



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av tjenester for innsamling av husholdningsavfall. Klagers anførsler om at det alternative dokumentasjonskravet om forpliktende tilsagn om bankgaranti på 20 MNOK var i strid med de grunnleggende kravene i regelverket, og at klager urettmessig var avvist, førte ikke frem.

Klagenemndas avgjørelse 9. desember 2014 i sak 2014/6

Klager: Bentzen Transport AS

Innklaget: Romerike Avfallsforedling IKS

Klagenemndas medlemmer: Arve Rosvold Alver, Kai Krüger og Georg Fredrik Rieber-Mohn

Saken gjelder: Avvisning, de grunnleggende prinsippene

Bakgrunn:

- (1) Romerike Avfallsforedling IKS (heretter innklagede eller ROAF) kunngjorde 10. oktober 2013 en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av tjenester for innsamling av husholdningsavfall i område 1: Fet, Sørums og Gjerdrum og 2: Lørenskog, Enebakk og Rælingen. Tjenesten var klassifisert med CPV-kode 90511000, i tjenestekategori 16. Anskaffelsens verdi var angitt til 20 millioner kroner per år og med full utnyttelse av kontrakten i syv år, var verdien angitt til 140 millioner kroner. Tilbudsfrist var 22. november 2013.
- (2) Konkurranses grunnlaget punkt 6.3. gjaldt krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet. Kravet var at tilbyderer skulle ha tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet til å kunne gjennomføre kontraktsforpliktelsene. Dokumentasjonskravet var todelt og fremstilt på følgende måte:

"Det skal foreligge en kredittvurdering/rating med vurderingen "god kredittverdighet" eller tilsvarende. En rating skal være utført av offentlig godkjent kredittvurderingsinstitusjon.

Om det ikke kan dokumenteres at tilbyder oppfyller kravet over, kan kravet dokumenteres med et forpliktende tilsagn om bankgaranti på 20 MNOK".
- (3) Kontrakt ville tildeles tilbudet med lavest pris.
- (4) Det ble stilt spørsmål til dokumentasjonskravet i konkurranses grunnlaget punkt 6.3. Spørsmålet gjaldt om det i tillegg kunne aksepteres en morselskapsgaranti hvor morselskapet hadde tilfredsstillende rating. Innklagede bekreftet dette og uttalte også følgende:

"ROAF presiserer at det IKKE skal vedlegges en bankgaranti i tilbudet, men et forpliktende tilsagn om at man kan få bankgaranti ved aksept av tilbudet".

- (5) Innklagede mottok fire tilbud, herunder fra Bentzen Transport AS (heretter klager) datert 21. november 2013. Tilbudet var vedlagt et brev fra DNB Bank ASA datert 20. november 2013. Blant annet fremgikk følgende:

"Det bekreftes at Bentzen Transport AS har DNB Bank som hovedbankforbindelse. Vi har et ryddig forhold til bedriften. Vi ser positivt på å stille bankgaranti for Bentzen Transport om de skulle bli tilbudt oppdraget: "innsamling av husholdningsavfall ROAF i område 1 og 2".

Det tas forbehold om endelig signert kontrakt før garantien kan stilles".

- (6) I e-post av 2. desember 2013 fra innklagede til klager var det vist til at ordlyden "vi ser positivt på å stille garanti" i brevet av 20. november 2013, medførte tvil om ordlyden var et forpliktende tilsagn. Klager fikk mulighet til å ettersende supplerende dokumentasjon med henvisning til forskriften § 21-4. Da DNB Bank ASA ikke ga klart svar på om det var gitt et forpliktende tilsagn om bankgaranti, ba innklagede om at banken avkreftet eller bekreftet om brevet fra 20. november 2013 var forpliktende. Banken besvarte dette med at det på tidspunktet ikke forelå et forpliktende tilsagn om bankgaranti, og at slikt tilsagn måtte gis av bankens bevilgende organer, en prosess som ville trekke ut i tid.

- (7) I protokoll datert 10. desember 2013 fremgikk det under evalueringen av kvalifikasjoner at klager ikke var kvalifisert. Følgende begrunnelse var gitt:

"Ikke levert kredittvurdering, levert brev fra bankforbindelse hvor det er tvil om dette er et "forpliktende utsagn" om bankgaranti. Gitt tilleggsfrist for å supplere dokumentasjonen, supplerende uttalelse fra banken bekrefter at brevet ikke var ment som et forpliktende tilsagn. Ikke kvalifisert."

