



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Advokat Harald Venger
Homble Olsby advokatfirma AS
Lille Grensen 7
0159 OSLO

Deres referanse

Vår referanse
2011/333

Dato
26.01.2012

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

- (1) Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 1. desember 2011 vedrørende leie av kaffemaskiner med servicetjenester. Klagenemndas sekretariat har besluttet å avvise klagen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Grunnen er at klagen klart ikke kan føre frem. Sekretariatets avvisningsbeslutning kan påklages til klagenemndas leder innen 3 virkedager etter at den ble gjort kjent for klager.

Nedenfor gis en oppsummering av bakgrunnen for klagen og sekretariatets vurdering.

Bakgrunn:

- (2) Forsvarsdepartementet (heretter kalt innklagede) kunngjorde 21. juni 2011 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av leie av kaffemaskiner med servicetjenester. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.4 "*Anskaffelsens omfang*" angitt til å være kroner 3 000 000 eksklusiv merverdiavgift. Tilbudsfrist var i konkurransegrunnlaget punkt 2.5 "*Innleveringstid*" angitt til å være 22. august 2011.

- (3) Av konkurransegrunnlaget punkt 1.3 fremgikk anskaffelsens formål, det hitsettes:

"FD ønsker å leie kaffemaskiner til sitt nye ledelsesbygg med ca. 560 arbeidsplasser. I den anledning er det ønskelig å innhente tilbud på leie av kaffemaskiner med servicetjenester."

- (4) Videre fremgikk det av konkurransegrunnlaget punkt 2.6 "*Innleveringssted*" at alle tilbud skulle leveres elektronisk via Mercell-portalen, www.mercell.no.¹

¹ Mercell er et internettbasert verktøy for gjennomførelse av anskaffelsesprosesser.

- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 3 fremgikk "Krav til leverandøren". Det opplyses i punkt 3.1 "Kvalifikasjonskrav" at for å kunne delta i konkurransen må kvalifikasjonskravene være oppfylt. Videre at dersom leverandørene ikke tilfredsstiller kravene, vil det kunne medføre avvisning jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12.
- (6) Det hitsettes fra konkurransegrunnlaget punkt 3.2 "Obligatoriske og ufravikelige krav":

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon – bevis for at kravet/ene er oppfylt
Krav Det kreves at leverandøren ikke har skatte- eller momsrestanser, samt at leverandører oppfyller lovbestemte krav til helse, miljø og sikkerhet (HMS).	• Skatteattest • Momsattest • HMS-egenerklæring. Skjema for HMS-egenerklæring følger vedlagt (kan også hentes på www.odin.dep.no/nhd)

[...]

- (7) Videre vises til konkurransegrunnlaget punkt 3.3 "Leverandørens organisatoriske og juridiske stilling":

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon – bevis for at kravet/ene er oppfylt
Krav 1 Det kreves at leverandørene har et lovlig etablert foretak:	• Firmaattest

- (8) Det hitsettes videre fra konkurransegrunnlaget punkt 3.4 "Leverandørens finansielle og økonomiske kapasitet":

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon – bevis for at kravet/ene er oppfylt
Det kreves meget god soliditet:	• Foretakets siste årsberetning og nyere opplysninger som har betydning for foretakets regnskapstall. Med årsberetning menes den som for norske foretak sendes til Brønnøysundregisteret.

"Der leverandøren har gyldige grunner til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjon som oppdragsgiver har bedt om, kan han godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiveren kan akseptere. Dersom

leverandøren har slik grunn, skal han ta skriftlig kontakt med oppdragsgiveren for å få klarlagt hvilken annen dokumentasjon som kan aksepteres."

- (9) Av konkurransegrunnlaget punkt 3.5 "Leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner" fremgikk følgende:

Kvalifikasjonskrav	Dokumentasjon – bevis for at kravet/ene er oppfylt
Krav 1 Organisasjon og kapasitet <i>Det kreves meget god gjennomføringsevne:</i>	• <i>Det skal gis en beskrivelse av leverandørens organisasjon, selskapsform, eierstruktur og virksomhetsområde.</i>
Krav 2 Kompetanse og erfaring <i>Det kreves erfaring med tilsvarende oppdrag som her er beskrevet.</i>	• <i>Oversikt over foretakets viktigste leveranser de tre siste årene, med relevans for dette oppdraget. Det skal oppgis leveransens verdi, tidspunkt og mottaker. Det kreves erfaring med minimum 3 oppdrag vedrørende leie av kaffemaskiner. På bakgrunn av listen skal tre relevante prosjekter beskrives. Det skal oppgis navn, e-postadresse og telefonnr. til en kontaktperson for hvert av disse prosjektene. Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å innhente referansesjekk dersom det er ønskelig.</i>
Krav 3: Kvalitetssikringssystem <i>Det kreves et godt og velfungerende kvalitetssikrings- og styringssystem:</i>	• <i>Leverandørens relevante kvalitetssikringssystemer skal beskrives. Sertifisering skal dokumenteres med kopi av beviset for dette.</i>

