



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klager hadde deltatt i begrenset anbudskonkurranse om tjenesteanskaffelse av byggherreombud og byggeleder på to prosjekter. Da klager ikke var regnskapspliktig, leverte han ikke årsregnskap som krevet, men i stedet en omsetningserklæring. Klagenemnda fant at klager hadde gyldig grunn til å levere alternativ dokumentasjon, jf. forskriften § 17-8 femte ledd. Klagenemnda fant imidlertid at det hørte under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å vurdere om den alternative dokumentasjon var egnet. Klagenemnda fant at det ikke var grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering av at omsetningserklæringen ikke var egnet som alternativ dokumentasjon.

Klagenemndas avgjørelse 5. juli 2010 i sak 2010/58

Klager: Nordal Prosjektadministrasjon

Innklaget: Bærum kommune

Klagenemndas medlemmer: Magni Elsheim, Kai Krüger og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning. Alternativ dokumentasjon.

Bakgrunn:

- (1) Bærum kommune Eiendom (heretter kalt innklagede) kunngjorde 7. desember 2009 en begrenset anbudskonkurranse vedrørende to forskjellige tjenester: byggherreombud på et prosjekt om bygging av Dønski barnehage, og byggeleder på et prosjekt om rehabilitering av Lysaker skole.
- (2) Av kvalifikasjonsgrunnlaget fremgår det at "*Økonomisk og finansiell stilling*" var et kvalifikasjonskrav. Kravet var nærmere definert som at "*Foretaket skal ha en tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre kontrakten*". Dokumentasjonskravet for dette kvalifikasjonskravet var angitt som: "*Foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette*".
- (3) Sivilingeniør Stein Helset Nordal er innehaver av enkeltpersonforetaket Nordal Prosjektadministrasjon (heretter kalt klager). Klager inngav 11. desember 2009 en anmodning om å få delta i konkurransen, uten at årsregnskap ble vedlagt. Om dette står det i klagers anmodning:

"Nordal Prosjektadministrasjon er organisert som enkeltmannsforetak og firmaets regnskaper er ikke offentlig informasjon.

Omsetningserklæring:

Nordal Prosjektadministrasjon har hatt omsetning pr. år ca kr 1.000.000,- de tre siste år.

Soliditetserklæring:

Nordal Prosjektadministrasjon/Stein Helset Nordal har en velordnet økonomisk situasjon og har ingen uavklarte økonomiske forhold eller forpliktelser som vil kunne innvirke på evnen til å gjennomføre byggelederoppdrag.

Det erklæres at Nordal Prosjektadministrasjon har den nødvendige økonomiske evne til å gjennomføre kontrakten."

- (4) Ved innklagedes brev 22. desember 2009 ble klager meddelt at han var avvist i prekvalifiseringsfasen grunnet manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet om å inngi årsregnskap eller utdrag fra dette.
- (5) Ved brev 29. desember 2009 påklaget klager avvisningen. Ved brev 15. januar 2010 opprettholdt innklagede avvisningsbeslutningen. I brevet skriver innklagede følgende om klagers fremleggelse av alternativ dokumentasjon:

"I vårt tilfelle er det stilt krav om årsregnskap, eller utdrag fra årsregnskap samtidig som Nordal Prosjektadministrasjon er registrert som enkeltmannsforetak og ikke har plikt til å innlevere årsregnskap pga. sin omsetning. Vi konstaterer at NP anser at den avgitte omsetningserklæring og soliditetserklæring skal tjene som alternativ dokumentasjon, og at dette skal være tilstrekkelig.

Oppdragsgiver anser imidlertid ikke at slike egenerklæringer ikke er egnet for å dokumentere at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Kravet som er stilt i tilbudsinnbydelsens pkt. 3 har til hensikt å sikre at tilbyderne har oppfyllelsesevne i forhold til den kontrakt som er gjenstand for anbud. Årsregnskap er revisorgodkjent og innrapportert til offentlige myndigheter. For at oppdragsgiver skal anse alternativ dokumentasjon som egnet må den ha samme bevismessige styrke."

- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 8. mars 2010. Innklagede har opplyst at kontrakt ble inngått 18. mars 2010.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (7) Klager anfører at han er uriktig avvist. Klager viser til at han driver et enkeltpersonforetak, og dermed hverken er revisjonspliktig eller innrapporterer regnskap til det offentlige. Klager anfører at han derfor hadde anledning til å inngi en erklæring om foretakets totale omsetning. Klager har vist til den nå opphevede forskrift om offentlige anskaffelser § 5-10, som tilsvarer dagens forskrift § 17-8.
- (8) Klager anfører at innklagede har krevet mer dokumentasjon enn det som er lovpålagt, og at dette er i strid med anskaffelsesregelverkets bestemmelse om at kvalifikasjonskrav skal stå i forhold til ytelsen som skal leveres.

