



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende utvendig rehabilitering av Reine kirke. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt forskriften § 12-4 ved å be valgte leverandør om ytterligere dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene var oppfylt. Klagers øvrige anførsel ble ikke behandlet.

Klagenemndas avgjørelse 23. august 2010 i sak 2010/208

Klager: Shj. Salomonsen AS

Innklaget: Moskenes kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Tone Kleven og Andreas Wahl

Saken gjelder: Avvisning av valgte leverandør

Bakgrunn:

- (1) Moskenes kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 18. desember 2009 en åpen anbudskonkurranse vedrørende utvendig rehabilitering av Reine kirke. I konkurransegrunnlaget var tilbudsfristen satt til 20. januar 2010 og vedståelsesfristen var 90 kalenderdager.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt B2 "Krav til tilbyder" stilles blant annet følgende kvalifikasjonskrav:

"Det kreves at leverandøren har et lovlig etablert foretak, det kreves god soliditet (minimum rene skatteattester og positiv egenkapital), det kreves erfaring fra tilsvarende oppdrag, meget god gjennomføringsevne og et velfungerende kvalitetssikringssystem."
- (3) Som dokumentasjon på at kvalifikasjonskravet var oppfylt, skulle blant annet "Utdrag fra årsregnskap for de siste 3 år" vedlegges tilbudet. Videre fremgår det av punkt B2 at kontrakt skulle tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, basert på tildelingskriteriene "Økonomi" og "Fremdrift".
- (4) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tre tilbud, fra Shj. Salomonsen AS (heretter kalt klager), Deco Norge AS (heretter også kalt valgte leverandør) og Snekkerarbeid AS. Tilbudsåpningen fant sted 20. januar 2010.
- (5) I etterkant av tilbudsåpningen oppdaget klager at Deco Norge AS sitt regnskap for 2008 viste at selskapet gikk med underskudd og hadde negativ egenkapital, og således ikke oppfylte kvalifikasjonskravene. Klager tok følgelig kontakt med innklagede med spørsmål om hvorfor Deco Norge AS ikke var avvist fra konkurransen. Innklagede meddelte da at man ikke var oppmerksom på disse forholdene.

- (6) Innklagede tok kontakt med Deco Norge AS per telefon 15. februar 2010 og fikk opplyst at firmaet hadde positiv egenkapital i 2009. Dagen etter møtte representant fra Deco Norge AS regnskapskontor i formannskapsmøte og gav en orientering om firmaets regnskap for 2009.
- (7) Klager sendte deretter en e-post til innklagede 16. februar 2010, hvor det ble bedt om en tilbakemelding på hvorvidt Deco Norge AS skulle avvises. Det ble samtidig begjært innsyn i Deco Norge AS sitt tilbud, dersom tilbyderer ikke ble avvist.
- (8) Innklagede sendte brev til samtlige tilbydere 18. februar 2010 med forespørsel om å forlenge vedståelsesfristen fra 90 til 120 kalenderdager. Bakgrunnen for forespørselen var at de innkomne tilbud viste et stort avvik mellom innklagedes opprinnelig vedtatt budsjett og de faktiske kostnadene. Innklagede trengte derfor tid til å finne budsjettmessig dekning for budsjettoverskridelsen. Det ble samtidig informert om at *"Endelig vedtak om realisering vil ventelig skje i løpet av mars 2010. Valg av utførende entreprenør vil da bli foretatt."* Klager sa seg villig til å forlenge tilbudets vedståelsesfrist.
- (9) Klager sendte 18. mars 2010 en e-post til innklagede, hvor det ble bedt opplyst hvorvidt det var innledet kontraktsforhandlinger med Deco Norge AS. Klager fikk ikke tilbakemelding på denne forespørselen.
- (10) Innklage har i sin anskaffelsesprotokoll, datert 30. april 2010, blant annet notert følgende om Deco Norge AS sin regnskapssituasjon:

"Tilbyder nr 2; Deco – Norge, har negativ egenkapital pr 2008, men positiv egenkapital for årene 2006 og 2007. Skatteattester er funnet i orden.

Deco Norge har ikke levert foreløpig regnskap for 2009, som viser utviklingen i 2009, men har i årsberetningen for 2008 skrevet at:

"selskapet har satt i verk tiltak for å snu utviklingen i 2009 bl.a. ved reduksjon i bemanningen og presisering av arbeidsoppgavene ved kontraktsinngåelse."

