



Klagenemnda
for offentlige anskaffelser

Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse for rehabilitering av tak og fasade ved Lilleby skole. Klagenemnda fant at innklagede ikke hadde brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Klagers anførsel om manglende innsyn i anbudsprotokollen ble ikke tatt stilling til.

Klagenemndas avgjørelse 9. desember 2014 i sak 2014/49

Klager: Murarbeid AS

Innklaget: Trondheim kommune

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Siri Teigum, Andreas Wahl

Saken gjelder: Kvalifikasjonskrav, Avvisning av leverandør

Bakgrunn:

(1) Trondheim kommune (heretter innklagede) kunngjorde den 22. november 2013 en åpen anbudskonkurranse for rehabilitering av tak og fasade ved Lilleby skole. Anskaffelsens verdi var i anskaffelsesprotokollen angitt til 24 000 000 kroner. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV 3.2 angitt til 13. desember 2013.

(2) I konkurransegrunnlaget bilag A punkt 1.1 fremgikk følgende opplysninger om prosjektets art og omfang:

"Lilleby skole var ferdigbygd i 1911 og har verneverdig status. Prosjektet har som mål å sette skolen tilbake til den stand bygget var i utvendig ved ferdigstilling. Fasade, tak og vinduer på Lilleby skole skal rehabiliteres/vedlikeholdes i perioden april – oktober 2014. I tillegg skal det gjennomføres mindre innvendige arbeider ifbm. universell utforming. Dette arbeidet skal gjennomføres mens skolen, dagskolen, SFO, barnehage og helsestasjon er i normal drift."

(3) I konkurransegrunnlaget punkt 4.1 fremgikk det i tilknytning til kvalifikasjonskravene følgende:

"Oppdragsgiver vil vurdere hvorvidt den fremlagte dokumentasjonen gir et godt nok finansielt og økonomisk sikkerhetsnivå. [...] Oppdragiver vil bemerke at oppdragets kompleksitet og størrelse vil være retningsgivende for kvalifikasjonsnivået, men at det gjennomgående kreves meget gode kvalifikasjoner på alle de etterspurte områder for alle typer oppdrag".

(4) Konkurransegrunnlaget punkt 4.2 oppstilte kvalifikasjonskrav om at "Leverandøren skal ha økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten". Som dokumentasjon skulle det fremlegges følgende:

**Årsregnskap for det siste regnskapsår som inkluderer styrets årsberetning, resultatregnskap, balansen, noter og revisjonsberetning.*

**Kredittvurdering/-rating, ikke eldre enn 3 måneder, og som baserer seg på siste kjente regnskapstall. En rating skal være utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon.*

**Dersom leverandøren av gyldige grunner ikke kan godtgjøre sin økonomiske stilling i tråd med ovennevnte dokumentasjonskrav, vil oppdragsgiver vurdere annen egnet dokumentasjon, for eksempel erklæring fra finansinstitusjon om selvskyldnerkausjon".*

- (5) Innen tilbudsfristens utløp den 13. desember 2013 mottok innklagede seks tilbud, hvor Murarbeid AS (heretter klager) var en av tilbyderne.
- (6) Klager vedla årsregnskap for 2011/2012, kredittrating og opplysninger om status for egenkapital som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk gjennomføringsevne.
- (7) Den 16. desember 2013 mottok klager brev om meddelelse om avvisning av tilbud grunnet *"forhold ved tilbyder"*. I meddelelsesbrevet fremgikk det at *"Vi har vurdert de økonomiske forutsetningene til Murarbeid AS å være for dårlige for gjennomføring av kontrakt for rehabilitering av tak og fasader ved Lilleby skole"*.
- (8) Klager påklaget avvisningsbeslutningen og innklagede opprettholdt avvisningen i brev av 15. januar 2014. I brevet fremgikk det følgende:

"Murarbeid AS dokumenterer i vedlegg 1.5 i sitt tilbud økonomiske forhold i bedriften, i form av årsregnskap for de to siste år samt en kredittvurdering. Med hensyn til denne dokumentasjonen vurderte Trondheim eiendom firmaets økonomiske situasjon som ikke tilfredsstillende for dette prosjektet. Det påpekes at i rehabiliteringsprosjektet på Lilleby skole er det svært kritisk at gjennomføring skjer iht. skissert fremdrift og et eventuelt avbrudd ville vært svært uheldig, og medført store konsekvenser for byggherren".
- (9) Kontrakt ble inngått den 10. februar 2014 med Ivar S. Moe AS (heretter valgte leverandør).
- (10) I epost fra innklagede til klager den 11. april 2014 fremgikk det at *"[...] Vedlagt følger skannet kopi av anskaffelsesprotokoll med vedlegg [...] Trondheim kommune beklager hvis en representant for Murarbeid AS tidligere har henvendt seg hit med anmodning om å få tilsendt anskaffelsesprotokollen og blitt avvist. Vi har imidlertid ikke registrert noen anmodning om innsyn i protokollen."*
- (11) Saken ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 6. mai 2014.
- (12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. desember 2014.

Anførsler:***Klagers anførsler:****Avvisning av leverandør*

- (13) Innklagede har brutt regelverket ved å avvise klager fra konkurransen. Klager hadde på tidspunktet for innlevering av tilbud positiv egenkapital og dermed økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten for arbeidene ved Lilleby skole. Klager ble derfor urettmessig avvist fra konkurransen, jf. § 11-10 (1) litra a.

Innsyn i anbudsprotokoll

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å nekte klager innsyn i anbudsprotokollen.

Innklagedes anførsler:*Avvisning av leverandør*

- (15) Innklagede bestrider klagers anførsel. Innklagede har foretatt en grundig og kritisk vurdering av tilbydernes økonomiske evne basert på den dokumentasjonen som lå ved tilbudet. Økonomisk og finansiell styrke for en leverandør skal vurderes ut ifra størrelsen og risikoen ved kontrakten. Den aktuelle kontrakten er svært stor i forhold til klagers årlige omsetning de siste år og kontrakten fordret at leverandøren skulle yte kreditt på vesentlige beløp inntil to måneder. Ettersom klagers årsresultat var negativt og kredittvurderingen viste en rating som ikke ga den nødvendige trygghet, har innklagede rettmessig avvist klager fra konkurransen i medhold av forskriften § 11-10 (1) litra a.

Innsyn i anbudsprotokoll

- (16) Innklagede bestrider klagers anførsel. Innklagede har ikke mottatt anmodning om innsyn i anbudsprotokollen. Innklagede erkjenner derfor ikke å ha avvist anmodning om innsyn. Det bemerkes for øvrig at innsyn er gitt klager den 11. april 2014. Klagenemnda for offentlige anskaffelser er uansett ikke korrekt organ for behandling av spørsmål om innsyn etter offentlighetsloven.

Klagenemndas vurdering:*Avvisning av leverandør*

- (17) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rehabilitering av Lilleby skole som er en bygge- og anleggsanskaffelse. Anskaffelsens verdi er i anskaffelsesprotokollen angitt til 24 000 000 kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser følger anskaffelsen etter sin art og verdi forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og II, jf. forskriftens §§ 2-1 og 2-2.
- (18) Det følger av forskriften § 11-10 (1) bokstav a at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen.
- (19) Konkurransgrunnlaget oppstilte et kvalifikasjonskrav om at "[l]everandøren skal ha økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten". Kvalifikasjonskravet skulle dokumenteres med årsregnskap for siste regnskapsår, inkludert revisjonsberetning og

kredittvurdering for de 3 siste månedene som var basert på siste regnskapstall. Videre fremgikk det at oppdragsgiver ville vurdere *"annen egnet dokumentasjon"* dersom leverandøren ikke kunne godtgjøre sin økonomiske situasjon ut fra den etterspurte informasjonen.

- (20) Innklagede har i konkurransegrunnlaget angitt at *"[o]ppdragsgiver vil vurdere hvorvidt den fremlagte dokumentasjonen gir et godt nok finansielt og økonomisk sikkerhetsnivå."* Kvalifikasjonskravet gir anvisning på en skjønnsmessig terskel som i begrenset grad kan overprøves av klagenemda. Klagenemda kan imidlertid prøve om vurderingen er basert på riktig faktisk grunnlag, om den er usaklig eller uforsvarlig, eller om den er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5.
- (21) Klagers morselskap, Grunnarbeid Holding AS og flere av dens datterselskaper, gikk konkurs i januar 2012. Klagers ledelse kjøpte alle aksjene i klager fra konkursboet og ved dette kjøpet ble alle mellomværende med de andre konsernselskapene slettet. Det ble i tillegg gjort en avtale med bankforbindelsen hvor pantet som banken hadde i klagers eiendeler, på grunn av dens deltakelse i Grunnarbeid-konsernets konsernkontoordning, ble kjøpt til en pris av 4 200 000 kroner. Dette beløpet ble kostnadsført i klagers regnskap for 2012 og nettoeffekten av dette sammen med sletting av mellomværende utgjorde en kostnadsføring på 5 009 459 kroner før skatt. Kostnadsføringen ble registrert i klagers årsregnskap som tap på fordring mot konsernselskaper, og denne kostnadsføringen medførte at klager fikk en negativ egenkapital for 2012 på 1 661 025 kroner. Årsregnskapet for 2012 viser en omsetning på 33 886 368 kroner og et negativt driftsresultat på 2 141 455 kroner. Videre fremgår det av innsendt kredittrating at klager var klassifisert som "B", som ifølge dokumentet kalt *"ratingfordeling og konkursrisiko"* innebar at foretaket hadde en *"svak eller dårlig økonomi. Man har gjerne drevet med underskudd eller egenkapitalen er delvis eller helt tapt. Det er ikke notert negativ informasjon i form av betalingsanmerkninger"*.
- (22) Årsregnskapet for 2012 og kredittratingen utarbeidet i september 2013 viser dermed at klager hadde en negativ egenkapital og et negativt driftsresultat for regnskapsåret 2012. Slik konkurransegrunnlaget var utformet var det imidlertid åpnet for å vektlegge *"annen egnet dokumentasjon"* dersom leverandøren ikke kunne godtgjøre sin økonomiske situasjon gjennom den etterspurte dokumentasjonen.
- (23) Klager gjennomførte i 2013 en rekke tiltak for å bedre selskapets egenkapital. I dokumentet kalt *"status egenkapital"* fremgikk det en redegjørelse fra revisor vedrørende hvilke tiltak som ble gjennomført for å bedre egenkapitalen. Her fremgår både bekreftelse på mottatt utbytte fra datterselskap på 400 000 kroner og bekreftelse på kapitalutvidelse på 2 400 000 kroner. Dette innebærer at klager i perioden 31.12.2012-10.10.2013 styrket egenkapitalen med til sammen 2 800 000 kroner. Egenkapitalen ved årsskiftet var negativ med 1 661 025 kroner, slik at egenkapitalen som følge av gjennomførte tiltak per oktober 2013 var positiv med 1 189 000 kroner. Ettersom disse tiltakene ikke fremkom av årsregnskapet for 2012 vedla klager denne dokumentasjonen fra revisor hvor klagers økonomiske stilling på tidspunktet for innlevering av tilbud fremgikk.
- (24) Klager har fremført at innklagede ikke har vektlagt klagers positive egenkapital på tidspunktet for inngivelse av tilbud. Innklagede har ifølge klager utelukkende sett hen til det negative driftsresultatet og kredittratingen, slik at informasjon om den endrede egenkapitalen ikke ble vurdert. Kredittratingen var datert før tiltakene for styrking av egenkapitalen ble gjennomført, og det var derfor nødvendig å vurdere dokumentene om

styrket egenkapital ettersom effekten av disse ikke fremgikk av den øvrige dokumentasjonen. Til dette har innklagede anført at etterspurte dokumenter samt innsendt tilleggsinformasjon om styrking av egenkapitalen ble vurdert under det aktuelle kvalifikasjonskravet.

