



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling i to trinn vedrørende prosjektering og leveranse av utstyr for produksjon av ozon ved vannbehandlingsanlegget i Gjesdal kommune. Klager anførte at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør fra prekvalifisering som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet. Klagenemnda fant at morselskapets "Comfort letter" måtte tolkes slik at morselskapet forpliktet seg til å sørge for at valgte leverandør hadde tilfredsstillende økonomisk og finansiell kapasitet til å oppfylle kontrakten. Valgte leverandør hadde dermed den nødvendige rådighet over morselskapets ressurser og det forelå ikke avvisningsplikt.

Klagenemndas avgjørelse 16. juni 2015 i sak 2015/46

Klager: Fin-Tek Corporation

Innklaget: IVAR IKS

Klagenemndas

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

Bakgrunn:

(1) IVAR IKS (heretter innklagede) kunngjorde den 21. juni 2014 en konkurranse med forhandling i to trinn vedrørende prosjektering og leveranse av utstyr for produksjon av ozon ved vannbehandlingsanlegget i Gjesdal kommune. Anskaffelsens verdi var angitt til 15 000 000 kroner. Prekvalifiseringsfrist var angitt til 15. august 2014.

(2) I kunngjøringen punkt II.1.5 fremgikk følgende beskrivelse av anskaffelsens art og omfang:

"IVAR IKS skal utvide eksisterende Langevatn vannbehandlingsanlegg beliggende i Gjesdal kommune med nye prosesser (ozonering og biofiltrering) og økt kapasitet. IVAR IKS innbyr med dette til å søke om prekvalifisering for prosjektering og leveranse av utstyr for produksjon av ozon. Leveransen inneholder også nødvendig utstyr for innblanding av ozon i drikkevann. Anskaffelsen gjennomføres som konkurranse med forhandling, i to trinn. Utvalgte tilbydere fra prekvalifiseringen (trinn 1), får invitasjon til å delta i konkurransen (trinn 2)."

(3) I prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 5 fremgikk kvalifikasjonskravene. Her var det opplyst at *"the criteria, requirements and documentation described in the table below will be used when deciding whether the tenderer has sufficient qualifications"*. Det fremgikk også at: *"if the supplier wishes to make use of sub-suppliers' in order to fulfil the technical and professional qualification requirements, the following apply: (...) b) a signed statement containing the following text must be attached from each of the relevant sub-suppliers: "The undersigned company [the sub-supplier must fill in the company's*

name and organisation number] undertakes to carry out the following works [the sub-supplier must state the works that shall be carried out for the tenderer] for contractor [name tenderer] in the Langevatn Expansion Contract E63 Ozonation Equipment project."

- (4) Under punkt 5 var følgende krav angitt ved kriteriet *"Economic and financial capacity"*:

"Equity ratio for the past year minimum 18 %. Definition: Equity ratio= equity/(debt + equity). Current ratio 1 for the past year minimum 1.0. Definition: Current ratio 1 = current assets/current liabilities. Annual revenues (past year or average over the past three years): minimum NOK 30 million."

- (5) For å dokumentere oppfyllelse av dette kvalifikasjonskravet var det oppstilt følgende krav:

"The company's annual financial statements, or extracts from these, for the past three years.

Credit rating from a publicly approved credit rating institution. The rating shall be based on the last known accounting figures with a statement of how the credit rating has developed over the past three years (...).

If the supplier is unable to submit the above-mentioned documentation, or wishes to document that this provides a misleading picture of his financial situation, he shall provide evidence of his economic and financial position using any other document that is relevant to the company's accounting figures/economy. However, the supplier shall specifically explain why the requested documentation cannot be submitted or provides a misleading picture. (Tenderers making use of other companies shall attach equivalent documentation from these companies along with the declaration of commitment, cf. Chapter 5.2 third paragraph letter b.)"

- (6) Innklagede mottok søknad om prekvalifisering fra Primozone AB (heretter valgte leverandør) og Fin-Tek Corporation (heretter klager).

- (7) Valgte leverandør vedla sin søknad om prekvalifisering et dokument kalt "Comfort letter" utstedt av morselskapet, Skibsaktieselskapet Navigation Ltd AS. Herfra gjengis:

"References are made to section 5 "Economical and financial capacity" in relation to the pre-qualification for the Stavanger Langvatn project. Documentation of the supplier's financial standing is required to be provided to be pre-qualified for the tender process. It is further stated in this section that if the supplier is unable to submit this documentation, or wishes to document that this provides a misleading picture of his financial situation, he shall provide evidence of his economic and financial position using any other document that is relevant to the company's accounting figures/economy. However, the supplier shall specifically explain why the requested documentation cannot be submitted or provides a misleading picture.

Primozone AB's ("Primozone") annual report, credit ranking and key figures for the last three years may not fulfill the requirements for the pre-qualifications alone as the company to some extent is still a start-up company. However, as Primozones parent company we confirm that Skibsaktieselskapet Navigation Ltd AS ("Navigation"), will

support Primozone's fulfillment of their obligations related to the contract with IVAR IKS (...).

Navigation's annual report, credit ranking and key figures for the last three years are attached as appendix no 5. Navigation fulfills the requested requirement.

This comfort letter is issued to confirm that our subsidiary Primozone with our support to the project is financially able to complete the process with Stavanger Langvatn project, even though Primozone does not fulfill the requirements in the pre-qualification section 5 and Primozone alone is responsible for the fulfillment of the contract."

- (8) Innklagede har opplyst at kontrakt ikke vil inngås før klagenemnda for offentlige anskaffelser har tatt stilling til klagen.
- (9) Nemndsmøte i saken ble avholdt 15. juni 2015.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (10) Klager anfører at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Primozone AB skulle vært avvist som følge av at selskapet ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om finansiell og økonomisk kapasitet. Dokumentet "Comfort letter" fra morselskapet dokumenterer ikke rådighet over morselskapets ressurser, da det ikke inneholder en rettslig bindende forpliktelse som Primozone AB kan forfølge overfor morselskapet.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (11) Innklagede bestrider klagers anførsel. Innklagede har vurdert Primozone AB for å inneha tilfredsstillende kvalifikasjoner. Erklæringen "Comfort letter" er tilstrekkelig forpliktende og gir innklagede den nødvendige sikkerhet for at valgte leverandørs økonomiske og finansielle kapasitet var tilstrekkelig for å gjennomføre oppdraget og til å innfri kravet. Det forelå dermed ingen avvísningsplikt.

Klagenemndas vurdering:

- (12) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder prosjektering og leveranse for produksjon av ozon ved vannbehandlingsanlegget i Gjesdal kommune, som er en tjenesteanskaffelse.
- (13) I forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 1-2 (4) fremgår det at forskriften ikke får anvendelse for oppdragsgivere som omfattes av forsyningsforskriften, såfremt den aktuelle anskaffelse skjer som ledd i utøvelse av aktivitet som er angitt i forsyningsforskriften. Av forsyningsforskriften § 1-5 fremgår det at forsyningsforskriften "får anvendelse på kontrakter som tildeles eller arrangeres av oppdragsgiver som utøver en aktivitet som nevnt i § 1-3 bokstav a nr. 1, og som [...] a. er forbundet med vannbyggingsprosjekter, irrigasjon eller drenering forutsatt at vannmengden utgjør mer enn 20 prosent av den totale vannmengden som stilles til rådighet gjennom disse prosjektene (...)". Innklagede er et interkommunalt selskap som driver produksjon, transport eller distribusjon av drikkevann til de omkringliggende kommunene, og omfattes dermed av forsyningsforskriften jf. § 1-2 (1) bokstav a. Anskaffelsen av utstyr

og servicetjenester ved vannbehandlingsanlegget er forbundet med "vannbyggingsprosjekter" til "forsyning av drikkevann [...]". Anskaffelsen reguleres dermed av forsyningsforskriften.

- (14) Anskaffelsen inngikk i en samlet anskaffelse knyttet til bygg- og anlegg på Langvatn på ca. 1 milliard kroner og ble kunngjort over EØS terskelverdi selv om kontrakten er estimert til 15 millioner kroner. Anskaffelsen følger forsyningsforskriftens del II.

Avvisningsplikt grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

- (15) Klager har anført at valgte leverandør skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "*Economic and financial capacity*", fordi morselskapets "Comfort letter" som var vedlagt prekvalifikasjonssøknaden ikke inneholder en rettslig bindende forpliktelse. Innklagede hevder at erklæringen "Comfort letter" er tilstrekkelig forpliktende og gir innklagede den nødvendige sikkerhet for at valgte leverandørs økonomiske og finansielle kapasitet var tilstrekkelig.
- (16) I motsetning til forskrift om offentlige anskaffelser inneholder forsyningsforskriften del II ingen uttrykkelige regler om avvisningsplikt ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.
- (17) I forsyningsforskriften § 7-9 (1) er det likevel angitt at "[k]valifisering av leverandører skal skje på bakgrunn av objektive kriterier og regler som er tilgjengelig for alle interesserte leverandører". Forsyningsforskriften krever altså ikke uttrykkelig at leverandører som ikke er kvalifisert blir avvist. Det er likevel ikke tvilsomt at forsyningsforskriften bygger på en forutsetning om at det kun er leverandører som oppfyller kvalifikasjonskriteriene som kan tildeles kontrakt. Se til sammenligning sak 2013/80 premiss (21) flg.
- (18) Det fremgår videre av forsyningsforskriften § 7-11 (3) at "[d]ersom kvalifikasjonskriteriene omfatter krav vedrørende leverandørens (...) økonomiske og finansielle evne, kan den om nødvendig støtte seg på andre foretaks kapasitet (...). I så fall skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiveren at den rår over disse ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra disse foretakene i den forbindelse."
- (19) For oppfyllelse av kvalifikasjonskravet "*Economic and financial capacity*" var det stilt krav om "*Equity ratio for the past year minimum 18 %*", "*current ratio 1 for the past year (...)*" og "*Annual revenues*". Som dokumentasjon skulle det fremlegges: "*The company's annual financial statement, or extracts from these, for the past three years*" og "*Credit rating from a publicly approved credit rating institution*". Det var videre opplyst om at dersom: "*the supplier is unable to submit the above-mentioned documentation, or wishes to document that this provides a misleading picture of his financial situation, he shall provide evidence of his economic and financial position using any other document that is relevant to the company's accounting figures/economy*".
- (20) Vedlagt valgte leverandørs prekvalifiseringssøknad var et "Comfort letter", utstedt fra morselskapet Skibsaktieselskapet Navigation Ltd AS. Her var opplyst at det var utstedt et "Comfort letter" fordi valgte leverandørs årsrapport, kredittranking og økonomiske nøkkeltall muligens ikke oppfylte kvalifikasjonskravet om økonomisk og finansiell kapasitet, siden selskapet til en viss grad fortsatt var i oppstartsfasen. Ifølge innklagede

gav dette brevet fra morselskapet den nødvendige sikkerhet for at valgte leverandørs økonomiske og finansielle kapasitet var tilstrekkelig til å gjennomføre oppdraget og til å innfri kvalifikasjonskravet. Klager har ikke bestridt at valgte leverandør med støtte fra morselskapet ville oppfylle kvalifikasjonskravet. Spørsmålet er imidlertid om innklagede kunne vurdere brevet fra morselskapet dithen at morselskapet hadde forpliktet seg til å stille sine ressurser tilgjengelig, og at valgte leverandør således gjennom dette brevet dokumenterte at kvalifikasjonskravet var oppfylt.

- (21) "Comfort letters" blir ofte utstedt fra morselskaper i forbindelse med datterselskapets låneopptak eller kontraktinngåelse. Formålet kan være å skape faktisk tillit hos långiver eller medkontrahent uten å være ment som en garanti. Men det vil alltid være et tolkningsspørsmål å avgjøre om slike erklæringer forplikter morselskapet til å inntå for datterselskapets forpliktelser, jf. Erik Røsæg, *Garantier eller fattigmannstrøst?* (Oslo 1992), Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett* 2. utg. 2011, side 112 og Peter Møgelvang Hansen i Giuditta Cordero-Moss (red.) *Boilerplate clauses* (2011) side 242-243 med omtale av en dansk dom UfR 1994 s.470 H, der dansk Højesteret under dissens kom til at morselskapet hadde forpliktet seg ved et utsagn lignende vår sak "we shall if required transfer sufficient liquid funds to make sure that the subsidiary will at all times be able to fulfill its obligations towards the bank."
- (22) Kravet i prekvalifiseringsgrunnlaget var at tilbyderne måtte ha en bestemt økonomisk og finansiell kapasitet, jf. premiss (4). Kravet retter seg mot tilbydernes nåtidige og fortidige økonomi, og innebærer ikke forpliktelser for økonomien i selskapene under kontraktsperioden. Ettersom valgte leverandør var avhengig av støtte fra et annet foretak for å tilfredsstille kravet, må imidlertid slik støtte relatere seg til selskapets økonomi under kontraktsperioden. Det avgjørende er dermed hvorvidt morselskapets "Comfort letter" oppfylte konkurransegrunnlagets krav til *"equivalent documentation (...) along with the declaration of commitment"* om valgte leverandørs økonomiske og finansielle kapasitet som etterspurt i kvalifikasjonskravet.
- (23) Det fremgår av det vedlagte "Comfort letter" at morselskapet *"will support Primozone's fulfillment of their obligations related to the contract with IVAR IKS (...)".* Slik dette er formulert uttrykkes morselskapets villighet til å støtte valgte leverandørs oppfyllelse av kontrakten, men kan isolert sett vanskelig forstås som at morselskapet rettslig sett har forpliktet seg til å stille sine økonomiske ressurser til rådighet for valgte leverandør eller yte økonomisk støtte dersom valgte leverandørs økonomiske og finansielle kapasitet er utilstrekkelig. Men det er også angitt at *"This comfort letter is issued to confirm that our subsidiary Primozone with our support to the project is financially able to complete the process with Stavanger Langvatn project, even though Primozone does not fulfill the requirements in the pre-qualification section 5 and Primozone alone is responsible for the fulfillment of the contract."* Morselskapet har dermed bekreftet at valgte leverandør, med morselskapets støtte, er økonomisk og finansielt i stand til å utføre prosjektet ved anlegget på Langvatn, dette selv om valgte leverandør alene ikke oppfyller prekvalifikasjonskravene punkt 5. Nemnda mener at erklæringen er et tilfredsstillende svar på innklagedes krav til *"declaration of commitment"*. Den kan vanskelig leses på annen måte enn at morselskapet inntår for valgte leverandørs finansielle kapasitet til å oppfylle kontrakten som etterspurt i konkurransegrunnlaget. Datterselskapet har dermed dokumentert den nødvendige rådighet over morselskapets ressurser, jf. forskriften § 7-11 (3) og innklagede hadde ikke plikt til å avvise Primozone AB. Klagen fører etter dette ikke frem.

Konklusjon:

IVAR IKS har ikke brutt regelverket om offentlige anskaffelser.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger

Dokumentet er godkjent elektronisk