- (10) Av konkurransegrunnlaget punkt 7 fremgikk konkurransens "Tildelingskriterier", det hitsettes:

"Bare tilbud som er levert av kvalifiserte tilbydere og som innfrir de obligatoriske krav og spesifikasjoner som angitt i konkurransegrunnlaget herunder kontraktsforslaget og kravspesifikasjonen vil bli vurdert i forhold til tildelingskriteriene.

Det økonomisk mest fordelaktige tilbud velges etter en total vurdering i h.h.t. følgende tildelingskriterier:

<i>TILDELINSKRITERIUM</i>	<i>VEKT</i>	<i>TILBUDETS SCORE</i>
<i>Kvalitet</i>	<i>60</i>	<i>(score 1-10)</i>

<i>Pris</i>	<i>30</i>	<i>(score 1-10)</i>
<i>Miljø</i>	<i>10</i>	<i>(score 1-10)</i>
<i>TOTALSUM</i>	<i>100</i>	<i>(sum vektete scoringer)</i>

"Økonomisk mest fordelaktig er tilbudet som oppnår størst total scoringssum (summen av tilbudets vektete scoringer). Scoringsskalaen går fra 0 (minst gunstig / lavest verdi) til 10 (mest gunstig / høyest verdi). Manglende egenskap scorer 0. Summen av vektall er 100.

Følgende er en nærmere presisering av hva som legges i tildelingskriteriene:

Kvalitet

Under tildelingskriteriet kvalitet, vil følgende punkter bli vektlagt:

- a. Smak*
- b. Brukervennlighet/funksjonalitet*
- c. Service*

I forhold til vurderingen av kriteriet smak, vises det til pkt. 4.3.

Under kriteriet brukervennlighet, vil løsningsbeskrivelsen under pkt 4.4. vektlegges.

I forhold til kriteriet service, vil løsningsopplegg på drift, service og vedlikehold vektlegges.

Pris:

Prisskjema vedlagt dette konkurransegrunnlaget skal fylles ut ved prisangivelse. Alle priser skal være faste, oppgitt i norske kroner, eksklusiv mva og inklusive mva.

Alle priser skal oppgis fritt levert og montert, inkludert alle ekstra kostnader.

Leverandøren plikter å opprettholde sine enhetspriser selv om justering av antall maskiner blir foretatt. Prisene på maskinene skal være faste i avtaleperioden. Priser på ingredienser og annet tilbehør kan justeres årlig iht. konsumpris indeksreguleringer, med da først etter ett år.

Miljø:

I forhold til vurderingen av kriteriet miljø, vises til pkt. 4.5."

- (11) Videre fremgikk følgende av anskaffelsesprotokollen hentet fra Merzell side 29, under punktet "Rettelse, supplering eller endring av konkurransegrunnlaget nr. 1":

"[...] Behovet er estimert til ca. 35 kaffemaskiner og anskaffelsens anslåtte verdi er kr 5 000 000,- eks. mva. FD tar forbehold om å justere behovet opp eller ned.

Avtalen inngås for to år med opsjon på ett + ett år."

- (12) Innklagede mottok tilbud fra blant annet v:aroma AS (heretter kalt klager) innen tilbudsfristen. Det hitsettes fra klagers tilbud side 2:

"[...]

v:aroma AS er i partnerskap med Joh. Johannson Kaffe AS (JJK). De er et av Norges største kaffebrennerier og eier 40 % av v:aroma AS. JJK ble stiftet i 1866 og har over 140 års erfaring. På Filipstad i Oslo brennes, produseres og distribueres to av de mest kjente og prefererte kaffemerker; Ali og Evergood.

[...]

Som kjent eier JJK 75 % av Norgesgruppen, noe som sikrer v:aroma AS drift, samt at vi kan levere den servicen og fleksibiliteten våre kunder ønsker."

Videre hitsettes fra klagers tilbud side 8:

[...]

"Joh. Johannson Kaffe AS bruker oss som et middel for å tilby kvalitetskaffe inn i det norske kontormarkedet og er vår garantist for å sikre kapital inn i vår drift i oppreisningsperioden."

