



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av oljeopptagere, oljelenser, radarbasert system for oljedeteksjon og oljevernått. Klagenemnda fant at klager var rettmessig avvist, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a.

Klagenemndas avgjørelse 22. august i sak 2011/166

Klager: Skimmer Technology AS

Innklaget: Kystverket

Klagenemndas medlemmer: Tone Kleven, Kai Krüger, Siri Teigum

Saken gjelder: Avvisning av klagers tilbud, dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling, adgang til å støtte seg på samarbeidende foretaks kapasitet

Bakgrunn:

- (1) Kystverket (heretter kalt innklagede) kunngjorde 31. mars 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av oljeopptagere, oljelenser, radarbasert system for oljedeteksjon og oljevernått. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 1.2 at anskaffelsen var omfattet av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 og forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 del I og III. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 3.2 angitt til å være 12. mai 2011.
- (2) Av konkurransegrunnlaget del I fremgikk følgende under punkt 2 "Krav til leverandøren – kvalifikasjonskrav":

"[...]"

2.3 Leverandørens økonomiske og finansielle stilling

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon
Det kreves at leverandøren har god økonomi med dette menes: Leverandøren skal være kredittverdig, ha tilfredsstillende likviditet og lav konkursrisiko.	Kredittvurdering fra godkjent kredittinstitusjon, som for eksempel Lindorff eller Experian. Vurderingen skal baseres på sist kjente regnskapstall med en angivelse om hvordan kredittvurderingen har utviklet seg siste to år.

Dersom leverandøren har gyldige grunner til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjon som oppdragsgiver har bedt om, kan leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiver kan akseptere. Leverandøren skal ta skriftlig kontakt med oppdragsgiver for å få klarlagt hvilken annen dokumentasjon som kan aksepteres.

- (3) Det fremgikk av konkurransegrunnlagets del II Bilag 1 under "Reservedeler" at "Leverandøren skal kunne levere reservedeler i 10 år fra leveringstidspunkt[...]"
- (4) Av konkurransegrunnlagets del II Bilag 3 fremgikk det følgende under punkt 3.1 "Betalingsplan":

"[...]"

<i>Tidspunkt for betaling</i>	<i>Beløp i % av totalpris:</i>
<i>Kontraktssignering, bankgaranti for forskuddsbetaling mottatt av kjøper</i>	<i>15 %</i>
<i>Levering av utstyr og dokumentasjon fullført (godkjent av kjøper)</i>	<i>80 %</i>
<i>Opplæring fullført</i>	<i>5 %</i>

I tillegg skal tilbyder spesifisere hvordan betaling skal foregå, til hvem og hvilke konto.

- (5) Innen fristen mottok innklagede tilbud fra Skimmer Technology AS (heretter kalt klager) og Industri og Montasjeservice AS (heretter kalt valgte leverandør). Det er ikke opplyst hvorvidt flere inngav tilbud i konkurransen.
- (6) I klagers tilbud var det vist til samarbeid med Bestra AS (Bestra), men tilbudet var undertegnet utelukkende av administrerende direktør hos klager. Videre fremgikk følgende av klagers tilbud:

"Om tilbyder

Skimmer Technology AS i Søgne er et utviklingsselskap som markedsfører patentert oljevernutstyr selskapet har rettigheten til. Skimmer Technology AS er kontraktspartner.

Konsernet Bestra er engineering-selskap med hovedkontor i Kristiansand og produksjonsselskap i Estland. Selskapet er ISO 9001sertifisert, har Achilles sertifikat og er aktiv i Norwegian Center of Expertise NODE-samarbeidet.

Skimmer Technology AS er kontraktspartner, men tilbudet innleveres i fellesskap og selskapene har avtalefestet ansvar for produksjon (Bestra) service og garantiansvar (Bestra) for leveransen.

Om tilbudet

[...]"

Fartøyet som tilbys er basert på tidligere fartøy produsert og solgt til Statoil, Forsvaret og Petrobras, men designet på nytt i samarbeid med Bestra. Dette er gjort for å innfri kravene satt av Det Norske Veritas for å få godkjent design som oljevernfartøy. "

- (7) Vedlagt klagers tilbud var en kredittvurdering fra Experian for Bestra AS datert 2. mai 2011, som viste at Bestra hadde *"God kredittverdighet"*. Videre var det lagt ved en utskrift fra EDB Infobank for klager datert 19. april 2011, som viste at klager etter *"Lindorff Decision"* var vurdert til *"2 – Moderat risiko: Større kreditter bør sikres"*. Av kommentarer fremgikk følgende:

"Kommentar: Alvorlig revisoranmerkning

Kommentar: Mer enn 2/3 av aksjekapitalen er tapt.