Innklagedes anførsler:

- (9) Innklagede anfører at det var anledning til å avvise klager, grunnet manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet. Innklagede viser til at klager innga sin

omsetningserklæring som alternativ dokumentasjon, uten å avklare på forhånd om dette ville bli godtatt.

- (10) Innklagede anfører videre at det er opp til oppdragsgiver å vurdere om alternativ dokumentasjon skal anses egnet. Innklagede mener at det i denne saken foreligger saklig grunn for å avvise leverandørens dokumentasjon. Innklagede viser til at det sentrale formålet med kvalifikasjonskravet var å vurdere leverandørens økonomiske status og fremtidsutsikter og derved avdekke hvorvidt det foreligger en spesiell risiko for avbrudd eller forstyrrelse i leveransen, med bakgrunn i økonomiske forhold.
- (11) Innklagede anfører at klagers dokumentasjon ikke gir noen mulighet til å foreta en selvstendig vurdering av klagers økonomiske forutsetninger for å gjennomføre kontrakten.
- (12) Innklagede mener at beslutningen om å avvise den alternative dokumentasjonen er i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet da ytelsen er viktig og kritisk for oppdragsgiver. Kontrakten har en varighet på ca to år og har betydelig økonomisk verdi. Beslutningen er også i tråd med kravene i loven § 5, sett i forhold til det dokumentasjonskrav andre søkere har måttet innfri for å kunne delta i konkurransen.
- (13) Innklagede bestrider at det for kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell stilling er krevet mer dokumentasjon enn loven gir anvisning på, eller at dokumentasjonskravet var uproporsjonalt til anskaffelsen.

Klagenemndas vurdering:

- (14) 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.
- (15) Konkurransen gjelder anskaffelse av to tjenester, byggherreombud og byggeleder, som begge er prioriterte tjenester, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser Vedlegg 5, kategori (12). Innklagede har fremlagt opplysninger om at anskaffelsenes samlede verdi er over EØS-terskelverdi, og anskaffelsen følger da lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskriften del I og III, jf. forskriften § 2-1 annet ledd, jf. § 2-2 første ledd.
- (16) Klager anfører at ettersom hans enkeltpersonforetak ikke innrapporterte regnskap, hadde han adgang til å inngi en omsetningserklæring som alternativ dokumentasjon til kvalifikasjonskriteriet.
- (17) Det følger av forskriften § 20-12 annet ledd bokstav g at
*"Oppdragsgiver kan avvise leverandører som:
[...]
har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren."*
- (18) Om forståelsen av denne bestemmelsen uttalte nemnda i sak 2009/219 premiss (36):
"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."

- (19) I denne saken er klager avvist grunnet manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet knyttet til klagers økonomiske stilling. Spørsmålet er om klager, ved inngivelse av omsetningserklæringen, likevel har oppfylt dokumentasjonskravet.
- (20) Det følger av forskriften § 17-8 første ledd at
- "Som bevis på leverandørens finansielle og økonomiske stilling kan følgende referanser godtas*
- a. egnede bankerklæringer eller relevant ansvarsforsikring,*
 - b. fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra det, eller*
 - c. en erklæring om foretakets totale omsetning og, der det er hensiktsmessig, omsetningen innenfor det område som omfattes av kontrakten for høyst de tre siste tilgjengelige regnskapsår, avhengig av datoen da foretaket ble etablert eller leverandøren startet sin virksomhet, i den utstrekning opplysninger om slik omsetning er tilgjengelig."*
- (21) Bestemmelsen gir en ikke-uttømmende anvisning på hvilke dokumentasjonskrav en oppdragsgiver kan velge å oppstille til kvalifikasjonskravet *"leverandørens finansielle og økonomiske stilling"*, jf. EU-domstolens forente saker C 27-29/86 (SA Constructions) premiss 8-10. Det er likevel opp til oppdragsgiver å avgjøre om han ønsker å stille noe dokumentasjonskrav, og eventuelt om han ønsker å benytte noen av de forslag som er listet i bestemmelsen. Bestemmelsen innebærer derimot ikke en rett for en leverandør til selv å velge et av alternativene for å dokumentere sin kvalifikasjon.
- (22) I denne saken hadde innklagede stilt krav om at kvalifikasjonskravet *"Foretaket skal ha en tilfredsstillende økonomi til å gjennomføre kontrakten"*, skulle dokumenteres med *"Foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette"*.
- (23) Unnlatelse av å inngi den krevde dokumentasjon vil i utgangspunktet gi oppdragsgiver rett til å avvise en leverandør, jf. forskriften § 20-12 annet ledd bokstav g. Det følger imidlertid av § 17-8 femte ledd at
- "Dersom leverandøren har gyldige grunner til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har anmodet om, kan leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet."*
- (24) Bestemmelsen tilsvarer den likelydende artikkel 47 nr. 5 i EU-direktiv 2004/18. Etter hva klagenemnda kan se, foreligger det verken EU-domstolpraksis eller nasjonal praksis om forståelsen av bestemmelsen.
- (25) Spørsmålet er om klager hadde *"gyldige grunner til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har anmodet om."*
- (26) I denne saken var det stilt krav om at tilbyderne måtte inngi *"Foretakets årsregnskap eller utdrag fra dette"*. Klager driver imidlertid et enkeltpersonforetak, og er dermed ikke pliktig å føre årsregnskap, jf. regnskapsloven § 1-2. Klager hadde da ingen mulighet til å fremskaffe den dokumentasjonen som ble krevet. Etter klagenemndas syn må dette ligge i kjernen av hva som må anses å være *"gyldige grunner til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har anmodet om"*, jf. forskriften § 17-8 femte ledd.
- (27) Videre er spørsmålet om klagers omsetningserklæring er et *"dokument som oppdragsgiver anser egnet"*, jf. forskriften § 17-8 femte ledd. Om dette vilkåret skriver Steinicke og Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer*, 2008, side 1178:

"Det er tilbudsgiver, der i første omgang må vurdere når han udarbejder sin ansøgning, hvilke andre dokumentationsformer der kan forventes betragtet som egnet. Det er derimod efterfølgende ordregivers vurdering, om dokumentationen reelt er egnet til at belyse de krævede forhold. I denne forbindelse skal ordregiver udover udbudsdirektiverne overholde princippet om gensidig anerkendelse og proportionalitetsprincippet."

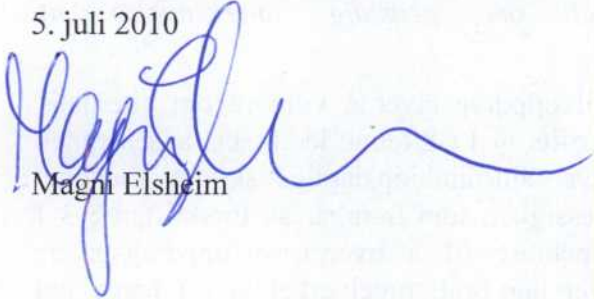
- (28) Utgangspunktet er følgelig at det er opp til oppdragsgiver å vurdere om alternativ dokumentasjon, fremlagt i medhold av forskriften § 17-8 femte ledd, skal anses egnet. Ved denne vurderingen utøver oppdragsgiver sitt innkjøpsfaglige skjønn, men må særlig være seg bevisst kravet til forholdsmessighet, som fremgår av forskriften § 3-1 femte ledd. Klagenemnda har bare kompetanse til å overprøve oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn dersom oppdragsgiver har brutt regelverket ved å legge feil faktum til grunn, eller ved å utøve et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn. Klagenemnda kan også prøve om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (29) Av kravene til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet, jf. loven § 5, kreves det at oppdragsgiver gir en skriftlig begrunnelse av hvorfor en tilbudt, alternativ dokumentasjon ikke anses egnet.
- (30) I denne saken har klager, med sin anmodning om deltakelse, vedlagt en omsetningserklæring. Erklæringen oppgir omtrentlig omsetning de siste tre årene, samt at klager har en velordnet økonomi. Til slutt konkluderes det med at klager *"har den nødvendige økonomiske evne til å gjennomføre kontrakten"*.
- (31) Innklagede har ikke ansett denne omsetningserklæringen egnet. Innklagede begrunnet dette i brev til klager 15. januar 2010, der det blant annet står:
- "Kravet som er stilt i tilbudsinnbydelsens pkt. 3 har til hensikt å sikre at tilbyderne har oppfyllelsesevne i forhold til den kontrakt som er gjenstand for anbud. Årsregnskap er revisorgodkjent og innrapportert til offentlige myndigheter. For at oppdragsgiver skal anse alternativ dokumentasjon som egnet må den ha samme bevismessige styrke."*
- (32) Klagenemnda kan ikke se at innklagede ved dette har utøvet et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn eller lagt feil faktum til grunn. Det kan heller ikke sees at innklagede har brutt de generelle kravene i loven § 5, eller kravet til forholdsmessighet som er spesifisert i forskriften § 3-1 femte ledd.
- (33) Klagenemnda er etter dette kommet til at innklagede ikke har brutt regelverket ved i dette tilfellet ikke å anse klagers omsetningserklæring som en egnet, alternativ dokumentasjon. Klager har da ikke oppfylt dokumentasjonskravet, og innklagede hadde anledning til å avvise klager fra konkurransen, jf. forskriften § 20-12 annet ledd bokstav g.
- (34) På denne bakgrunn finner klagenemnda ikke grunn til å behandle klagers andre anførsel.

Konklusjon:

Bærum kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser

For klagenemnda for offentlige anskaffelser

5. juli 2010



Magni Elshheim