- (8) Klager ble meddelt at tilbudet var avvist i brev av 5. desember 2013. Kontrakt for område 1 ble tildelt RenoNorden. Kontrakt for område 2 ble tildelt Norsk Gjenvinning AS. Klager påklaget beslutningen. Innklagede opprettholdt sin tildelingsbeslutning. Kontrakt med RenoNorden AS ble inngått 15. januar 2014 og Norsk Gjenvinning AS 17. januar 2014.

- (9) Klager brakte saken inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter klagenemnda) i brev av 10. januar 2014.

- (10) Nemndsmøte i saken ble avholdt 8. desember 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

- (11) Innklagede har ved gjennomføringen av konkurransen brutt grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper ved at klager urettmessig er avvist fra konkurransen.
- (12) Dokumentasjonskravet om bankgaranti er ikke forholdsmessig verken sett i forhold til kvalifikasjonskravet og/eller det primære dokumentasjonskravet om kredittvurdering i konkurransegrunnlaget punkt 6.3. Dette fordi kvalifikasjonskravet knytter seg til løpende arbeid med alminnelig etterskuddsvis fakturering. Kontrakten forutsetter ingen

investeringer eller annen lignende risiko på oppdragsgivers hånd. I tillegg er det stor forskjell på de to dokumentasjonskravene. Det er langt større kostnader knyttet til en bankgaranti. Innklagede verken har eller kan dokumentere å ha vurdert om det alternative dokumentasjonskravet er egnet til å ivareta likebehandling og forutberegnelighet, og om innklagedes kvalifikasjonsvurdering har skjedd på en måte som ivaretar disse krav, herunder om nivået for kvalifikasjon er lagt til grunn for samtlige tilbydere. Kravet står ikke i forhold til kontrakten, jf. forskriften § 17-8.

- (13) Innklagedes vurdering av klagers dokumentasjon knyttet til bankgaranti er i strid med kravet til forutberegnelighet. Innklagede har ikke vurdert dokumentasjonen i tråd med dokumentasjonskravet slik det var formulert og presisert. Innklagede bekreftet at det ikke var nødvendig å vedlegge en bankgaranti til tilbudet men "*et forpliktende tilsagn om at man kan få bankgaranti ved aksept av tilbudet*". En uttalelse om å stille seg positiv til å stille bankgaranti er et så forpliktende utsagn som det er mulig å få før en garanti stilles.
- (14) Innklagede har kun vurdert dokumentasjonskravene og har unnlatt å vurdere om klager var kvalifisert. Innklagede kunne som minimum vurdert om klager var kvalifisert på bakgrunn av den innleverte tilbudsdokumentasjonen, hvor det blant annet fremkom at bankforbindelsen hadde positiv holdning til å stille en garanti. Under enhver omstendighet har innklagede lagt til grunn en strengere tolkning av kvalifikasjonskravet enn det som følger av ordlyden og dette er i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften § 3-1.
- (15) Det bes om at klagenemnda vurderer spørsmål om erstatning. Klager har tilbudt laveste pris og skulle følgelig ha fått tildelt kontraktene.

Innklagedes anførsler:

- (16) Klager oppfylte ikke kravet til dokumentasjon for økonomisk og finansiell styrke. Det var ikke vedlagt kredittvurdering som viste "*god kredittverdighet*" og brevet fra DnB inneholdt ikke et "*forpliktende tilsagn*" om bankgaranti på MNOK 20. Innklagede hadde dermed plikt til å avvise klager, jf. forskriften § 20-12 1. ledd bokstav a.
- (17) Det alternative dokumentasjonskravet er ikke i strid med forholdsmessighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet, jf. loven § 5. Leveransen gjelder innsamling av avfall for et stort antall husstander. Avtalen går over fem år med opsjon for forlengelse på videre to år, og gjelder tjenester som er viktige for den enkelte husstand og for helse og miljø i området. Avtalen har en estimert verdi på MNOK 20 pr. år og totalt MNOK 140 ved full utnyttelse. Det er ikke kurant å finne alternative tjenesteytere på kort tid dersom valgte tjenesteyter ikke leverer. I forlengelsen av dette er ikke kravene til finansiell styrke urimelig. I mangel av dokumentasjon på krav til kredittrangering er ikke det alternative kravet om forpliktende tilsagn om bankgaranti på MNOK 20 urimelig, og det står i forhold til kontrakten, jf. forskriften § 17-8. Kravene er de samme for alle tilbyderne og er anvendt på samme måte overfor samtlige tilbydere.
- (18) Innklagede har vurdert klagers dokumentasjon for økonomisk og finansiell styrke i tråd med loven § 5 og forskriften § 3-1. Etter anmodning om supplering og utdyping av dokumentasjonen fra DNB Bank ASA uttalte banken at det ikke var gitt et slikt tilsagn. Dokumentasjonskravet var dermed ikke oppfylt. Tolkningen av "*forpliktende tilsagn*" var forutberegnelig.