- (13) Vedlagt klagers tilbud fulgte årsberetningen fra 2010, samt et dokument datert 21. august 2011 med overskrift "Rammeavtale for leie og driftig av kaffeautomater og vannautomater". Det hitsettes fra brevet:

"Som deleier i v:aroma AS garanterer JOH. JOHANNSON KAFFE AS/JOH-SALG AS for at v:aroma AS har evne til å oppfylle de forpliktelser en samarbeidsavtale med Forsvarsdepartementet omfatter."

- (14) Fra klagers årsberetning 2010 hitsettes:

"2. Fortsatt drift

Styret gjør oppmerksom på at selskapets aksjekapital er tapt. Styret mener allikevel at forutsetningen om fortsatt drift er tilstede. Styret har tro på at inntjeningen i 2011 vil bedre seg betydelig fra tidligere år. Styret og daglig leder mener derfor det er riktig å legge forutsetningen for fortsatt drift av selskapet til grunn ved anleggelse av årsregnskapet.

Selskapet har i 2011 hatt tilfredsstillende likviditet.[...]"

- (15) Klager ble ved tildelingsbrev 16. september 2011 tildelt kontrakten med oppdragsgiver. Det hitsettes fra brevet:

"[...]Etter vekting av det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, som også var vårt grunnlag iht. konkurransegrunnlaget, kom v:aroma AS samlet sett best ut.

[...]

Klagefrist er satt til mandag 3. oktober kl. 1200. FD vil komme tilbake med tid og sted for kontraktsignering."

- (16) Tildelingsbeslutningen ble påklaget av en annen tilbyder i konkurransen, Sodexo AS, ved brev 30. september 2011, det hitsettes:

"Viser til punkt 3.4 i konkurransegrunnlaget hvor kvalifikasjonskravet er "Det kreves meget god soliditet".

Vi registrerer at firmaet som er tilbudt oppdraget ikke tilfredsstiller dette kravet. I følge Dun & Bradstreet har de en B-rating (kreditt mot sikkerhet). Regnskapet viser et årsresultat i 2010 på kr. -4 898 000 og en negativ egenkapital på kr. -14 812 000."

- (17) I udatert brev til v:aroma AS fremgikk at Sodexo AS' klage ble tatt til etterretning. Det vises til følgende avsnitt i brevets side 2:

"På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon oppfyller således ikke v:aroma AS kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlags pkt. 3.4 om "meget god soliditet". Konklusjonen er derfor at klagen fra Sodexo tas til etterretning. Følgen av dette er at v:aroma AS må avvises begrunnet i det ovennevnte og med hjemmel i FOA § 20-12 (1) bokstav a. For øvrig legger FD til grunn at kontrakt, herunder signering av kontrakt av begge parter, jf. FOA 22-3 (1) andre setning, ikke er inngått."

- (18) V:aroma AS påklaget vedtaket ved brev 25. oktober 2011, og ba om at avvisningsvedtaket og vedtaket om annullering av tildelingen skulle omgjøres.

- (19) Innklagede opprettholdt avvisningsbeslutningen ved brev 18. november 2011.

- (20) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter kalt klagenemnda) ved brev 1. desember 2011.

- (21) Innklagede bekreftet per e-post 6. desember 2011 at departementet ikke hadde intensjon om å inngå kontrakt før klagebehandlingen i klagenemnda er avsluttet.

- (22) Av e-post fra innklagede 6. desember 2011 til samtlige tilbydere i konkurransen fremgikk følgende:

[...] Forsvarsdepartementet ber om samtykke til å forlenge vedståelsesfristen til 30. mars 2012. Det tas forbehold om ytterligere forlenget vedståelsesfrist forutsatt at KOFA ikke har ferdigbehandlet klagen innen 30. mars 2012."

- (23) Innklagede innga tilsvaer 20. desember 2011. I tilsvaret side 2 fremgikk følgende:

"Forsvarsdepartementet erkjenner at det er begått en feil fra departementets side ved at v:aroma AS ikke ble avvist før tilbudsåpning".

- (24) Videre mottok sekretariatet e-post fra innklagede 19. januar 2012 vedrørende kategoriseringen av anskaffelsen. Det hitsettes:

"Anskaffelsen ble kunngjort i Doffin som en varekontrakt, ettersom anskaffelsen gjaldt "leasing eller leie" av kaffemaskiner, jf. FOA § 4-1 bokstav b.

Departementet vurderte om anskaffelsen burde kunngjøres som en "tjenestekontrakt", jf. FOA § 4-1 bokstav d, idet anskaffelsen ville omfatte både leveranse av varer og tjenesteytelser. Tjenesteytelser knyttet til anskaffelsen anses å være vedlikehold- og service av kaffemaskiner.

Da verdien av leie av kaffemaskiner, samt kjøp av varer (kaffe, te osv), ville være langt større enn verdien av vedlikehold- og service av maskinene, konkluderte departementet med at anskaffelsen klart måtte ansees som en varekontrakt."

Anførsler:

Klagers anførsler:

Urettmessig avvisning

- (25) Klager anfører at innklagede har brutt forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (1) bokstav a, samt de grunnleggende prinsipper i lov om offentlige anskaffelser § 5, ved urettmessig å avvise klager fra konkurransen, idet klager klart oppfylte kvalifikasjonskravet til "meget god soliditet" i konkurransegrunnlaget punkt 3.4 på avvisningstidspunktet. Dette ble dokumentert gjennom klagers tilbud, ved selskapets årsberetning, samt en garantierklæring fra eierselskapene innsendt via programmet Mercell innen tilbudsfristens utløp.
- (26) Det vises til at avvisningsvedtaket ble truffet etter at innklagede positivt kjente til forpliktelseserklæringen fra deleier, slik at all den forannevnte dokumentasjonen var tilgjengelig for oppdragsgiver når kvalifikasjonskravene ble vurdert. Forpliktelseserklæringen skulle således vært vurdert ved innklagedes vurdering av klagers økonomiske og finansielle situasjon.
- (27) Konkret som grunnlag for at klager oppfyller kravet til "meget god soliditet" vises det til at årsberetningen oppfyller de krav som stilles til små foretak etter regnskapsloven, samt at klager i tillegg har innhentet en uforbeholden garanti fra to eierselskap, Joh. Johannson Kaffe AS og Joh-salg AS. Av offentlig tilgjengelige regnskapstall for eierselskapene fremkommer at den ene garantisten alene hadde driftsinntekter siste regnskapsår på 666 916 000 kroner, et årsresultat etter skatt på 53 520 000 kroner, og en bokført egenkapital på 104 934 000 kroner. Videre vises til at forpliktelseserklæringen er rettslig bindende og gir grunnlag for et kontraktsrettslig garantiansvar, samt oppfyller de materielle krav som stilles i forskrift om offentlige anskaffelser § 17-8 (2).
- (28) For det tilfelle at forpliktelseserklæringen ikke ble vurdert av innklagede, vises det til at det ikke kan være klagers risiko at innsendte dokumenter ikke kommer til oppdragsgivers kunnskap. Dette ettersom det på ingen måte er synbart for tilbyder at dokumenter som innleveres innen tilbudsfristens utløp, ikke er synlig for oppdragsgiver med mindre de lastes opp i Mercell portalen under bestemte faner. Det fremgår verken av Mercells veileder eller brukermanual, at dokumentasjon under fanen "Dokumenter" ikke blir tilgjengelig for oppdragsgiver før etter at kvalifikasjonsvurderingen er foretatt. Å avvise klager grunnet en eventuell feilopplastning av forpliktelseserklæringen, fremstår som en uforholdsmessig streng reaksjon og i strid med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet.

- (29) Videre bestrides at forskriften § 20-12 (1) bokstav a er riktig rettslig grunnlag i saken. Vurderingen av en eventuell avvisning av klager må foretas som en "kan-vurdering" etter § 20-12 bokstav g, hva gjelder ufullstendig dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene er oppfylt.

Omgjøring av tildelingsbeslutningen

- (30) Det anføres videre at innklagede har brutt regelverket om offentlige anskaffelser, ved å omgjøre sin tildelingsbeslutning med hjemmel i forskriften § 22-3 (2). I forkant av tildelingen fant innklagede at kvalifikasjonskravet var tilstrekkelig dokumentert gjennom årsberetningen og garantierklæringen, og det er ingen holdepunkter for at denne vurderingen har vært usaklig, uforsvarlig eller i strid med regelverket. Adgangen for oppdragsgiver til å omgjøre eget vedtak er begrenset når skjønnnet utført i kvalifikasjonsvurderingen fremstår som forsvarlig innenfor rammene av regelverket.

Uklart konkurransegrunnlag og eventuell avklaringsplikt

- (31) Det anføres også at det foreligger uklarheter i konkurransegrunnlaget som er i strid med de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det vises til at det ikke er presisert hva innklagede mener med passusen "...nyere opplysninger som har betydning for foretakets regnskapstall" i konkurransegrunnlaget punkt 3.4.
- (32) Videre vises til at årsberetningen ikke er egnet til å belyse et selskaps soliditet. Bakgrunnen er blant annet at regnskapsloven ikke krever at små foretak opplyser om kontantstrøm, egenkapitalsituasjon, resultatgrad, gjeldsgrad, eller likviditetssituasjon. Dette medfører at innklagede skulle satt en tilleggsfrist for ettersending av dokumenter, og/eller bedt om utdyping av fremlagt dokumentasjon, jf. forskriften § 21-3 og § 21-4.

Uforholdsmessig kvalifikasjonskrav

- (33) Klager anfører videre at innklagede har brutt kravet til likebehandling i lov om offentlige anskaffelser § 5, samt forskriften § 17-4, som følge av at kravet til "*meget god soliditet*" i konkurransegrunnlaget ikke står i forhold til den ytelsen som skal leveres. Det vises til at kvalifikasjonskravet skal stå i et rimelig og fornuftig forhold til den ytelsen som skal leveres. Den konkrete anskaffelse har en estimert verdi på omtrent 5 millioner kroner, og konsekvensen for oppdragsgiver dersom leveransen av kaffemaskiner uteblir er ikke særlig stor.

Saksbehandlingsfeil

- (34) Endelig anføres at vedtaket om avvisning og annullering av tildelingsbeslutningen er ugyldig som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, og innebærer således en saksbehandlingsfeil.

Innklagedes anførsler:

Urettmessig avvisning

- (35) Det bestrides at avvisningen av klager er urettmessig etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a.

- (36) Det vises til at avvisningen må foretas på bakgrunn av dokumentasjonen slik den fremstod på tidspunktet for avvisningsvedtaket, jf. klagenemndas sak 2005/213. På dette tidspunkt var det kun årsberetningen for 2010 som var tilgjengelig i Mercell som dokumentasjon i relasjon til kvalifikasjonskravet *"meget god soliditet."*
- (37) Det bestrides at klager har sendt inn øvrig dokumentasjon for kvalifikasjonskravene. Erklæringen fra deleier var ikke lastet opp på rett sted i Mercell, og innklagede hadde dermed ikke tilgang til erklæringen før departementet skulle evaluere leverandørene i henhold til tildelingskriteriene. Dette fordi det først er når innkjøper har godkjent vedlagte dokumenter i kvalifikasjonsvurderingen, innkjøper får tilgang til de øvrige tilbudsdokumentene i Mercell. Det fremgår av Mercells brukermanual hvordan blant annet kvalifikasjonskrav skal bekreftes, og basert på denne burde det være klart for klager at erklæringen skulle vært lastet opp under kvalifikasjonskravene i Mercell portalen.
- (38) På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon oppfyller ikke klager kravet til *"meget god soliditet"* i konkurransegrunnlaget punkt 3.4, ettersom det av årsberetningen fremgår at *"selskapets aksjekapital er tapt"*, og dette åpenbart ikke oppfyller kravet til *"meget god soliditet"*. Klager er dermed rettmessig avvist, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a.

Subsidiært

- (39) Subsidiært anføres at erklæringen fra deleier Joh. Johannson Kaffe AS/Joh-salg AS ikke innebærer at klager oppfyller kravet til *"meget god soliditet"* i konkurransegrunnlagets punkt 3.4, jf. forskriften § 17-8 (2).
- (40) Det vises til at en garanti-/forpliktelseserklæring kan avhjelpe tilbyders økonomiske evne til å gjennomføre avtalen, men dette forutsetter at erklæringen innebærer en klar rettslig forpliktelse fra deleier som staten kan forfølge rettslig dersom erklæringen blir aktuell, jf. klagenemndas sak 2005/213.
- (41) Innklagede hevder at erklæringen fra Joh. Johannson Kaffe AS/Joh-salg AS har et upresist rettslig innhold uten klare rettsvirkninger for deleier. Det foreligger ikke opplysninger i erklæringen om at deleiers ressurser gjøres tilgjengelig for klager og hvordan dette eventuelt skal gjøres. Det er uklart om deleier har ment å avgi garanti for alle klagers forpliktelser under kontrakten, og det kan ikke utledes at deleier faktisk stiller seg som kausjonist overfor innklagede, eller på annen måte påtar seg ansvar for klagers kontraktsforpliktelser. Erklæringen regulerer heller ikke varigheten på forpliktelsen, eller konsekvensene av et eventuelt eierskifte i v:aroma AS under kontraktsperioden. Endelig vises til at erklæringen ikke gir oppdragsgiver et tilstrekkelig rettslig vern ved kontraktsinngåelse, noe som særlig gjør seg gjeldende når leverandøren befinner seg i en meget svak økonomisk stilling som årsberetningen indikerer.