- (8) Klager har opplyst at det var lagt ved firmaattest, skatteattest og merverdiattest for både Bestra og klager.
- (9) Klager ble i brev datert 16. mai 2011 gitt tilleggsfrist for ettersending av dokumenter etter forskriften § 21-3. Det ble vist til at det var bedt om kredittvurdering fra godkjent kredittinstitusjon som dokumentasjon på leverandørenes økonomiske og finansielle stilling, og det fremgikk videre at:

"Dere har levert en utskrift fra EDB Infobank som inneholder kredittopplysninger fra Lindorff, dette er imidlertid ikke en fullstendig kredittvurdering. Vi trenger at dere leverer en kredittvurdering fra godkjent kredittinstitusjon for at vi skal kunne vurdere deres tilbud. Vi ber om at en kredittvurdering fra godkjent kredittinstitusjon er oss i hende innen 20.5.11."

- (10) Klager sendte i e-post av 24. mai 2011 inn kredittvurdering fra Lindorff datert 23. mai 2011, som viste at klager fikk score 2 *"Moderat risiko: Større kreditter bør sikres"*. Av e-posten fremgikk videre:

"Vedlagt er kredittvurdering av Skimmer Technology. Jeg har også lagt også lagt ved ny og oppdatert firmaattest. Det er endringer i styresammensetningen i forhold til attesten som ble lagt ved tilbudet.

Kommentarer til omsetningen i Skimmer Technology

Skimmer Technology har i de siste årene samarbeidet med lokale verft og produksjonsbedrifter, som f.eks. National Oilwell Varco, Mandal Båtservice og Bestra, om byggingen av fartøyene. Kontraktene ved salg har "gått gjennom" nevnte firma. Omsetningen i Skimmer Technology har kun vært vår andel av kontraktssummene. Av den grunn gjenspeiler ikke omsetningen i Skimmer Technology all aktivitet som har vært i selskapet. I fra 2011 vil all omsetning knyttet til utvikling, markedsføring og produksjon av produkter vi har eierrettigheter til, bli omsatt gjennom vårt firma.

Trenger dere ytterligere informasjon eller garantier, så det bare å ta kontakt med undertegnende."

- (11) Klager ble i brev datert 31. mai 2011 meddelt at klager var avvist fra konkurransen. Det fremgikk følgende av begrunnelsen for avvising:

"I denne konkurransen er det satt som krav for deltakelse, at leverandøren skal ha god økonomi. For at leverandøren skal ha god økonomi må leverandøren være kredittverdig, ha tilfredsstillende likviditet og lav konkursrisiko, jf. konkurransegrunnlag del 1, punkt 2.3. Økonomisk- og finansiellstilling skal dokumenteres med kredittvurdering fra godkjent kredittinstitusjon og baseres på sist kjente regnskapstall.

Skimmer Technology AS er ikke kredittverdig, har tapt mer enn 2/3 av aksjekapitalen og har lite tilfredsstillende likviditet. Skimmer Technology AS oppfyller derfor ikke krav til økonomisk- og finansiell stilling som er satt til leverandørens deltagelse i konkurransen.

Derfor skal Skimmer Tecnology avvises etter FOA § 20-12 1.ledd bokstav a.

Vi har ikke anledning til å vurdere tilbudet."

- (12) Klager sendte e-post til innklagede 31. mai 2010, hvor det ble vist til telefonsamtale angående brev om avvisning av klager. Videre fremgikk følgende:

"Som det fremgikk av samtalen vil vi få en ny vurdering om vi sender skriftlig krav om begrunnelse og der legger frem oppdatert informasjon om selskapets økonomiske status og kredittverdighet. Kredittvurderingen var gjort med basis i regnskapet for 2009 og gjenspeiler ikke dagens situasjon.

I forhold til at dere har tidsfrister i forhold til konkurransen og at det er helligdag på torsdag, ber vi om en tilbakemelding på hvor fort dere trenger dette fra oss.

Vi vil uansett, naturligvis, bestrebe oss på å få sendt det så raskt som mulig."

- (13) Innklagede besvarte e-post 1. juni 2011, og viste til at det i utgangspunktet er leverandørene som har ansvar for å levere etterspurt dokumentasjon innen tilbudsfristen, og at det i telefonsamtalen på generelt grunnlag var vist til adgangen til å gi tilleggsfrist i forskriften § 21-3, som innklagede hadde praksis for å gjøre. Videre ble det fremhevet at:

"Kystverket har valgt å kreve kredittvurdering som dokumentasjon på oppfyllelse av økonomisk- og finansiell stilling. Dette vil alltid innebære at vurderingen som legges til grunn er basert på det siste godkjente regnskapet, noe som igjen fører til at selskapets økonomiske stilling kan ha forandret seg noe i perioden fra godkjenning av regnskapet til tilbudsåpning. Dette vil imidlertid være likt for alle leverandørene.