- (19) Innklagede vurderte klagers tilbud basert på den innleverte dokumentasjonen i samsvar med kravet til forutberegnelighet i loven § 5. Når DNB Bank ASA bekreftet at det ikke var gitt et forpliktende tilsagn om bankgaranti, er innklagede forpliktet til å vurdere om klager oppfylte kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell styrke basert på dette. Innklagede kan ikke se hvilken fremlagt dokumentasjon i tilbudet som kunne gi innklagede grunnlaget for å vurdere om klager oppfylte kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell styrke. Dessuten ville en vurdering av hvorvidt klager oppfylte kravet løstrevet fra dokumentasjonskravene som var stilt, være uforutberegnelig og i strid med prinsippet om likebehandling i loven § 5.
- (20) Det er ikke grunnlag for klager å kreve erstatning da innklagedes beslutning om å avvise klagers tilbud ikke er i strid med regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas vurdering:

- (21) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av tjenester for innsamling av husholdningsavfall i område 1: Fet, Sørums og Gjerdrum og 2: Lørenskog, Enebakk og Rælingen. Dette er en tjenesteanskaffelse i kategori 16. Anskaffelsens verdi er estimert til totalt 140 millioner kroner. 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. forskriften §§ 2-1 og 2-2.

Hvorvidt det alternative dokumentasjonskravet om et "forpliktende tilsagn om bankgaranti på 20 MNOK" er i strid med regelverket

- (22) Klager anfører at det alternative dokumentasjonskravet til bankgaranti representerer et brudd på prinsippene om forholdsmessighet og likebehandling, jf. loven § 5 og forskriften § 3-1. Det vises til at kravet ikke er forholdsmessig ut fra kvalifikasjonskravet og det primære dokumentasjonskravet om kredittvurdering. Kravet er heller ikke egnet til å ivareta krav til likebehandling og forutberegnelighet i kvalifikasjonsvurderingen.
- (23) Ved utformingen av kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves. Klagenemnda kan imidlertid prøve om innklagedes skjønnsutøvelse er i samsvar med de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. forskriften § 3-1, og øvrige rammer for skjønnsutøvelsen som følger av regelverket. Forskriften § 17-8, gir eksempler på hvilke dokumentasjonskrav oppdragsgiver kan stille for å sikre at leverandørene har tilstrekkelig finansiell styrke til å gjennomføre kontrakten. Blant annet kan det bes om "egne bankerklæringer", jf. § 17-8 (1) a. I alle tilfeller skal omfanget av dokumentasjonen stå i forhold til kontrakten, jf. forskriften § 17-8 (6). Hva som vil være nødvendig dokumentasjonskrav i det konkrete tilfelle for å vise oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, vil variere med anskaffelsens art og omfang.
- (24) EU-domstolen uttalte i sak C-218/11 følgende om krav til dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling:

"I overensstemmelse med artikkel 44, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18 skal et minimumskriterium for egnethed være forbundet med formålet med kontrakten og stå i forhold hertil. Det fremgår heraf, at det eller de elementer i balancen, som en ordregivende myndighed vælger for at formulere et minimumskriterium for økonomisk og finansiell formåen, skal være objektivt egnede til at oplyse om denne formåen hos den

økonomiske aktør, og at den således fastsatte terskel skal være tilpasset størrelsen af den pågældende kontrakt, således at det objektivt udgør et positivt indicium for, at der foreligger et tilstrækkeligt økonomisk og finansielt grundlag til at gennemføre kontrakten, uden dog at gå ud over, hvad der med rimelighed er nødvendigt med henblik herpå."

