



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede har gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtale om kjøp av matvarer. Klager ble avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om selskapets soliditet. Klagenemnda kom til at avvisningen var rettmessig.

Klagenemndas avgjørelse 3. juni 2013 i sak 2011/243

Klager: Bama Storkjøkken AS

Innklaget: Bergen kommune

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Andreas Wahl og Jakob Wahl

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) Bergen kommune (heretter kalt innklagede) kunngjorde 11. april 2011 en åpen anbudskonkurranse for inngåelse av rammeavtale om kjøp av matvarer til alders- og sykehjem. Anskaffelsens verdi var angitt til 200 000 000 kroner. Tilbudsfrist var angitt til 26. mai 2011.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 1.4 fremgikk det at anskaffelsen var delt opp i ulike grupper, og at det var anledning til å gi tilbud på deler av oppdraget.
- (3) Kvalifikasjonskravene var inntatt i konkurransegrunnlaget punkt 3. I punkt 3.3, "Leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet", var det stilt krav til "Selskapets soliditet":

"Leverandør må ha god økonomisk og finansiell styrke i forhold til sin virksomhet generelt og i forhold til denne anskaffelsens karakter. Det kreves minimum konkursratingskarakter B3 (moderat risiko) eller bedre, beskrevet i Proff Forvalt sin rating.

Dokumentasjon:

Bergen kommune vil innhente ovenstående informasjon via Proff Forvalt kredittinformasjonsselskap. Det er på den bakgrunn ikke nødvendig å innlevere disse opplysningene. (Alle selskaper som leverer regnskap til Brønnøysundregisteret, vil være registrert gjennom Proff Forvalt.). Hvis ovennevnte informasjon ikke ligger hos nevnte kredittinformasjonsselskap, bes det vedlagt rating-rapport fra kredittvurderingsselskap (Dun & Bradstreet, Lindorff Decision, Creditinform eller lignende).

Dersom leverandøren har gyldige grunner til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjon oppdragsgiver har anmodet om, kan leverandøren godtgjøre sin

økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet."

- (4) I forbindelse med saksforberedelsen er det fremlagt nærmere opplysninger om Proff Forvalts karaktersystem for konkursrating. Karakterskalaen går fra A til D, der A er best. Karakterene A og B er differensiert med 3 underkarakterer hver, og C med 2. Etter opplysninger fra Proff Forvalt, gis karakteren B3 til selskaper der: *"Likviditeten er tilfredsstillende, og inntjening og soliditet tilsier lav kredittrisiko. Kreditt kan gis dersom din egen likviditet ikke er spesielt svak"*. Modellen som anvendes ved analysen benytter kun regnskapstall. Karakteren B3 innebærer etter den benyttede modellen mellom 3-7 % sannsynlighet for at selskapet går konkurs i løpet av ett år.
- (5) Innen tilbudsfristen mottok innklagede tilbud fra blant andre Bama Storkjøkken AS (heretter kalt klager).
- (6) Klager hadde ikke vedlagt noen dokumentasjon tilknyttet kvalifikasjonskravet om selskapets soliditet. Klager har forklart at det ble antatt at slik dokumentasjon ville innhentes gjennom Proff Forvalt. Proff Forvalt var imidlertid ikke i stand til å fastsette konkursratingskarakter for klager, fordi det ikke var tilgjengelig regnskapsinformasjon om klager registrert i Brønnøysundregisteret.
- (7) Innklagede avviste klager ved brev av 15. juni 2011. Avvisningen var begrunnet med manglende dokumentasjon tilknyttet kvalifikasjonskravet i punkt 3.3. Klager påklaget avvisningen overfor innklagede samme dag, og opplyste om adgang til å fastsette tilleggsfrist for ettersendelse av dokumentasjon. Fra innklagedes svar 16. juni 2011 hitsettes:

"I vurderingen av kravet til selskapets soliditet, foreligger det ingen rating eller regnskapstall hos Proff Forvalt for Bama Storkjøkken AS, orgnr. 995 518 333, med henvisning til tilbudet datert 24.5.11. Proff Forvalt innhenter offentlig tilgjengelig dokument via Brønnøysundregisteret.

Kravet i pkt 3.3 sier at «hvis ovennevnte informasjon ikke ligger hos nevnte kredittinformasjonsselskap, bes det vedlagt rating-rapport fra kredittvurderingsselskap». Videre sier kravet i pkt 3.3 at «dersom leverandøren har gyldige grunner til å ikke kunne fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har anmodet om kan leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med et hvert annet dokument som oppdragsgiver finner egnet».

Oppdragsgiver finner ikke at dokumentasjon som beskrevet i kravet om selskapets soliditet foreligger.

Dersom det viser seg at ovennevnte dokumentasjon er blitt gjort offentlig tilgjengelig ber vi om at dette oversendes oppdragsgiver innen tirsdag 21.juni kl. 14.00, jf. FOA § 21-3."

- (8) Innen tilleggsfristen sendte klager inn regnskap og styrets årsberetning, samt regnskapet for morselskapet Bama Gruppen AS, begge for regnskapsåret 2010. Her fremgikk det at selskapet ble stiftet 11. mai 2010, som følge av en selskapsmessig omorganisering av Bama Gruppen AS.
- (9) Innklagede opprettholdt avvisningen i brev av 26. juni 2011:

"Oppdragsgiver har gjennomgått ettersendt dokumentasjon, Årsberetning og delregnskap 2010 for Bama Storkjøkken AS, og gjort en ny vurdering av avvisningen av dette selskapet. Oppdragsgiver finner ikke at delregnskapet 2010 og årsberetningen er tilstrekkelig dokumentasjon til å kunne tilfredsstille kvalifikasjonskravet om selskapets soliditet."

- (10) Klager ba om ytterligere begrunnelse for avvisningen i e-post 27. juni 2011, og mottok dette i brev av 29. juni 2011. Fra begrunnelsen gjengis:

"Bergen kommune har foretatt en vurdering av det innsendte (ikke reviderte) regnskapet for Bama Storkjøkken as. Ettersom dette regnskapet bare viser selskapets resultat i en 8 måneders periode, gir ikke dette grunnlag for å likestille denne dokumentasjonen med det grunnleggende kravet til konkurstrating B3, som hos Proff Forvalt minimum baserer seg på et revidert helårsregnskap."

Det vedlagte regnskapet og årsberetningen for Barna Gruppen as kan ikke tillegges vekt, ettersom våre vurderinger kun kan baseres på opplysninger om det selskapet som faktisk har levert tilbudet."

- (11) Tildelingsbeslutningen ble meddelt tilbyderne 29. juni 2011. Klager påklaget avvisningsbeslutningen 7. juli 2011, men innklagede tok ikke klagen til følge.

- (12) Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 11. august 2011.

- (13) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 5. september 2011.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (14) Klagers årsregnskap for 2010 er egnet til å godtgjøre selskapets økonomiske og finansielle stilling, jf. dokumentasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 3.3.
- (15) Spørsmålet er ikke underlagt innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, og kan prøves fullt ut av klagenemnda. For det tilfelle at klagenemnda skulle komme til at man er innenfor innklagedes innkjøpsfaglige skjønn, anføres det at innklagede har lagt feil faktum til grunn, utøvd et usaklig sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn, samt tilsidesatt de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (16) For det første vises det til forskriften § 17-8 (1) bokstav b, der det fremgår at som *"bevis på leverandørens finansielle og økonomiske stilling kan følgende referanser godtas: b. fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra det"*. Når dette aksepteres i forskriften, kan ikke klagers dokumentasjon vurderes som utilstrekkelig.
- (17) Det poengteres at klagers innleverte regnskap ikke er et delregnskap. Klager ble etablert i mai 2010, og regnskapet er derfor et fullstendig regnskap for regnskapsåret.
- (18) Det må vektlegges at det også ble innlevert regnskap for morselskapet Bama Gruppen AS. Klagers virksomhet ble ved opprettelsen utfisjonert fra morselskapet. I den grad de første fire månedene i 2010 er relevant for vurderingen av klagers soliditet, er tallene fra morselskapets regnskap relevante.

- (19) Innklagedes manglende aksept av klagers *"delårsregnskap"* representerer et brudd på likebehandlingsprinsippet og kravet til konkurranse. Innklagedes forståelse innebærer at nyetablerte foretak ikke kan delta i anskaffelsesprosesser før de har drevet virksomhet i et fullt kalenderår, og for så vidt ikke før revidert årsregnskap er ferdigstilt. Det vises til at klagenemnda ved en rekke anledninger har oppstilt forbud mot kvalifikasjonskrav som vil diskriminere nyetablerte foretak fra å delta i konkurransen, jf. blant annet sak 2005/60.
- (20) Innklagede kan ikke høres med at regnskapet ikke kan likestilles med *"det grunnleggende kravet til konkursrating B3, som hos Proff Forvalt minimum baserer seg på et revidert årsregnskap"*. Klagers regnskap ble behandlet og godkjent på klagers generalforsamling 10. juni 2011, og inneholder følgelig reviderte tall. Årsregnskapet har også vært offentlig tilgjengelig fra dette tidspunkt.
- (21) Klager kan vanskelig se hvilken annen dokumentasjon som skulle kunne gi et fullstendig bilde av klagers økonomiske og finansielle styrke.