Omgjøring av tildelingsbeslutning

- (42) Innklagede hevder videre at departementet har adgang til å omgjøre tidligere beslutninger etter forskriften 22-3 (2), samt klagenemndas sak 2010/114. Det vises til at innklagede har påvist en åpenbar feil, og at den påviste feilen ved kvalifikasjonsvurderingen innebærer at klager skulle vært avvist.

- (43) Det vises videre til at det i utgangspunktet er leverandøren selv som har ansvar for å levere inn den etterspurte dokumentasjon, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2004/81.

Uforholdsmessig kvalifikasjonskrav

- (44) Videre anføres at kvalifikasjonskravet "*meget god soliditet*" er forholdsmessig ut fra anskaffelsens karakter. Kravet er inntatt for å sikre at leverandøren kan oppfylle kontrakten.

Sekretariatets vurdering:

- (45) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er også rettidig. Anskaffelsen gjelder leie av kaffemaskiner med servicetjenester, og det er opplyst at verdien av leie av kaffemaskiner, samt kjøp av varer, vil være langt større enn verdien av vedlikehold og service på maskinene. Anskaffelsen kategoriseres således som en vareanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i konkurransegrunnlaget punkt 1.4 "*Anskaffelsens omfang*" estimert til kroner 3 000 000. I anskaffelsesprotollen fra Mercell side 29 er verdien oppjustert til kroner 5 000 000 eksklusive merverdiavgift. 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 III, jf. forskriftens §§ 2-1 (4) og 2-2 (1).

Uforholdsmessig kvalifikasjonskrav

- (46) Det første spørsmålet sekretariatet tar stilling til er om kvalifikasjonskravet til "*meget god soliditet*" i konkurransegrunnlaget punkt 3.4 står i forhold til den ytelse som skal leveres. Hvis ikke dette er tilfellet, må kvalifikasjonskravet anses ulovlig.
- (47) Av forskriften § 17-4 (2) fremgår at kvalifikasjonskravene "*...skal sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres.*" For øvrig vises det også til det grunnleggende kravet til proporsjonalitet som gjelder generelt i regelverket, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1.
- (48) Ved vurderingen av hva som skal anses forholdsmessig i den enkelte anskaffelseskonkurranse, er det klart at den offentlige oppdragsgiveren som gjennomfører konkurransen må ha et visst innkjøpsfaglig skjønn. Klagenemnda kan imidlertid prøve om den skønnsutøvelsen som er utøvd må anses saklig og forsvarlig, ikke bygd på feil faktum, og for øvrig ellers er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5. Basert på dette kan nemnda således ta stilling til om et bestemt kvalifikasjonskrav må anses forholdsmessig.
- (49) På den ene side er det her tale om en tjeneste, hvor det ikke kan anses særlig kritisk om tjenesteleveransen uteblir i en viss periode. Innklagede har heller ikke begrunnet behovet for det strenge kravet særlig godt, annet enn å vise til at kravet er forholdsmessig ut fra anskaffelsens karakter, samt at kravet ble satt for å sikre at leverandøren kunne levere tjenesten i avtaleperioden. På den annen side har kontrakten en ikke ubetydelig verdi, og er i anskaffelsesprotokollen estimert til om lag 5 millioner kroner. Kontrakten skal videre ha en varighet på 2 år med opsjon på 1 + 1 år, altså totalt muligens 4 år. I tillegg kommer at oppdragsgiver må gis et betydelig skjønn for hvilken risiko vedkommende faktisk er villig til å ta i sine kontraktsforhold. Basert på dette er sekretariatet kommet til at kravet til "*meget god soliditet*" må anses

å stå i forhold til den ytelse som skal leveres, og at innklagedes skjønnsutøvelse og fastsettelse av kvalifikasjonskrav dermed ikke kan underkjennes.

Uklart kvalifikasjonskrav og eventuell avklaringsplikt

- (50) Klager har under dette punkt anført at innklagede har brutt regelverket ved å angi *"...nyere opplysninger som har betydning for foretakets regnskapstall"* som dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskravet *"meget god soliditet"*. Etter klagers oppfatning er det uklart hva som menes med dette, og kvalifikasjonskravet må på dette grunnlag anses ulovlig.
- (51) Etter sekretariatets oppfatning er det vanskelig å se hva som skulle være uklart med foreliggende dokumentasjonskrav. Slik sekretariatet ser det, vil enhver opplysning om forhold som i tid ligger etter den siste årsberetning, jf. her det første dokumentasjonskravet, og som har betydning for foretakets regnskapstall, være relevant. Dette må være tilstrekkelig klart, selv om innklagede ikke har forklart dette nærmere eller gitt eksempler på hvilke opplysninger som her typisk ville være relevant.
- (52) Klager har videre anført at innklagede har brutt regelverket, ved å benytte *"siste årsberetning"* som et dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskravet *"meget god soliditet"*. Etter klagers oppfatning er ikke årsberetningen egnet til å belyse et selskaps soliditet. Dette blant annet på bakgrunn av at regnskapsloven ikke krever at små foretak opplyser om kontantstrøm, egenkapitalsituasjon, resultatgrad, gjeldsgrad, eller likviditetssituasjon.
- (53) Etter sekretariatets syn kan en årsberetning ikke anses uegnet til å belyse et selskaps soliditet. Dette må gjelde både for store og små selskap, selv om det er mindre strenge krav til hva en slik beretning skal inneholde for små selskaper. De opplysninger beretningen skal inneholde vil uansett gi et bilde av selskapets økonomiske stilling. For øvrig stod leverandørene i foreliggende sak uansett fritt til å fremlegge ethvert annet dokument som selskapet måtte finne egnet til å belyse sitt selskaps finansielle stilling. Samlet sett må derfor de dokumentasjonskrav som her var angitt anses egnet til å dokumentere kvalifikasjonskravet til *"meget god soliditet"*. Dette innebærer at innklagede i foreliggende sak ikke på grunnlag av uklart kvalifikasjonskrav hadde noen plikt til å foreta noen ytterligere avklaring av klagers finansielle stilling, eller la selskapet innlevere ytterligere dokumentasjon.
- (54) Når det gjelder spørsmålet om innklagede på annet grunnlag pliktet å foreta ytterligere undersøkelser omkring klagers finansielle stilling, eventuelt gitt en tilleggsfrist for ettersending av dokumenter, jf. forskriften §§ 21-3 og 21-4, er sekretariatet ikke enig i dette. Det følger av forskriften § 21-1 (1) at det verken er adgang eller plikt til å endre eller rette tilbud etter tilbudsfristens utløp. I forskriften § 21-3 følger det at oppdragsgiver *"kan"* fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av HMS-egenerklæring, skatteattest, eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon på at kvalifikasjonskravene er oppfylt. I § 21-4 følger det at oppdragsgiver *"kan"* be om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes. Bestemmelsene gir dermed en rett for oppdragsgiver til å be om opplysninger, men pålegger altså ingen plikt til dette. I tillegg kommer at det etter sekretariatets oppfatning, må være tilbyders ansvar å sørge for at innkjøper får tilgang på nødvendig informasjon for å kunne foreta en forsvarlig vurdering. Særlig må det

gjelde når den informasjon som vedlegges tilbudet må antas å så tvil om hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt. Innklagede hadde således ingen plikt til å avklare klagers finansielle stilling ytterligere, og klagers anførsel på dette punkt fører ikke frem.