Kystverket har ikke praksis for at selskapet skal få tid til å godkjenne et nytt regnskap, for så å levere ny kredittvurdering. En slik praksis er heller ikke ønskelig av hensynet til effektiv konkurransegjennomføring og likebehandlingsprinsippet, det vil være tidkrevende stadig og måtte vente på at regnskap skal godkjennes, en slik praksis vil også være vanskelig å følge konsekvent og rettferdig. En slik utsatt frist til å levere ny kredittvurdering vil derfor være i strid med Kystverkets praksis.

Skimmer Technology AS får derfor ikke slik ny og utsatt frist.

Kystverket ønsker til sist å bemerke at vi i denne konkurransen bevisst utsatte kunngjøring, slik at leverandørene skulle få en mulighet til å få sine regnskap godkjent

før tilbudsfristen, slik at de kunne levere kredittvurdering basert på regnskapet fra 2010. Flere leverandører har benyttet seg av denne muligheten. Vi har også sjekket ut hvorvidt Skimmer Technology AS har levert regnskap for 2010, noe dere ikke har gjort. Dette betyr at det kan ta flere uker å få en slik ny vurdering for Skimmer Technology AS."

- (14) Klager besvarte e-posten fra innklagede 3. juni 2011, hvor det ble hevdet at saksbehandlingen avdekket at innklagede hadde *"tungtveiende grunner til å foreta en ny vurdering."* Det fremgikk at:

"Hattrem tok kontakt med oss etter tilbudsfristen for å få en fullstendig og underskrevet kredittvurdering, ikke den utskriften vi hadde sendt. Når vi nå får vite at den kredittscoren vi hadde ut fra intern praksis automatisk fører til avvisning, burde det i tråd med god forvaltningsskikk vært opplyst om dette og anmodet om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren ble supplert eller utdypet. Både vi og banken vår ba dere gi beskjed om dere trengte mer informasjon eller garantier, uten at det ble besvart. Vi leverte inn tilbud som to parter, Skimmer Technology AS som et utviklings- og salgsselskap, og Bestra-konsernet som produksjonsselskap med garantiansvaret. Utlysningen påla oss å legge frem kredittvurdering basert på siste regnskap per primo mai, noe vi gjorde for oss og for Bestra. Bestra har god kredittverdighet, men er ikke nevnt i avvisningsbrevet. Da fremstår det som om Kystverket har søkt et grunnlag for å avvise en kvalifisert tilbyder, i strid med likebehandlingsprinsippet.

Skimmer Technology AS har siden nye eiere kom inn positiv egenkapital, det kan vi dokumentere i revisorgodkjent 2010-regnskap som sendes med i krav om begrunnelsebrevet tidlig neste uke. De kredittvurderingsselskapene vi har snakket med i dag tidlig, sier profesjonelle innkjøpere pleier å ta hensyn til dette når det er (gründer-)selskap som er i vår posisjon. Det vesentligste er i midlertid at Bestra som garantiansvarlig ikke synes å være vurdert og at Kystverkets innkjøpsseksjon ikke ba om ut supplerende eller utdypende informasjon. Det vesentlige med en kredittvurdering er å sikre innkjøper at leverandør er leveringsdyktig og kan vedstå seg garantiansvaret, og det er det hevet over en hver tvil at Skimmer Technology AS/Bestra-konsernet kan.

Vi er to parter som har levert et tilbud. Det er det samme for oss om kontrakten inngås med Skimmer Technology eller med Bestra, vi kan tilby de bankgarantier som måtte trengs, det var tross alt banken vår som ringte og hørte hva dere trengte!

Å avvise en gründerbedrift som siden 2009 har brukt millionbeløp på å utvikle verdensledende oljevernprodukt med at selskapet hadde dårlig økonomi i 2009, og som leverer inn tilbud sammen med et solid produksjonsselskap, er ikke en reell eller troverdig avvisning."

- (15) Klager sendte klage på avvisningen i brev datert 6. juni 2011, hvor klager krevde at avvisningen skulle settes til side *"da den er begrunnet i feil faktum og således må ansees som ugyldig"*. Det ble vist til tilbudsbrevet hvor det fremgikk at tilbudet var levert klager og Bestra i fellesskap, og at Bestra hadde garantiansvar for produksjon og service, men at dette ikke fremgikk av avvisningsvedtaket. Videre fremgikk følgende:

"Utlysningen av oljevernå, var, som Kystverket skriver, "ment å være en "åpen" utlysning hvor produsenter kan vise frem teknologi, og vi kan evaluere på de kriteriene

vi har satt opp i utlysningen." Som teknologiutviklingsselskap valgte vi å sikre tilbudet gjennom å ha med en solid produksjonspartner for å tilfredsstille kravet om god økonomi. Engineering-avdelingene til produksjonspartner Bestra har vært sentrale i utformingen av det produktet som tilbys.