Innklagedes anførsler:

- (22) Avvisningen av klagers tilbud var rettmessig. Klager hadde innen tilbudsfristen ikke levert dokumentasjon relatert til det aktuelle kvalifikasjonskravet.
- (23) Dokumentasjonen innsendt av klager innen tilleggsfristen, var for det første ikke offentlig tilgjengelig informasjon. Klagers årsberetning og årsregnskap på innleveringstidspunktet var ikke revisorattestert. Innklagede kunne derfor ikke godta dokumentasjonen.
- (24) Klagers ettersendte dokumentasjon var uansett ikke *"egnet"* til å godtgjøre klagers økonomiske og finansielle stilling. Ettersom regnskapet kun viste selskapets resultat over 8 måneder, kunne det ikke likestilles med det grunnleggende kravet til konkursrating B3, som hos Proff Forvalt minimum baserer seg på et revisorattestert helårsregnskap. Dokumentasjonen inneholdt heller ikke revisors beretning over de regnskapene som ble presentert. Den samlede usikkerheten var så stor at dokumentasjonen ikke ble vurdert som egnet til å oppfylle det grunnleggende kravet om konkursrating B3.
- (25) Vurderingen av om dokumentasjonen er egnet, er videre uttrykkelig lagt til oppdragsgiver, og må derfor vurderes som innkjøpsfaglig skjønn.
- (26) Klagers regnskap for 2010 ble innlevert til Brønnøysundregisteret, og godkjent 10. august 2011. Basert på dette ble klager for dette regnskapsåret gitt en rating på C1, som er lavere enn det som var påkrevd. Gjeldsgraden, driftsresultatet og likviditetsgraden ble vurdert som svake.
- (27) Det bestrides at avvisningen representerer et brudd på kravet til likebehandling. Kvalifikasjonskravet utelukker ikke nødvendigvis tilbydere som har eksistert mindre enn et regnskapsår. Oppdragsgiver utøver dessuten et vidt skjønn ved vurderingen av hvilke, og hvor strenge, kvalifikasjonskrav som skal stilles. Anskaffelsens verdi er i foreliggende sak høy, og gjelder et sårbart og kritisk varekjøp knyttet til matleveranse til alders- og sykehjem. Innklagede vurderte på denne bakgrunn at det var viktig å ha et relativt strengt krav til leverandørenes økonomiske soliditet. Et slikt krav er også praktisert.

- (28) Innklagede kunne ikke ta hensyn til årsregnskapet til klagers morselskap, da det ikke var vedlagt noen forpliktelseserklæring.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder inngåelse av rammeavtale om kjøp av matvarer til alders- og sykehjem, som er en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi var angitt til 200 000 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og II, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (30) Klager anfører å være urettmessig avist, da den innsendte dokumentasjonen var egnet til å godtgjøre at klager oppfylte kvalifikasjonskravet om soliditet.
- (31) Av kvalifikasjonskravet fulgte det at leverandøren måtte ha god økonomisk og finansiell styrke, og *"minimum konkurstratingskarakter B3 (moderat risiko) eller bedre, beskrevet i Proff Forvalt sin rating"*.
- (32) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av forskriften § 21-3"*. Etter § 21-3 kan *"offentlig tilgjengelig dokumentasjon på at krav til leverandøren er oppfylt"* ettersendes innen en tilleggsfrist satt av oppdragsgiver.
- (33) Dokumentasjon av kvalifikasjonskravet skulle primært skje ved innklagedes innhenting av konkurstrating fra selskapet Proff Forvalt. Dersom slik konkurstrating ikke forelå, var det bedt om ratingrapport fra annet kredittvurderingsselskap. Ved gyldige grunner til at heller ikke slik rapport forelå, kunne leverandøren *"godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet"*. Ordlyden i innklagedes sistnevnte dokumentasjonskrav er sammenfallende med forskriften § 17-8 (5).
- (34) Ved utløpet av tilbudsfristen forelå det ingen kredittrating av klager. Ratingen hos Proff Forvalt baserer seg på regnskapstall fra Brønnøysundregisteret, og klagers regnskap ble etter det opplyste først godkjent hos Brønnøysundregisteret 10. august 2011. Innen en tilleggsfrist gitt av innklagede, jf. forskriften § 21-3, sendte klager inn årsregnskap og styrets årsberetning for 2010, samt årsregnskapet for morselskapet. Klager ble stiftet i mai 2010, og årsregnskapet gjaldt følgelig årets åtte siste måneder.
- (35) I ettertid har innklagede vist til at klagers ettersendte regnskap ikke var offentlig tilgjengelig, og derfor ikke kunne tas i betraktning. Det fremholdes at styregodkjenning av regnskapet ikke er tilstrekkelig, og at regnskapet manglet revisorattest.
- (36) Av lov om årsregnskap m.v. av 17. juli 1998 nr. 56 § 8-1 fremgår følgende:
- "Årsregnskapet, årsberetningen og revisjonsberetningen er offentlige. Enhver har rett til å gjøre seg kjent med innholdet av dokumentene hos den regnskapspliktige eller hos Regnskapsregisteret."*
- (37) Klagenemnda legger på bakgrunn av dette til grunn at regnskapet var offentlig tilgjengelig dokumentasjon, og kunne sendes inn etter forskriften § 21-3.