- (25) I avvisningsmeddelelsen fremgikk følgende begrunnelse for avvisning av klager: *"Vi må dessverre avvise tilbudet fra Murarbeid AS på grunn av forhold ved tilbyder. Vi har vurdert de økonomiske forutsetningene til Murarbeid AS å være for dårlige for gjennomføring av kontrakt for rehabilitering av tak og fasader ved Lilleby skole".* Som følge av klage på avvisningsmeddelelsen foretok innklagede en ny evaluering av hvorvidt kvalifikasjonskravet var oppfylt og ga følgende begrunnelse for å opprettholde avvisningen: *"Murarbeid AS dokumenterer [...] i sitt tilbud økonomiske forhold i bedriften, i form av årsregnskap for de to siste år samt en kredittvurdering. Med hensyn til denne dokumentasjonen vurderte Trondheim eiendom firmaets økonomiske situasjon som ikke tilfredsstillende for dette prosjektet".* Det fremgår imidlertid ikke av avvisningsmeddelelsen at den styrkede egenkapitalen ble vurdert under dette kvalifikasjonskravet. Begrunnelsen for avvisningen henviser alene til opplysningene fra årsregnskapet for 2012 og kredittratingen. Innklagede har endatil i tilsvaret for nemnda stilt spørsmål ved om oppdragsgiver i det hele tatt har den nødvendige kunnskap til å kunne foreta en forsvarlig vurdering av regnskapet og de underliggende årsaker til selskapets økonomiske situasjon. Også dette styrker klagers argumentasjon om at innklagede ikke har hensyntatt tilleggsinformasjonen om styrking av egenkapitalen.
- (26) Når nemnda likevel ikke finner grunn til å underkjenne avvisningen av klager er det fordi innklagede også viste til at det av innsendt regnskap fremgikk at klager per 2012 hadde en omsetning på 33 886 368 kroner, og at den aktuelle kontrakten utgjør over halvparten av klagers årlige omsetning. Det konkrete prosjektet hadde en angitt verdi på 24 000 000 kroner og kontraktens omfang var derfor svært stor sett hen til tidligere års salgsinntekter for klager. Kontrakten ville derfor representert hovedandelen av driftsomsetningen til klager og et eventuelt mislighold ville ifølge innklagede medført en svak økonomisk sikkerhetsmargin og derfor en betydelig risiko for at arbeidet ikke ble ferdigstilt til ønsket tidspunkt. Innklagede har i avvisningsmeddelelsen vist til at det er svært kritisk at gjennomføring skjer iht skissert fremdrift og at et eventuelt avbrudd ville vært svært uheldig, og medført store konsekvenser for byggherren. I innklagedes tilsvaret er dette nærmere forklart med at prosjektet fordret asbestsanering som skulle gjennomføres i skolens sommerferie og at en eventuell stans som følge av klagers manglende økonomiske gjennomføringsevne kunne medført at skolen ikke kunne tas i bruk til skolestart som forutsatt. Klagenemnda finner på dette grunnlag ikke grunn til å underkjenne innklagedes vurdering av at klager ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om *"økonomisk kapasitet til å gjennomføre kontrakten"*.

Innsyn i anbudsprotokollen

- (27) Partene er uenige om hvorvidt det er anmodet om innsyn i anbudsprotokollen og om det videre er nektet innsyn i anbudsprotokollen. En eventuell nekting av innsyn vil imidlertid både etter offentleglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) kunne påklages til det organet som er nærmest overordnet organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda verken skal eller er ment å være et ytterligere overordnet klageorgan når det gjelder innsynsbegjæringer. Av denne grunn avvises anførselen som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda, jf. klagenemndsforordningen § 9. Innklagede har for øvrig gitt klager innsyn i anbudsprotokollen den 11. april 2014 på forespørsel fra klager.

Konklusjon:

Trondheim kommune har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

A handwritten signature in blue ink, reading "Siri Teigum". The signature is written in a cursive, flowing style.

Siri Teigum