



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS
Postboks 1213 Sentrum
5811 BERGEN
Norge

Deres referanse

Vår referanse
2013/0143-9

Dato:
24.02.2014

Avvising av klage på offentlig anskaffing

Vi viser til Dykkar klage på offentlig anskaffing av 9. desember 2013 som gjeld anskaffing av båttransport mellom Kleppestø og Strandkaien. Klagenemndssekretariatet avviser klagen som ikkje formålstenleg for behandling i klagenemnda, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlege anskaffingar § 9. Grunnen er at klagen klart ikkje kan føre fram. Avvisingsavgjerda til sekretariatet kan bli påklaga til leiaren av klagenemnda innan tre yrkedagar etter at ho blei gjort kjend for klagaren.

Nedanfor kjem ei oppsummering av bakgrunnen for klagen og vurderinga til sekretariatet.

Bakgrunn:

- (1) Hordaland fylkeskommune v/Skyss (heretter kalla innklaga) kunngjorde 5. september 2013 ein konkurranse med forhandling for anskaffing av båttransport mellom Kleppestø og Strandkaien, som er ei uprioritert teneste i kategori 19. Kontrakten var kunngjort etter forskrifta del II. Tilbudsfristen var i kunngjeringa punkt IV.3.4 angitt til 22. oktober 2013.
- (2) I konkurransegrunnlaget punkt 7.4 var det oppstilt følgjande kvalifikasjonskrav til tilbydarane sin økonomiske og finansielle stilling:

KRAV	DOKUMENTASJONSKRAV
<i>Tilbydaren skal ha god og sikker økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget</i>	<i>Tilbydarens årsrekskap inkludert noter med styre og revisjons melding frå dei tre siste reknskapsåra.</i> <i>Det skal leggjast ved stadfesting frå bank, forsikring eller finansieringsinstitusjon med omsyn til at bankgaranti for rett oppfylling av Kontrakten vil bli stilt. Denne garantien</i>

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

	<i>kjem i tillegg til løyvegaranti i samband med tildeling av løyve. Innhaldet i garantien skal tilfredsstilla malen vedlagt i vedlegg H.</i> <i>Tilbydar skal fylle ut og leggje ved skjema med nøkkelopplysningar, jf. Vedlegg 1.</i> <i>Oppdragsgjevar tek atterhald om å sjølv foreta ei kredittvurdering ved hjelp av eit uavhengig kredittvurderingsselskap. Ved vurdering av god og sikker økonomisk evne vil oppdragsgjevar gjennomføre ein skjønnsmessig heilheitsvurdering av og vil særleg vurdere: Eigenkapitalandel, resultatgrad, gjeldsgrad, totalrentabilitet og likviditetsgrad 1.</i> <i>Dersom Tilbydar støtter seg på andre føretaks kapasitet vil Oppdragsgjevar legge til grunn krav til dokumentasjon i tråd med FOA del III § 17-8 (2).</i>
--	---

- (3) Krav til tilbydarane sine tekniske og faglige kvalifikasjonar gjekk fram av konkurransegrunnlaget punkt 7.5:

KRAV	DOKUMENTASJONSKRAV
<i>Tilbydar må oppfylle naudsynte krav i lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy [...]</i>	<i>[...]</i>
<i>Tilbydar må ha god kompetanse og erfaring frå snøggbåtdrift</i>	<i>Tilbydar sine referansar for relevante oppdrag dei siste tre åra. [...]</i>

- (4) Innklaga mottok to tilbod innan tilbodsfristen, frå Bergen-Nordhordland Rutelag AS (heretter kalla klagar) og Norled AS (heretter kalla valde leverandør).
- (5) Klagar hadde i sitt tilbod vedlagt forpliktingserklæring frå Einar Nistad AS signert av styreleiar i Einar Nistad AS, om at selskapet forplikta seg som sjølvskyldnarkausjonist for klagar si oppfylling av kontrakten ved den aktuelle rutepakken. Det var også vedlagt erklæring frå Nordea Bank Norge ASA, som stadfesta påkravsgaranti avgrensa til 2 % av kontraktsummen.
- (6) Klagar blei ved brev av 11. november 2013 avvist frå konkurransen, jf. forskrifta § 11-10 (1) a), fordi klagar ikkje oppfylte kvalifikasjonskravet til god og sikker økonomisk evne, med følgjande grunngjeving:

"Ved vurdering av BNR sine regnskap og øvrige opplysninger opp mot det stilte krav, er det Skyss sin vurdering at BNR på egenhånd ikke oppfyller kvalifikasjonskravet. Selskapet har svake tall og scorer dårlig på alle indikatorer vi har angitt at vil særlig vurderes.

I konkurransen var det åpnet for at tilbyderne kunne støtte seg på andre foretaks kapasitet for oppfylning av kravet. [...]. I den anledning har Skyss vurdert forpliktelseserklæringen som foreligger fra Einar Nistad AS. Forpliktelseserklæringen er signert av styrets leder [...]. I firmaattesten fremgår det at signatur i selskapet må utøves av styret i fellesskap eller daglig leder alene. Det er derfor ikke dokumentert at [den som signerte] kan forplikte selskapet på egenhånd. Det foreligger således ikke en gyldig forpliktelseserklæring og BNR kan ikke støtte seg på Einar Nistad AS sine ressurser. [...]"

- (7) Avvisinga blei påklaga ved brev av 22. november 2013. Klagar skriv mellom anna i brevet at *"BNR står i overhengende risiko for å gå konkurs dersom Skyss opprettholder sine vedtak og aksjonærene står i fare for å tape samlet over 30 millioner"*. Ved klagen var det vedlagt ny forpliktingserklæring frå Einar Nistad AS, signert av dagleg leiar.
- (8) Klagen blei ikkje tatt til følgje ved brev av 2. desember 2013. I brevet blei det sagt at klagar også måtte avvisast på grunnlag av at klagar ikkje oppfyllte kvalifikasjonskravet til god kompetanse og erfaring frå snøggbåtdrift, med følgjande grunngjeving:

"Skyss har vurdert forholdet nærmere, og kan ikke se at det er fremlagt dokumentasjon som viser at kvalifikasjonskravet er oppfylt. Ingen av de tre oppgitte referanseoppdragene synes å gjelde snøggbåtdrift de siste tre årene."

- (9) Saken blei brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 9. desember 2013.
- (10) Innklaga ventar med å inngå kontrakt til klagenemnda har handsama saka.

Utsegner:

Utsegner frå klagaren:

- (11) Innklaga har brote forskrifta § 8-4 (2) ved å anvende kvalifikasjonskravet om *"god og sikker økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget"*, fordi dette er uforholdsmessig strengt i forhold til den ubetydelege risikoen som den innklaga påtok seg ved oppdraget. Konkurransen gjaldt ein bruttokontrakt, som inneberer at operatøren etterskotsvis fakturerer oppdragsgjevar for kostnaden ved å trafikkere ei strekning. Trafikkinntektene som operatøren mottar frå dei reisande, fell på oppdragsgjevaren.
- (12) Innklaga har brote regelverket ved å urettmessig avvise klagar frå konkurransen, idet klager oppfyllte kvalifikasjonskravet til *"god og sikker økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget"*.
- (13) Det var urett av innklaga å sjå vekk frå forpliktingserklæringa frå Einar Nistad AS i vurderinga av klagar sin økonomiske evne, jf. forskrifta § 17-8 (2). Tilbydaren er ikkje plikta til å dokumentere i tilbods brevet at den som signerer forpliktingserklæringa også har signaturrett eller fullmakt frå selskapet. Det er i alle høve tilstrekkeleg å opplyse i ettertid om at tilbods brevet blei signert ved fullmakt. Den innklaga kunne avklare eventuelle uklarheiter ved rekneskapa, jf. forskrifta § 12-4.

- (14) Klager hadde tilstrekkeleg økonomisk evne til å oppfylle kvalifikasjonskravet også uavhengig av forpliktingserklæringa frå Einar Nistad AS. Det er korrekt at klager hadde dårlege rekneskapstal i 2012. Dei svake tala knyt seg likevel til enkeltepisodar og er ikkje illustrerande for selskapet i heilskap. At Nordea Bank Norge ASA har stilt garanti på inntil 2 % av kontraktsummen er sentralt. Vidare har klager drive denne båtruta i ni år med minimale avvik. Innklaga har også uttrykt at kvaliteten på tenesta er svært god. Av lagmannsretten sin dom LA-2011-201306 kjem det at garanti og referansar frå eksisterande drift er vektige moment ved kvalifikasjonsvurderinga. Morselskapet til klagar, BNR Holding AS, har dessutan høgare soliditetsgrad og betre likviditetsgrad enn valde leverandør. Den innklaga sitt skjønn var med dette uforsvarleg, usakleg, vilkårleg og bygd på feil faktum.
- (15) Den innklaga hadde heller ikkje heimel til å avvise klagar med den grunngjevinga at klagar ikkje oppfylte kvalifikasjonskravet til "god kompetanse og erfaring frå snøggbåtdrift". Klagar har erfaring frå snøggbåtdrift dei tre siste år, ettersom klagar er eksisterande leverandør av hurtigbåttransport mellom Kleppstø og Nøstet. Innklaga har berre rekna hurtigbåtdrift som definert i forskrift om hurtiggåande fartøy som relevant erfaring. Det einaste som skil klagar sine fartøy frå ein hurtigbåt i forskrifta si forstand, er at motorane held 19,9 knop i staden for 20 knop. Slik kan klagar kjøre med mindre bemanning enn det ein krev ved 20 knop. Klager har fått sertifisert bemanning og skipskontroll av sjøfartsmyndigheitene. Uttrykket hurtigbåt blir normalt også nytta på fartøy som ikkje inngår i denne definisjonen. Innklaga sin bruk av uttrykket strider difor mot kravet til rettsvisse og likehandsaming, jf. loven § 5.

Utsegner frå den innklaga:

- (16) Innklaga har ikkje brote forskrifta § 8-4 ved å stille krav til *"god og sikker økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget"* for tilbydarane i denne konkurransen. Dette infrastrukturtilbodet er av stor praktisk tyding for mange menneske. Fordi kvalitet i leveransen er av stor samfunnsmessig viktighet, blei kvalifikasjonskravet oppstilt for å sikre at leveransen skjer på ein kontraktsmessig og stabil måte.
- (17) Klagar blei ikkje urett avvist frå konkurransen. Klagar oppfylte klart ikkje kravet til god og sikker gjennomføringsevne aleine. Det dårlege resultatet i 2012 ga grunn til uro, men var ikkje avgjerande for vurderinga i seg sjølv. Klager scorar gjennomgåande dårleg på rekneskapsindikatorane, og særleg var klagar sin likviditetsgrad, resultatgrad og totalrentabilitet vurdert som ikkje tilfredsstillande. Allereie det faktum at klagar fann det naudsynt å innhente ei garantierklæring frå Einar Nistad AS viser med all tydelegheit at klagar var klar over risikoen for avvising. Dagleg leiar hos klagar har også uttalt i klageprosessen at klagar stod i fare for konkurs dersom dei ville tape konkurransen. Innklaga har i vurderinga tatt omsyn til dei forholda som talte i favør av klagar, men den dårlege økonomiske utviklinga og den økonomiske statusen til selskapet var avgjerande.
- (18) Innklaga hadde verken rett eller plikt til å ta omsyn til forpliktingserklæringa frå Einar Nistad AS i vurderinga av klagar sin økonomiske evne. Erklæringa som var vedlagt tilbodet hadde ikkje adressat, og var signert av ein person som i følge firmaattesten ikkje hadde signaturrett på vegne av Einar Nistad AS. Det er den dokumentasjonen som var vedlagt tilbodet ved tilbudsfristen sitt utløp som var ramma for innklaga si vurdering. Innklaga hadde inga plikt til å innhente ytterlegare opplysingar etter § 12-4.

- (19) Klagar oppfylte heller ikkje kravet om erfaring frå snøggbåtdrift. Ingen av referanseoppdraga som klagar angav i tilbodet dokumenterer erfaring frå snøggbåtdrift som etterspurt i konkurransegrunnlaget. Innklaga hadde difor plikt til å avvise klagar også på dette grunnlag. Ingen av klagar sine fartøy er å rekne som snøggbåtar etter sjøfartslovgjevinga, ettersom snøggbåtar definerast som eit fartøy med hastigheit på minimum 20 knop, jf. til dømes *"forskrift om kvalifikasjoner og sertifikater for sjøfolk"* § 2 bokstav g. Bakgrunnen for kravet, er at ei rute mellom Kleppestø og Strandkaien vil fordre ein hastigheit på 25-26 knop med dei oppgitte krav til rutetider. Skyss si tolking av kvalifikasjonskravet til erfaring til snøggbåtdrift er ikkje i strid med kravet til rettsvisse og likehandsaming. Ein krev særskilt kompetanse ved køyring i høg hastigheit.
- (20) Av omsyn til konklusjonen er det ikkje naudsynt å nemne andre fråsegn av innklaga.

Sekretariatet si vurdering:

- (21) Klagar har delteke i konkurransen og har sakleg klageinteresse, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlege anskaffingar § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjeld kjøp av båttransport, som er ein uprioritert teneste i kategori 19. Kontrakten var kunngjort som ein konkurranse med forhandling etter forskrifta del II. I tillegg til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlege anskaffingar følgjer anskaffinga forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlege anskaffingar del I og II, jf. § 2-1 (5) i forskrifta.

Om kvalifikasjonskravet til økonomisk evne var ulovleg

- (22) Klagar førar fram at innklaga har handla i strid med forskrifta § 8-4 (2), ved å nytte kvalifikasjonskravet til *"god og sikker økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget"*, som oppstilt i konkurransegrunnlaget punkt 7.4.
- (23) Forskrifta § 8-4 (2) seier at *"kravene skal sikre at leverandøren er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene og skal stå i forhold til den ytelse som skal leveres"*. Den innklaga har stor grad av skjønnsfridom i valet av kva kvalifikasjonskrav som er naudsynte og hensiktsmessige i konkurransen. Klagenemnda kan likevel prøve om skjønnsutøvinga er sakleg og forsvarleg, bygd på feil faktum, og elles er i samsvar med de grunnleggande krava i loven § 5.
- (24) Kvalifikasjonskravet til *"god og sikker"* økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget, med tilhøyrande dokumentasjonskrav, stilte førehaldsvis strenge krav til tilbydarane sin økonomiske evne. Klagar meiner kravet ikkje stod i forhold til den økonomiske risikoen som den innklaga påtok seg ved kontrakten, med tilvising til at den innklaga direkte ville motta trafikkinntektene frå dei reisande, mot at den innklaga *etterskotsvis* vil betale operatøren for kostnadane ved å trafikkere den aktuelle strekninga.
- (25) Sjølv om den innklaga ikkje står i stor fare for å tape pengar til konkursbuet dersom operatøren går konkurs, er det legitimt å sikre seg mot at operatøren i det heile skal gå konkurs. Ein konkurs vil medføre auka ressursbruk på gjennomføring av blant anna ny konkurranse. Den innklaga seier at kravet var stilt for å sikre at leveransen skulle skje på ein kontraktsmessig og stabil måte, av omsyn til dei reisande. Kravet viser heller ikkje ein uvanleg høg terskel for oppfylling. Sekretariatet finn ikkje at kravet til

økonomi var stilt uforholdsmessig strengt i høve til den tenesta kontrakten omfattar. Klagar sitt utsegn førar ikkje fram.

Om klagar var urett avvist

- (26) Klagar hevdar seg avvist på urett grunnlag, fordi klagar oppfylte kvalifikasjonskravet til *"god og sikker økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget"*.
- (27) Det følgjer av forskrifta § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgjevar har plikt til å avvise leverandørar som *"ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen, med forbehold av § 12-3 (tilleggsfrist for ettersending av dokumenter)"*.
- (28) Vurderinga av om tilbydarane har *"god og sikker økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget"*, gir tilvising på eit skjønn for oppdragsgjevar som berre i avgrensa grad kan prøvast rettsleg. Klagenemnda kan likevel prøve om evalueringa er sakleg, forsvarleg, og i samsvar med de grunnleggjande krava i loven § 5, samt om evalueringa er basert på riktig faktisk grunnlag.
- (29) Oppdragsgjevar opplyste i konkurransegrunnlaget punkt 7.4 at vurderinga av god og sikker økonomisk evne ville skje ved ei skjønnsam heilskapleg vurdering, der eigenkapitalandel, gjeldsgrad, totalrentabilitet og likviditetsgrad 1 var sentralt.
- (30) Den innklaga grunngev avvisinga med at klagar klart ikkje tilfredsstilte kravet til god og sikker gjennomføringsevne aleine. Innklaga visar til at klagar scora gjennomgåande dårleg på rekneskapsindikatorane, og særleg var klagar sin likviditetsgrad, resultatgrad og totalrentabilitet vurdert som ikkje tilfredsstillande. Klagar har ikkje bestridt dette, og har erkjent at rekneskapet for 2012 viste dårlege rekneskapstal. Rekneskapa til klagar visar ein sterk nedgang i driftsresultat dei siste åra, og kortsiktig gjeld har gjennomgåande vore langt høgare enn omløpsmiddel. Klagar har også uttala at dei står i overhengande risiko for konkurs dersom dei tapar konkurransen jf. premiss (7).
- (31) Klagar har vist til at det er stilt bankgaranti på 2 % av kontraktsummen, at klagar har gode referansar frå tidlegare oppdrag, og at det særskilt dårlege årsrekneskapet frå 2012 hadde skuld i utgifter til leigebåt grunna reparasjon av ein båt som no er tilbake i drift. Innklaga har forklart at innklaga tok omsyn til dei forholda som talte i favør av klagar i vurderinga, men den dårlege økonomiske utviklinga og den økonomiske statusen til selskapet var avgjerande. Slik saka er opplyst, synast det ikkje at den innklaga har lagt vekt på usaklege eller utomliggjande moment ved vurderinga. I lys av klagar sin økonomiske posisjon, framstår heller ikkje vurderinga til den innklaga som uforsvarleg. Samla finn ikkje sekretariatet haldepunkt for å underkjenne den innklaga si avgjerd om at klagar aleine ikkje hadde sikker økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget.
- (32) Klagar har ført fram at det var urett av innklaga å sjå vekk frå forpliktingserklæringa frå Einar Nistad AS i vurderinga av klagar sin økonomiske evne, jf. forskrifta § 17-8 (2). Forpliktingserklæringa som låg føre ved tilbudsfristen sitt utløp, var signert av ein person som i følgje firmaattesten til Einar Nistad AS ikkje hadde signaturrett på vegne av selskapet. Einar Nistad AS vil etter selskapsrettslege reglar ikkje vere bunden av disposisjonar som er gjort av personar som utad ikkje har signaturrett på vegne av selskapet. Ved tilbudsfristen sitt utløp var det dermed ikkje dokumentert at klagar disponerte over Einar Nistad AS sine ressursar på ein slik måte at innklaga hadde plikt

til å ta omsyn til forpliktingserklæringa jf. § 17-8 (2), jf. også klagenemnda sin sak 2012/6 premiss (31)-(33) om den tilsvarande regelen i forskrifta § 17-9 (2).

- (33) Klagar hevdar at dokumentasjonskravet i forskrifta § 17-8 (2) uansett måtte vere oppfylt ved at klagar etter tilbodsfristen sitt utløp leverte ny forpliktingserklæring frå Einar Nistad AS, underskrive av ein person som disponerte signaturrett. Påstanden kan klart ikkje føre fram, ettersom det er tilboda slik dei lyder ved tilbodsfristen sitt utløp som er grunnlaget for kvalifikasjonsvurderinga, jf. mellom anna klagenemnda sin sak 2009/163 premiss (53) som gjeld tilsvarande reglar i forskrifta del III. Vidare heimlar forskrifta § 12-4 berre ein rett til oppdragsgjevar, og ingen plikt, til å oppmode leverandøren om å supplere opplysingar angående kvalifikasjonskrava. Omsynet til likehandsaming kan etter omstenda heimle ein slik plikt, men det er ikkje tilfelle i vår sak.
- (34) Etter dette trong ikkje den innklaga å ta omsyn til forpliktingserklæringa frå Einar Nistad AS vurderinga av klagar sin økonomiske evne. Klager har også støtta seg på rekneskapa til BNR Holding AS, men dette selskapet har ikkje forplikta seg på nokon måte overfor klagar. Sekretariatet finn etter dette ikkje grunnlag for å underkjenne innklaga si vurdering av at klagar mangla *"god og sikker"* økonomisk evne til å gjennomføre oppdraget. Klagar sin påstand om at klagar var urett avvist førar difor ikkje fram.
- (35) Klagar førar vidare fram at den innklaga ikkje hadde heimel til å avvise klagar med den grunngevinga at klagar ikkje oppfylle kvalifikasjonskravet til *"god kompetanse og erfaring frå snøggbåtdrift"* jf. konkurransegrunnlaget punkt 7.5. Ettersom den innklaga uansett hadde heimel til å avvise klagar med tilvising til manglande økonomisk evne, blir det ikkje tatt stilling til spørsmålet.
- (36) Ettersom sekretariatet har funne at klagen klart ikkje kan føre fram, blir klagen avvist som ikkje formålstenleg for behandling i klagenemnda, jf. klagenemnds forskrifta § 9.

Eirik Vikan Rise
Gruppeleiar (e.f.)