Vi synes det er relevant å ta med at Kystverket benyttet muligheten til å ta kontakt etter tilbudsfristens utløp for å få ettersendt dokumentasjon.[...]

Vi oppfattet at det ble tatt kontakt for å få på plass dokumentasjon for å sikre at alle de formelle kvalifikasjonskriteriene ble oppfylt. Det Kystverket ba om var et dokument som vi allerede hadde sendt inn, men som var ønsket i en annen form.

Siden vi var i USA, kontaktet vår bankforbindelsen Kystverket på vegne av selskapet for å avklare hva Kystverket trengte. Det ble fra Kystverket ikke tatt opp at det var problemer knyttet til at det var to parter med innbyrdes ansvarsfordeling som stod bak tilbudet. Det ble heller ikke informert om at den kredittvurderingen vi hadde sendt inn, og som man ønsket i en annen form, ikke var god nok og ville føre til at tilbudet ble avvist. Kystverket konkluderte med at Skimmer Technology ikke var kredittverdig selv om man fikk henvendelse fra banken der det ble spurt om man trengte garantier og selv om tilbudet var sikret gjennom at leveranse, service og garanti gikk gjennom Bestra.

Det ville, for øvrig, ha vært uproblematisk for Kystverket å ha Skimmer Technology som kontraktspart, samt sikre garanti for leveransen gjennom supplerende avtaler med Bestra, jf. tilbudet.

Vi vil også, nok en gang, påpeke at det er det samme for oss (Bestra og Skimmer Technology) hvem som blir en eventuell kontraktspart.

Avslutningsvis vil vi kommentere kredittvurderingen til Skimmer Technology, selv om dette er underordnet i forhold til det tilbud som er gitt til Kystverket. Selskapet har siden 2009 hatt overskudd og har positiv egenkapital. Hadde dette blitt lagt til grunn for kredittvurderingen, så hadde det gitt et annet resultat."

- (16) Innklagede besvarte klagen i brev datert 7. juni 2011, hvor det ble gitt en nærmere begrunnelse for avvisningen, samt at klage på avvisning ble avvist. Det ble vist til e-post korrespondanse fra 31. mai til 5. juni, og klagenemndas sak 2009/142. Følgende hitsettes:

"I e-post av 3.6.11 og 5.6.11, hevder Skimmer Technology AS at Kystverket i tråd med god forvaltningsskikk burde ha opplyst om at manglende kredittverdighet ville føre til avvisning og anmodet om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren ble supplert eller utdypet.

I denne konkurransen er det satt som krav for deltagelse, at leverandøren skal ha god økonomi. For at leverandøren skal ha god økonomi må leverandøren være kredittverdig, ha tilfredsstillende likviditet og lav konkursrisiko, jf. konkurransegrunnlag del 1, punkt 2.3. Dette er et absolutt krav til leverandøren som skal sikre at denne leverandøren er egnet til å levere denne aktuelle anskaffelsen. Både i forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 1.ledd og konkurransegrunnlaget punkt 4.3 opplyses det om at manglende oppfyllelse av dette kravet vil føre til avvisning. Skimmer

Technology AS har i sitt tilbud levert kredittvurdering som viser at de ikke oppfyller dette kravet.

Økonomisk- og finansiell stilling skal dokumenteres med kredittvurdering fra godkjent kredittinstitusjon og baseres på sist kjente regnskapstall. Skimmer Technology AS hevder i denne sammenheng at Kystverket burde ha bedt om at fremlagt kredittvurdering ble utdypet. Når Kystverket i konkurransegrunnlaget har bestemt at kravet til leverandørens finansielle og økonomiske stilling skal dokumenteres med kredittvurdering har Kystverket ikke adgang til å be om supplerende dokumentasjon. Manglende oppfyllelse av dette kravet kan heller ikke repareres ved at det gis garantier eller lignende.

Skimmer Technology AS viser i denne sammenheng også til at de er et ny oppstartet firma. Ny oppstartede firmaer kan ikke kredittvurderes. Dersom Skimmer Technology AS var et ny oppstartet firma og derfor ikke kunne levere kreditt vurdering skulle de ha tatt skriftlig kontakt med Kystverket før tilbudsfristen for å høre hvilke dokumentasjon Kystverket kunne akseptere, jf. konkurransegrunnlag del 1, punkt 2.3 andre avsnitt.