- (25) I sak 2013/106 vurderte klagenemnda spørsmålet om et kontraktskrav om bankgaranti tilsvarende 20 % av den årlige kontraktsfestede godtgjørelsen ved kontraktsinngåelsen, med en varighet på omlag ett år lenger enn kontrakten, var i strid med loven § 5, jf. forskriften § 3-1 og § 3-11 (2). Anskaffelsen gjaldt rutegående persontransport og kravet var begrunnet med det var i tråd med liknende transportkontrakter, og at det var nødvendig for å beskytte oppdragsgivers økonomiske interesser. Eksisterende kontrakt inneholdt tilsvarende krav og det var vurdert at tilsvarende sikkerhet var nødvendig ved inngåelse av ny kontrakt. Klagenemnda fant at krav om bankgaranti som sikkerhet for kontraktsoppfyllelse for økonomiske forpliktelser i seg selv, var saklig og forsvarlig. Når det gjaldt omfanget, ble det også funnet at kravet var saklig begrunnet, omfanget var forsvarlig og stod i rimelig forhold til kontrakten.
- (26) At innklagede i foreliggende sak har valgt å kreve forpliktende tilsagn om bankgaranti som alternativ dokumentasjon, er utvilsomt forsvarlig og saklig isolert sett. Spørsmålet er om også omfanget av garantien på 20 millioner kroner var saklig og forsvarlig.
- (27) Garantien tilsvarer kontraktens årlige anslåtte verdi. Størrelsen på kravet er således relativt omfattende. Innklagede begrunnet størrelsen med at krav til finansiell styrke i form av bankgaranti, ikke er urimelig ved mangelfull kredittvurdering/rating. Innklagede har vist til at kontrakten gjaldt viktige tjenester for den enkelte husstand og for helse og miljø i området. Det var heller ikke kurant å finne alternative tjenesteytere på kort tid dersom valgte tjenesteyter ikke leverte. Begrunnelsen for kravet gjenspeiler altså at anskaffelsen gjelder viktige samfunnsoppgaver, hvor det er samfunnsskadelig at oppgavene ikke utføres i henhold til kontrakten. Det er således forståelig at oppdragsgiver i en slik situasjon vil sikre seg økonomisk solide tjenesteytere. Et krav om bankgaranti av det aktuelle omfanget vil sikre at innklagede kan tildele kontrakt til leverandører som kan levere tjenesten i hele kontraktsperioden, uten stans i leveransen. Kravet var også alternativt, tilbyderne kunne i første rekke dokumentere finansiell styrke ved godkjent kredittrating. Innklagede mottok fire tilbud i konkurransen, hvorav kun klager ble vurdert til å ikke oppfylle dokumentasjonskravet. Klagers anførsel om at det alternative kravet var uforholdsmessig strengt, fører dermed ikke frem.
- (28) Klager har også anført at kravet om bankgaranti var i strid med likebehandlingsprinsippet og prinsippet om forutberegnelighet. Innklagede har på sin side vist til at kravet var likt for alle tilbyderne og var anvendt på samme måte overfor samtlige. Klagenemnda kan ikke se at prosessen med å klarlegge hvorvidt klagers bankforbindelse faktisk ga et forpliktende tilsagn, var i strid med hvordan kravet var formulert. At dette kravet er håndhevet ulikt overfor de ulike tilbyderne er det heller ikke holdepunkter for. Klagers anførsel på dette punkt kan heller ikke føre frem.
- (29) Det alternative dokumentasjonskravet er dermed ikke i strid med de grunnleggende kravene i loven § 5, jf. forskriften § 3-1. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.
- (30) Klager har vist til at det ikke var nødvendig å fremskaffe bankgarantien, men at bankens tilsagn om å stille seg positiv til anmodningen om garantier ved signert kontrakt er et så forpliktende utsagn som det er mulig å få før garantien stilles. Men verken tilsagnet eller

den etterfølgende avklaring med klagers bank støtter klageren i at det foreligger en slik bindende forpliktelse som konkurransegrunnlaget forutsetter.

Hvorvidt klager er urettmessig avvist fra konkurransen

- (31) Klager har anført at innklagedes vurdering av dokumentasjonen fra klagers bankforbindelse var i strid med kravet til forutberegnelighet, og at unnlatsen av å vurdere om klager likevel var kvalifisert på bakgrunn av dokumentasjonen, representerer et brudd på regelverket. Klagenemnda forstår anførselen slik at klager mener seg urettmessig avvist fra konkurransen, da klager oppfylte kvalifikasjonskravet om tilstrekkelig økonomisk og finansiell soliditet.
- (32) Etter forskriften § 20-12 (1) bokstav a skal oppdragsgiver avvise leverandører som "*ikke oppfyller krav som er satt til leverandørenes deltakelse i konkurransen*".
- (33) Klager fikk ikke et forpliktende tilsagn om bankgaranti fra sin bankforbindelse på plass innen fristen. Klager leverte heller ikke kredittrating som viste god kredittverdighet. Kvalifikasjonskravet var derfor ikke oppfylt, og innklagede hadde plikt til å avvise klager jf. forskriften § 20-12 (1) a. Klagers anførsel fører dermed ikke frem.

Konklusjon:

Romerike Avfallsforedling IKS har ikke brutt regelverket for offentlige anskaffelser.

Klagers øvrige anførsel er ikke behandlet.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger