vurdere om kravene er oppfylt.

6.1. Attest for betalt skatt og trygdeavgifter

Dokumentasjon:

[...]

6.2. Attest for betalt merverdiavgift

Dokumentasjon:

[...]

6.3. Økonomisk gjennomføringsevne

Det kreves at tilbyderen har økonomisk evne til å gjennomføre avtalen.

Dokumentasjon:

Fremleggelse av selskapets komplette årsregnskap for de to siste regnskapsår (dvs. resultatregnskap, balanseregnskap, styrets årsberetning og revisjonsberetning). Dersom tilbyder har gyldig grunn til ikke å legge ved denne dokumentasjonen, kan leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert dokument som GKI [Grenlandkommunenes Innkjøpsenhet] kan akseptere.

- (3) Innen fristen mottok innklagede tilbud fra blant annet Per og Arilds Graveservice AS (heretter kalt klager) og SKS Service AS (heretter kalt valgte leverandør).
- (4) Vedlagt tilbudet fra valgte leverandør var skatte- og trygdeattest og HMS-erklæring. Av tilbudet for øvrig fremkommer blant annet:

"Vi er en nyetablert entreprenørbedrift som ble stiftet august 2009. Vi har bred erfaring innen bygg og anlegg deriblant vintervedlikehold. Og ønsker med dette å gi dere pristilbud på vintervedlikehold.

[...]

SKS Service As og Løvenskiold Fossum Skog Ans sitter i disse dager og forhandler avtale på arbeid som SKS Service AS ønsker å utføre for Løvenskiold Fossum Skog Ans i fremtiden. Dette arbeidet består av veivedlikehold sommer og vinter, bygging av skogsbilveier/traktorveier og utbygging av hyttefelt på Svanstul, samt drifte veivedlikeholds kontrakter med Mesta AS og Skien Kommune. Referanse/kontakt hos Løvenskiold Fossum Skog Ans er Tor Arne Folserås med tlf [...].

Pkt 6.2 Attest for betalt merverdiavgift. Vi er et nyetablert entreprenørselskap som ble stiftet 27.08.09 og har på grunn av dette ikke fått fremskaffet attest på betalt merverdiavgift. Dette ettersendes så snart som mulig etter at første merverdioppgjør er gjennomført.

Pkt 6.3 SKS Service AS er nyetablert og har ingen regnskap å fremvise. Det er 3 eiere som har relevant erfaring med håndtering av store og små prosjekter av mange arter. Dette selskapet er etablert med hensikt å skape arbeidsplasser for å levere tjenester til diverse kunder innen veivedlikehold og entreprenørtjenester. Når det gjelder økonomisk gjennomføringsevne er det 3 eiere med en sunn økonomisk drift i de selskaper de har vært engasjert eller eiere/deleiere. Hvis ønskelig ved en evt kontraktinngåelse kan det stilles økonomisk garanti/bankgaranti for oppdraget. SKS Service AS vil hvis arbeidene skulle bli tildelt oss gjøre avtaler på innleie av maskiner som står i beredskap ved evt skader på maskiner."

- (5) Av anskaffelsesprotokollen fremgår at ingen tilbydere ble avvist, og at kontraktsverdien er på 1 350 000,- kroner.
- (6) Ved innklagedes brev av 8. oktober 2009 ble samtlige tilbydere meddelt at det var besluttet å tildele kontrakt til valgte leverandør.
- (7) Klager påklaget tildelingen direkte til innklagede ved brev av 15. oktober 2009.
- (8) Innklagede opprettholdt avgjørelsen ved brev av 16. oktober 2009. I begrunnelsen for opprettholdelse fremkommer:

"Sykehuset Telemark har valgt å ikke stille krav til dokumentasjon av betalt skatt, trygdeavgift og merverdiavgift til tilbyderen som ble tildelt kontrakten da denne er nystartet. Imidlertid blir det stilt krav til slik dokumentasjon når etter først forfall av de over nevnte avgifter. Dette mener Sykehuset Telemark er tillatt iht forskrift om offentlig anskaffelse § 3-3(2).

Sykehuset Telemark har brukt andre kilder enn årsregnskap for å vurdere økonomisk gjennomføringsevne, blant annet referanser. Dette hjemles i siste del av punkt 6.3 i tilbudsgrunnlaget.

Vi opprettholder derfor innstillingen."

- (9) Saken ble brakt inn for klagenemnda ved klagers brev av 23. oktober 2009. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 21. oktober 2009.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (10) Klager anfører at valgte leverandør vanskelig kan dokumentere økonomisk gjennomføringsevne. Det vises til at valgte leverandørs selskap ble stiftet 12. juni 2009, og at tidsperioden selskapet har vært drevet, er for kort til at det kan sies noe om den økonomiske gjennomføringsevnen.

Innklagedes anførsler:

- (11) Innklagede anfører at det er brukt andre kilder enn årsregnskap for å vurdere økonomisk gjennomføringsevne, blant annet referanser, noe konkurransegrunnlagets punkt 6.3 siste del åpner for. Det bemerkes at en avisning av en nyopprettet leverandør ville være en diskriminerende handling i strid med intensjonene i loven.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen følger etter sin opplyste verdi på 1 350 000 kroner 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.
- (13) Klagenemnda forstår klager slik at det anføres at valgte leverandør skulle vært avvist grunnet manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet knyttet til kvalifikasjonskravet "økonomisk gjennomføringsevne" i konkurransegrunnlagets punkt 6.3
- (14) Av forskriften § 11-10 første ledd bokstav a følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller de 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 unnlater å innlevere etterspurt dokumentasjon for vurdering av kvalifikasjonskravene. 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.
- (15) Om sontringen mellom de to bestemmelsene er det uttalt i klagenemndas sak 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."

- (16) Problemstillingen blir således om valgte leverandør oppfylte kvalifikasjons- og dokumentasjonskravene i konkurransegrunnlagets punkt 6, jf. forskriften § 11-10 første ledd bokstav a.
- (17) Det primære dokumentasjonskravet til økonomisk gjennomføringsevne er i konkurransegrunnlagets punkt 6.3 oppgitt å være: "*... selskapets komplette årsregnskap for de to siste regnskapsår (dvs. resultatregnskap, balanserregnskap, styrets årsberetning og revisjonsberetning).*" Ettersom valgte leverandør var et nystiftet selskap, forelå ikke slik dokumentasjon, og det er således uomtvistet at slik dokumentasjon ikke var vedlagt valgte leverandørs tilbud.
- (18) Konkurransegrunnlagets punkt 6.3 åpner imidlertid for at i de tilfeller tilbyder har gyldig grunn til ikke å legge ved denne dokumentasjonen, "*kan leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert dokument som GKI kan akseptere.*" Det er ikke angitt nærmere hvilke dokumenter innklagede kan akseptere.
- (19) Vedrørende kvalifikasjonskravet "*økonomisk gjennomføringsevne*" har valgte leverandør i sitt tilbud skrevet: "*Når det gjelder økonomisk gjennomføringsevne er det 3 eiere med en sunn økonomisk drift i de selskaper de har vært engasjert eller eiere/deleiere. Hvis ønskelig ved en evt kontraktinngåelse kan det stilles økonomisk garanti/bankgaranti for oppdraget*". Det var ikke vedlagt noe dokumentasjon for den økonomiske gjennomføringsevne.
- (20) Innklagede uttaler ved brev til klager 16. oktober 2009 blant annet at det ved vurderingen av valgte leverandørs økonomiske gjennomføringsevne, var benyttet andre kilder enn årsregnskapet, blant annet referanser. Ut over at slike referanser ikke er dokumentert, viser klagenemnda til at referanser kun er egnet til å si noe om måten valgte leverandør tidligere har utført oppdrag på, men ikke noe om en leverandørs økonomiske gjennomføringsevne. En eventuell økonomisk garanti/bankgaranti for oppdraget som valgte leverandør tilbyr, er heller ikke dokumentert.
- (21) Da det ikke var vedlagt noe dokumentasjon for valgte leverandørs økonomiske gjennomføringsevne, hadde innklagede plikt til å avvise valgte leverandør, jf. forskriften § 11-10 første ledd bokstav a.

Konklusjon:

Sykehuset Telemark HF har brutt forskriften § 11-10 første ledd bokstav a ved å unnlate å avvise valgte leverandør.

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

18. januar 2010



Jakob Wahl