Avviket er ikke vesentlig, og det er gitt opplysninger om iverksatte tiltak. Med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 12.3 og § 12.4, kan det innhentes supplerende opplysninger fra selskapet/regnskapsfører. Slike opplysninger er innhentet, og det er således dokumentert at selskapet har positiv egenkapital pr tilbudsfrist."

- (11) Innklagede meddelte sin tildelingsbeslutning til klager ved brev 3. mai 2010. Frist for å klage på tildelingsbeslutningen var satt til 14. mai 2010. Fra brevet siteres:

"Salomonsen AS og Snekkerarbeid AS leverte begge to inn tilfredsstillende dokumentasjon som viste at de var kvalifisert. Med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 12.3 og § 12.4, ble det innhentet supplerende opplysninger om Deco Norge AS finansielle stilling. Etter å ha vurdert disse tilleggsopplysningene ble det konkludert med at Deco-Norge også var kvalifisert. Alle tilbyderne tilfredsstilte således kvalifikasjonskravene som var angitt i konkurransegrunnlaget."

- (12) Klager påklaget tildelingen direkte til innklagede ved brev 12. mai 2010, hvor det ble anført at valgte leverandør skulle ha vært avvist på bakgrunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a.
- (13) Klager mottok 18. mai 2010 et brev fra innklagede med forespørsel om forlengelse av vedståelsesfristen til 15. august 2010. Bakgrunnen var at innklagede ville avvente kontraktsinngåelse til Klagenemnda for offentlige anskaffelser hadde behandlet klagen. Klager bekreftet fristforlengelsen ved e-post 18. juni 2010. Innklagede har senere meddelt klagenemnda at tilbydernes vedståelsesfrist er ytterligere forlenget.
- (14) I perioden 19. mai 2010 til 2. juli 2010 var det en del kontakt mellom klager og innklagede. Klager begjærte blant annet innsyn i protokoll, valgte leverandørs tilbud og protokoll fra formannskapsmøtet som fant sted 16. februar 2010. Innklagede besvarte klagen og opprettholdt tildelingsbeslutningen ved brev 21. juni 2010, og gav klager en nærmere redegjørelse for saksbehandlingen i e-post 24. juni 2010. Fra e-posten 24. juni 2010 hitsettes:

"Da det ble registrert at Deco Norge hadde negativ egenkapital for 2008 ble det med hjemmel i anskaffelsesforskriften § 12-3 og § 12-4 innhentet tilleggsinformasjon om Deco Norges regnskap for 2009.

Ordføreren i Moskenes tok derfor kontakt (15.02.2010) med Deco Norge som bekreftet at firma hadde økonomisk godt år i 2009 med positiv egenkapital.

I tillegg ble det avtalt at Deco Norge sitt regnskapskontor skulle gi en orientering om Deco Norge sitt regnskap for 2009 på formannskapsmøte dagen etter.

Deco Norge sitt regnskapskontor bekreftet at Deco Norge hadde økonomisk godt år i 2009 og at regnskapet viste positiv egenkapital.

Regnskapet var imidlertid på dette tidspunktet ikke formelt slutført og godkjent av revisor, men skulle oversendes i løpet av kort tid.

Som kjent forelå det revisorgodkjente regnskapet 24.04.2010.

Hvorfor man bad om bankgaranti har jeg ikke fått klarlagt, men denne ble ikke vektlagt i anbudsevalueringen."

- (15) Innklagede gav klager delvis innsyn i de aktuelle dokumenter i e-post 31. mai 2010 og e-post 2. juli 2010. Fra sistnevnte e-post hitsettes:

"Vedlagt følger protokollen fra formannskapsmøte 16.02.10 for prosjekt rehabilitering av Reine kirke. Dessverre er referatet så pass tynt at den aktuelle problemstillingen ikke framkommer i referatet.

Odinsen Regnskapskontor fører regnskapet for Deco Norge AS.

Lillian Rasmussen som er ansatt på Odinsen Regnskapskontor deltok på møte, og etter de opplysningene jeg har fått orienterte hun om regnskapet for 2009 for Deco Norge AS. Hun var tilstedet på møte også som representant i formannskapet."

- (16) Klagenemnda har fått opplyst at det fremgår av Brønnøysundregistrene at valgte leverandør sitt reviderte regnskap for 2009 ble mottatt og godkjent av regnskapsregistret 12. mai 2010. Regnskapet ble kunngjort 20. mai 2010 og således offentlig fra dette tidspunkt.

- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser ved brev 5. juli 2010.
- (18) Det er ikke inngått kontrakt med valgte leverandør.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (19) Klager anfører at valgte leverandør ikke oppfyller kvalifikasjonskravene i konkurransen, og således skulle ha vært avvist, jf. forskriften § 11-10 (1) bokstav a. Det vises til kravene i konkurransegrunnlaget punkt B2 om at tilbyderne skulle ha "*god soliditet*" og "*positiv egenkapital*", og dokumentasjonskravet om innlevering av utdrag fra "*årsregnskapet for de siste 3 år*". På anbudstidspunktet hadde klager levert utdrag fra regnskap for 2006, 2007 og 2008. Sistnevnte viste underskudd og negativ egenkapital, og anbudet skulle således vært avvist. Dette synes å være ubestridt.
- (20) Klager anfører at innklagede, ved å ha kontakt med valgte leverandør på telefon 15. februar 2010 og ved å la valgte leverandørs regnskapskontor presentere foreløpige tall for regnskapet for 2009 på formannskapsmøtet 16. februar, har handlet i strid med forskriften § 12-3. Det må være på det rene at det her ikke er tale om "*offentlig tilgjengelig dokumentasjon*". Det vises videre til at bestemmelsen tar sikte på dokumenter, og ikke opplysninger presentert på telefon eller i møte.
- (21) Klager anfører at innklagede også ved å la valgte leverandør ettersende revidert regnskap for 2009, har brutt forskriften § 12-3. Det vises for det første til at bestemmelsene ikke gir hjemmel til å ettersende dokumenter som på tilbudsstadiet ikke er offentlig tilgjengelig. For det andre vises det til at det skal fastsettes en kort tilleggsfrist. Tilbudsåpningen var 20. januar 2010, og valgte leverandør fikk lov til å ettersende regnskapet fire måneder etter tilbudsåpningen. Videre anføres det at dokumenter som ettersendes må knyttes opp mot de dokumenter som skal vedlegges tilbudet, og således dokumentere at kravene er oppfylt. Det fremgår av konkurransegrunnlaget at utdrag fra årsregnskap for de siste tre årene skulle vedlegges. Når valgte leverandør har fått ettersende regnskapet for 2009, har de fått levert regnskapstall for de fire siste årene.
- (22) Videre anføres at innklagede, ved å la valgte leverandør inngi regnskap for 2009, har brutt forskriften § 12-4. Det vises til at det kun er allerede fremlagte attester og dokumenter som kan anmodes supplert eller utdypet, noe som betyr at oppdragsgiver ikke kan anmode om å få opplysninger om regnskapet for 2009, når dette ikke tidligere er fremlagt. Det er for øvrig ikke nevnt noe i tilbudet om regnskapet for 2009, og uttalelsene i årsregnskapet for 2008 kan ikke benyttes for å innhente dette.
- (23) Det anføres at det er ulovlig når innklagede innhentet bankgaranti etter at det ble kjent at valgte leverandør ikke oppfylte soliditetskravet, uavhengig av om garantien ble vektlagt i ettertid.
- (24) Klager anfører at innklagede, ved å la valgte leverandør levere regnskapstall for 2009, har brutt kravet til forutberegnelighet og likebehandling, da ingen av de øvrige tilbyderne fikk samme mulighet. Det kan heller ikke utelukkes at andre leverandører, som hadde negative tall for 2008, har unnlatt å delta i konkurransen da det var krav om

god soliditet og positiv egenkapital, og regnskapet for 2009 ikke var ferdigstilt og revidert på tilbudsstadiet.

Innklagedes anførsler:

- (25) Innklagede anfører at det ikke foreligger en plikt til å avvise valgte leverandør etter forskriften § 11-10 (1) bokstav a, da kravet til god soliditet, herunder positiv egenkapital, er sannsynliggjort oppfylt. Det er foretatt en saklig og forsvarlig vurdering basert på de supplerende opplysninger fra regnskapsfører om positiv egenkapital ved tilbudsfristen, jf. forskriften § 12-4, og ettersendt dokumentert regnskap for 2009, jf. forskriften § 12-3. Det vises til at en oppdragsgiver, forutsatt at dokumentasjonskravet er lovlig, har rett, men ingen plikt, til å avvise en tilbyder som har inngitt mangelfull dokumentasjon. En unnlatelse av å avvise valgte leverandør forutsetter imidlertid at det er foretatt en saklig og forsvarlig vurdering av om kravet likevel kan anses oppfylt, noe innklagede mener det er foretatt i denne saken. Det vises til at opplysningene fra regnskapsføreren bekreftet at egenkapitalen ved tilbudsfristen var positiv, og at dette ble videre dokumentert ved oversendelse av regnskapet for 2009. Bankgarantien som ble fremlagt ble ikke vektlagt.
- (26) Det bestrides at det ble innhentet en bankgaranti når det ble kjent at valgte leverandør ikke oppfylte soliditetskravene. En bankgaranti ble imidlertid oversendt fra valgte leverandør til kommunen, men den ble holdt utenfor tilbudsevalueringen.
- (27) Innklagede anfører at kravet til likebehandling og forutberegnelighet ikke er brutt. Det erkjennes likevel at formelt sett burde alle tilbyderne fått lik mulighet til å levere tilleggsinformasjon vedrørende regnskap for 2009 og egenkapital ved tilbudsfristen. Ettersom de øvrige tilbyderne hadde levert dokumentasjon som viste at de var kvalifisert med hensyn til kravet om soliditet, ble dette ikke gjort. Det ville ikke hatt betydning for utfallet av tilbudsevalueringen at de øvrige tilbyderne hadde fått anledning til å levere den aktuelle tilleggsinformasjonen. Klagers påstand om at firma med negative tall for 2008 kanskje kan ha unnlatt å inngi tilbud, blir teoretisk, da kravet i konkurransegrunnlaget var god soliditet (positiv egenkapital). Det vises videre til at valgte leverandør, som hadde negative tall for 2008, innga tilbud.

Klagenemndas vurdering:

- (28) Klager har deltatt i konkurransen og har saklig klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6, andre ledd. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder en bygge- og anleggsanskaffelse, og følger etter sin 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 (2), jf. 2-2 (1).
- (29) Klager anfører at innklagede ikke hadde adgang til å innhente tilleggsinformasjon om valgte leverandørs regnskap for 2009, jf. forskriften § 12-4 og § 12-3.
- (30) Spørsmålet er om innsendelse av regnskap for 2009 kan anses å være "*suppler[ing] eller utdyp[ing]*" av allerede "*fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren*" i denne saken, jf. § 12-4. Tidligere klagenemndspraksis knyttet til denne bestemmelsen gjelder tilfeller der tilbyderne ikke hadde inngitt dokumentasjon i samsvar med dokumentasjonskravene som kunne vise at selskapet oppfylte de krav som var satt til deltakelse i konkurransen, jf. blant annet sak nr. 2009/140 og sak nr.

2009/163. I disse sakene var § 12-4 ikke anvendelig, da tilbudene i utgangspunktet ikke inneholdt noe om den etterspurte dokumentasjonen.

- (31) I angjeldende sak var dokumentasjonskravet "*Utdrag fra årsregnskap for de siste 3 år*". Konkurransen var kunngjort 18. desember 2009 og fristen for inngivelse av tilbud var fastsatt til 20. januar 2010. Valgte leverandør la regnskapene for 2006, 2007 og 2008 ved sitt tilbud. Ettersom årsregnskapet for 2008 viste negativ egenkapital, innhentet innklagede i etterkant informasjon vedrørende regnskapstallene for 2009. Disse viste at valgte leverandør, ved tilbudsfristen utløp, hadde positiv egenkapital. Klagenemndas flertall – medlemmene Andreas Wahl og Morten Goller – mener at innhenting av regnskap for ytterligere ett år som viser at kvalifikasjonskravet er oppfylt, må anses som en "*suppler[ing]*" av allerede fremlagt dokumentasjon, jf. § 12-4. Klagenemndas flertall er på denne bakgrunn kommet til at det var lovlig å innhente regnskapet for 2009, jf. forskriften § 12-4.
- (32) Klagenemndas mindretall – medlemmet Tone Kleven – er av den oppfatning at ettersom regnskapstallene for 2009 ikke forelå på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen, må dokumentasjonskravet "*de siste 3 år*" bety regnskapet for 2006, 2007 og 2008. Det vises til at det også var denne dokumentasjon valgte leverandør vedla tilbudet sitt. Videre vises det til at den inngitte dokumentasjonen var tilstrekkelig for innklagede til å ta stilling til hvorvidt kvalifikasjonskravet var oppfylt. Det var således ikke et behov for supplerings eller utdyping fra valgte leverandør. På denne bakgrunn finner klagenemndas mindretall at innklagede handlet i strid med forskriften § 12-4 ved å la valgte leverandør fremlegge regnskapstall for 2009.
- (33) På bakgrunn av resultatet klagenemnda er kommet til, behandles ikke klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

Moskenes kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For klagenemnda,

23. august 2010

Andreas Wahl