Urettmessig avvisning av klager

- (55) Sekretariatet konstaterer innledningsvis at det er sikker rett at oppdragsgiver har adgang til å foreta en fornyet avvisningsvurdering, og eventuelt annullere sin tildelingsbeslutning inntil kontrakt er inngått. Den eneste begrensingen som gjelder etter at innklagede har meddelt en tildelingsbeslutning, er at oppdragsgiver ikke kan omgjøre en allerede lovlig skjønnsmessig vurdering. Det er altså kun feil skjønnsutøvelse som på dette tidspunkt kan rettes opp, jf. forskriften § 22-3 (2), samt klagenemndas saker 2010/114 og 2010/272.
- (56) Spørsmålet for sekretariatet er hvorvidt innklagede rettmessig har avvist klager under henvisning til at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til *"meget god soliditet"*. Sekretariatet vurderer dette først på basis av all den dokumentasjonen klager sendte inn i tilknytning til dette kravet. Dersom det forelå avvisningsplikt basert på all den innsendte dokumentasjonen, vil det også foreligge avvisningsplikt basert på årsberetningen for 2010 som klager fremla i tilknytning til kvalifikasjonskravet i Merzell programmet.
- (57) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav satt til leverandøren for deltakelse i konkurransen. Ved denne vurderingen har oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn, som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. Klagenemnda kan imidlertid prøve om vurderingen som er foretatt er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, eller på annen måte er uforsvarlig, usaklig, vilkårlig eller bygd på feil faktum.
- (58) Kvalifikasjonskravets ordlyd *"meget god soliditet"* indikerer at det er stilt et relativt strengt krav til leverandørenes økonomiske stilling. Det følger videre av klagenemndas praksis at et kvalifikasjonskrav skal tolkes i lys av dokumentasjonskravene, jf. blant andre klagenemndas sak 2009/43 premiss (49). Av konkurransegrunnlaget punkt 3.4 fremkommer følgende dokumentasjonskrav: *"Foretakets siste årsberetning, og nyere opplysninger som har betydning for foretakets regnskapstall"*. Sekretariatet forstår dette slik at leverandørene skal ha en sikker finansiell stilling, og at momenter som positiv egenkapital og årsresultat dermed er relevant ved oppdragsgivers vurdering.
- (59) Sekretariatet bemerker videre at det er på det rene at en leverandør for oppfyllelse av kvalifikasjonskravet kan *"...støtte seg på andre foretaks kapasitet"*, jf. forskriften § 17-8 (2). Vilkåret i bestemmelsen er at leverandøren skal: *"...dokumentere overfor oppdragsgiver at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring om dette fra disse foretakene."*
- (60) Av klagers årsberetning 2010 fremkommer at *"selskapets aksjekapital er tapt"*. Dette indikerer etter sekretariatets syn at selskapets soliditet i alle fall ikke er *"meget god"*. Imidlertid var det i klagers tilbud også vedlagt en erklæring fra Joh. Johannson Kaffe AS/Joh-salg AS, hvor det fremgår at: *"Som deleier i v:aroma as garanterer JOH. JOHANNSON KAFFE AS/JOH-SALG AS for at v:aroma as har evne til å oppfylle de forpliktelser en samarbeidsavtale med Forsvarsdepartementet omfatter."* Erklæringen fra Joh. Johannson Kaffe AS/Joh-salg AS må sees i lys av de opplysninger om

eierselskapene som fremkommer i klagers tilbud. I tilbudet side 2 opplyses at Joh. Johannson Kaffe AS eier 40 prosent av v:aroma AS, mens det i tilbudets side 8 fremkommer at Joh. Johanson Kaffe AS er klagers *"garantist for å sikre kapital inn i vår drift i oppreisningsperioden."*

- (61) Klager påpeker at forpliktelseserklæringen fra Joh. Johannson Kaffe AS/Joh-salg AS er rettslig bindende og gir grunnlag for et kontraktsrettslig garantiansvar. Innklagede har på sin side vist til at erklæringen fra Joh. Johannson Kaffe AS/Joh-salg AS har et upresist rettslig innhold uten klare rettsvirkninger for utsteder. Videre har innklagede pekt på at det er uklart om deleier har ment å avgi garanti for alle klagers forpliktelser under kontrakten, og at det ikke kan utledes at deleier faktisk stiller seg som kausjonist overfor innklagede, eller på annen måte påtar seg ansvar for klagers kontraktsforpliktelser.
- (62) Etter sekretariatets syn fremstår erklæringen fra Joh. Johannson Kaffe AS/Joh-salg AS som vag og lite forpliktende. Det fremgår ikke om deleier vil dekke eventuelle tap på klagers hånd, eller hvordan klager eventuelt har rådighet over deleiers økonomiske ressurser. Videre fremgår det heller ikke for hvilken periode erklæringen gjelder, og hva som blir konsekvensene om deleier for eksempel selger sin andel i v:aroma AS. Dette innebærer at klagers innleverte erklæring etter sekretariatets syn, ikke styrker oppfatningen av hvilken økonomisk stilling det kan legges til grunn at klager er i. Det som da i hovedsak gjenstår å vurdere selskapet ut fra, er opplysningen om at selskapets aksjekapital er tapt, altså negativ egenkapital. Basert på dette finner sekretariatet at det var ikke var uforsvarlig av innklagede å legge til grunn at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet til *"meget god soliditet"*. Når dette er tilfellet hadde innklagede plikt til å avvise klager etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a. Klagers anførsel fører etter dette ikke frem.
- (63) Ettersom sekretariatet har funnet at klagen klart ikke kan føre frem, avvises den som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforskriften § 9.

Erlend Pedersen
gruppeleder (e.f.)

Silje Bruun Teigen
rådgiver