[...]Grunnen til at Kystverket har valgt dette kvalifikasjonskriteriet er at vi ønsker en helhetlig vurdering av selskapets økonomi foretatt av en godkjent kredittinstitusjon da vi mener at de er best egnet til å gjøre en slik vurdering. Vi har derfor ikke åpnet opp for at Kystverket skal gjøre egne vurderinger av selskapets økonomi.

Videre hevder, Skimmer Technology AS at det her er levert tilbud av to parter Skimmer Technology AS og Bestra. De hevder at Bestra er Kredittverdig og kvalifisert og at dersom Skimmer Technology AS skal avvises må Bestra anses som leverandør.[...]

Skimmer Technology AS skriver således selv i sitt tilbud at det er Skimmer Technology AS som er kontraktspart til Kystverket. Videre er tilbudsbrevet kun signert av Skimmer Technology AS noe som må anses å stadfeste at Skimmer Technology AS er å anse som kontraktspart. Det er således Skimmer Technology AS som er avtalerettslig forpliktet til Kystverket og dermed må anses som leverandør. Det er derfor Skimmer Technology AS som må oppfylle krav satt til leverandøren. Kystverket har derfor ikke vurdert hvorvidt Bestra er kvalifisert.

Til sist bemerker Kystverket at tilbudsbrevet kun underskrevet av Skimmer Technology AS. Noe som innebærer at dersom Kystverket skulle ha ansett Bestra som leverandør måtte deres tilbud uansett avvises da de ikke har underskrevet tilbudsbrevet noe som fører til avvisning, jf. konkurransegrunnlaget punkt 3.1 nummer 1, jf. punkt 4-4 bokstav b.

Kystverket ønsker med dette å avslutte korrespondansen med Skimmer Technology AS. Dersom Skimmer Technology AS ønsker videre saksgang ber vi derfor om at det sendes klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Vi ber om at dette gjøres så snart som mulig slik at saken kan avsluttes. "

- (17) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev datert 9. juni 2011.
- (18) Innklagede bekreftet i e-post datert 24. juni 2011 at innklagede ville avvente kontraktsinngåelse til klagenemnda hadde behandlet saken.

- (19) Klager har i kommentar til tilsvaret for klagenemnda vedlagt bekreftelse fra Bestra AS på samarbeid med Skimmer Technology, datert 20. juli 2011. Det fremgår følgende av bekreftelsen:

"Vi vil med dette bekrefte vår avtale med OP skimmer om produksjon av skimmer tilpasset Kystverkets krav.

Tilbudet til kystverket er utarbeidet i fellesskap mellom OP skimmer og Bestra AS.

Bestra AS står ansvarlig for gjennomføringen av produksjon, utrustning, dokumentasjon, test før overlevering, samt fremtidig service jf. kravspesifikasjonen i utlysningen.

Modellen som er tilpasset kystverkets krav er klar til produksjon så snart som kontrakt er på plass.

Bestra AS produserer i dag hovedsakelig utstyr til oljeindustrien, spesielt Boredekkmaskiner og Pipehandelingmaskiner. Bestra AS er også i gang med produksjon av aluminiums MOB båter for Brude safety AS type HD 720 ASI Fast Rescue Boats.

Vi ønsker med dette å bekrefte at vi er i stand til å produsere og har kapasitet til å produsere skimmer så fort det er undertegnet kontrakt med kystverket."

- (20) Innklagede opplyste i e-post av 15. august 2011 at valgte leverandør var Industri og Montasjeservice AS.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (21) Klager anfører at klagers tilbud er urettmessig avvist. Det er et klart brudd på forskriften §§ 17-7 (1) og 17-8 (2) og (3) at innklagede ser bort fra at tilbudet er levert sammen med Bestra, jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser vedrørende forskriften § 17-8. Klagers tilbud ble gitt under forutsetning om at Bestra hadde garantiansvaret for leveransen og service i henhold til utlysningsteksten, og det er dermed direkte feil av innklagede å basere avvisningen på kredittvurdering av klager alene.
- (22) Dersom relasjonene var uklare kunne innklagede innhentet informasjon og ville med enkelthet fått bekreftet at Bestra og klager hadde utviklet produktet som er tilbudt i nært samarbeid, og at tilbudet er utarbeidet i fellesskap. Det ville vært enkelt for innklagede å be om underskrift fra Bestra, eller fått garantier på leveransen fra Bestra eller via klager. Det fremgår ikke av utlysningsteksten eller av forskriften § 17-8 at det kreves underskrift fra hvert enkelt av selskapene som leverer inn tilbud sammen. Ved innsending av ny kredittvurdering ba også klager om tilbakemelding på hvorvidt innklagede trengte ytterligere informasjon eller garantier. Innklagede må ha visst at klager ville avvises som følge av å ha fått score 2 på kredittvurderingen fra Lindorff, og det er et klart brudd på kravet om god forretningsskikk i forskriften § 3-1 (6) når dette ikke opplyses om eller nevnes at kredittvurderingen fra Bestra ikke ville bli lagt til grunn uten underskrift., jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser punkt 13.1.1. Hadde klager trodd at det var et

problem å støtte seg til Bestra, ville det selvsagt blitt ordnet med underskrift eller fremskyndet innlevering av regnskapet for 2010, som viser overskudd og positiv egenkapital.