- (38) Innklagede begrunnet opprettholdelsen av avvisningen med at den ettersendte dokumentasjonen ikke var tilstrekkelig til å kunne oppfylle de ovennevnte dokumentasjonskravene.
- (39) Av de alternative dokumentasjonskravene, er det relevante hvorvidt klager har godtgjort sin økonomiske stilling med et dokument oppdragsgiver må anse som egnet. Partene har ikke problematisert hvorvidt klager hadde *"gyldige grunner"* til ikke å innfri de øvrige dokumentasjonskravene. Klagenemnda finner derfor ikke grunn til å ta nærmere stilling til dette. Kravet viser til *"ethvert annet dokument"* oppdragsgiver *"anser egnet"*, og gir således anvisning på at vurderingen av dokumentasjonens egnethet ligger til oppdragsgiver. 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, jf. også klagenemndas sak 2010/58 premiss (28). Klagenemnda kan overprøve hvorvidt dette skjønnnet er utøvd på en usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig måte, og om oppdragsgiver har brutt de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (40) Innklagede begrunnet avvisningen med at den ettersendte dokumentasjonen ikke var tilstrekkelig, eller egnet, til å vurdere hvorvidt kvalifikasjonskravet var oppfylt. Slik saken er opplyst fremstår det som om innklagede ikke vurderte det materielle innholdet i klagers ettersendte dokumentasjon opp mot kvalifikasjonskravet. Den eneste begrunnelsen innklagede gav innledningsvis var at regnskapet for de åtte månedene selskapet hadde eksistert, ikke kunne aksepteres ettersom det ikke var revidert. Slik kvalifikasjonskravet var formulert, hvor det var åpnet for inngivelse av alternativ dokumentasjon, kan det stilles spørsmål ved om innklagede pliktet å foreta en materiell vurdering av regnskapet.
- (41) Klagenemnda finner imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet. Under saksforberedelsen har det fremkommet at klager, basert på årsregnskapet fra 2010, ble gitt karakteren C1 hos Proff Forvalt. Det vil si at på bakgrunn av den samme dokumentasjonen som ble tilsendt innklagede, ble ikke den i kvalifikasjonskravet påkrevde karakteren B3 oppnådd. Dersom innklagede hadde vurdert det materielle innholdet i klagers ettersendte dokumentasjon, ville dette uansett vist at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet. Modellen som anvendes ved Proff Forvalts analyse benytter kun regnskapstallene. En eventuell feil ved at klagers regnskap ikke ble vurdert fordi det ikke var revisorgodkjent ville derfor ikke ført til et annet resultat. Klager er dermed rettmessig avvist, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a.
- (42) Klager har også anført at innklagedes forståelse av kvalifikasjonskravet var i strid med kravet til likebehandling, fordi det virket ekskluderende mot nyetablerte foretak.
- (43) Oppdragsgivere har en vid skjønnsmargin når det gjelder hvilke og hvor strenge kvalifikasjonskrav som skal stilles til leverandørene. Det følger imidlertid av forskriften § 17-4 (2) at kravene skal *"stå i forhold til den ytelse som skal leveres"*.
- (44) Når det gjelder forholdsmessigheten i dokumentasjonskravene har innklagede vist til at anskaffelsens høye verdi, og at det gjaldt et sårbart og kritisk varekjøp. Det var videre gitt adgang til å dokumentere oppfyllelsen av kravet på ulike måter, forutsetningsvis slik at det ikke var nødvendig for tilbyderne å ha eksistert over en periode som gjorde det mulig for Proff Forvalt å gjøre en rating av tilbyderen. Kravet fremstår heller ikke

særlig strengt. Det er på denne bakgrunn ikke holdepunkter for å underkjenne innklagedes vurdering av hvilket kvalifikasjonskrav som ble oppstilt.

(45) Klagers anførsler fører ikke frem.

Konklusjon:

Bergen kommune har ikke brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen.

Bergen, 3. juni 2013

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Andreas Wahl