



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

GK Norge AS
Postboks 70 Bryn
0611 OSLO
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2012/0129-6

Dato:
11.03.2013

Avvisning av klage på offentlig anskaffelse

Det vises til Deres klage på offentlig anskaffelse av 16. mai 2012 vedrørende Drangedal kommunalteknisk drift og eiendomsforvaltning KFs (heretter kalt innklagede) anskaffelse av administrerte sideentrepriser for bygging av ny barneskole, ombygging/oppgradering av ungdomsskole, riving av gammel barneskole og diverse utomhusarbeider og avfalls/miljøstasjoner. Foreliggende klage gjelder anskaffelsen knyttet til sideentreprise "K302 Luftbehandlingsanlegg". 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 fram. 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:

- (1) Innklagede kunngjorde konkurransen for de aktuelle sideentreprenene som en åpen anbudskonkurranse den 5. januar 2012. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen anslått til å overstige EØS-terskelverdien for bygge- og anleggsarbeid. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til å være 29. februar 2012. Kontrakt skulle ihht. kunngjøringen punkt IV.2 og konkurransegrunnlaget punkt 3.3. tildeles på basis av tildelingskriteriet lavest pris.
- (2) I kunngjøringen punkt III.2.2 og konkurransegrunnlaget punkt 3.2.3 fremgikk følgende kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav til tilbyderne:

"Firmaets økonomiske soliditet/finansielle stilling:

Firmaet skal ha tilstrekkelig soliditet til å gjennomføre oppdrag av denne størrelse og kompleksitet.

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00
Telefaks: +47 55 59 75 99

postmottak@kofa.no
www.kofa.no

Dokumentasjon:

3.1 Regnskap for 2009 og 2010

3.2 Bekreftelse/villighetserklæring fra bank/finansinstitusjon om at denne vil ved behov kunne stille sikkerhet opptil 10 % av tilbudsprisen eks. mva. for hele kontraktperioden for gjennomføringen av leveransen. Bekreftelse/erklæring skal ikke være eldre enn 6 mnd."

- (3) Innen tilbudsfristen mottok innklagede 7 tilbud på sideentreprise K302, herunder fra GK Norge AS (heretter kalt klager) og Teleklima AS.
- (4) Vedrørende kvalifikasjonskravet til tilbydernes soliditet/finansielle stilling inneholdt klagers tilbud en erklæring fra Euler Hermes Kredittforsikring datert 9. mars 2011, hvor det fremgikk følgende:

"BEKREFTELSE – GARANTIRAMME FOR KONTRAKTSGARANTIER

Det bekreftes med dette at Euler Hermes Kredittforsikring har stillet til rådighet en garantiramme for kontraktsgarantier for GK Norge AS med datterselskaper og avdelinger."

- (5) I brev av 11. mai 2012 avviste innklagede klager. Som hjemmel for avvisningen ble det vist til forskriften § 20-12 (1) bokstav a, og innklagede ga følgende begrunnelse:

"Mottatt bekreftelse/villighetserklæring er eldre enn 6 mnd. I tillegg til å være for gammel, er bekreftelsen/villighetserklæringen også noe generell i forhold til det vi etterspør. [...]"

Vi vurderer det videre slik at dette er for store mangler i forhold til dokumentasjon av kvalifikasjonskravene, til at det ligger innenfor suppleringsadgangen i FOA § 21-4 (dvs. bestemmelser om at fremlagte attester og dokumenter kan suppleres eller utdypes) å dokumentere hvordan kvalifikasjonskravene skal oppfylles. Dette er for øvrig en "kan-bestemmelse" og ikke noe oppdragsgiver er forpliktet til (må da basere vurderingen på inngitte opplysninger).

- (6) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser i brev av 16. mai 2012.
- (7) I tilsvaret til klagenemnda av 31. mai 2012 opplyste innklagede at kontrakt var inngått med Teleklima AS den 22. mai 2012.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (8) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Det erkjennes at klagers innsendte bekreftelse/villighetserklæring på soliditet/finansielle stilling, var nærmere ett år gammel, og dermed ikke tilfredsstilte kravet til at denne ikke skulle være eldre enn 6 måneder. Etter klagers oppfatning var selskapets soliditet likevel godt dokumentert, og kommunen burde bedt om tilleggsinformasjon ihht. forskriften §

21-4 dersom den mente at et selskap som omsetter for 1,6 milliarder kroner ikke har en garantiramme som står i forhold til størrelsen på selskapet.

Innklagedes anførsler:

- (9) Innklagede bestrider at avvisningen av klager utgjør et brudd på regelverket. Klager ble avvist fordi klagers innsendte bekreftelse/villighetserklæring på soliditet/finansielle stilling var for generell, og i tillegg eldre enn 6 måneder. Etterspurte bekreftelse/villighetserklæring er ikke offentlig tilgjengelig dokumentasjon, og innklagede kunne da ikke benytte § 21-3 for å be om ettersendelse. En ettersendelse av en ny bekreftelse som tilfredsstilte de krav som var satt til konkret innhold og alder på bekreftelsen, ville også gått utover den suppleringsadgang som § 21-4 hjemler, da dette ville vært et helt nytt dokument, og ikke et supplement til et allerede innsendt dokument. Suppleringsadgangen er uansett en "kan"-bestemmelse. Innklagede vurderte mangelen på bekreftelse/villighetserklæring som så stor at kravet til soliditet/finansielle stilling ikke kunne anses oppfylt, og innklagede avviste dermed klager etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a. I tillegg kunne innklagede også avvist etter forskriften § 20-12 (2) bokstav g, uten at dette har betydning for saken. Innklagede mener etter dette at klagen skal avvises fra behandling i klagenemnda da den åpenbart ikke kan føre frem.

Sekretariatets vurdering:

- (10) Klager har ønsket å delta i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder flere administrerte sideentrepriser for diverse bygge- og anleggsarbeid, og anskaffelsens anslåtte verdi er i anskaffelsesprotokollen angitt til å overstige EØS-terskelverdien for denne typen arbeid. 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 III, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det var rettmessig av innklagede å avvise klager fra konkurransen

- (11) Klager har anført at innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Selv om klager erkjenner at klagers innsendte bekreftelse/villighetserklæring på soliditet/finansielle stilling var nærmere ett år gammel og dermed ikke tilfredsstilte kravet til at denne ikke skulle være eldre enn 6 måneder, mener klager at selskapets soliditet likevel var godt dokumentert. Videre hevder klager at innklagede burde bedt om tilleggsinformasjon ihht. forskriften § 21-4 dersom kommunen mente at et selskap som omsetter for 1,6 milliarder kroner ikke har en garantiramme som står i forhold til størrelsen på selskapet.
- (12) Av forskriften § 20-12 (1) bokstav a følger det at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller de krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 21-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter). Av samme bestemmelses (2) bokstav g følger det at oppdragsgiver har rett til å avvise leverandører som har gitt grovt misvisende opplysninger eller feilaktige opplysninger eller unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som kreves etter denne paragraf eller krav til leverandøren.

- (13) I konkurransegrunnlaget punkt 3.2.3 fremgikk det blant annet følgende dokumentasjonskrav til kvalifikasjonskravet til tilbydernes soliditet/finansielle stilling:

"3.2 Bekreftelse/villighetserklæring fra bank/finansinstitusjon om at denne vil ved behov kunne stille sikkerhet opptil 10 % av tilbudsprisen eks. mva. for hele kontraktperioden for gjennomføringen av leveransen. Bekreftelse/erklæring skal ikke være eldre enn 6 mnd."

- (14) I klagers innleverte bekreftelse/villighetserklæring av 9. mars 2011 fremgikk følgende:

"BEKREFTELSE – GARANTIRAMME FOR KONTRAKTSGARANTIER

Det bekreftes med dette at Euler Hermes Kredittforsikring har stillet til rådighet en garantiramme for kontraktsgarantier for GK Norge AS med datterselskaper og avdelinger."

- (15) Denne bekreftelsen er altså for det første langt eldre enn maksimumskravet på 6 måneder. Videre er bekreftelsen utformet helt generelt, og den angir ikke at Euler Hermes Kredittforsikring ved behov vil kunne stille sikkerhet for opptil 10 % av tilbudsprisen eks. mva. for hele kontraktperioden for gjennomføringen av foreliggende leveranse, hvilket var det spesifikke kravet som bekreftelsen/villighetserklæringen skulle inneholde.
- (16) Dette innebærer etter sekretariatets syn at klager har unnlatt å gi opplysninger i henhold til det som ble krevd for å dokumentere at kravet til leverandørenes soliditet/finansielle stilling, var oppfylt. Innklagede hadde dermed rett til å avvise klager etter forskriften § 20-12 (2) bokstav g, og det er da ikke nødvendig å ta stilling til om innklagede også hadde en plikt til å avvise klager. Når det gjelder bestemmelsene om adgangen til å sette tilleggsfrist for ettersending av dokumenter og å be om supplerende opplysninger om leverandørenes kvalifikasjoner, er det nok å nevne at dette er bestemmelser som kun gir oppdragsgiver en rett til å gjøre dette, og ingen plikt.
- (17) Basert på ovennevnte kan klagen klart ikke føre fram, og den avvises derfor som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemnds forskriften § 9.

Erlend Pedersen
nestleder / advokatfullmektig (e.f.)

Kopi: Innklagede