- (23) Det fremgår klart at tilbudet er levert i felleskap mellom klager og Bestra, og all dokumentasjon kreves for en leverandør er også vedlagt for Bestra. Klager har ikke hevdet å oppfylle kvalifikasjonskravene alene, som er årsaken til at firmaattest, skatteattest, merverdiattest og kredittvurdering ble vedlagt både for klager og Bestra. Dette gir ingen mening dersom det ikke var snakk om å inngi tilbud i fellesskap. Klagenemndas sak 2009/142 er heller ikke relevant, og det fremstår som ulogisk at restanser på skatt og avgifter medfører avvisning, mens tilsvarende reaksjoner ikke er nevnt for brudd på leverandørens økonomiske og finansielle stilling.
- (24) Klager har ikke hevdet at dersom klager avvises så må Bestra anses som leverandør, da tilbudet er levert inn i fellesskap. Bestra ikke er en underleverandør, men en leverandør sidestilt med klager. Innklagede tok kontakt med klagers advokat i forkant av innsendelse av tilsvarende, og fikk bekreftet at det eksisterer avtale mellom klager og Bestra, som dokumenterer at Bestra har nevnte ansvar og er likeverdig part i både dette og alle tilbud klager gir. Det var klagers oppfatning at eventuelle garantier, underskrifter og ytterligere dokumentasjon ville blitt krevd i tilbudsbrief til leverandør, i samsvar med praksis fra andre konkurranser, og innklagedes praksis burde dermed fremgått av utlysningen for å gi leverandørene mulighet til å innrette seg, jf. forskriften § 3-1 punkt 4. Det er dermed urimelig å avvise et tilbud på dette grunnlaget. Klager har også tilbudt at Bestra kan skrive under på tilbudet og kontrakten, uten at innklagede har svart på henvendelsen. At tilbudet ikke er underskrevet gir oppdragsgiver kun en rett til å avvise, jf. forskriften § 11-11 (2) bokstav d og § 20-13 (2) bokstav d.
- (25) I utlysningen er det ikke etterspurt dokumentasjon i form av forpliktelseserklæring eller tilsvarende, og dette er ikke opplyst av innklagede i ettertid at dette var nødvendig, i strid med forskriften § 3-1 punkt 4. Innklagede er tilbudt garantier for leveransen på flere måter og betalingsplanen i henhold til konkurransegrunnlaget del II punkt 3.1 viser at innklagede sikret seg minimal risiko i henhold til denne leveransen.

Innklagedes anførsler:

- (26) Innklagede anfører at klager er rettmessig avvist, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Vedlagt tilbudet fulgte det ikke en godkjent kredittvurdering, og det ble gitt utsatt frist for å levere dette. Kredittvurderingen fra Lindorff viste da at klager ikke var kredittverdig. Kvalifikasjonskriteriet ble valgt fordi innklagede ønsket å støtte seg til en helhetlig vurdering av selskapets økonomi.
- (27) Bestra kan ikke kan anses som leverandør, da klager ikke har levert tilbudet sammen med Bestra. Det fremgår av klagers tilbud at klager er kontraktspart, og tilbudsbriefet er kun signert av klager, som stadfester at kun klager er kontraktspart og avtalerettslig forpliktet overfor innklagede. Klager dermed må anses som leverandør som må oppfylle krav satt til leverandøren. Innklagede har ikke vurdert hvorvidt Bestra er kvalifisert.
- (28) Klager har ikke anledning til å støtte seg på Bestra sin kapasitet, da det ikke fulgte en forpliktelseserklæring eller annen dokumentasjon på at klager ville ha rådighet over de nødvendige ressurser i hele kontraktperioden, jf. klagenemndas sak 2009/242 premiss (39) og (40). Forpliktelseserklæringen må dekke forpliktelsen om at leverandøren skal kunne levere reservedeler i ti år fra leveringspunkt.

