



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Tildelingsevaluering. Avvisning av leverandør.

Innklagede gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale for kjøp av rørleggerarbeid. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 22-3 femte ledd ved å annullere en lovlig tildelingsbeslutning om å tildele kontrakt til klager. Innklagede hadde i det konkrete tilfellet adgang til å klassifisere et ansvarlig lån som egenkapital i kvalifikasjonsvurderingen. Innklagede kunne derfor ikke annullere beslutningen om tildeling av kontrakt og i stedet avvise klager.

Klagenemndas avgjørelse 26.02.2014 i sak 2014/79

Klager: Larvik Rørhandel AS

Innklaget: Larvik kommune

Klagenemndas medlemmer: Morten Goller, Kai Krüger og Andreas Wahl

Bakgrunn:

- (1) Larvik kommune (heretter innklagede) kunngjorde 26. februar 2014 en åpen anbudskonkurranse for rammeavtale for kjøp av rørleggerarbeid. Det fulgte av kunngjøringen punkt II.1.4 at rammeavtalens varighet var på to år, og av punkt II.2.2 fulgte det at oppdragsgiver hadde en opsjon på å forlenge kontrakten slik at total mulig kontraktslengde ble fire år. Anskaffelsen var kunngjort som en anskaffelse etter forskrift om offentlige anskaffelser del III. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt å være 11. april 2014.
- (2) I konkurransegrunnlaget, tilbudsmappen punkt 2.3, var det oppstilt et kvalifikasjonskrav om "[ø]konomisk evne til å gjennomføre avtalen". Om kvalifikasjonskravet fremgikk det:

*"Det kreves at tilbyderen har **tilstrekkelig soliditet** slik at en har økonomisk evne til å gjennomføre avtalen. Når soliditet vurderes legges egenkapitalandelen til grunn. Oppdragsgiver legger i sin vurdering til grunn kommentarer fra Proff TM Forvalt (www.forvalt.no), hhv:*

Egenkapitalandel i prosent:

Formel:

$$\frac{SEK * 100}{SGE}$$

SEK: Sum egenkapital

SGE: Sum egenkapital og gjeld

Kommentar:

Hvis sum egenkapital < 100 000, anses soliditeten uansett for å være svak. Egenkapitalandelen viser hvor stor andel av eiendelene som er finansiert av egenkapitalen.

<i>Ikke tilfredsst.</i>	<i>Svak</i>	<i>Tilfredsst.</i>	<i>God</i>	<i>Meget god</i>
<i>< 3 %</i>	<i>3-9 %</i>	<i>10-17 %</i>	<i>18-40%</i>	<i>> 40 %</i>

Ref. <http://www.forvalt.no/ordbok/E>

Oppdragsgiver forbeholder seg retten til å innhente ytterligere informasjon som anses nødvendig for å vurdere tilbyders økonomiske og finansielle stilling."

- (3) Som dokumentasjon for at kvalifikasjonskravet var oppfylt, skulle tilbyderne fremlegge foretakets siste årsregnskap, og eventuelt nyere regnskapstall.
- (4) I kontraktsvilkårene, punkt 3.3 gikk det frem at "[i]ngen fakturaer skal utstedes før det foreligger en godkjent leveranse."
- (5) Innklagede mottok 10 tilbud innen tilbudsfristen.
- (6) Av klagers fremlagte årsregnskap for 2013 gikk det frem at egenkapitalen var negativ med 1 904 668 kroner i 2012, og negativ med 2 317 746 kroner i 2013.
- (7) I notene til årsregnskapet gikk det frem:

"Note nr 3 – Fortsatt drift

Selskapets egenkapital, hensyntatt ansvarlig lån fra morselskap, er positiv med ca 750.000. Selskapet har en langsiktig strategi i markedet Vestfold, og vil bli en fortsatt seriøs og sterkere aktør i markedet. Selskapet vil tilføres tilstrekkelig kapital fra morselskap i den grad det er nødvendig. Selskapets budsjetter for 2014 viser økt markedsandel, og bedre marginer, selv om det "koster" å gjenerobre markedet i Vestfold.

[...]

Note nr 6 – Egenkapital

Selskapets bokførte egenkapital er tapt, og er negativ med 1.904.668. Selskapet har imidlertid ansvarlig lån hos morselskap, se note 7, på kr. 2.658.662, som er å anse som egenkapital.

Det er således et positivt egenkapitalelement i størrelsesorden kr 750.000, som vil økes ved behov fra morselskapet Telerør AS, en større aktør innen samme bransje i Telemark, samt fra Brog Holding AS, konsernspiss.

Note nr 7 – Ansvarlig lånekapital.

Eierselskapet Telerør AS har ytt selskapet ansvarlig lånekapital i løpet av året. Beløpet

er ikke renteberegnet, og står tilbake for all annen gjeld. Morselskapet inntar for fortsatt drift, med egenkapital, ansvarlig lån og tilstrekkelig likviditet."

- (8) I brev av 14. mai 2014 ble kontrakt tildelt Larvik Rørhandel AS (heretter klager), Rørleggeren AS, Stavern Rørleggerbedrift AS og Telerør AS. Det fulgte av tildelingsbeslutningen at alle tilbyderne ble ansett kvalifisert.
- (9) I brev av 30. mai 2014 opplyste innklagede at man hadde foretatt en ny kvalifikasjonsvurdering, og at klager ikke ble ansett kvalifisert. Årsaken var manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet *"tilfredsstillende soliditet"*. Videre fremgikk det av tildelingsbeslutningen:

"Dere har hatt underskudd i flere år på rad og egenkapitalen er tapt. Ansvarlig lånekapital er bokført som lån og ikke som egenkapital. I vurderingen er det derfor lagt dette til grunn. Selskapet vurderes ut fra dette. Selskapet har levert dårlige resultat gjennom mange år som har gjort at udekket tap har vokst til nesten kr. 2,9 mill. Tallene og oppstillingene i notene stemmer ikke overens med tallene som revisor viser til. Det er ikke gått inn i hvilke av tallene som stemmer da resultatet uansett er dårlig. Det at tallene ikke stemmer er igjen med på å gi et bilde av et foretak som kan ha lite kontroll på økonomien, med andre ord finner vi altså ikke et foretak med tilstrekkelig økonomi."

- (10) Klager klaget på den endrede tildelingsbeslutningen i brev til innklagede av 5. juni 2014.
- (11) I brev av 13. juni 2014 opprettholdt innklagede den nye tildelingsbeslutningen.
- (12) Kontrakt mellom innklagede og valgte leverandører ble inngått 23. juni 2014.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 23. februar 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved å praktisere kvalifikasjonskravet på en måte som unødvendig utelukker leverandører fra å delta i konkurransen.
- (15) Det fremgår av kontraktsvilkårene punkt 3.3 at *"[i]ngen fakturaer skal utstedes før det foreligger en godkjent leveranse"*. Innklagedes risiko knyttet til leverandørenes soliditet er således begrenset.
- (16) Det følger av aksjelovens krav til forsvarlig egenkapital, jf. aksjeloven § 3-4, at det er den reelle egenkapitalen som skal legges til grunn, og det fremgår av forarbeidene til aksjeloven (NOU 1996:3 Selvigutvalget) at ansvarlig lån er et forhold som gjør selskapets kapitalgrunnlag mer solid, uavhengig av det faktum at ansvarlig lån bokføres som gjeld.
- (17) Klager har altså positiv reell egenkapital. Bokført egenkapital og ansvarlig lån fra morselskapet utgjorde til sammen 0,1 millioner kroner per 31. desember 2012, og kr 0,3 millioner kroner per 31. desember 2013. Innklagede har ikke begrunnet godt nok hvorfor klagers tilbud ble avvist

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (18) Klagers anførsler bestrides.

Klagenemndas vurdering:

- (19) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder rammeavtale for rørleggerarbeid. Konkurransen er kunngjort som en prioritert tjeneste i kategori 1. Det følger av kunngjøringen punkt II.1.4 at rammeavtalens varighet er på to år, og av punkt II.2.2 følger det at oppdragsgiver har en opsjon på å forlenge kontrakten slik at total mulig kontraktslengde blir fire år. Anskaffelsen er kunngjort som en anskaffelse etter forskrift om offentlige anskaffelser del III. Kontrakter om utførelse av rørleggerarbeider utgjør imidlertid bygge- og anleggskontrakter, jf. henvisningen til forskriften vedlegg 1 i definisjonen av bygge- og anleggskontrakt i forskriften § 4-1 bokstav c. Det følger av forskriften § 2-2 at forskriften del III gjelder for bygge- og anleggskontrakter der den anslåtte verdi overstiger 40 millioner. Klagenemnda har i enkelte saker lagt til grunn at oppdragsgiver gjennom opplysninger i konkurransegrunnlaget har bundet seg til å følge de strengere reglene i forskriften del III. Hvilken del av forskriften som kommer til anvendelse er imidlertid ikke belyst av partene og er heller ikke avgjørende for å ta stilling til de anførsle som klager har fremmet. Klagenemnda legger likevel til grunn at anskaffelsen, i tillegg til lov om offentlige anskaffelser, følger forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 del I og III, jf. forskriften §§ 2-1 og 2-2.
- (20) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved å praktisere kvalifikasjonskravet på en måte som unødvendig utelukker leverandører fra å delta i konkurransen. Det vises til at bokført egenkapital og ansvarlig lån fra morselskapet til sammen utgjorde 0,1 millioner kroner per 31. desember 2012, og kr 0,3 millioner kroner per 31. desember 2013.
- (21) Klager ble først ansett kvalifisert og meddelt at innklagede hadde til hensikt å inngå kontrakt med klager. I brev av 30. mai 2014 opplyste imidlertid innklagede at man hadde foretatt en ny kvalifikasjonsvurdering, og at klager ikke ble ansett kvalifisert.
- (22) Det fremgår av forskriften § 22-3, femte ledd at "*[d]ersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått*".
- (23) Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver ikke kan endre en lovlig tildelingsbeslutning, herunder verken tildelingsevaluering eller vurdering av kvalifikasjoner, ut fra en endret skjønnsutøvelse, jf. eksempelvis klagenemndas sak 2013/78 premiss (34) med videre henvisninger. Dette betyr at oppdragsgiver senere enn tildeling både kan og skal rette opp regelbrudd ved den foregående evalueringen, men at øvrige endringer basert på endret skjønnsmessig vurdering ikke er tillatt, jf. klagenemndas saker 2013/79 premiss (34), og 2011/141 premiss (77). I det foreliggende tilfellet, innebærer dette at tildelingsbeslutningen bare kunne omgjøres dersom innklagede hadde plikt til å avvise klager, jf. forskriften § 20-12 (1) bokstav a.
- (24) Det følger av forskriften § 20-12 (1) bokstav a, at oppdragsgiver skal avvise leverandører som ikke oppfyller krav som er satt til leverandørens deltakelse i konkurransen.
- (25) Kvalifikasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 2.3 var formulert som et krav om "**tilstrekkelig soliditet** slik at en har økonomisk evne til å gjennomføre avtalen. Når soliditet vurderes legges egenkapitalandelen til grunn."

- (26) I foreliggende sak ble klager opprinnelig ansett kvalifisert. I klagers innleverte årsregnskap var den bokførte egenkapitalen negativ, men det var gitt opplysninger om at klager hadde mottatt ansvarlig lån fra morselskapet. Når innklagede aksepterte klagers kvalifikasjoner, har innklagede altså akseptert regnskapets klassifikasjon av det ansvarlige lånet som egenkapital.
- (27) Spørsmålet er om innklagede hadde adgang til å klassifisere det ansvarlige lånet som egenkapital i den første kvalifikasjonsvurderingen. Dette beror på utformingen av kvalifikasjonskravet. I konkurransegrunnlaget er det ikke vist til en bestemt definisjon av egenkapitalbegrepet. Dette gir innklagede et visst rom for skjønn ved kvalifikasjonsvurderingen.
- (28) Av relevans i denne forbindelse er at regnskapsloven ikke oppstiller eksplisitte regler for hvordan skillet mellom egenkapital og gjeld skal trekkes. De grunnleggende prinsippene i regnskapsloven kapittel 4 er relativt generelt utformet, og gir ikke en klar angivelse av regnskapsmessige løsninger i konkrete tilfeller. Bestemmelsenes rettslige innhold må derfor i stor utstrekning klargjøres gjennom de rettslige standardene "*god regnskapsskikk*", jf. § 4-6 og "*rettvisende bilde*", jf. § 3-2a.
- (29) Ansvarlig lån er en finansieringsform som har trekk av både egenkapital og gjeld. Hvorvidt, og på hvilke vilkår, ansvarlig lån kan anses som egenkapital er et uavklart spørsmål, jf. Schwencke, Hans R. Grensen mellom egenkapital og gjeld i norsk regnskapsrett. Behov for klargjøring av regnskapsreglene? *Nordisk Tidsskrift for Selskapsrett (NTS)*, 2003:1, s. 41-52. Om ansvarlig lån, se også Jakhelln, Henning, Ansvarlig lånekapital – Særlig om långivers stilling når låntageren åpner for offentlig akkordforhandling eller går konkurs *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1967, s. 422 følgende.
- (30) I notene til regnskapet fremgår en del informasjon som er relevant for klassifiseringen. Blant annet fremgår det av note tre og seks til årsregnskapet, at det ansvarlige lånet fra morselskapet er klassifisert som egenkapital, og at egenkapitalen er positiv når lånet blir hensyntatt.
- (31) Et forhold som ikke er omtalt i notene til regnskapet er tilbakebetalingsbetingelsene for det ansvarlige lånet. At dette ikke er omtalt, og formodentlig heller ikke vurdert, kan likevel alene ikke være tilstrekkelig til å underkjenne innklagedes opprinnelige vurdering. I note tre fremgår det at selskapet vil tilføres tilstrekkelig kapital fra morselskapet i den grad det er nødvendig, og i note syv fremgår det at selskapet inntar for fortsatt drift blant annet gjennom det ansvarlige lånet. Med disse opplysningene, var det ikke uforsvarlig å konkludere med at det ansvarlige lånet tjente som en like god sikkerhet for innklagede som om beløpet var innskutt som aksjekapital.
- (32) I den nye tildelingsbeslutningen påpeker innklagede at det foreligger inkonsekvens når det kommer til tallene oppstilt i årsregnskapet, og det revisor viser til. Det blir samtidig opplyst at innklagede ikke har gått nærmere inn på disse tallene i vurderingen, da årsregnskapet uansett viser at egenkapitalandelen er tapt. Ettersom den eventuelle inkonsekvensen av tallene ikke er vurdert av innklagede, har heller ikke nemnda noen egentlig foranledning til å vurdere dette. Nemnda vil likevel påpeke at klager har erkjent at tallet på 750 000 som nevnes i note tre ikke er riktig. Når det ansvarlige lånet tas hensyn til er egenkapitalen positiv med 340 916, hvilket gir en egenkapitalandel på 9,7 %. Når tallet på 750 000 ble lagt til grunn gav dette en egenkapitalandel på 21,3 %, hvilket i henhold til konkurransegrunnlaget ble rubrisert som god. Ettersom dette tallet var uriktig

kunne innklagede tatt hensyn til denne feilen som grunnlag for revurdering av klagers kvalifikasjoner. Innklagede har imidlertid *"ikke gått inn i hvilke av tallene som stemmer"*, og følgelig utgjør ikke det overstående grunnlaget for avvisningen av klager. Slik konkurransegrunnlaget er utformet gir det heller ikke utvetydig uttrykk for at klager måtte avvises ved en egenkapitalandel på 9,7 %. Konkurransegrunnlagets klassifisering av intervallene for prosentvis egenkapitalandel angir ikke konkret hvordan egenkapitalandeler mellom 9 % og 10 % skal rubriseres. Konkurransegrunnlaget gir for øvrig heller ikke entydig uttrykk for at en egenkapitalandel rubrisert som svak, ikke ville være tilstrekkelig.

- (33) Grunnlaget for avvisningen av klager er at det ansvarlige lånet ikke kan hensyntas som egenkapital. Ut over å vise til bokføringen i balansen som lån og ikke som egenkapital, har imidlertid ikke innklagede fremført forhold som viser at regnskapets klassifisering i notene, og innklagedes opprinnelige aksept av denne, var uriktig. At lånet i balansen er ført som lån, er ikke avgjørende for om lånet kan anses som en del av egenkapitalen ved beregningen av egenkapitalandel. Det er ovenfor konstatert at det ikke utgjorde en feil når innklagede anså det ansvarlige lånet som en del av egenkapitalen i denne forbindelse. Til innklagedes bemerkning om at selskapet har levert dårlige resultat flere år på rad, nevnes at selskapets resultat ikke er gjort til en del av kvalifikasjonsvurderingen av selskapets økonomiske og finansielle stilling. Det var kun selskapets egenkapitalandel som skulle vurderes. På denne bakgrunn har ikke innklagede påvist at den opprinnelige klassifiseringen av det ansvarlige lånet, som av innklagede er brukt som grunnlag for å annullere den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen, var uriktig. Innklagede har etter dette brutt forskriften § 22-3 femte ledd, ved å annullere en lovlig tildelingsbeslutning, og avvise klager.

Konklusjon:

Larvik kommune har brutt forskriften § 22-3 femte ledd ved å annullere en lovlig tildelingsbeslutning om å tildele kontrakt til klager.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

Dokumentet er godkjent elektronisk