- (29) Innklagede bestrider at innklagede hadde rett eller plikt til å innhente dokumentasjon som viste at klager kunne rå over Bestra sine ressurser. Det vises til at det er leverandøren som er ansvarlig for utformingen av tilbudet, jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser side 150. Videre er ikke forskriften § 20-3 eller 21-4 er anvendelig i det foreliggende tilfellet, og uansett har oppdragsgiver etter bestemmelsene kun en rett og ikke en plikt til å anvende disse reglene. Innklagede viser videre til konkurransegrunnlagets del 1 punkt 2.3 hvor det fremgikk at leverandører som ønsket å fremlegge annen dokumentasjon for oppfyllelse av krav til økonomisk og finansiell stilling, kunne kontakte innklagede og få tilbakemelding på hvilke dokument som ble akseptert, og klager kunne dermed enkelt ha forhindret situasjonen.
- (30) Det bestrides videre at kravet til økonomisk og finansiell stilling i konkurransegrunnlaget var uklart.

Klagenemndas vurdering:

- (31) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder anskaffelse av oljeopptagere, oljelenser, radarbasert system for oljedeteksjon og oljevernboat, som er en vareanskaffelse. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin opplyste art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 del I og del III, jf. forskriften §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).
- (32) Problemstillingen er om klager er rettmessig avvist.
- (33) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at *"Oppdragsgiver skal avvise leverandører som [...] ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)."*
- (34) Ved vurderingen av om tilbyderne oppfyller kvalifikasjonskravene utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan bare prøve om vurderingen er basert på riktig faktisk grunnlag, om den er usaklig eller uforvarlig, eller om den er i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 5.
- (35) Av konkurransegrunnlagets del I punkt 2 *"Krav til leverandøren – kvalifikasjonskrav"* fremgikk at det ble stilt følgende krav til leverandørenes økonomiske og finansielle stilling:

"Det kreves at leverandøren har god økonomi med dette menes: Leverandøren skal være kredittverdig, ha tilfredsstillende likviditet og lav konkursrisiko."

- (36) Det fremgikk av både utskrift fra EDB Infobank datert 19. april 2011, og kredittvurdering fra Lindorff datert 24. mai 2011, at klager var vurdert til score "2 – Moderat risiko: Større kreditter bør sikres". Av kommentarer fremgikk følgende:

"Kommentar: Alvorlig revisoranmerknning"

Kommentar: Mer enn 2/3 av aksjekapitalen er tapt.

- (37) Da klager er gitt score 2 i kredittvurderingen fra Lindorff, er det ikke grunn til å underkjenne innklagedes vurdering om at klager ikke alene oppfyller kvalifikasjonskravet til leverandørenes økonomiske og finansielle stilling.
- (38) Det nevnes også innledningsvis at det fremgikk uttrykkelig av klagers tilbudsbrev at klager ville være kontraktspartner i forhold til innklagede. Tilbudet var også kun underskrevet av klager. Det er på denne bakgrunn ikke tvilsomt at tilbudet ikke kan anses innlevert i felleskap av klager og Bestra. Spørsmålet er om innklagede likevel hadde plikt til å vektlegge Bestras kredittvurdering ved kvalifikasjonsvurderingen.
- (39) Det følger av forskriften § 17-8 (2) at
- "En leverandør kan for en særskilt kontrakt, der dette er hensiktsmessig, støtte seg på andre foretaks kapasitet, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsene mellom dem. I så fall skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene."*
- (40) Bestemmelsen er et resultat av Direktiv 2004/18/EC, hvor det fremgår følgende i artikkel 47 (2):
- "An economic operator may, where appropriate and for a particular contract, rely on the capacities of other entities, regardless of the legal nature of the links which it has with them. It must in that case prove to the contracting authority that it will have at its disposal the resources necessary, for example, by producing an undertaking by those entities to that effect."*
- (41) I EU-domstolens avgjørelse i C-314/01 (ARGE) ble det lagt grunn følgende om adgangen til å støtte seg på underleverandørers kapasitet etter det tidligere Direktiv 92/50/EEC om offentlige tjenestekontrakter:
- "44 However, according to the Court, the onus rests on a service provider which relies on the resources of entities or undertakings with which it is directly or indirectly linked, with a view to being admitted to participate in a tendering procedure, to establish that it actually has available to it the resources of those entities or undertakings which it does not itself own and which are necessary for the performance of the contract (Holst Italia, paragraph 29)."*
- (42) Problemstillingen er også behandlet i klagenemnda avgjørelser 2010/272 og 2009/43 for forskriften § 17-9 (2).
- (43) Det er dermed åpnet for at en tilbyder kan støtte seg på andre selskaps kapasitet for oppfyllelse av kravene til leverandørenes økonomiske og finansielle kvalifikasjoner, så fremt leverandøren i tilbudet sannsynliggjør ovenfor oppdragsgiver at leverandøren har rådighet over ressursene.
- (44) I Fornyings- og administrasjonsdepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser fremgår det på side 115 at:
- "[...] Forskriften angir at en skriftlig avtale vil være en mulig måte å dokumentere dette på. Det vil også være adgang til å kunne dokumentere dette på annen måte som oppdragsgiver anser egnet, i tråd med forskriftens § 17-8 femte ledd. Adgangen til å*

påberope seg muligheten er ikke begrenset til konsernforhold eller lignende. Bestemmelsen gjør det lettere for nystartede og små selskaper å få mulighet til å levere til det offentlige. Det avgjørende er at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, ikke hvordan denne evnen oppstår."

- (45) I det foreliggende tilfellet fremgikk det av klagers tilbudsbrief at "*Skimmer Technology AS er kontraktspartner, men tilbudet innleveres i fellesskap og selskapene har avtalefestet ansvar for produksjon (Bestra) service og garantiansvar (Bestra) for leveransen*". Klager har opplyst at det i tillegg var vedlagt kredittvurdering, samt firmaattest, skatteattest og merverdiattest for både klager og Bestra.
- (46) Imidlertid var tilbudet kun underskrevet av klager, og det var ikke vedlagt noen form for forpliktelseserklæring eller øvrig dokumentasjon fra Bestra på at det faktisk fantes en samarbeidsavtale med klager. Av tilbudsbriefet fremgikk det kun at Bestra hadde ansvar for produksjon, service og garantiansvar, og at tilbudet var innlevert i fellesskap, men at det bare var klager som var kontraktspart. Det var utover dette ingen opplysninger eller dokumentasjon som viste at Bestra hadde forpliktet seg ovenfor klager til stille til rådighet de nødvendige ressursene. Når det gjaldt grunnlaget for avvisningen, manglende oppfyllelse av kravet til finansiell kapasitet, var det overhodet ikke noen opplysninger om at Bestras ressurser var gjort tilgjengelige for klager. At det var vedlagt kredittvurdering, firmaattest, skatteattest og merverdiattest for Bestra er klarligvis ikke tilstrekkelig som dokumentasjon. Klagenemnda er på denne bakgrunn enig med innklagede at det ikke var dokumentert i klagers tilbud at klager hadde rådighet over Bestras ressurser, og innklagede hadde dermed ikke plikt til å vektlegge Bestras kredittvurdering ved kvalifikasjonsvurderingen.
- (47) Spørsmålet blir imidlertid om innklagede hadde plikt til å innhente informasjon om forholdet mellom klager og Bestra, eller opplysninger om regnskapstallene for 2010.
- (48) Det følger av forskriften § 21-1 (1) at etter tilbudsfristens utløp er det verken adgang eller plikt til å endre eller rette tilbud. I forskriften § 21-4 åpnes det for at oppdragsgiver kan be om at "*fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes*." Bestemmelsen gir dermed en rett for oppdragsgiver til å be om opplysninger, men pålegger ingen plikt for oppdragsgiver til å innhente dokumentasjon.
- (49) Klagenemnda har imidlertid lagt til grunn at oppdragsgiver i visse tilfeller kan ha en plikt til å avklare uklarheter og ufullstendigheter ut fra de grunnleggende kravene i loven § 5, noe som kan være tilfelle der konkurransegrunnlaget er uklart, jf. blant annet klagenemndas saker 2007/91 premiss (28) til (30) og 2004/279 premiss (32) til (34). I det foreliggende tilfellet er det imidlertid ingen uklarhet i konkurransegrunnlaget, da det er klart at tilbyderne måtte dokumentere "*god økonomi*". At innklagede i ettertid kun ba om utfyllende kredittvurdering og ikke tilbagemelding vedrørende hvorvidt klager kunne støtte seg på Bestras ressurser, kan ikke i seg selv føre til at innklagede hadde plikt til å innhente informasjon om forholdet mellom klager og Bestra. Av samme grunn hadde heller ikke innklagede en plikt til å innhente opplysninger om regnskapstallene for 2010.
- (50) Klagenemnda kan dermed ikke se at innklagede har utøvd et usaklig, sterkt urimelig eller vilkårlig skjønn, eller at innklagede har basert saken på et feilaktig faktum, og kan heller ikke se at saksbehandlingen i seg selv er i strid med loven § 5 eller forskriften § 3-1 punkt 4.

(51) Basert på at innklagede fant at klager ikke oppfylte kravene til leverandørens økonomiske og finansielle stilling finner klagenemnda at innklagede hadde plikt til å avvise klager, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Kystverket har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

Bergen, 22. august 2011

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Siri Teigum